

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA
TEMERRÜDÜ**

Doktora Tezi

Leyla Müjde KURT

Ankara - 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

Doktora Tezi

Leyla Müjde KURT

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ayşe Lâle SİRMEN

Ankara - 2011

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Ayşe Lâle SİRMEN

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Prof. Dr. A. Lâle Sirmen

Prof. Dr. R. Kemal M. Kılıçoğlu

Prof. Dr. Osman B. Gürzumar

Prof. Dr. Hüseyin ALTAY

Prof. Dr. Zafer Sencel

Lâle Sirmen

R. Kemal M. Kılıçoğlu

Osman B. Gürzumar

Hüseyin ALTAY

Zafer Sencel

Tez Sınavı Tarihi 25.5.2011

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	IX
GİRİŞ.....	

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

§ 1 ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, ŞEKLİ, HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	1
I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI.....	1
A. Eser.....	2
B. Meydana Getirme.....	12
C. Bedel.....	13
D. Anlaşma.....	15
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI.....	15
A. Yüklenici.....	15
B. İş Sahibi.....	20
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ.....	21
IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	25
A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması.....	25
B. Rızâî Bir Sözleşme Olması.....	26
C. İvazlı Bir Sözleşme Olması.....	26
D. Kural Olarak Anî Edimli Bir Sözleşme Olması.....	27
1. Anî Edimli Sözleşme Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Ayrımı.....	27
2. Eser Sözleşmesinin Anî Edimli Sözleşme mi, Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme mi Olduğu Meselesi.....	32
a. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş.....	32
b. Eser Sözleşmesini Anî Edimli Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş.....	33
c. Karma Görüşler.....	35
aa. Türk Hukukunda Eser Sözleşmesini Geçici-Sürekli Karmaşığı Olarak Niteleyen Görüş.....	35
bb. İsviçre Hukukunda Eser Sözleşmesini Sürekli Sözleşme Benzeri Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş.....	36
d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kişisel Görüşümüz.....	37
§ 2 YÜKLENİCİNİN BORÇLARI.....	41
I. ESER MEYDANA GETİRME BORCU.....	42
A. Eseri Şahsen Meydana Getirme Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu.....	42
1. Eserin Yüklenici Tarafından Şahsen Meydana Getirilmesi.....	43
2. Eserin Yüklenicinin Şahsî Denetimi Altında Meydana Getirilmesi.....	43
3. Eserin Meydana Getirilmesinin Kısmen veya Tamamen Alt Yüklenicilere Bırakılması.....	45
B. Araç - Gereç Ve Malzeme Sağlama Borcu.....	51
C. Özen Ve Sadakat Borcu.....	54

D. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu	56
II. ESERİ TESLİM BORCU	59
A. Genel Olarak	59
B. Tamamlanmamış (Eksik) Eserlerin Durumu	62
1. Eksik Eserin Teslim Edilip Edilemeyeceği Meselesi	62
2. Eksik İş Ayıplı İş Ayrımı	65
3. Eserin Eksik Olarak Teslim Edildiği Durumlarda Eksikliğin Nasıl Giderileceği	68
C. Teslimin Nasıl Gerçekleştirileceği	75
1. Taşınır Eserlerin Teslimi	75
2. Bağımsız Maddî Varlığı Bulunmayan Eserlerin Teslimi	76
3. Taşınmaz Eserlerin Teslimi	77
a. İş Sahibine Ait Arsa Üzerinde Meydana Getirilen Eserlerin Teslimi	77
b. Yükleniciye Ait Arsa Üzerinde Meydana Getirilen Eserlerin Teslimi	79
4. Fikrî Eserlerin Teslimi	80
D. Eserin Teslim Edilmesinin Önemi	81
III.ESERİN AYIPSIZ OLMASINI SAĞLAMA BORCU	81

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ

§ 3 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN MADDİ KOŞULLARI	87
I. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASI	87
A. Teslim Vadesi	88
1. Tarafların Teslim Vadesini Kararlaştırmış Olmaları	89
2. Tarafların Teslim Vadesini Kararlaştırmamış Olmaları	93
3. Yalnız Tamamlama Vadesi Kararlaştırılan Durumlarda Teslim Vadesinin Belirlenmesi	94
4. Başlangıç Vadesi veya Ara Vadelere Riayet Etmemenin Zorunlu Olarak Teslim Vadesinde de Gecikme Anlamına Gelmemesi	95
B. Teslim Vadesinde Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler	97
1. Sözleşmede Süre Değişikliğine İlişkin Düzenleme Bulunması	98
a. Sözleşmede Yer Alan Süre Değişikliği Hükümleri	100
aa. Süre Uzatma Hükümleri	100
bb. İş Yavaşlatma veya Durdurma Hükümleri	102
cc. İş Hızlandırma Hükümleri	104
b. Değişen Sürelerin Belirlenmesi	105
2. Sözleşmede Süre Değişikliğine İlişkin Bir Hüküm Mevcut Değilken Teslim Süresinin Uzaması	107
a. Teslim Süresinin İş Sahibinin Risk Alanına Giren Gecikmelerden Ötürü Uzaması	108
b. Yüklenicinin Risk Alanına Giren Beklenmeyen Hallerden Kaynaklanan Gecikmelerde Teslim Süresinin Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucunda Uzaması	112
aa. Genel Olarak Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması	115
bb. Eser Sözleşmesinde Teslim Süresinin Uyarlama Sonucu Uzaması	117
c. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğü	124
d. Teslim Süresinin Nasıl ve Ne Kadar Uzayacağı Meselesi	125

II. ESERİ TESLİM BORCUNUN İFASININ MÜMKÜN OLMASI	131
A. Temerrüde Engel Bir Durum: İfa İmkânsızlığı.....	131
1. İmkânsızlığın Objektif Olması.....	134
2. İmkânsızlığın Sürekli Olması	138
B. İfa İmkânsızlığının Doğuş Sebebine Göre Yapılan Ayırım.....	142
1. Maddî İmkânsızlık	142
2. Hukukî İmkânsızlık.....	146
C. Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığıyla İlgili Özel Düzenlemeler.....	148
1. İş Sahibine İsnad Edilebilen Bir Sebepten Ötürü İfanın İmkânsız Hale Gelmesi	148
2. Yüklenicinin Ölümü veya Eseri Tamamlama Yeteneğini Kaybı	152
III. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNU İFA ETMEMİŞ OLMASI	158
IV. ESERİN TESLİMİNDEKİ GECİKMENİN OBJEKTİF OLARAK BORCA AYKIRI OLMASI	159
A. Genel Olarak	159
B. Eserin Tesliminin Gecikmesi Riskinin Taraflar Arasında Dağılımının Belirlenmesi	164
C. Eserin Teslimindeki Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olmadığı Durumlar	174
1. Yüklenicinin Kendisine İfadan Kaçınma Yetkisi Veren Bir Def'i Hakkına Sahip Olması.....	175
a. Yüklenicinin Ödemezlik Def'ini İleri Sürmesi	176
b. Yüklenicinin Borç Ödemeden Acz Def'ini İleri Sürmesi.....	178
c. Yüklenicinin Zamanaşımı Def'ini İleri Sürmesi	180
2. İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi	180
a. İş Sahibinin Eseri Teslim Almaması.....	181
b. İş Sahibinin Gerekli Hazırlık Fiillerini Yerine Getirmemesi.....	182
3. İş Değişikliği.....	187
4. İş Sahibinin Faaliyet Alanında Doğan Diğer Gecikme Sebepleri	192
5. Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucu Gecikme Riskine İş Sahibinin Katlandığı Durumlar	197
D. Eserin Tesliminde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olmamasının Hukukî Sonuçları	200
§ 4 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN ŞEKLİ KOŞULU	201
I. İŞ SAHİBİNİN İHTARDA BULUNMASI	202
II. İHTAR ŞARTININ ARANMADIĞI DURUMLAR	206
A. Belirli Vadeli Bir İşlemin Bulunması	206
B. İhtarın Faydasız Olması	212
C. Yüklenicinin İhtarın Ulaşmasını Kasten Engellemesi	213
D. İfa Zamanını Yalnız Yüklenicinin Bilebilecek Durumda Olması	213

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN

HÜKÜM ve SONUÇLARI

§ 5 YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI.....	214
I. YÜKLENİCİNİN KUSURUNUN TEMERRÜDÜN SONUÇLARI İLE İLİŞKİSİ	215

II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜT SÜRESİNCE MEYDANA GELEN KAZALARDAN SORUMLULUĞU	222
A. Eserin Meydana Getirilmesinin Tamamen İmkânsız Hale Geldiği Durumlar.....	224
B. Eserin Meydana Getirilmesinin Kısmen İmkânsız Hale Geldiği Durumlar	226
C. Eserin Yeniden Meydana Getirilmesinin Mümkün Olduğu Durumlar.....	227
D. Kurtuluş Kanıtı.....	228
III. AYNEN İFA ve BUNA BAĞLI TALEPLER	231
A. Aynen İfa	232
1. İş Sahibinin Yükleniciden Eserin Tamamlanarak Teslimi Ediminin Aynen İfasını Talep Etmesi	232
2. İkame İfa	235
a. BK m. 97 f. 1 Hükümünün Hukukî Niteliği	237
aa. Cebrî İcra Teorisi	238
bb. İfa Teorisi.....	238
cc. Tazminat Teorisi	239
dd. Uygulamadaki Durum.....	240
ee. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kişisel Görüşümüz	241
b. BK m. 97 f. 1 Hükümünün Uygulanması ve Sonuçları	243
aa. İkame İfanın Gerçekleştiği An	245
bb. İkame İfa Masraflarının Kapsamı	245
cc. İkame İfa Masraflarını Aşan Zararların Tazmini	247
dd. İkame İfanın Müspet Zararın Tazmini Talebinden Farkları	248
B. Gecikme Tazminatı	249
1. Genel Olarak	249
2. Koşulları.....	250
3. Kapsamı	250
a. Fiilî Zarar	251
b. Yoksun Kalınan Kazanç	252
4. Hesaplanması	254
5. Zamanaşımı.....	256
C. Cezaî Şart	256
1. Cezaî Şartın Tanımı ve Amacı.....	256
2. Cezaî Şartın Geçerlilik Koşulları	257
a. Şekli	257
b. İçeriği	258
c. Sınırları.....	259
3. Cezaî Şartın Türleri.....	261
a. Genel Olarak	261
b. İfaya Ekli Cezai Şart	261
4. Cezaî Şart Alacağının Talep Edilmesi	262
a. Cezaî Şart Alacağının Talep Edilmesinin Koşulları	262
aa. Asıl Borcun Varlığı	262
bb. Asıl Borcun İhlâli.....	263
cc. Cezaî Şart Alacağına İlişkin Talep Hakkından Vazgeçilmemiş Olması	264
dd. Cezaî Şartın İşlediği Zaman Dilimi	267
ee. Yüklenicinin Kusuru İle İlişkisi	269
ff. İş Sahibinin Zararıyla İlişkisi	270
gg. Seçimlik Hakların Kullanılması İle İlişkisi	271
hh. Zamanaşımı.....	273

b. Cezaî Şart Alacağıının Talep Edilmesinin Sonuçları.....	273
aa. Cezanın İfaya Ek Olarak İstenebilmesi.....	274
bb. Cezaî Şart Borcunda Temerrüt	274
5. Cezaî Şartın Götürü Tazminattan Ayırt Edilmesi.....	276
D. İş Sahibinin Aynen İfaya Bağlı Talep Haklarını Kullanmayı Geciktirmesi.....	282
§ 6 YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERE ÖZGÜ SONUÇLARI.....	286
I. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI	286
A. Seçimlik Hakların Kullanılmasının Ön Şartı Olarak Ek Süre Tayini	286
1. Ek Süre Tayini	287
2. Ek Süre Tayin Etmenin Gerekli Olmadığı Durumlar	293
a. Yüklenicinin Davranışlarından Ek Süre Vermenin Yarasız Olduğunun Anlaşılması	293
b. Aynen İfanın İş Sahibi İçin Faydasız Hale Gelmesi.....	294
c. Eser Sözleşmesinin Kesin Vadeli Olması.....	297
B. İş Sahibinin Aynen İfadan Derhal Vazgeçerek Seçimlik Haklarından Birini Kullanması	298
1. Ek Süre Vermenin Gerekli Olduğu Durumlarda	301
2. Ek Süre Vermenin Gerekli Olmadığı Durumlarda	303
C. İş Sahibinin Seçimlik Haklarından Birini Kullandıktan Sonra Tercihini Değiştirip Değiştiremeyeceği Meselesi	306
D. İş Sahibinin Hangi Seçimlik Hakkı Kullandığının Açık Olmadığı Durumlar	308
II. İŞ SAHİBİNİN MÜSBET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ.....	312
A. Müsbet Zarar Kavramı.....	312
B. Müsbet Zararın Unsurları.....	313
1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri	313
2. Gecikmeden Doğan Diğer Zararlar.....	314
a. Fiilî Zarar	314
b. Yoksun Kalınan Kâr	315
C. Müsbet Zararın Tazmini Talebinin Yüklenicinin Kusuru İle İlişkisi.....	316
1. Kusur Şartı	316
2. Yüklenicinin Temerrüde Düşmekte Kusursuz Olduğunu İspatlaması	318
3. Yüklenicinin Temerrüde Düşmekteki Kusurunun Hafif Olması.....	321
D. Müsbet Zarar Tazminatının Hesaplanması	323
1. İfa Edilmeyen Edimin Değerinin Hesaplanması	325
a. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Somut Yöntemle Hesaplanması	330
b. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması	332
c. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Değerinin Somut veya Soyut Yöntemle Hesaplanmadığı Durumlar	334
2. Gecikmeden Doğan Zararların Hesaplanması	334
3. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Hesaplanması	337
a. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması ...	338
b. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması ...	339
E. İş Sahibinin Borçlandığı Edimin Akıbeti.....	339
1. İş Sahibinin Karşı Edimini Aynen Yerine Getirmek Zorunda Olup Olmadığı Meselesi	340
2. İş Sahibinin Karşı Edimini Yerine Getirmiş Olması Halinde Durum	343
3. Müsbet Zararın Mübadele Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukukî Durumu	344

4. Müsbet Zararın Fark Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukukî Durumu	346
F. Zamanaşımı	350
III. İŞ SAHİBİNİN ESER SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ	350
A. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkını Kullanması	351
1. Genel Olarak	351
2. İş Sahibinin Koşulları Oluşmadığı Halde Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanılması	356
B. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesinin Sonuçları	360
1. Genel Olarak	360
2. Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliği Üzerinde Etkisi	361
a. Doktrindeki Görüşler	361
aa. Klâsik Dönme Teorisi	361
aaa. Sebepsiz Zenginleşme Görüşü	362
bbb. Kanunî Borç İlişkisi Görüşü	362
ccc. Aynî Etkili Dönme Görüşü	363
bb. Dönüşüm (Yeni Dönme) Teorisi	364
b. Uygulamadaki Durum	366
aa. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü	366
bb. Yargıtay'ın Görüşü	367
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz	369
3. Eser Sözleşmesinin Tasfiyesi	378
a. Henüz İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi	378
b. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi	378
aa. İş Sahibinin İade Borcu	379
aaa. Taşınırlarda	380
bbb. Bağımsız Cismanî Varlığı Bulunmayan Eserlerde	381
ccc. Fikrî Eserlerde	382
ddd. Taşınmazlarda	384
i. Yüklenicinin Arsası Üzerinde İnşa Edilen Yapılarda Durum	384
ii. İş Sahibinin Arsası Üzerinde İnşa Edilen Yapılarda Durum	384
bb. Yüklenicinin İade Borcu	392
aaa. Sözleşme Bedelinin Para Olarak Kararlaştırıldığı Durumlarda	392
bbb. Sözleşme Bedelinin Arsa Payı Devri Olarak Kararlaştırıldığı Durumlarda	392
cc. İade Konusundan Elden Edilen Yararların ve İade Konusu İçin Yapılan Masrafların Durumu	395
aaa. Elde Edilen Yararların Durumu	396
bbb. Yapılan Masrafların Durumu	397
dd. İade İmkânsızlığı	397
c. Sözleşmenin Tasfiyesinin Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları	407
aa. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Edindiği Aynî Haklara Etkisi	408
aaa. Genel Olarak	408
bbb. Sözleşmeden Dönmenin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Üçüncü Kişilerin Aynî Hak Kazanımlarına Etkisi	410

i. Üçüncü Kişinin Arsa Payı Üzerinde Aynî Hakkı Yükleniciden Kazandığı Durumlar	410
ii. Üçüncü Kişinin Arsa Payına İlişkin Aynî Hakkı İş Sahibinden Kazandığı Durumlar	418
bb. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin İade Konusu Üzerinde Edindikleri Şahsî Haklara Etkisi	421
aaa. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği Durumlarda	422
i. Genel Olarak	422
ii. Şahsî Hakkın Şerh Verildiği Durumlarda	424
bbb. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredilmediği Durumlarda	428
cc. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin İade Konusu Üzerine Koydukları Hacizlere Etkisi	436
dd. Sözleşmeden Dönmenin Yüklenicinin İflâsı İle İlişkisi	439
ee. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Dönülen Sözleşme İçin Vermiş Oldukları Teminatlarla Etkisi	442
4. Menfi Zararın Tazmini Talebi	445
a. Tanımı ve Amacı	446
b. Menfi Zararın Tazmini Talebinin Kusurla İlişkisi	447
c. Sözleşmeden Dönmede Müsbet Zararın Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Meselesi	449
d. Menfi Zararın Unsurları	452
aa. Fiilî Zarar	452
bb. Yoksun Kalınan Kâr	455
e. Menfi Zararın Hesaplanması	457
5. Sözleşmeden Dönmeden Doğan Taleplerin Tâbi Olduğu Zamanaşımı	462
C. Bazı Durumlarda İş Sahibine Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkı Yerine Sözleşmeyi Feshetme Hakkı Tanınmasının Gerekip Gerekmediği Meselesi	463
1. Eser Sözleşmesinden Geriye Etkili Dönmeyi Kabul Eden Görüş	464
2. Eser Sözleşmesinin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş	467
3. Yargıtay'ın Görüşü	470
4. İsviçre Hukukundaki Durum ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü	475
5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz	476
D. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle İş Sahibinin Eser Sözleşmesini İleriye Etkili Olarak Feshetmesi	486
1. İş sahibinin Eser Sözleşmesini Feshetmesi	486
2. İleriye Etkili Feshin Sonuçları	487
a. Henüz İfa Edilmemiş Olan Borçların Sona Ermesi	488
b. Fesihten Önce Yerine Getirilen Edimlerin Geçerli Olmaya Devam Etmesi	488
aa. Genel Olarak	489
bb. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Orantılı Sözleşme Bedelinin Aynen mi, Nakden mi Verileceği Meselesi	490
c. İş Sahibinin Tazminat Talebi	494
aa. Tazminatın Türü	494
bb. Tazminatın Yükleniciye Verilecek Arsa Payından İndirilerek Tahsil Edilip Edilemeyeceği Meselesi	497

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ İLE İLGİLİ
ÖZEL DURUMLAR

§ 7 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA KISMÎ TEMERRÜDÜ	499
I. ESERİ TESLİM BORCUNUN KISMÎ İFASI	500
II. ESERİ TESLİM BORCUNDA KISMÎ TEMERRÜDÜN SONUÇLARI	503
III. TEMERRÜDE BAĞLI HAKLARIN KULLANILMASI	504
A. Temerrüde Bağlı Hakların Yalnız Eserin Teslim Edilmeyen Kısmı Bakımından Kullanılması	504
1. Müsbet Zararın Tazmini Talebi	505
2. Eser Sözleşmesinden Kısmî Dönme	506
B. Temerrüde Bağlı Hakların Sözleşmenin Tamamı İçin Kullanılabileceği İstisnaî Haller	508
§ 8 ARD ARDA ESER TESLİMİ SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ	510
I. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARINI SADECE YÜKLENİCİNİN İFASINDA TEMERRÜDE DÜŞTÜĞÜ KISIM BAKIMINDAN KULLANMASI	510
II. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARINI HENÜZ MUACCEL OLMAYAN EDİMLERİ DE KAPSAYACAK BİÇİMDE veya SÖZLEŞMENİN TAMAMI BAKIMINDAN KULLANMASI	512
§ 9 SÜREKLİ ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ	514
I. YÜKLENİCİNİN SÜREKLİ NİTELİKTEKİ ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ	516
II. İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARI	517
A. Aynen ifa ve gecikme tazminatı	518
B. Aynen İfadan Vazgeçerek Seçimlik Hakların Kullanılması	520
1. İfa Yerine Müsbet Zararın Tazmini Talebi	520
2. Sürekli Eser Sözleşmesinden Dönme	522
§ 10 YÜKLENİCİNİN YAN EDİM YÜKÜMÜNDE TEMERRÜDÜ	525

SONUÇ

KAYNAKÇA

KISALTMALAR

ABD.	: Ankara Barosu Dergisi
Art.	: Artikel/article
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BaK-	: Basler Kommentar
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BK	: 22.4.1926 tarihli Borçlar Kanunu
BK-	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BR.	: Baurecht
C.	: Cilt
CR-	: Commentaire romand
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Diss.	: Dissertation
dn.	: dip notu
E.	: Esas
FF.	: Feuille fédérale de la Confédération suisse
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
Hrsg.	: Herausgeber
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: İcra İflâs Kanunu
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT	: Journal des Tribunaux
K.	: Karar/Kanun
KİK	: Kamu İhale Kanunu
KİSK	: Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	: madde
MHAD	: Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MK	: Medenî Kanun
N	: numara
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
RSJ	: Revue suisse de jurisprudence (= SJZ)
RSJB	: Revue de la Société des Juristes Bernois
RG.	: Resmî Gazete
s.	: sayfa
S.	: sayı
SJ	: La Semaine Judiciaire
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
vol.	: volume
Vorbem.	: Vorbemerkungen

Yarg. : Yargıtay
Yarg. HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yarg. İBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YBK : 11.1.2011 tarihli Yeni Borçlar Kanunu
YHD. : Yasa Hukuk Dergisi
YKD. : Yargıtay Kararları Dergisi
ZK- : Zürcher Kommentar

GİRİŞ

Eser sözleşmesi günlük hayatımızda en çok karşılaştığımız sözleşme tiplerinden biridir. Baraj, köprü, otoyol, metro, bina inşası gibi büyük çaplı işlerin yanında, ayakkabı boyama, elbise dikimi, saat tamiri, saç kesimi gibi nispeten daha basit bir görünümü olan işler de eser sözleşmesine konu olabilmektedir. Yüklenicinin eser sözleşmesindeki aslî edim borcu, sözleşmeye konu olan eseri tamamlayıp teslim vadesinde iş sahibine teslim etmektir. Çalışmamızın konusu, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüdür. Değişik türlerdeki eser sözleşmelerinin kendi bünyelerinde barındırdıkları farklı hukukî sorunlara, genel olarak borçlu temerrüdüne ilişkin pek çok meselenin ihtilâflı olması da eklenince, bu konunun gerek yargı kararlarında, gerekse de doktrinde çok sayıda tartışmaya konu olması kaçınılmaz olmuştur.

Eserin tesliminde gecikmeye yol açabilecek sebepler çok çeşitlidir. Bu gecikme, iş sahibinin verdiği iş değişikliği emirleri, plânların yükleniciye geç teslimi gibi iş sahibine isnad edilebilen sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, yüklenicinin finansal sıkıntıya düşmesi, tedarikçilerinin eserin imalinde kullanılacak malzemeyi sağlamakta gecikmesi, çalışanlarının yeterli nitelikte olmaması gibi yükleniciye isnad edilebilen sebeplerden de kaynaklanabilir. Bunun dışında, olumsuz hava koşulları, deprem, sel gibi doğal afetler, eserin üzerinde meydana getirileceği arazinin yapısının tahmin edilenden farklı çıkması gibi her iki tarafa da isnad edilemeyen durumlar da eserin teslimini geciktirebilir.

Eserin teslim vadesinde teslim edilmesi hem yüklenici, hem de iş sahibi bakımından önemlidir. Zira eserin teslimindeki gecikme sözleşmenin her iki tarafı için

de zararlı sonuçlar doğurabilir. Eserin kararlaştırılan vadede teslim edilmemesi, iş sahibinin, eseri gecikme süresince kullanamaması veya eseri bir başkasına satmak ya da kiralamak suretiyle bundan kâr elde edememesi sebebiyle zarara uğramasına yol açabilir. İş sahibi eserin vadede teslim edileceğine güvenerek üçüncü kişilerle sözleşme ilişkisine girdiği takdirde, eserin teslimindeki gecikme iş sahibinin de kendi borcunu zamanında yerine getirememesine yol açarak o sözleşmedeki muhatabına tazminat veya cezaî şart ödemek suretiyle zarara uğramasına da sebep olabilir. Öte yandan, eserin teslimindeki gecikme, çoğu durumda malzeme ve iş gücü masrafları da geçen zamana koşut olarak artacağından, maliyet artışlarına yol açacak; buna bağlı olarak sözleşmede kararlaştırılan bedelle eseri tamamlamak zorunda kalan yüklenicinin de zarara uğramasına sebep olacaktır.

Eser sözleşmesi, Borçlar Kanunu'nun 355 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Yüklenicinin işin icrasında yani eserin meydana getirilmesinde gecikmesi BK m. 358 f. 1 hükmüyle özel olarak düzenlendiği halde, eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi ve bunun sonuçlarına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünün koşulları ve sonuçları bakımından Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdüne ilişkin genel nitelikteki hükümleri (BK m. 101 vd.) uygulanmaktadır. Ancak, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler, eser sözleşmesinin giderek artan çeşitleri ve bu çeşitli sözleşmelerin gündeme getirdiği farklı sorunlar karşısında meselelerin çözümünde yetersiz kalmaktadır. Bu durum, söz konusu genel hükümlerin yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinden kaynaklanan bazı sorunlara nasıl uygulanacağı konusunda pek çok tartışmayı beraberinde getirmektedir. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü gerek İsviçre, gerekse de Türk

doktrininde genellikle inşaat sözleşmeleri bakımından ele alınmıştır. Buna karşılık, konuyu sadece inşaat sözleşmeleri bakımından değil, tüm eser sözleşmeleri bakımından inceleyen monografi sayısı çok azdır. Çalışmamızın nihaî amacı, tüm eser sözleşmelerini kapsayacak biçimde yüklenicinin eseri teslim borcundaki temerrüdü ile ilgili özellikle sorun yaratan meseleleri ortaya koymak ve Kanun'un ruhunu ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gözeterek bu sorunlara en uygun çözümleri aramaktır.

Çalışmamızda yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü Borçlar Kanunu açısından incelenmiştir. Bu itibarla, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na göre akdedilen ve idarenin iş sahibi konumunda olduğu eser sözleşmelerde uygulanan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin bu sözleşmelerde yüklenicinin temerrüdünü düzenleyen hükümlerine bu çalışmada ancak sınırlı ölçüde ve meselelerin Borçlar Kanunu bakımından değerlendirilmesine yardımcı olduğu ölçüde değinilmiştir. Öte yandan konumuz esasen eserin meydana getirilmesine başlama ve devamındaki gecikme değil, eserin teslimindeki gecikme olduğundan, işin icrasındaki gecikmeyi konu alan BK m. 358 f. 1 hükmünde yer alan düzenlemeye de yeri geldikçe değinmekle yetinilmiştir.

2008 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sunulan Borçlar Kanunu Tasarısı, 11.1.2011 tarihinde Meclis Genel Kurulu'nda kabul edilerek Kanun haline gelmiştir. 6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe gireceğinden ötürü (YBK m. 648), çalışmamızda halen yürürlükte olan 22.4.1926 tarih ve 818 sayılı Borçlar Kanunu esas alınmıştır*. Yeni Borçlar Kanunu konumuzla ilgili esaslı değişiklikler getirmemektedir. Bununla birlikte, çalışmamızda, Yeni Borçlar

* 6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nun tam metni için bkz. 4.2.2011 tarihli, 27836 s.lı Resmî Gazete.

Kanunu'nun yürürlükteki Borçlar Kanunu'na nazaran getirdiği farklı düzenlemelere de yeri geldikçe değinilmiştir.

Bu alışma dört bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, öncelikle eser sözleşmesinin tanımı, unsurları, tarafları, şekli ve hukukî niteliği üzerinde durularak eser sözleşmesine ilişkin genel bilgilere yer verilmiş, ardından da kısaca yüklenicinin eser sözleşmesindeki borçlarına değinilmiştir.

İkinci bölümde, öncelikle yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin maddî koşulları incelenmiştir. Bu kapsamda, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olması, bu borcun ifasının mümkün olması, yüklenicinin eseri teslim borcunu yerine getirmemiş olması ve eserin teslimindeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması konuları ele alınmıştır. Ardından da yüklenicinin temerrüde düşmesinin şeklî koşulu olan iş sahibinin yükleniciye temerrüt ihtarında bulunması koşulu incelenmiştir.

nc bölümde, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları incelenmiştir. Öncelikle, borçlu temerrüdünün genel sonuçları olan, yüklenicinin temerrüt süresince meydana kazalardan da sorumlu olması ve iş sahibinin yükleniciye yöneltebileceği aynen ifa talebi ve bu talebe bağlı diğer talepler üzerinde durulmuştur. Daha sonra da, iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklar olan ifa yerine müsbet zarar tazminatı talep etme ve sözleşmeden dönme haklarının kullanılmasının koşulları ve sonuçları incelenmiştir.

Çalışmanın son bölümünde ise, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü ile ilgili bazı münferit meseleler incelenmiştir. Bu çerçevede, yüklenicinin, eseri teslim borcunda kısmî temerrüdü, ard arda eser teslimi sözleşmelerinde ve sürekli sözleşmelerde temerrüdü ile yan edim yükümlerinde temerrüdü konuları ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM:

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

§ 1 ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, ŞEKLİ, HUKUKÎ NİTELİĞİ

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI

Borçlar Kanunu'nun 355. maddesine göre “İstisna, bir akittir ki, onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeyi taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” Eser (istisna) sözleşmesi, 6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde de “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır¹. Eser sözleşmesinde yüklenici, sadece bir iş görme faaliyetinde bulunmayı değil, aynı zamanda iş görme faaliyetinin sonucunu, yani sözleşmede kararlaştırılan eseri meydana getirmeyi taahhüt etmektedir². Bu sözleşmeye özelliğini veren karakteristik edim de yüklenicinin bu edimidir³.

Eser sözleşmesinin unsurları, sözleşmenin Kanun'daki tanımından hareketle, bir eserin meydana getirilmesi, bunun karşılığında bedel ödenmesi ve tarafların eserin

¹ 11.1.2011 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulu'nda kabul edilen, ancak henüz yürürlüğe girmemiş olan Yeni Borçlar Kanunu'nda yer alan bu tanım, eser sözleşmesinin halen yürürlükte olan Borçlar Kanunu'ndaki tanımına nazaran daha isabetlidir. YBK'daki hükümde istisna kavramı yerine eser kavramının kullanılması, sözleşmenin konusunu ve içeriğini daha açık ifade etmektedir. Ayrıca eser sözleşmesinde sağlanacak sonucun mutlaka maddî bir varlığı olması gerekmediği için, mevcut düzenlemede yer alan ve sadece maddî varlıkları ifade eden “şey” kavramı yerine, YBK'daki tanımda maddî olmayan çalışma sonuçlarını da içine alan “eser” kavramının kullanılması yerinde olmuştur. Bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 1; **Aral**, s. 315.

² **BK-Koller**, Art. 363, N 49; **BaK-Zindel/Pulver**, Vorbem. zu Art. 363-379, N 4; **Gauch**, Werkvertrag, N 8; **Tandoğan**, Cilt II, s. 1; **Aral**, s. 317; **Yavuz**, s. 491; **Öz**, Dönme, s. 3.

³ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 2; **Gauch**, Werkvertrag, N 7; **Öz**, Dönme, s. 3.

meydana getirilmesine karşılık bedel ödeneceği konusunda anlaşmaları olarak tespit edilebilir.

A. Eser

Eser sözleşmesinde yüklenicinin iş görme ediminin sonucu olan eser kavramına neler dâhildir? Maddî varlığı bulunan iş görme sonuçlarının eser sözleşmesine konu olabileceği ihtilâfsızdır. Yüklenicinin üstlendiği iş görme sonucunun çalışmanın konusunu oluşturan şey üzerinde değişiklik yapılması suretiyle maddî biçimde ortaya çıktığı tüm durumlarda, maddî bir eser vardır⁴. Buna göre maddî eser, (örneğin elbise dikimi, makine imali, bina inşasında olduğu gibi) yüklenicinin imal etmeyi taahhüt ettiği taşınır veya taşınmaz yeni bir şey olabilir⁵. Mevcut bir taşınır veya taşınmaz üzerinde gerçekleştirilecek çalışma sonuçları (örneğin otomobil tamiri, bir binanın duvarlarının boyanması) da maddî eserdir⁶. Keza, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen (örneğin manikür, saç boyama gibi) çalışma sonuçları da maddî eser teşkil eder⁷.

Eser kavramının sadece maddî varlığı bulunan şeylerden ibaret olup olmadığı, diğer bir deyişle **maddî varlığı olmayan çalışma sonuçlarının da** eser sayılıp

⁴ Tercier, Contrats spéciaux, N 4224; BaK-Zindel/Pulver, Vorbem. zu Art. 363-379, N 1.

⁵ BK- Koller, Art. 363, N 88; Gauch, Werkvertrag, N 26-27; Dessemontet, s. 121; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225; Tandoğan, Cilt II, s. 22-23; Aral, s. 321; Öz, Dönme, s. 3-4; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 13.

⁶ BK- Koller, Art. 363, N 91; Gauch, Werkvertrag, N 28-29; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225; Tandoğan, Cilt II, s. 23; Aral, s. 321; Öz, Dönme, s. 4; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 13-14. Bu yönde: BGE 130 III 458.

⁷ BK- Koller, Art. 363, N 93; Gauch, Werkvertrag, N 31; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225; Tandoğan, Cilt II, s. 24; Aral, s.322; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 14. Bu yönde: BGE 61 II 106 = JdT 1935 I 432.

sayılamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe⁸ göre, sadece maddî varlığı bulunan çalışma sonuçları eser olarak kabul edilebilir. Bu görüş taraftarlarından **Gautschi**'ye göre, maddî varlığı olmayan iş görme sonuçlarının muayeneyi sağlamak üzere teslim edilmeleri söz konusu olmadığından, ayrıca bu tür çalışma sonuçlarının değerinin objektif olarak belirlenmesi zorluk arz ettiğinden, bu çalışma sonuçları bakımından Kanun'da eser sözleşmesi için düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması yerinde olmaz⁹.

Buna karşılık bizim de katıldığımız hâkim görüşe¹⁰ göre, maddî varlığı olmayan çalışma sonuçları da bir bütün teşkil etmek ve ekonomik bir değer taşımak kaydıyla eser sözleşmesine konu olabilir. Bu görüşe göre, Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin bazı hükümlerin maddî varlığı bulunan eserler esas alınarak düzenlenmiş olması

⁸ **Gautschi**, Vorbem. zu Art. 363-379, N 1-2. İsviçre Federal Mahkemesi de bir dönem maddî eser anlayışını benimsemiştir. Federal Mahkeme bu dönemde proje, mimarî plân gibi entelektüel çalışma ürünlerinin eser sözleşmesine konu olamayacağı fikrinden yola çıkarak, mimarlık sözleşmesine tümüyle vekâlet hükümlerini uygulamıştır. Bkz. BGE 98 II 305=JdT 1973 I 536. İsviçre Federal Mahkemesi'nin tarihî süreç içinde fikrî eser sözleşmesine nasıl yaklaştığı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Zimmermann**, s. 23 vd. Türk hukukunda ise, **Hatemi**'nin dar anlamda eser anlayışını benimsendiği anlaşılmaktadır. Zira yazara göre, eser sözleşmesinin konusu sadece maddî eserlerdir. Maddî olmayan iş görme taahhütlerinde sonuç borçlanılsa dahi, eser sözleşmesi değil, ancak isimsiz bir sözleşme söz konusu olabilir. **Hatemi/Serozan/Arpacı**, Borçlar Özel, s. 353. Bu yönde, **Gümüş**, s. 7.

⁹ **Gautschi**, Vorbem zu Art. 363-379, N 1-2. **Gautschi** ayrıca Alman hukukunda geniş anlamda eser kavramının benimsenmiş olmasını Alman Medenî Kanunu'nda vekâlet sözleşmesinin ancak ivazsız olarak ve hukukî işlemlerin ifası ile sınırlı olmak üzere düzenlenmiş olmasına (BGB § 662) ve bunun sonucunda ortaya çıkan eser sözleşmesinin kapsamının geniş tutulması ihtiyacına bağlamaktadır. Oysa İsviçre hukukunda vekâlet ilişkisi ivazlı olabileceği gibi, vekâlet sözleşmesinin konusunun hukukî işlemlerin ifası ile sınırlandırılması da söz konusu değildir. Yazara göre, Alman hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda geniş anlamda eser kavramının kabulüne ihtiyaç yoktur. Maddî olmayan iş görme sonucu, duruma göre hizmet ya da vekâlet sözleşmesine konu olabilir. **Gautschi**, Qualifikation, s. 21-22.

¹⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 24; **Zimmermann**, s. 2; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4215; **Engel**, Contrats, s. 434; **CR-Chaix**, Art. 363 N 9; **Tandoğan**, Cilt II, s. 21; **Aral**, s. 317; **Zevkliler/Havutçu**, s. 305; **Yavuz**, s. 493; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 17; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 56; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 64.

maddî varlığı bulunmayan çalışma sonuçlarının eser sözleşmesine konu olamayacağı anlamına gelmez¹¹. Eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin sadece maddî varlığı olan eserlere uygulanabileceği iddiası da inandırıcı değildir. Zira İsviçre Federal Mahkemesi'nin ayıba karşı tekeffül hükümlerini fikrî eserlere başarıyla uyguladığı örnekler de mevcuttur¹². Ayrıca kanun koyucunun eser kavramını yalnız cismanî varlığı bulunan şeylerle sınırlandırmak yönünde tespit edilebilir bir iradesi de bulunmamaktadır¹³. Bugün gerek İsviçre Federal Mahkemesi¹⁴, gerekse de Yargıtay¹⁵ bir çalışma sonucunun maddî bir varlığa sahip olsun ya da olmasın eser sözleşmesinin

¹¹ Örneğin eserde kullanılacak malzemeye ilişkin BK m. 357, eserin tesliminden sonra muayene edilip, ayıp ihbarında bulunulmasını düzenleyen BK m. 359 gibi hükümler maddî eserler bakımından uygulama alanı bulur. Örnekler ve bu görüş için bkz. **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 18.

¹² Bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 39 ve orada zikredilen kararlar.

¹³ Aksine, İsviçre Borçlar Kanunu'nun hazırlık çalışmaları sonucunda Federal Konsey tarafından Federal Meclis'e sunulan raporda maddî varlığı bulunan eserler gibi, maddî varlığı bulunmayan eserlerin de eser sözleşmesinin konusunu oluşturacağı açıkça ifade edilmiştir. FF 1909 III 774. Bu konuda bkz. ayrıca **CR-Chaix**, Art. 363, N 9.

¹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi önceleri benimsemiş olduğu eser sözleşmesinin konusunu sadece maddî eserlerin oluşturabileceği görüşünden dönmüş ve geniş anlamda eser kavramını kabul etmiştir. Federal Mahkeme içtihat değişikliğine gittiği kararında bir topografin arazide ölçüm yaparak bunu bir plân üzerinde göstermesini eser sözleşmesinin konusu olarak kabul etmiştir. BGE 109 II 34 = JdT 1983 I 266. Federal Mahkeme daha sonra pek çok kararında da eserin maddî varlığının bulunmasının gerekli olmadığı görüşünü tekrarlamıştır. Örneğin bkz. BGE 109 II 462 = JdT 1984 I 210; BGE 127 III 328 = JdT 2001 I 254.

¹⁵ Yarg. HGK., 18.11.2009 T., 2009/15-459 E., 2009/541 K.: "Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. (...) Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir." (www.kazanci.com). Yargıtay bu kararında bir televizyon kanalında yayınlanmak üzere Talk Show programı yapılması veya dizi ya da yarışma programlarında sunuculuk, oyunculuk yapılmasına ilişkin olarak düzenlenen sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay'ın televizyon programı yapım sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul ettiği bir kararı için bkz. Yarg. HGK., 10.6.2009 T., 2009/15-191 E., 2009/258 K. (www.kazanci.com).

konusunu oluşturabileceğini, yani geniş anlamda eser anlayışını kabul etmektedir. Bu açıklamalardan sonra denilebilir ki, eser sözleşmesi anlamında **eser**¹⁶, yüklenicinin gerçekleştirmeyi taahhüt ettiği **iş görme ediminin** maddî varlığı bulunan veya bulunmayan **sonucudur**¹⁷. Buna göre, maddî eser sözleşmesi (Sachwerkvertrag) ve fikrî eser sözleşmesi (Geistwerkvertrag) olmak üzere iki tür eser sözleşmesinden söz edilebilir. Ancak her iş görme sonucu aynı zamanda zihnî bir çabanın ürünü olduğundan, maddî ve fikrî eser arasında oldukça kaygan bir sınır bulunduğu da belirtilmelidir¹⁸. Fikrî eserler bakımından ayırıcı olan, bu tür eserlerde zihnî çabanın ön plânda olmasıdır¹⁹. Kuşkusuz her maddî olmayan çalışma sonucu eser olarak nitelendirilemez. Geniş anlamda eser kavramı kabul edildikten sonra yanıtlanması gereken diğer bir soru da, maddî varlığı bulunmayan bir çalışmanın ne zaman eser sözleşmesine konu olabileceğidir. Zira iş görme faaliyeti, eser sözleşmesine konu

¹⁶ BK m 355 vd.nda düzenlenen eser sözleşmesi anlamında eser kavramı ile 5846 s.lı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen eser kavramı, farklı kavramlardır. FSEK m. 1/B hükmünün a bendinde eser, “sahibinin hususiyetini taşıyan ve ilim ve edebiyat, musikî, güzel sanatlar veya sinema eserleri olarak sayılan her nevi fikir ve sanat mahsulleri” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere fikrî haklar alanında eser, sadece maddî olmayan bir sonuç, bir fikrî çaba ürünü olabilir. Oysa eser sözleşmesi anlamında eser, maddî olmayan sonuçları kapsadığı gibi, maddî sonuçları da kapsamına alır. Bu sebeple, **Kılıçoğlu**'nun haklı olarak belirttiği gibi, eser sözleşmesi anlamında eser, FSEK anlamında eserden daha geniş bir kavramdır. **Kılıçoğlu** ayrıca (örneğin bir sanatçıya beste yapması, bir yazara senaryo yazması için sipariş verilmesi durumlarında olduğu gibi) fikir ve sanat eserlerinin yaratılmasını konu alan BK m. 355 anlamında eser sözleşmelerinin, FSEK m. 50 f.1 anlamında “ileride yaratılacak eserlere ilişkin malî hakların devri taahhüdü” niteliği taşıyacağını ifade etmektedir. Bu durumda söz konusu sözleşmeler bakımından Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin genel düzenlemelerinin yanında FSEK m. 50'de yer alan özel düzenleme de uygulama alanı bulacaktır. **Kılıçoğlu**, Fikrî Haklar, s. 111-112.

¹⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 24; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4215. Federal Mahkeme eseri “maddî olan veya olmayan, ancak objektif olarak tespit edilebilen belirli bir sonuç” olarak tanımlamaktadır. BGE 83 II 529. Bu çalışma, zihnî veya fizikî, insanla ilgili ya da mekanik, sürekli yahut süreksiz olabilir. Önemli olan çalışmanın iş sahibine sunulabilecek bir sonuç üretmesidir. **Corboz**, FJS 458, s. 9; BGE 130 III 458, SJ 2005 49.

¹⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 24.

¹⁹ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 14.

olabileceği gibi, hizmet sözleşmesine²⁰ veya vekâlet sözleşmesine²¹ ya da karma bir sözleşmeye yahut isimsiz bir sözleşmeye de konu olabilir. Özellikle taraflar açıkça bir sonucun gerçekleşmesini kararlaştırmadıkları takdirde, yüklenicinin edim sonucunu mu, edim fiilini mi borçlandığının tespit edilmesi zorluk arz eder.

Bir **fikrî çalışmanın** sonucunun **eser** olarak nitelenebilmesi için, bu sonucun yüklenici tarafından **objektif olarak taahhüt edilebilir** olması gerekir²². Bunun anlamı, yüklenicinin yapacağı çalışmadan beklenen sonucu objektif olarak gerçekleştirebilecek durumda olması, sonucun başarıyla gerçekleşmesinde onun üzerinde etki edemeyeceği unsurların belirleyici olmamasıdır²³. Örneğin eğitim verme faaliyetinin sonucu, bir davanın akıbeti veya tıbbî bir müdahalenin etkileri, yüklenicinin taahhüdünün konusu

²⁰ İş görme ediminin borçlusuna alacaklıya bağımlı olarak onun denetiminde ve talimatları doğrultusunda çalışıyorsa, eser sözleşmesi değil, hizmet sözleşmesi söz konusudur. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4251; **Tandoğan**, Cilt II, s. 35 vd. Yarg. 10. HD., 27.2.1984 T., 1132 E., 1166 K. (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 915-917).

²¹ Eser sözleşmesinde yüklenici, bedel karşılığı bir eser meydana getirmeyi (BK m. 355), yani bir iş görme sonucunu borçlanır. Oysa vekâlet sözleşmesinde vekil, sonucun elde edilememesinin riskini taşımaksızın, sadece anlaşma hükümleri dairesinde belirli bir yönde iş görmeyi borçlanır (BK m. 386). Vekâlet ile eser sözleşmesi arasındaki temel fark da budur. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4233; **Tandoğan**, Cilt II, s. 39 vd.; **Carron**, s. 162; **Başpınar**, s. 72. Öte yandan, eser sözleşmesini erken sona erdiren iş sahibi, yüklenicinin uğradığı zararı tümüyle tazmin etmek zorundadır (BK m. 369). Buna karşılık, vekâlet sözleşmesinde eser sözleşmesine nazaran güven unsuru daha ön plânda olduğundan, bu sözleşme gerek müvekkil, gerek vekil tarafından her zaman ve karşı tarafın menfî zararının tazmini hariç tazminat ödenmeksizin sona erdirilebilir (BK m. 396). **Tercier**, BR 1993, s. 44; **Werro/Haas**, s. 87; **Tandoğan**, Cilt II, s. 39-40.

²² **Gauch**, Werkvertrag, N 43; **Dürr**, Contrat, s. 4; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4218; **CR-Chaix**, Art. 363, N 9; **Tandoğan**, Cilt II, s. 21; **Aral**, s. 320. BGE 127 III 328 = JdT 2001 I 254.

²³ Borcun yerine getirilip getirilmeyeceği objektif olarak belirsiz değilse, borçlunun olanakları ve göstereceği özen sonucu gerçekleştirmeye elverişliyse, borcun konusu sonuçtur. Aksine, sonucun elde edilip edilemeyeceği ciddi bir belirsizlik içeriyorsa, sonucun elde edilmesi kısmen de olsa borçlunun iradesinin üzerinde etkili olamayacağı durumlara bağlıysa, borcun konusu sadece özendir. Birinci durumda eser sözleşmesi, ikinci durumda ise vekâlet sözleşmesi söz konusudur. **Werro**, Mandat, N 102, 103; **Werro/Haas**, s. 85.

olamaz. Zira öğrencinin öğrenmesi, davanın kazanılması, hastanın iyileşmesi gibi sonuçların gerçekleşmesi yüklenicinin üzerinde etkili olamayacağı pek çok etkene bağlıdır²⁴. Öte yandan, eser sözleşmesine konu olacak iş görme sonucunun **belirlenebilir**, diğer bir deyişle **objektif esaslara göre değerlendirilebilir** olması gerekir²⁵. Resim, heykel gibi sanat eserlerinin de yaratıcısına geniş bir takdir payı bırakılmak kaydıyla objektif olarak değerlendirilmesi mümkün olduğundan, eser sözleşmesine konu olabileceği genel olarak kabul edilmektedir²⁶.

Tartışmalı olan bir nokta da, fikrî eser sözleşmesinin varlığından söz edebilmek için, çalışmanın **maddî olmayan sonucunun** maddî bir şey üzerinde somutlaştırılarak sürekli hale getirilmesinin gerekip gerekmediğidir. Geniş anlamda eser kavramını kabul eden ve fikrî çalışma sonuçlarının da eser teşkil edebileceğini savunan görüş yanlıları arasında bu konuda görüş birliği bulunmamaktadır²⁷. Bir görüşe²⁸ göre, **maddî**

²⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 43; **Werro/Haas**, s. 86; **Tandoğan**, Cilt II, s. 21; **Aral**, s. 320.

²⁵ **BK-Koller**, Art. 363, N 67; **Öz**, Dönme, s. 7; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 17. Bu yönde, BGE 127 III 328 = JdT 2001 I 254.

²⁶ İş görme sonucunun sanat eserleri bakımından da yükleniciye bırakılan geniş takdir alanı göz önünde bulundurulmak kaydıyla, (örneğin taraflar eserin konusu, boyutu, eserde kullanılacak malzeme konusunda anlaşmışlarsa bu da dikkate alınarak) objektif bir değerlendirmeye tâbi tutulabileceği, bu tür çalışmaların eser sözleşmesine konu olmasına engel bulunmadığı yönünde: **BK-Koller**, Art. 363, N 71; **BaK-Zindel/Pulver**, Vorbem. zu Art. 363-379, N 6; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 18-19. Aksi görüşte: **Öz**, Dönme, s. 7. **Öz**'e göre, objektif bir sonuç olarak taahhüt edilemeyeceği için, sanat etkinlikleri eser sözleşmesine konu olamaz.

²⁷ Alman hukukunda böyle bir tartışma bulunmamaktadır. Zira BGB § 631/2'ye göre, "*Eser sözleşmesinin konusu, bir şeyin meydana getirilmesi veya değiştirilmesi olabileceği gibi, iş veya hizmet ediminin ortaya çıkarabileceği bir başka sonuç da olabilir.*" Böylece Alman hukukundaki düzenlemede, kendi içinde bir bütünlük arz eden tüm çalışma sonuçlarının, maddî bir cisim üzerinde süreklilik kazanarak dış dünyaya yansımaları, yani geçici nitelik arz etseler dahi eser sözleşmesinin kapsamına girebileceği açıktır. Oysa Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda kesin olarak böyle bir sonuca varmayı sağlayabilecek açık bir hüküm mevcut değildir. Mesele bu sebeple tartışmalıdır. Bu konuda bkz. **Öz**, Dönme, s. 4; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 13.

olmayan çalışma sonuçları, ancak (örneğin kâğıt, manyetik bant, bilgisayar disketi, kompakt disk, maket gibi) **maddî bir şey üzerinde** kendisini göstererek **süreklilik kazanmak koşulu** ile eser olarak nitelenebilir. Böyle maddî bir dayanak olmaksızın, eser var olamaz. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre²⁹, bir bütünlüğe sahip belirlenebilir bir çalışma sonucu, maddî bir şey üzerinde tecessüm etmese ve **geçici nitelikte olsa dahi** eser niteliğinde olabilir. Eser sözleşmesinin varlığı için, çalışma sonucunun maddî bir formda kendini göstermesi gerekmez; borçlunun taahhüdünün tarafların sözleşmeden beledikleri sonuca ilişkin olması yeterlidir³⁰.

Kanaatimizce, fikrî bir çalışmayı konu alan sözleşmeyi, bu çalışma iş sahibine maddî bir varlık üzerinde somutlaşmış biçimde sunulduğu takdirde eser sözleşmesi saymak, aksi takdirde vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirmek sunî bir ayırımdır. Örneğin bir sanatçı belirli bir tarihte düzenlenecek etkinlikte konser vermeyi taahhüt ettiğinde bunu vekâlet sözleşmesi saymak, sanatçı bir televizyon kanalında yayınlanmak üzere, yani banda alınacak biçimde konser vermeyi taahhüt ettiğinde ise, fikrî çalışma maddî bir şey üzerinde somutlaştığından ötürü bunu eser sözleşmesi olarak değerlendirmek yerinde değildir. **Fikrî eserlerin maddî bir varlık aracılığıyla dış dünyaya açıklanması** koşulunun aranmasının, özellikle çalışma sonucunun ne zaman gerçekleştiğinin tespitinde ve ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasında kolaylık sağlayacağı doğrudur. Ancak bu durum, maddî bir şey üzerinde somutlaşmayan fikrî çalışmaların eser sözleşmesinin konusu dışında tutulmasını

²⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 45; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4222; **CR-Chaix**, Art. 363 N 9; **Tandoğan**, Cilt II, s. 21; **Aral**, s. 320-321; **Yavuz**, s. 495; **Öz**, Dönme, s. 7; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 56.

²⁹ **BaK-Zindel/Pulver**, Vorbem. zu Art. 363-379, N 5; **BK-Koller**, Art. 363, N 71; **Zimmermann**, s. 2; **Engel**, Contrats, s. 434; **Werro**, Mandat, N 86; **Zevkililer/Havutçu**, s. 305; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 17; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 66.

³⁰ **Werro**, Mandat, N 86; **Werro/Haas**, s. 84.

gerektirmez. Esasen fikrî eser cismanî bir varlık üzerinde süreklilik kazanmadığı takdirde ayıplı olup olmadığının incelenmesinin yaratacağı zorluk, daha ziyade maddî hukuka değil, ispat hukukuna ilişkin bir meseledir. Örneğin verilen bir konserin ayıplı olup olmadığının bu konser kayıt altına alınmadığı takdirde nasıl inceleneceği meselesi, maddî hukuka değil, ispat hukukuna ilişkin bir meseledir. Ayrıca günümüzün ilerleyen teknolojisinde her türlü sanatsal veya sportif sunum veya gösterinin (örneğin, basit bir cep telefonu kamerasıyla dahi) kolayca kayıt altına alınabildiği gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır³¹. Katıldığımız görüşe göre önemli olan, maddî varlığı olmayan çalışma sonucunun maddî bir varlık üzerinde somutlaşarak dışa yansımaları değil, buradaki iş görme sonucunun kendi içinde bir bütün teşkil eden ve objektif olarak taahhüt edilebilir ve belli ölçüde belirlenebilir nitelikte bir sonuç olup olmadığıdır. İsviçre Federal Mahkemesi'nin³² ve Yargıtay'ın³³ görüşleri de bu yöndedir.

³¹ **BaK-Zindel/Pulver**, Vorbem. zu Art. 363-379, N 5.

³² BGE 112 II 41 = JdT 1986 I 253; BGE 109 II 34 = JdT 1983 I 266.

³³ Yarg. HGK., 18.11.2009 T., 2009/15-459 E., 2009/541 K.: “Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği görüşü gerek öğretide ve gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve **maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek** kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. (...) ücret karşılığı seyredilen **havai fişek gösterisi, kızak yarışı, bisiklet yarışı düzenlenmesi, sinemada film gösterilmesi**, şefiyle sözleşme yapılarak tutulan ve akitte kimlikleri belirtilmeyen, diğer çalgıcılarının ücretleri şef tarafından verilen bir **dans orkestrasının bir lokalde çalışması**, bir yarış atının eğitilmesi, bütün bu hallerde, maddi bir şey imalini veya böyle bir şeyin değiştirilmesini gerektirmeyen, fakat bir insan emeğinin tek bir bütün görüntüsünü taşıyan sonuçları karşısında bulunmaktadır. (...) Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arz eden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır.” (www.kazanci.com). Yargıtay bu kararda **her ne kadar önce** “maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla” **ifadesini kullanmışsa da**, kararda İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararlarına atıf yaparak eser sözleşmesine konu olabileceğini ifade ettiği **örneklerle bakıldığında** Yüksek Mahkeme'nin fikrî çalışmanın maddî bir varlıkta somutlaşmasını zorunlu görmediği anlaşılmaktadır. Zira havaî fişek gösterisi, kızak yarışı düzenlenmesi, sinema filmi gösterimi örneklerinde fikrî eser kendisini maddî bir varlıkta devamlı olarak göstermemektedir.

Sonuç olarak, maddî olmayan bir çalışma sonucunun, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmesi için, yüklenici tarafından **objektif olarak taahhüt edilebilir** olması ve **objektif esaslara göre belirlenebilir** olması aranmalıdır. Buna karşılık, bu fikrî çalışmanın cismanî varlığı olan bir şey üzerinde kendisini göstererek belli ölçüde maddîleşip maddîleşmediği, eser niteliğinin tespitinde belirleyici olmamalıdır. Örneğin özel öğretim sözleşmesi, doktor veya dişçi ile hasta arasında akdedilen özel tedavi sözleşmesi, avukatın bir davanın yürütülmesini üstlendiği sözleşme, bu edimlerin sonucu **objektif olarak taahhüt edilebilir olmadığı** için eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Buna karşılık, ivaz karşılığı taahhüt edilmiş olmak kaydıyla, tablo yapmak³⁴, mimarî bir plân veya proje hazırlamak³⁵, bilgisayar yazılımı hazırlamak³⁶, bir

³⁴ Yarg. HGK., 23.9.1998 T., 1998/15-585 E., 1998/607 K. (www.kazanci.com). İsviçre Federal Mahkemesi de sanat eserlerinin yaratılmasının eser sözleşmesine konu olabileceği görüşündedir. Örneğin, Federal Mahkeme, mozaik yapımına ilişkin bir sözleşmeyi eser sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. BGE 115 II 50=JdT 1989 I 351.

³⁵ BGE 119 II 428=JdT 1995 I 350; BGE 119 II 45=JdT 1994 I 221. **Perrin**, s. 16. Türk hukukunda da, mimarlık sözleşmelerinin bir türü olan ve yapıyla ilgili projelerin hazırlanması ve plânların çizimini de kapsamına alan **proje düzenleme sözleşmeleri**, eser sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. **Kaplan**, Mimarın Sorumluluğu, s. 71. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 11.2.1991 T., 2751 E., 526 K. (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 909-910). Buna karşılık, mimarın hem plân ya da proje çizdiği hem de yapının meydana getirilmesi işlerini yürüttüğü **tam mimarlık sözleşmesi** adı verilen sözleşmelerin hukukî niteliği tartışmalıdır. Bir görüşe göre bu sözleşme, mimarın plân veya projenin hazırlanması bakımından eser sözleşmesine, işlerin yönetimi bakımından ise vekâlet sözleşmesine özgü aslî edimi yüklediği karma bir sözleşmedir. **BK-Koller**, Art. 363, N 199; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 18; **Kuntalp**, Akit, s. 83; **Kaplan**, Mimarın Sorumluluğu, s. 106. İsviçre Federal Mahkemesi, bu sözleşmeleri **karma sözleşme** olarak nitelendirmektedir. BGE 127 III 543=JdT 2002 I 217; BGE 114 II 53=JdT 1988 I 360; BGE 109 II 462= JdT 1984 I 210. Yargıtay, bir kararında tam mimarlık sözleşmelerini bileşik sözleşme olarak nitelendirmiştir. Kanaatimizce, bu kararda karma sözleşme ve bileşik sözleşme kavramları birbirine karıştırılmış ve esasen karma sözleşme kastedildiği halde, sözleşme hatalı olarak bileşik sözleşme olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Yarg. 10. HD 22.01.1976 T., 1975/4935 E., 1976/1294 K. (YKD 1976 C. 2 S. 5, s. 678 vd.).

³⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 34. Yarg. 15. HD., 27.11.2007 T., 2006/6919 E., 2007/7568 K.: “Davalı yüklenici şirket tarafından yapılan bilgisayar yazılım programının davacı iş sahibi şirketin bilgisayarlarında bulunmadığı belirlenmiştir. Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde işin yapıldığını ve

arazinin ölçümünü yapmak³⁷, bilirkişi raporu veya bir konuda mütalaa yazmak³⁸, tercüme yapmak³⁹, nikâh törenini kameraya almak⁴⁰, estetik ameliyat yapmak⁴¹ gibi faaliyetler eser sözleşmesine konu olabilir. Öte yandan, sinemada film göstermek⁴², sportif bir etkinlik düzenlemek⁴³, müzikal veya tiyatro oyunu oynamak, konser

teslim edildiğini ispatlama yükümlülüğü yükleniciye aittir. Bilgisayar programı yazılımı davacı iş sahibine teslim edilmiştir.” (www.kazanci.com).

³⁷ BGE 109 II 34=JdT 1983 I 266.

³⁸ **Gauch**'a göre, hayatın normal akışı bilirkişiye belirli bir güven duymakla yetinmeyi değil, onun görüşünün içeriği bakımından belirli bir sonuca ulaşmasını beklemeyi gerektirir. Bu sebeple, bilirkişilik sözleşmesi eser sözleşmesi olarak nitelenebilir. Ancak, sadece bir tahminde bulunma veya karşı tarafa tavsiye verme mahiyetinde bir bilirkişilik, vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturabilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 331 vd. **Werro** ve **Haas**'a göre de, bilirkişinin entelektüel imkânlarını ortaya koyması normal olarak kendisinden beklenen sonuca ulaşmasına izin vereceği için bilirkişilik sözleşmesi eser sözleşmesi niteliğindedir. **Werro/Haas**, s. 85. İsviçre Federal Mahkemesi, sonucun objektif kıstaslara göre ölçülebilir olduğu özellikle teknik konulardaki bilirkişilik sözleşmelerini eser sözleşmesi olarak kabul etmektedir. BGE 127 III 328 = JdT 2001 I 254. Yargıtay da, fizibilite raporunun hazırlanmasını konu alan bir sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Yarg. 15. HD., 27.3.1978 T., 644 E., 640 K. (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 922). Bir hukukçunun hukukî bir konuda mütalâa vermeyi borçlanması halinde eser sözleşmesinin söz konusu olduğu yönünde, **Werro/Haas**, s. 86. Aksi görüşte: **Tandoğan**, Cilt II, s. 40-41. **Tandoğan**, belirli bir konuda hukukî mütalaa verilmesini, sonucun ortaya çıkmasının önceden teminat verilerek yüklenilmesi kıstasından hareketle değilse de, güven ilişkisinin ön plânda olduğu gerekçesiyle vekâlet sözleşmesi olarak değerlendirmektedir.

³⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 34; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4230.

⁴⁰ Yarg. 15. HD., 20.6.1989 T., 1742 E., 2970 K. (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 910-913).

⁴¹ Yarg. 13. HD., 5.4.1993 T., 1993/131 E., 1993/2741 K.: “Davada dayanılan maddi olgu, burnun estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinden böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir.” (**Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 907-909). Doktorun garanti edebileceği belirli bir sonucu hedefleyen **estetik ameliyatların** eser sözleşmesine konu olacağı yönde, **Werro/Haas**, s. 86. Aksi görüşte: **Gauch**, Werkvertrag, N 44; **Tandoğan**, Cilt II, s. 21. Bu yazarlara göre, doktorla hasta arasındaki güven ilişkisinden ötürü burada vekâlet sözleşmesi söz konusudur.

⁴² BGE 109 II 38= JdT 1983 I 268; BGE 80 II 34= JdT 1955 I 140.

⁴³ İsviçre Federal Mahkemesi'nin spor etkinliği düzenlenmesini eser sözleşmesi olarak nitelediği karar için, bkz. SJ 1972 518.

vermek⁴⁴ gibi maddî bir varlık üzerinde somutlaşmayan çalışmalar da, eser sözleşmesine konu olabilir.

B. Meydana Getirme

Eser sözleşmesinde karakteristik edim, eserin meydana getirilmesidir⁴⁵. Eserin meydana getirilmesi bir iş görme edimini gerektirir. Ancak yüklenici eser sözleşmesiyle yalnız iş görmeyi değil, iş görme sonucu ortaya çıkacak “belirli bir sonucu” meydana getirmeyi de borçlanır⁴⁶. Eser olarak ifade edilen bu sonuç, sadece **yeni bir şey oluşturarak** değil, **önceden mevcut olan bir şeyi değiştirerek, dönüştürerek, büyüterek, daha iyi bir hale getirerek, yenileyerek, kısaca ona yeni özellikler kazandırarak** da ortaya koyulabilir⁴⁷. Yeni bir şeyin üretilmesi (örneğin duvar yapımı, elbise dikimi, bina inşaatı) dışında, mevcut bir şey üzerinde gerçekleştirilen çalışma

⁴⁴ İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu tür etkinlikleri eser niteliğinde gördüğü kararı için bkz. BGE 112 II 41=JdT 1986 I 253. Yarg. HGK., 1.4.1992 T., 1992/15-74 E., 1992/224 K.: “eser (istisna) sözleşmesinde, BK'nun 364/1. maddesi uyarınca işin parası, teslim zamanında ödenir. (...)Sözleşmede de konser ücretinden 400 bin lira avans olarak ödendiği belirtilmiş, kalan ve dava edilen 1.850.000 liranın konserden önce ödeneceği kararlaştırılmıştır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 21.9.1977 T., 1977/1340 E., 1977/1649 K.: “Davayı kabul eden mahkeme, (G) ve arkadaşlarının 25.11.1973 Pazar günü 9.000 lira mukabili konser vermelerini ön gören tarihsiz sözleşmeyi, kararına dayanarak almıştır. (...) Bu durumda, (...) eser sözleşmesinden doğan hak ve borçların davalıya değil de dava dışı (G) ye ait olup olmadığı üzerinde durulmamış (...)” (www.kazanci.com).

⁴⁵ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 2; **Gauch**, Werkvertrag, N 7; **CR-Chaix**, Art. 363 N 2; **Öz**, Dönme, s. 3; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 6.

⁴⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 18; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4213; **Tercier**, Construction, N 595; **CR-Chaix**, Art. 363 N 2; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s.12.

⁴⁷ **Corboz**, FJS 458, s. 9-11; **Tercier**, Construction, N 595. BGE 130 III 458, SJ 2005 49. Yarg. 4. HD., 1.6.1978 T., 1978/2225 E., 1978/7342 K.: “(...) bozuk ya da delik bulunan bir yakıt kazanının tamiri işlemi, bir eser (istisna) sözleşmesinin konusunu teşkil eden bir husustur. Çünkü, Borçlar Kanununun 355. maddesinde deyimini bulunan eser sözleşmesinin en önemli unsurlarından olan meydana getirme yani, imal gerek doktrinde ve gerekse uygulamada geniş bir şekilde yorumlanmakta ve bu terim içine yeni bir eser yaratma kadar, mevcut bir eseri değiştirme veya tamirinin de girdiği kabul edilmektedir.” (**Kostakoğlu**, İnşaat-İmar-İhale, s. 919-921).

sonuçları (örneğin makine montajı, bahçe tanzimi, musluk tamiri) ile insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen çalışma sonuçları da (örneğin saç kesimi, manikür, pedikür yapımı) eser **meydana getirme** olarak değerlendirilebilir⁴⁸. Buna göre, eser meydana getirme kavramına montaj, tamir, temizleme, yenileme, denetleme⁴⁹, hatta yıkım faaliyetleri de dâhildir⁵⁰. Bir şeyin bir yerden başka bir yere götürülmesi ise eser sözleşmesinin değil, taşıma sözleşmesinin konusunu oluşturabilir⁵¹.

C. Bedel

Eser sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı nitelikte olan diğer unsuru, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi karşılığında bedel ödeme taahhüdünde bulunmasıdır⁵². Eser sözleşmesinden söz edebilmek için **bedel ödeme taahhüdü** zorunlu ise de, bedelin **miktarının belirlenmiş olması** zorunlu değildir⁵³. Eser sözleşmesi kurulurken iş sahibinin bedel borcu **götürü** biçimde kararlaştırılmış olabilir (BK m. 365). Taraflar iş sahibinin bedel ödeyeceğini kararlaştırdıkları halde, miktarını

⁴⁸ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 26-31; **BK-Koller**, Art. 363, N 62; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 3; **CR-Chaix**, Art. 363 N 2; **Tandoğan**, Cilt II, s. 24; **Aral**, s. 321-322; **Zevkliler/Havutçu**, s. 305; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 13-14.

⁴⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, yangın söndürme cihazlarının çalışıp çalışmadığının kontrolünün üstlenilmesini eser sözleşmesinin konusu olarak kabul ederek, denetim ve kontrol faaliyetini eser meydana getirme olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, yangın halinde yangın söndürücülerin düzgün çalışıp çalışmayacağını kontrol edilmesi, sonucu objektif olarak gözlenebilen ve garanti edilebilen bir faaliyettir. BGE 130 III 458, SJ 2005 49.

⁵⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 28-29; **Aral**, s. 322; **Öz**, Dönme, s. 8.

⁵¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 30; **Tandoğan**, Cilt II, s. 24; **Dürr**, Werkvertrag, s. 6; **Ergezen**, s. 34.

⁵² **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 4; **Gauch**, Werkvertrag, N 110; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4210 ve 4649; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 6.

⁵³ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 4; **Gauch**, Werkvertrag, N 110; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4649; **Tandoğan**, Cilt II, s. 24; **Aral**, s. 322; **Baygın**, s. 15; **CR-Chaix**, Art. 363 N 3. Kural olarak eser sözleşmesinin kurulması için bedelin miktarının kararlaştırılmış olması zorunlu değildir. Ancak taraflar, eserin bedelinin kesin olarak belirlenmesini sözleşmenin kurulması için subjektif bakımdan esaslı bir nokta haline getirmişlerse, bedelin miktarı kararlaştırılmadıkça, eser sözleşmesi kurulmuş olmaz. **Gauch**, Werkvertrag, N 384; **CR-Chaix**, Art. 363 N 3; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 6-7.

yaklaşık olarak belirledikleri veya **hiç** belirlemedikleri takdirde, iş sahibinin alacağı bedel, ileride ortaya çıkacak olan eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirlenir (BK m. 366)⁵⁴.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin **bedel** borcu, çoğu durumda bir miktar paradan ibarettir. Ancak iş sahibinin karşı edim olarak başka bir eser meydana getirmeyi üstlendiği durumlarda da, eser sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmektedir⁵⁵. Buna karşılık, iş sahibi karşı edim olarak bir taşınırın veya taşınmazın mülkiyetini nakletmeyi veya eser meydana getirme dışında bir iş görme edimini yerine getirmeyi taahhüt etmişse, ortada çift tipli karma bir sözleşme vardır⁵⁶.

⁵⁴ Eser sözleşmesindeki farklı münferit edimlerinin bir kısmının götürü, diğer kısmının ise yaklaşık olarak kararlaştırılmasına da engel yoktur. **Gauch**, Werkvertrag, N 1032 vd.; **Zeltner**, s. 5; **Ayan**, s. 31. Örneğin, imal edilecek bir makinenin parçalarının meydana getirilmesi için götürü ücret, montajı için yaklaşık ücret kararlaştırılmış olabilir.

⁵⁵ **Oser/Schönenberger**, Art. 363 N 9; **Gautschi**, Art. 363 N 9a; **Tandoğan**, Cilt II, s. 28; **Yavuz**, s. 497; **Yalçınduran**, s. 46-47. Bu yazarlara göre, eserin başka bir eserle değiştirilmesi durumunda, trampa sözleşmesi hükümleri değil, doğrudan eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Kanaatimizce de, iş sahibi yüklenicinin eser meydana getirme borcuna karşılık başka bir eser meydana getirmeyi üstlenirse, trampa sözleşmesi söz konusu değildir. Çünkü trampa sözleşmesinde taraflar birbirlerine bir veya birkaç şeyi teslim ve mülkiyeti nakil borcu altına girerler. Bu borçlar satım sözleşmesindeki karakteristik edimlerden ibarettir. Bu konuda bkz. **Yavuz**, s. 235-236. Trampada, bir şeyi meydana getirme borcu söz konusu değildir. Bu sebeple, sözleşmenin her iki tarafının da eser meydana getirme borcu altına girdiği sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak nitelenmesi yerindedir. Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinde, iş sahibinin bedel borcunun paradan ibaret olduğu durumların esas alınmış olması da, bu sonuca varmaya engel değildir.

⁵⁶ **Oser/Schönenberger**, Art. 363 N 9; **Gautschi**, Art. 363 N 9a; **Tandoğan**, Cilt II, s. 28; **Yavuz**, s. 497; **Öz**, Dönme, s. 2; **Baygın**, s. 16. İş sahibinin borçlandığı edim, bir taşınır veya taşınmazın mülkiyetinin nakliyse satım sözleşmesinin karakteristik edimi; eser meydana getirmekten başka bir iş görme borcu ise örneğin, hizmet ya da vekâlet sözleşmesinin karakteristik edimidir. Yüklenicinin taahhüt ettiği eser sözleşmesinin karakteristik edimi olan eser meydana getirme edimi karşısında, iş sahibinin üstlendiği karşı edim bir başka sözleşmenin karakteristik edimi olduğundan çift tipli karma bir sözleşme söz konusu olur. Çift tipli karma akitler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuntalp**, Akit, s. 81. Yüklenicinin arsa sahibinin arsası üzerine bağımsız bölümler inşa etme taahhüdü karşılığında, arsa sahibinin arsanın belirli paylarının mülkiyetini yükleniciye devretme borcu altına girdiği sözleşmelere arsa payı karşılığı inşaat

D. Anlaşma

Eser sözleşmesi, tarafların sözleşmenin **objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları** üzerinde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmaları ile kurulur. Böylece tarafların eser sözleşmesinin esaslı noktaları üzerinde anlaşma sağlamış olması, eser sözleşmesinin diğer bir unsuru olarak karşımıza çıkar. Eser sözleşmesinde tarafların üzerinde anlaşmaları gereken objektif bakımdan esaslı noktalar, meydana getirilecek olan **eser** ve bu meydana getirme faaliyetinin **ivazlı karakteridir**⁵⁷. Sözleşmeye konu olan eserin ana hatları ile belirlenmiş olması veya belirlenebilir olması yeterli olup, tam olarak belirlenmiş olması zorunlu değildir⁵⁸.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

Eser sözleşmesinin tarafları, bir eser meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden yüklenici ile bunun karşılığında bedel ödemeyi üstlenen iş sahibidir.

A. Yüklenici

Yüklenici (müteahhit), eser sözleşmesinde eseri meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden kişidir. Hak ehliyetine sahip olmak koşuluyla gerçek veya tüzel kişiler ya da bunlardan oluşan kişi toplulukları, eser sözleşmesinde yüklenici konumunda olabilirler⁵⁹. Yüklenicinin tacir olması, ticaret siciline kayıtlı olması veya eseri ticarî

sözleşmeleri denir. Bu sözleşmeler, sözleşmede iş sahibi satım sözleşmesinin, yüklenici ise eser sözleşmesinin karakteristik edimini yerine getirmeyi taahhüt ettiğinden, çift tipli karma sözleşme niteliğindedir. **Yavuz**, s. 558; **Erman**, İnşaat, s. 1ve 6; **Öz**, Dönme, s. 2.

⁵⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 380-381; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 432; **CR-Chaix**, Art. 363 N 12; **Aral**, s. 323; **Karataş**, s. 32.

⁵⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 382; **CR-Chaix**, Art. 363 N 12.

⁵⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 10; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4322; **CR-Chaix**, Art. 363 N 10; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 23 Birden çok tüzel kişinin, aralarında bir adı ortaklık sözleşmesi kurarak, bizihi tüzel kişiliği olmayan bu ortaklık çerçevesinde yüklenici veya iş sahibi konumunda bulunmaları da mümkündür. **Gauch**, Werkvertrag, N 10.

amaçla meydana getirmesi önemli değildir⁶⁰. Ancak yüklenicinin, hizmet akdinin tarafı olan işçinin durumundan farklı olarak, sözleşmenin karşı tarafı ile bağımlılık ilişkisi içinde olmaması, karşı taraftan bağımsız iş görmesi gerekir⁶¹.

Eser sözleşmesinde eser meydana getirme borcu altına giren **birden çok yüklenici** bulunabilir. Bu yüklenicilerin her biri ile iş sahibi arasında şahsî bir ilişki olabileceği gibi, yükleniciler ortak girişim veya konsorsiyum çatısı altında eserin imalini birlikte de üstlenebilirler⁶². İş sahibi tek bir işi kısımlara ayırıp, her kısmı ayrı ayrı akdettiği eser sözleşmeleri ile başka bir yükleniciye yaptırabilir⁶³. Örneğin iş sahibi, bir iş makinesinin elektronik aksamını bir yükleniciye, kasasını başka bir yükleniciye, boyama işini bir başka yükleniciye bunların her biri ile akdettiği ayrı eser sözleşmeleri ile yaptırabilir. Bu durumda her bir yüklenicinin iş sahibi ile kurduğu eser sözleşmesi birbirinden bağımsızdır⁶⁴. Yan yüklenicilerden hiçbiri diğer bir yan yüklenicinin borcundan sorumlu değildir⁶⁵.

Birden çok yüklenicinin bir ortak girişim veya konsorsiyum çatısı altında bir araya gelerek eser meydana getirmeyi birlikte taahhüt etmeleri de mümkündür. Uygulamada özellikle köprü veya baraj yapımı gibi büyük çaplı inşaat işlerinde bu duruma sıklıkla rastlanmaktadır. **Joint venture (ortak girişim)** kavramı, “hukuken ve ekonomik olarak bağımsız iki ya da daha çok sayıda gerçek veya tüzel kişinin, belirli bir

⁶⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 11; **CR-Chaix**, Art. 363 N 10.

⁶¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 11; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4251; **Tandoğan**, Cilt II, s. 36.

⁶² **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4323; **Tandoğan**, Cilt II, s. 96; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 23.

⁶³ Bu durumda, yüklenicilerin her biri bir diğeri karşısında **yan yüklenici** (Nebenunternehmer) konumunda bulunmaktadır. **BK-Koller**, Art. 363, N 205; **Scherrer**, N 50; **Gauch**, Werkvertrag, N 219; **Ayan**, s. 28.

⁶⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 219; **Öz**, İnşaat, s. 47.

⁶⁵ **Öz**, İnşaat, s. 47.

iş gerçekleştirmek yoluyla kazanç elde etmek maksadı ile malvarlığı, para, bilgi, beceri gibi katkılarını, bir sözleşme çerçevesinde bir araya getirerek oluşturdukları ve işin risklerini ortakların her birinin müteselsilen sorumluluk altına girerek üstlendiği, tüzel kişiliği olan veya olmayan ortaklık” olarak tarif edilmektedir⁶⁶. Eser sözleşmesi uygulamasında ortak girişimlerin iş ortaklıkları çerçevesinde imalât veya inşaat taahhüdünde bulunmaları sıkça rastlanan bir durumdur. **İş ortaklığı**, adî ortaklık niteliğinde olan ve buna bağlı olarak tüzel kişiliği bulunmayan sözleşmeye dayalı ortak girişimlerin özel bir türüdür⁶⁷. **İş ortaklığında** ortaklar, iş sahibine karşı işin tamamının

⁶⁶ **Barlas**, Adî Ortaklık, s. 237; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 151, 153; **Dayınlarlı**, Joint Venture, s. 53; **Kaplan**, Joint Venture, s. 6. Bu tür ortaklıklar, sözleşmeye dayalı joint venture (contractual joint venture) ve sermayeye katılmalı joint venture (equity joint venture) olmak üzere iki kategoriye ayrılmaktadır. Birinci türün özelliği tek bir işin icrası için kurulması ve hukuken bir adî ortaklık olması iken, ikinci tür joint venture kendi malvarlığı bulunan ve kural olarak ticaret ortaklığı şeklinde ortaya çıkan bir ortaklıktır. **Tekinalp/Tekinalp**, s. 151, 156; **Dayınlarlı**, Joint Venture, s. 58. Yarg. HGK., 8.10.2003 T., 2003/12-574 E., 2003/564 K.: “Joint venture hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 23.6.2005 T., 2004/3211 E., 2005/3782 K.: “Davada 28.6.1996 tarihli eser sözleşmesine dayanılmıştır. Buna göre işi yaptıran davalı belediye, yüklenici ise davacı (D.Şehircilik İnş. Müt. San. ve Tic. Ltd. Şti.) ile dava dışı (Klas İnş. Taah. ve Tic. Ltd. Şti.) dir. Bu iki şirket, ortak girişim beyannamesi düzenlemek suretiyle ihaleye birlikte girmişler ve işi ortak girişim sıfatıyla üstlenmişlerdir. (...) Ortak girişim (joint venture) hukuken adî şirket hükümlerine tabi olup ortak girişim adına açılacak davaların görülebilmesi için davanın ortaklığı teşkil eden tüm şerikler tarafından birlikte açılması veya davayı açan ortağa sözleşmeden doğan hakların temlik edilmesi ya da açılan davaya muvafakat verilmesi gerekir.” (www.kazanci.com).

⁶⁷ İş ortaklıkları 5520 s.lı **Kurumlar Vergisi Kanunu’nda** sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadî kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler gibi Kanun’da sayılmış kurumların “kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belirli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklar” olarak tanımlanmıştır (KVK m. 2 b. 7). Bu maddede kullanılan “yüklenmek” deyiminin, eser sözleşmesini ifade ettiği kabul edilmektedir. Buna göre, Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde öngörülmüş olan iş ortaklığı konuları da, eser sözleşmesinin konusunu teşkil edebilir. **Tekinalp/Tekinalp**, s.158.

yerine getirilmesinden müteselsilen sorumludurlar⁶⁸. Örneğin birden çok yüklenici iş ortaklığı çatısı altında bir metro inşaatı yapmayı üstlendiklerinde, iç ilişkide tünel kazmayı üstlenen yüklenici kendi işini vaktinde tamamlamakla borcunu yerine getirmiş olmayacak, elektronik aksamı döşemeyi üstlenen yüklenicinin üstlendiği işi geciktirmesi sonucunda metro inşaatının teslimi gecikirse bu gecikmeden ötürü iş sahibine karşı o da müteselsilen sorumlu olacaktır.

Öte yandan, yüklenicilerin işin tamamından müteselsilen sorumlu oldukları iş ortaklıklarından farklı olarak, birden çok yüklenici, işin sadece bir bölümünden sorumlu olmayı da yeğleyebilir. Uygulamada böyle bir yolu tercih eden yükleniciler konsorsiyum oluşturarak eser yapımını üstlenmektedirler. Konsorsiyumlar da hukuken adî ortaklık niteliğindedir⁶⁹. **Konsorsiyumda**, iki veya daha fazla gerçek ya da tüzel

⁶⁸ **Tekinalp/Tekinalp**, s. 161. Birden çok yüklenicinin müşterek olarak bir eserin meydana getirilmesini taahhüt ettiği bu tür durumlarda, her bir yüklenici, eserin tamamlanarak teslimi borcunun ifası bakımından diğer yüklenicilerin BK m. 100 anlamında yardımcı kişisi sayılır. Bu tür sözleşmelerde, yüklenicilerin sadece diğer yüklenicilerin değil, aynı zamanda onların istihdam ettiği kimselerin davranışlarından dolayı da sorumlu olduğu kabul edilmektedir. **Gauch**, Werkvertrag, N 248; **Tandoğan**, Cilt II, s. 99; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 60.

⁶⁹ **Chaix**, Sous-traitance, s. 52; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 163; **Tandoğan**, Cilt II, s. 98; **Barlas**, Adî Ortaklık, s. 232. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 15.HD., 13.6.2006 T., 2006/2404 E., 2006/4411 K.: “ (...) davalı Tüpraş ile imzalanan sözleşme BK.nun 355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi niteliğinde olup bu sözleşmenin bir tarafı işveren olarak (Tüpraş), diğer tarafı ise (davacı GURİŞ ile davalı LG)dan oluşan yüklenici konsorsiyumdur. Konsorsiyumu teşkil eden bu şirketler arasındaki ilişki ise BK'nun 520 vd. maddelerinde tanımlanan adi ortaklıktan ibarettir. Adi şirket (ortaklığın) hükmi şahsiyeti mevcut değildir. Bu ortaklığın taraf olduğu sözleşmelerden doğan ihtilaflarda kural olarak adi ortaklığı oluşturan bütün ortakların birlikte hareket etmeleri zorunludur. Şüphesiz sözleşmelerinde buna rağmen başka temsil hükümleri konulabilir. Yönetici ortak tayin edilmiş ise diğer ortaklardan alınmış bir yetki varsa, kendisine özel yetki verilen yönetici ortak, adi ortaklık adına değil ancak temsilcisi bulunduğu diğer ortaklar adına vekil tayin edebilir ve ortaklar adına dava açtırabilir.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 18.2.2005 T., 2004/5384 E., 2005/866 K.: “Dosyada mevcut 23.11.1988 tarihli (İskenderun - Divriği Demiryolu Elektrifikasyon Projesi Sözleşmesi) işveren TCDD ile, konsorsiyumu teşkil eden şirketler, Societé de Construction de Lignes Electriques, GTM Entrepose

kişi, belirli bir işi gerçekleştirmek amacıyla, her bir ortak diğer ortaklardan bağımsız olarak işin sadece bir bölümünün ifasından sorumlu olmak üzere katkılarını birleştirmektedir⁷⁰. Örneğin baraj inşaatının konsorsiyum oluşturularak üstlenildiği bir durumda, cebri boru imalatını üstlenen yüklenici, kendi üstlendiği imalatı zamanında tamamladığı takdirde, türbin imalatı ve montajını üstlenen yüklenicinin işi geç tamamlamasından ötürü barajın teslimi gecikirse, bu gecikmeden ötürü iş sahibine karşı sorumlu olmaz. Buna göre, yükleniciler iş sahibine karşı her biri işin tamamından sorumlu olmayı taahhüt ettikleri takdirde, bu yükleniciler konsorsiyum adı altında toplanmış olsalar dahi, esasen ortada teknik anlamda bir konsorsiyum değil, sözleşmeye dayalı bir ortak girişim (joint venture) ya da yalın bir adî ortaklık ilişkisi vardır⁷¹.

Kamu ihale sözleşmelerinde kimlerin yüklenici olabileceği ise şu şekilde özetlenebilir: 4734 s.lı **Kamu İhale Kanunu**'nda, kamu ihale sözleşmelerinde idarenin karşı âkidi durumundaki tedarikçi, hizmet sunucusu ve yapım yüklenicilerinin “gerçek veya tüzel kişi veya bunların oluşturdukları **ortak girişimler**” olabileceği ifade

Electricité, Sofrerail, Techniphone, STFA Enerji Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş. arasında imzalanmıştır. (...) Konsorsiyum ortakları arasında BK'nun 520 ve devamı maddelerinde düzenlenen adî şirket hükümleri caridir. Adî şirketin yani konsorsiyumun, hükmî şahsiyeti bulunmadığından, konsorsiyum tarafından açılacak davalarda bütün ortakların yer alması veya aleyhine açılan davada da ortakların tümünün davalı olarak gösterilmesi zorunludur.” (www.kazanci.com).

⁷⁰ **Tekinalp/Tekinalp**, s. 162; **Barlas**, Adî Ortaklık, s. 244.

⁷¹ **Barlas**, Adî Ortaklık, s. 224-225 ve oradaki dn. 116. Ancak bazı Yargıtay kararlarında yüklenicilerin işin tamamından sorumlu olmayı üstlendiği yapılanmalar da hatalı olarak konsorsiyum olarak nitelendirilmiştir. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 26.5.1997 T., 1997/1680 E., 1997/2741 K.: “Taraflar arasında düzenlenen 12.12.1985 tarihli sözleşme ile 380 kilovatlık Keban-Kangal iletişim hattı imalat ve montaj işleri davacı A.Ş. ile diğer davalı Ş.B.nin müştereken kurdukları konsorsiyuma ihale olunmuştur. Davacılar arasındaki konsorsiyum protokolünde, imalatın Anonim Şirket ve montajın ise Ş. tarafından yapılacağı belirtilmiş ise de, sözleşmenin 1. maddesinde şirket ile Ş. birlikte konsorsiyum "yüklenici" olarak nitelendirilmişler ve sözleşmenin eklerinde yer alan çeşitli hükümlerde de konsorsiyumun işin tümünden birlikte sorumlu olacağı vurgulanmıştır.” (www.kazanci.com).

edilmiştir (KİK m. 4). Bu Kanun'da ortak girişimler, "İhaleye katılmak üzere birden fazla gerçek veya tüzel kişinin aralarında yaptıkları anlaşma ile oluşturulan iş ortaklığı veya konsorsiyumlar" olarak tanımlanmaktadır (KİK m. 4). Kanuna göre, **iş ortaklıklarında**, ortaklık üyeleri işin tümünü birlikte yapmak üzere bir araya gelir ve üyelerin her biri taahhüdün yerine getirilmesinden iş sahibi konumundaki idareye karşı müştereken ve müteselsilen sorumludur. Buna karşılık, **konsorsiyumda**, üyelerin her biri işin kendi uzmanlık alanına giren kısmını yapmak üzere birleşir ve her bir üye iş sahibi durumundaki idareye karşı işin belirli bir kısmını taahhüt eder (KİK m. 14)⁷². Sonuç olarak, kamu ihaleleri sonucunda idarenin iş sahibi taraf olarak akdettiği eser sözleşmeleri bakımından da yüklenici, gerçek veya tüzel kişi ya da bunlardan oluşan bir iş ortaklığı yahut konsorsiyum olabilir.

B. İş Sahibi

İş sahibi, eser sözleşmesinde ödemeyi taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eserin meydana getirilmesi işini karşı tarafa tevdi eden, gerçek veya tüzel kişi ya da bunlardan oluşan kişi topluluğudur⁷³. Tüzel kişi durumundaki iş sahibi, bir özel hukuk tüzel kişisi

⁷² Kamu İhale Kanunu'nun 4. maddesinde, konsorsiyum da ortak girişimin (joint venture'in) bir türü olarak düzenlenmiştir. Oysa doktrinde pek çok yazar tarafından benimsenen tanıma göre, joint venture'da ortaklar alacaklılara karşı işin tamamından müteselsil olarak sorumludurlar. Bizim de benimsediğimiz bu tanım doğrultusunda konsorsiyumda ortakların iş sahibine karşı sadece işin bir kısmından veya belirli kısımlarından sorumlu olmasından, yani ortakların müteselsil sorumluluğunun bulunmamasından ötürü, konsorsiyum, iş ortaklığından farklı olarak, bir joint venture türü değildir; joint venture'dan ayrı bir kavramdır. Bkz. **Barlas**, Adî Ortaklık, s. 244; **Tekinalp/Tekinalp**, s. 162.

⁷³ **Gauch**, Werkvertrag, N 10; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4313; **CR-Chaix**, Art. 363 N 10; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 31.

olabileceği gibi, kamu hukuku tüzel kişisi de olabilir⁷⁴. Bu son durumda, eser sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir⁷⁵ ve özel hukuk hükümlerine tâbidir⁷⁶.

Yüklenici, işi şahsen yapma zorunluluğu bulunmayan durumlarda, bir başka yüklenici ile alt eser sözleşmesi akdedebilir. Bu alt sözleşmede yüklenici, alt yüklenici karşısında “iş sahibi” konumundadır⁷⁷.

III. ESER SÖZLEŞMESİNİN ŞEKLİ

Eser sözleşmesinin geçerliliği, kural olarak kanun tarafından herhangi bir şekil şartına tâbi tutulmuş değildir (BK m. 11 f. 1). Dolayısıyla tarafların sözleşmeyi kuran irade açıklamaları yazılı veya sözlü, açık veya örtülü olabilir⁷⁸. Ancak taraflar

⁷⁴ **CR-Chaix**, Art. 363 N 10; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 31-32.

⁷⁵ Bir görüşe göre, Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan ihaleler sonucunda akdedilen yol, köprü, baraj, bina yapımı gibi bayındırlık sözleşmeleri, doğrudan bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin olduklarından, **idarî sözleşme** olarak nitelenmelidir. **Gözler**, s. 386. Buna karşılık, bizim de katıldığımız doktrindeki hâkim görüşe göre, Kamu İhale Kanunu’na göre yapılan kamu ihaleleri neticesinde 4735 s.lı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda öngörülen düzenlemeler doğrultusunda akdedilen mal veya hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin sözleşmeler, idarenin **özel hukuk sözleşmeleri** olarak kabul edilmelidir. İdarî uygulamalar ve yerleşik yargı kararları da bu yöndedir. Zaten, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’nda yer alan bazı ifadelerden de bu Kanun kapsamında kurulan sözleşmelerin, idarî sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir” (KİSK m. 4) ve “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” (KİSK m. 36) ifadeleri bu cümledendir. **Günday**, s. 179, 190; **Gözübüyük/Tan**, s. 596.

⁷⁶ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4319; **CR-Chaix**, Art. 363 N 10.

⁷⁷ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4313; **Tandoğan**, Cilt II, s. 82; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 27; **Yalçınduran**, s. 24.

⁷⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 406; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4357; **CR-Chaix**, Art. 363 N 14; **Tandoğan**, Cilt II, s. 28-29; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 21; **Aral**, s. 323; **Yavuz**, s. 498. Ancak eser sözleşmesi geçerlilik şekline tâbi olmasa dahi, önemli bir tutara ilişkin olduğu takdirde, ispat kolaylığı sağlaması bakımından sözleşmenin içeriğinin yazılı olarak belirlenmesinde yarar vardır. Bu takdirde şekil ispat şekli mahiyetindedir. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4357; **Yavuz**, s. 498; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 47.

sözleşmenin kurulmasını iradî olarak bir şekle tâbi kıldıkları takdirde, bu şekil karine olarak geçerlik koşuludur ve eser sözleşmesi bu şekle uyulmadıkça geçerli olarak kurulmuş olmaz (BK m. 16 f. 1)⁷⁹. Eser sözleşmesinin kanunen şekle tâbi kılındığı bazı durumlar da mevcuttur. Örneğin 4734 s.lı Kamu İhale Kanunu kapsamında yapılan bütün ihalelerin idare tarafından hazırlanan sözleşmeye bağlanması ve bu sözleşmenin ihale yetkilisi ve yüklenici tarafından imzalanması mecburiyeti bulunmaktadır (KİK m. 46)⁸⁰. Bu sebeple, bu Kanun kapsamına giren eser sözleşmelerinin de, söz konusu yazılı şekle uyularak kurulması gerekir.

İş sahibinin “tüketici” konumunda olduğu ve 4077 s.lı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren eser sözleşmeleri bakımından da bu Kanun’da bazı tüketici sözleşmeleri için öngörülmüş olan nitelikli yazılı şekil şartına uyma zorunluluğu söz konusu olabilir⁸¹. Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay, eser sözleşmelerinin TKHK anlamında tüketici sözleşmesi olamayacağı görüşündedir⁸².

⁷⁹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 241; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 69.

⁸⁰ Kamu İhale Kanunu’na göre, “ihale dokümanında aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin notere tescili veya onaylanması zorunluluğu yoktur” (KİK m. 46).

⁸¹ Eser sözleşmesi, TKHK anlamında bir malın meydana getirilerek teslimini konu alıp, aynı zamanda taksitle, kampanya çerçevesinde veya kapıdan hizmet biçiminde gerçekleşebilir. Böyle bir eser sözleşmesi TKHK kapsamında bir tüketici sözleşmesi ise, sözleşmenin (TKHK m. 6/A, m. 7 veya m. 8 gereği) bu kanunda yer alan asgarî bilgileri içermesi ve yazılı şekilde yapılması zorunludur. **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 309. Bu maddelerde öngörülen nitelikli yazılı şekil şartı, bizim de katıldığımız görüşe göre, geçerlilik şartıdır ve uyulmaması sözleşmenin geçersizliğine sebep olur. Bu görüşte: **Aslan**, s. 350-351, 367, 446. Aksi görüşte: **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 177-178. Bu yazarlara göre, TKHK’da bazı tüketici sözleşmeleri için öngörülmüş olan nitelikli yazılı şekil geçerlilik şartı değil, bir ispat şartıdır. Kanaatimizce bu konuda, BK m. 11 f. 2’de düzenlenen kanun hükmünde öngörülen şeklin ispat şartı olduğu kanun tarafından belirtilmedikçe geçerlilik şekli olduğu kuralı göz önünde tutulmalıdır. Bu konuda bkz. ayrıca **Altaş**, Şekle Aykırılık, s.70. Bu itibarla, ispat şartı olduğu doğrultusunda bir hüküm getirilmeksizin TKHK’un emredici nitelikteki maddeleri ile öngörülmüş olan nitelikli yazılı şekil şartının da, bir geçerlilik şartı olduğu görüşü daha isabetlidir. Gerçekten de, yüklenicinin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliği ileri

Yüklenicinin aynı zamanda taşınmaz mülkiyetini devir borcu altına girdiği eser sözleşmelerinin geçerliliği de, sözleşmenin resmî şekilde yapılmasına bağlıdır (MK m. 706, Tapu Kanunu m. 26). Bu durumun tipik örneğini yüklenicinin kendi malik olduğu arsa üzerinde inşaat yapıp iş sahibine teslim etmeyi taahhüt ettiği eser sözleşmeleri oluşturur⁸³.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, arsa sahibi konumundaki iş sahibi, bir taşınmaz olan arsa payını yükleniciye devretme borcu altına girmekte, dolayısıyla sözleşmenin içeriğinde taşınmaz satış vaadi unsuru da bulunmaktadır. Bu sebeple bu sözleşmeler resmî geçerlilik şekline tâbidir (BK m. 213, MK m. 706, Tapu K. m. 26, Noterlik K. m. 60)⁸⁴. Resmî şekli gerçekleştirecek makam kural olarak tapu sicil

sürme hakkının iş sahibi konumundaki tüketici aleyhine sonuçlar doğurma tehlikesi varsa da, bu tehlikenin hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bertaraf edilmesi mümkündür.

⁸² Yarg. HGK., 24.9.2003 T., 2003/15-498 E., 2003/493 K.: “4077 sayılı Yasa'nın 4. maddesi kapsamında da sıklıkla satın alma tabiri kullanılmaktadır. Bu maddede mal ve hizmetler açısından bir ayırım yapılmaksızın "satış", "satıcı", "satın alınan" ifadeleri ile nihai tüketici olarak satın alanın ayıplı mal ve hizmet alımına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. (...) eser sözleşmesinden kaynaklanan eldeki davada 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu olmadığından (...)” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 21.6.2005 T., 2004/6033 E., 2005/3701 E.: “4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/e bendinde "tüketici bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Burada, yasanın daha çok bir mal veya hizmeti satın alarak onu günlük yaşamında tüketen kişiyle ilgilendiği ve bu tüketiciyi korumayı amaçladığı kabul edilmelidir. Zira yasa koyucunun amacı genişletilirse üst düzey teknoloji ile gerçekleştirilen eser sözleşmesi ilişkilerinin dahi yasa kapsamında kaldığının ve buna ilişkin ortaya çıkacak uyumsuzlıklara da Tüketici Mahkemesinde bakılması gerektiğinin kabulü icap eder.” (www.kazanci.com).

⁸³ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4359; **CR-Chaix**, Art. 363 N 15; **Aral**, s. 323; **Yavuz**, s. 498.

⁸⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi daha önce de belirttiğimiz üzere karma sözleşme niteliğindedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, sözleşmenin içeriğindeki taşınmaz devri taahhüdü sebebiyle, sözleşmenin tümünün resmî şekilde yapılması gerekir. Diğer bir deyişle, kural olarak tek başına resmî şekle tâbi olmayan yüklenicinin inşaat yapma borcunun, bu karma sözleşmede resmî şekilde düzenlenecek olan sözleşme içinde yer alması gerekir. **Tandoğan**, Cilt II, s. 29; **Aral**, s. 32 4; **Yavuz**, s. 564; **Zevkliler/Havutçu**, s. 309; **Erman**, İnşaat, s.15. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. **Yavuz**, s. 564 dn 32'de zikredilen kararlar. Aksi görüşte: **Oğuzman/Öz**, s. 125-126; **Öz**, Dönme, s. 2 dn. 5; **Öz**, İnşaat, s. 19; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 154. Bu yazarlara göre, bu sözleşmenin sadece arsa

müdürleri olmakla birlikte, Noterlik K. m. 60 ile noterler de taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenlemeye yetkili kılınmıştır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri taşınmaz satış vaadi unsurunu içerdiğinden ötürü, noterde düzenleme biçiminde de kurulabilir⁸⁵.

Belirtmek gerekir ki HUMK m. 288 gereği değeri belirli meblağı aşan hukukî işlemlerin yazılı delille ispatı gerekmektedir. Bu miktarı aşan değerdeki eser sözleşmelerinin yazılı olarak akdedilmeleri, bu sözleşmeler herhangi bir geçerlik şekline tâbi olmasalar dahi, ispat bakımından sağlayacağı kolaylıktan ötürü tavsiye edilebilir⁸⁶.

sahibinin arsa payının mülkiyetini devir taahhüdünü içeren kısmı resmî şekle tâbidir. Buna karşılık, eser sözleşmeleri kural olarak şekle tâbi olmadığından, yüklenicinin inşaat (eser) meydana getirme edimi herhangi bir şekle bağlı olmaksızın taahhüt edilebilir. Yine bu görüşe göre, karma sözleşmelerde, şekle tâbi sözleşmenin karakteristik edimini ihtiva eden bölümü bakımından şekil şartına uyulması yeterlidir. **Oğuzman/Öz**, s. 125-126; **Öz**, Dönme, s. 2 dn. 5; **Öz**, İnşaat, s. 19; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s. 154.

⁸⁵ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 292; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 106; **Aral**, s. 32 4; **Yavuz**, s. 564-565; **Zevkliler/Havutçu**, s. 309. Yarg. 15. HD., 14.4.2008 T., 2007/1276 E., 2008/2431 K.: “Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, Medenî Kanun'un 706., Borçlar Kanunu'nun 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 20.6.2005 T., 2004/5863 E., 2005/3676 K.: “Yanlar arasındaki uyumsuzluk kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nevi eser sözleşmeleri mülkiyeti nakil (pay devri) borcunu içerdiğinden MK.nun 706, BK.nun 213, Tapu Kanununun 26 ve Noterlik Kanununun 60. maddeleri uyarınca sözleşmenin Tapu Sicil Müdürlüğünde veya Noter'de düzenleme biçiminde yapılması zorunludur.” (www.kazanci.com).

⁸⁶ 01.01.2010 tarihi itibarıyla senetle ispat sınırı 550 TL.dir. Yarg. 15. HD., 31.10.1984 T., 1984/1631 E., 1984/3266 K.: “Kural olarak bir şey ortaya çıkarma, imal etme, husule getirme olan eser sözleşmesi Borçlar Kanunumuzda belli bir şekle tabi tutulmamıştır. (...) HUMK.nun değişik 288. maddesi hükmünce; bir hakkın doğumu, düşürülmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri beş bin lirayı geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu maddede öngörülen şekil, geçerlik şekli değil, usul hukuku yönünden konulmuş ispat şeklidir. İspat şeklinin zorunluluğu nedeni ile hukuki işlemlerin kural olarak tanık sözleri ile ispatı

IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesi sözleşmedeki edimler arasındaki ilişki, sözleşmenin kurulması için tarafların bu konudaki irade beyanlarının yeterli olup olmadığı, ivazlı olup olmadığı ve ifa süresi gibi değişik açılardan hukukî olarak nitelendirilebilir.

A. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Bir Sözleşme Olması

Bir sözleşmenin her iki tarafı da aslî edim borcu altına giriyor ve tarafların aslî edimleri birbirinin sebebini ve karşılığını teşkil ediyorsa, bu sözleşme edimler arasındaki ilişki bakımından tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁸⁷. Eser sözleşmesinde, tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları iki aslî edim olan yüklenicinin eseri meydana getirerek teslim etme borcu ile iş sahibinin bedel ödeme borcu birbirinin sebebini ve karşılığını oluşturur. Bu sebeple eser sözleşmesi, tarafların yükledikleri edimler bakımından **tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler** grubuna dâhildir⁸⁸.

olanağı da yoktur. Ne var ki, Usul Kanunumuzda anılan bu ana kurala ayırık hükümler de mevcuttur. (...) Yalnız tanıkla ispat yasağına ayırık hallerden biri de Usulün 293. maddesinin 4. bendinde yer almıştır. Bir başka deyimle anılan Usul Kanunu'nun 293/4. maddesinde açıklanan durumun varlığı halinde de ayırık olarak tanık dinlenmesine imkân tanınmıştır. Anılan hüküm gereğince (Halin icabına ve iki tarafın vaziyetlerine nazaran senede zaptı müteamil olmayan muamelelerde) tanık dinlenmesi mümkün olmaktadır. Bu hükmün sonucu olarak, bir bölgede halin gereklerine, tarafların durumlarına göre herhangi bir hukuki işlemin devamlı olarak senede bağlanmamasının adet haline gelmesi ve bu hususun zaman içinde herkesçe uyulmak suretiyle kararlı bir nitelik kazanmış bulunması ve aynı zamanda kamuoyu tarafından da belirtilen teamüle inanılmış olması takdirinde tanık dinlenebilir.” (Karahasan, İnşaat-İmar-İhale, s. 938-939).

⁸⁷ Oğuzman/Öz, s. 41-42; Eren, Borçlar Genel, s. 194-195.

⁸⁸ Gauch, Werkvertrag, N 7; Tercier, Contrats spéciaux, N 4207; CR-Chaix, Art. 363 N 6; Eren, Borçlar Genel, s. 194; Aral, s. 316; Yavuz, s. 497 ve 499; Şenocak, s. 5; Altaş, Eserin Telef Olması, s.49.

B. Rızaî Bir Sözleşme Olması

Sözleşmenin kurulması ve hüküm doğurması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmasının yeterli olduğu sözleşmeler rızaî, bunun için tarafların uygun irade beyanlarının yeterli olmayıp ayrıca eşyanın tesliminin de gerektiği sözleşmeler ise, real sözleşmelerdir⁸⁹. Eser sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması için, yüklenicinin ve iş sahibinin sözleşmenin kurulması yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları yeterlidir. Bunun için ayrıca eserin teslimi gerekmediğinden, eser sözleşmesi rızaî bir sözleşmedir⁹⁰.

C. İvazlı Bir Sözleşme Olması

Sözleşmeler, borçlunun bir karşı edim elde etmek üzere borçlanıp borçlanmadığına göre, ivazlı ve ivazsız sözleşmeler olmak üzere ikiye ayrılır⁹¹. Eser sözleşmesinin kanunî tanımında da belirtildiği üzere yüklenici, ivaz karşılığı eser meydana getiren kişidir (BK m. 355). Diğer unsurlar bulunsa dahi, sözleşme ivazlı değilse, eser sözleşmesinin varlığından bahsedilemez. Eser meydana getirmenin ivaz karşılığı olmaksızın borçlanıldığı durumlarda, bir görüşe⁹² göre, vekâlet sözleşmesi vardır. Diğer bir görüşe⁹³ göre ise, bu durumda eser sözleşmesine benzeyen isimsiz bir sözleşme söz konusudur. Kanaatimizce, somut olaya uygulanacak kuralların

⁸⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 199-200.

⁹⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 28; Eren, Borçlar Genel, s. 199-200; Aral, s. 316; Yavuz, s. 499; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 49.

⁹¹ Eren, Borçlar Genel, s. 202.

⁹² Corboz, FJS 461, s.2. Bu yönde, BGE 64 II 10=JdT 1939 I 158.

⁹³ Gauch, Werkvertrag, N 115 ve 318; Tercier, Contrats spéciaux, N 4210; CR-Chaix, Art. 363 N 5; Tandoğan, Cilt II, s. 24. Bu doğrultuda, BGE 122 III 10= JdT 1998 I 111; BGE 127 III 519, SJ 2001 I 630.

belirlenmesinde ilk görüşe nazaran daha fazla esneklik sağladığından ötürü, ikinci görüş üstün tutulmalıdır⁹⁴.

D. Kural Olarak Anî Edimli Bir Sözleşme Olması

Borç ilişkisinin amacı, edimin yerine getirilmesine ilişkin menfaati sağlanmak suretiyle, alacaklının tatmin edilmesidir. Bu amacın gerçekleşmesi, borçlunun taahhüdüne uygun davranması ile mümkün olur⁹⁵. Alacaklı, kural olarak edimin gerçekleştirilmesiyle, yani ifa ile tatmin edilir ve (dar anlamda) borç böylece sona erer⁹⁶. Alacaklının tatmininin borçlunun tek bir hareketiyle ve bir anda gerçekleştiği edimler **anî edim**, alacaklının ifaya olan menfaatinin borçlunun zaman içinde devamlılık gösteren sürekli davranışlarıyla gerçekleştiği edimler ise **sürekli edim** olarak adlandırılmaktadır⁹⁷. Borçlunun düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlayarak ifada bulunma borcu altında olduğu edimler ise, **aralıklı veya dönemli edimler** olarak ifade edilmektedir⁹⁸. Aşağıda önce anî edimli sözleşme ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kavramları açıklanacak, ardından eser sözleşmesinin bu kategorilerden hangisine dâhil olduğu konusunda doktrinde ileri sürülen görüşler değerlendirilecektir.

1. Anî Edimli Sözleşme - Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Ayrımı

Sözleşmeler doktrinde ifa süreleri bakımından temel olarak ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Aslî edimi anî edim olan sözleşmeler anî edimli sözleşme, aslî edimi

⁹⁴ Böylece sözleşmede boşluk bulunduğu takdirde hâkimin diğer sözleşmelere örneğin, bağışlama veya adı şirket sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulaması da mümkün olur. **CR-Chaix**, Art. 363 N 5; **Tandoğan**, Cilt II, s. 24.

⁹⁵ **Kuntalp**, Ard arda teslim, s.17.

⁹⁶ **Tercier**, Obligations, N 918; **Oğuzman/Öz**, s. 196; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 758.

⁹⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 99-100; **Oğuzman/Öz**, s. 44; **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 18.

⁹⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 100; **Oğuzman/Öz**, s. 10; **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 19.

sürekli edim olan sözleşmeler ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak nitelendirilmektedir⁹⁹. Öncelikle belirtmek gerekir ki anî edimli sözleşme – sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ayırımında edim fiilinden, yani borçlunun ifaya yönelik faaliyetlerinden yola çıkılarak bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Zira tartışmasız olarak anî edimli olduğu kabul edilen satım sözleşmesinde dahi, (sözleşmenin karakteristik ediminin borçlusunu olan) satıcının edim fiilinin birden çok ve bir süreye yayılmış davranışlarla gerçekleşmesi mümkündür¹⁰⁰. Öyleyse bu tasnifte **kıstas, edim sonucu**, yani alacaklının ifaya olan menfaatinin gerçekleşmesi olmalı; bu itibarla edim sonucunun bir anda mı, yoksa bir sürece yayılarak mı gerçekleştiği dikkate alınmalıdır.

Bütün sözleşmelerin kurulmaları ile sona ermeleri arasında az ya da çok bir zaman geçeceğinden, böyle bir zamanın geçmesi ayırımıda tek başına belirleyici olamaz¹⁰¹. Ancak bu durum zamanın sözleşme üzerindeki etkisinin incelenmeyeceği anlamına da gelmez. Aksine, bir sözleşmenin anî edimli mi, sürekli mi olduğu, esas olarak sözleşmenin karakteristik ediminin zamanla olan ilişkisine göre belirlenir¹⁰². Sözleşmede süre, ifası gereken edimin niteliğine göre belirlenen ve onun dayattığı bir sonuçtan ibaretse, sözleşmenin bir karakteristiği değilse, karakteristik edimin alacaklısının sözleşme ilişkisinin süresine ilişkin bir menfaati bulunmuyor, aksine sonucun mümkün olduğunca çabuk meydana gelmesi menfaatine ise, **anî edimli bir sözleşme** söz konusudur¹⁰³. Burada alacaklının süreye ilişkin bir menfaati

⁹⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 196; Oğuzman/Öz, s. 44.

¹⁰⁰ Örneğin, satılan mal satım anında henüz satıcının mülkiyetinde değilse veya mevcut değilse, satıcının öncelikle malın mülkiyetini iktisap etmek için birden çok ve bazen zaman alıcı olan davranışlarda bulunması gerekebilir.

¹⁰¹ Cherpillod, s. 11.

¹⁰² Venturi-Zen-Ruffinen, N 26.

¹⁰³ Cherpillod, s. 11. Venturi-Zen-Ruffinen'e göre, anî edimli borç ifa edilmekle sona erer ve tek amacı bir edimin ifası yani alacaklının menfaatinin tatminidir. Amacı bu edimde bulunur ve edimin ifası ile borç

olmadığından, onun tatmini ancak edim sonucunun gerçekleşmesi ile ve bir anda gerçekleşir. Buna karşılık, karakteristik edimin kapsamı, ancak belirli veya belirsiz bir süre ile ölçülebiliyorsa ve alacaklının menfaati edimin ifasına ilişkin olmakla birlikte özellikle sözleşme ilişkisinin süresinde ise, yani bu ilişki ne kadar çok sürerse alacaklı o kadar çok edim elde ediyorsa, **sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme** söz konusudur¹⁰⁴. Burada ise, alacaklının edime ilişkin menfaati zamana yayılmış olarak ve ifanın devam ettiği her an gerçekleşmektedir. Özetle, “edim süreyi **belirliyorsa anî edimli sözleşme**, aksine süre edimi belirliyorsa **sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme vardır**”¹⁰⁵.

İsviçre’de son dönemlerde bazı yazarlar anî edimli sözleşmeler ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin dışında, sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler (les contrats analogues aux contrats de durée) adı altında üçüncü bir kategoriye daha yer vermektedirler¹⁰⁶. Anî edimli sözleşmeler ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler

tükenir. **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 33. Ancak aynı yazara göre, edimin ifası borcu sona erdirmiyorsa, mutlaka sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme vardır da denemez. Zira, bu unsur sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler için geçerli olmakla birlikte, sadece sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü değildir. Örneğin, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme teşkil etmeyen ard arda teslimli sözleşmelerde de teslim, borçlunun edim borcunu sona erdirmez. **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 29.

¹⁰⁴ **Cherpillod**, s. 12; **Venturi-Zen-Ruffinen** N 28. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, “Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler, toplam edimin kapsamının edimin sağlanması gereken süreye bağlı olması ve sözleşmenin karakteristik ediminin bu bakımdan belirleyici olması ile karakterize edilir.” BGE 128 III 428 c. 3b, JdT 2005 I 284.

¹⁰⁵ **Gauch**, System, s. 6; **Cherpillod**, s. 11-12; **Venturi-Zen-Ruffinen** N 28. **Cherpillod**, temel kriterin karakteristik edimin kapsamının zaman ile ilişkisi olduğunu kabul etmektedir. Ancak bununla birlikte, sözleşmenin süresinin doğrudan doğruya ifası gereken edime bağlı olmaması, karakteristik edimin alacaklının sözleşme ilişkisinin süresine ilişkin bir menfaatinin bulunması, sözleşmenin amacından bağımsız olarak tarafların edimlerin karşılıklı değişileceği belirli bir süreyi başlangıçta kararlaştırabilmeleri, sözleşmenin birden çok edim değişimi veya sürekli borçlar öngörmesi gibi unsurların da sürekli bir sözleşmenin varlığına emare teşkil edeceğini belirtmektedir. **Cherpillod**, s. 12.

¹⁰⁶ Örneğin, **Tercier**, Obligations, N 250; **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 40.

arasında orta bir yerde bulunan bu tür sözleşmeler “sürekli bir borç ihtiva etmeyen ancak ifaları zorunlu olarak zamana yayılan sözleşmeler” olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁷. Bu görüşe göre, sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler kısmî ifanın söz konusu olmadığı, birden çok ifa hareketi gerektiren bir tek karakteristik edim içerir. Bu sözleşmeler bakımından sona erme, oran üzerinden (*pro rata*) değil, tek bir hareketle (*uno actu*) gerçekleşir. Bu kategoriyi benimseyen yazarlardan **Venturi-Zen-Ruffinen**'e göre, sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler, edimin ifasının borcu sona erdirmesi, ayrıca toplam edimin kapsamının süreye bağlı olmaması yönü ile sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden ayrılır¹⁰⁸. Kanaatimizce bu husus zaten anî edimli sözleşmeleri sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerden ayıran farktır ve bu anlamda sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler anî edimli sözleşmelere nazaran fazladan bir farklılık arz etmemektedir. Aynı yazara göre, sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler, ifa hareketlerinin çokluğu ile anî edimli sözleşmelerden ayrılır¹⁰⁹. Buradan yazarın hareket noktasının “edim fiili”, yani borçlunun faaliyetleri olduğu anlaşılıyor. Oysa yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ayırımda bu kıstastan hareket edilemez. Zira anî edimli bir sözleşmede de ifa hareketleri birden çok olabilir. Sonuç olarak, sürekli sözleşme benzeri sözleşmelerin sınırları anî edimli sözleşmelerden net olarak ayrılamadığı için, üçlü değil, iki kategorili tasnifin tercih edilmesi bize daha uygun görünmektedir.

Burada değinilmesi gereken bir diğer konu da “**aralıklı/dönemli edimli sözleşmelerin**” durumudur. Sözleşmenin karakteristik ediminin dönemli olduğu

¹⁰⁷ **Tercier**, Obligations, N 250. **Venturi-Zen-Ruffinen** ise, sürekli sözleşme benzeri sözleşmeleri, “tek bir edimi konu alan karakteristik edimi, farklı ifa hareketleri borçluyu borcundan kurtarmaksızın birden çok defada gerçekleştirilen, borcun sona ermesi ise ancak son ifa hareketi ile gerçekleşen sözleşmeler” olarak tanımlamaktadır. **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 87 ve 88.

¹⁰⁸ **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 83 ve 89.

¹⁰⁹ **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 83.

sözleşmeler, genel olarak, “ard arda teslimli sözleşme” terimi ile ifade edilmektedir¹¹⁰. **Dönemli edimleri** konu alan sözleşmeler acaba anî edimli sözleşme mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme mi teşkil etmektedir?¹¹¹. Bu konuda, dönemli edimin zamanla olan ilişkisinin sözleşmede değişik şekillerde belirlenmiş olabileceğinden hareket edilerek bir ayırım yapılmaktadır. Bu tür sözleşmelerde ard arda ifa edilecek **toplam edim tutarı daha sözleşme kurulurken belirlenebilir** durumdaysa, esasen toplam edimin bir seferde topluca ifa edilme kabiliyeti olduğu halde, edim çeşitli sebeplerle ifa kolaylığı sağlamak için dönemli olarak ifa edilmektedir. Bu sebeple, bu ihtimalde anî edimli bir sözleşme bulunduğu sonucuna varılmalıdır¹¹². Buna karşılık, ifa edilecek **edim toplamının** sözleşme kurulurken **öngörülemediği**, zamana bağlı olarak edim miktarının da artış gösterdiği ard arda teslimli sözleşmelerin, sürekli borç ilişkisi doğurduğunun kabulü gerekir¹¹³.

¹¹⁰ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 12; **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 77.

¹¹¹ Bu mesele hakkındaki tartışmalar için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 11; **Öz**, Dönme, s. 14 vd.; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 13.

¹¹² Ard arda teslimli sözleşmede, esas olarak ifayı kolaylaştırmak için dönemli edimler öngörülmüşse ve alacaklının ifaya olan çıkarı toplam edim tutarının elde edilmesine ilişkinse, sözleşme **anî edimli borç ilişkisi** niteliğindedir. Zira münferit edimlerin dönemli olarak belli vadelerde yerine getirilmesi bu ifanın kapsamının zamana bağlandığı anlamına gelmez. **Oğuzman/Öz**, s. 11 dn. 39; **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 19, 27. Farklı görüşte: **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 19-20. **Seliçi**'ye göre, bu durumda, alacaklının zamana yayılmış ihtiyacının karşılanmasına dair menfaati, dönemli edimlerden her birinin ifası ile sona ermeyip devam etmektedir. Ayrıca alacaklının dönemsel olarak bir süre boyunca ihtiyacının karşılanacağı yönündeki inancı borçlu ile arasında bir güven ilişkisi doğmasına neden olmaktadır. Bu itibarla, bu tür sözleşmeler, anî edimli borç ilişkilerinden ziyade **sürekli borç ilişkilerine yakın** olduğundan, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallar kıyasen uygulanmalıdır.

¹¹³ Zira ard arda teslimli sözleşmede tarafların asıl amacı alacaklının toplam edimi elde etmesinden ziyade bir zaman süresi boyunca ihtiyacının karşılanması ise, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme söz konusudur. **Oğuzman/Öz**, s. 11 dn. 39; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 14-15; **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 9-10.

2. Eser Sözleşmesinin Anî Edimli Sözleşme mi, Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme mi Olduğu Meselesi

Eser sözleşmesinin anî edimli bir sözleşme mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme mi teşkil ettiği meselesi tartışmalıdır. Bu ayrım özellikle borç ilişkisinin sona ermesi halinde ortaya çıkan sonuçlar bakımından önemlidir. Yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkına mı, yoksa sözleşmeyi ileriye etkili feshetme hakkına mı sahip olduğu temelde bu ayrıma göre belirlenecektir. Şöyle ki, anî edimli borç ilişkileri kural olarak geçmişe etkili olarak (ex tunc) çözüldüğü halde, sürekli borç ilişkileri ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirilmektedir¹¹⁴. Eser sözleşmesinin anî edimli sözleşme – sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme tasnifinde hangi kategoriye dâhil olduğuna ilişkin üç görüş ileri sürülmektedir:

a. Eser Sözleşmesini Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Eser sözleşmesini olarak nitelendiren görüşe göre¹¹⁵, ifa ancak yüklenicinin niteliği gereği zamana yaygın olan iş görme fiillerinin birleşmesi neticesinde gerçekleştiğinden ötürü, eser sözleşmesi anî edimli değil, sürekli bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu sonucuna, ancak sözleşmenin anî edimli sözleşme mi, yoksa sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme mi olduğu belirlenirken,

¹¹⁴ **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 49; **Öz**, Dönme, s. 12-13.

¹¹⁵ **Gautschi**, Vorbem. Art. 377, N 1a. **Erman**'ın nispeten eski tarihli yayınlarından, yazarın önceleri bu görüşe yakın olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin bkz. **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 10-11, 106. Yazar, daha yeni tarihli yayınlarında ise, örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerini yalnız bir sürekli bir borç ilişkisi olarak değil, fakat sürekli-geçici karmaşığı bir borç ilişkisi olarak nitelendirmektedir. **Erman**, İnşaat, s. 8-9.

edim fiilinin, yani borçlunun edimin ifasına yönelik faaliyetlerinin zamana yayılıp yayılmadığı kıstas olarak alınır, ulaşılabilir.

İsviçre doktrininde bazı yazarlar¹¹⁶, sürekli nitelikteki eser sözleşmelerini (Dauer-Werkvertrag) eser sözleşmesine benzeyen fakat **isimsiz sözleşmeler** olarak nitelendirmektedir. Bu görüşe göre, Borçlar Kanunu eser sözleşmesini anî edimli bir sözleşme olarak düzenlemektedir. Bu sebeple, sürekli bir edimi konu alan, yüklenicinin sözleşme devam ettikçe belirli veya belirsiz bir süre boyunca kesintisiz veya dönemli olarak bir sonucu elde etmeye yönelik olarak ifade bulunmak zorunda olduğu, sözleşme devam ettiği sürece yüklenicinin ediminin kapsamının da arttığı sözleşmeler, Borçlar Kanunu anlamında eser sözleşmesi değildir. Bu görüşe göre, örneğin bir makinenin veya bilgisayar sisteminin belirli veya belirsiz bir süre için düzgün işlemlerini sağlamanın taahhüt edildiği bakım sözleşmeleri isimsiz sözleşmelerdir¹¹⁷.

b. Eser Sözleşmesini Anî Edimli Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

Doktrindeki hâkim görüş¹¹⁸, eser sözleşmesinin kural olarak anî edimli bir sözleşme olduğu yönündedir. Bu yazarlar, anî edimli bir borcun mu, yoksa sürekli bir borcun mu söz konusu olduğunun belirlenmesinde, borçlunun aslî edim borcunu ifaya yönelik olarak gerçekleştirdiği faaliyetlerin, yani edim fiilinin değil, alacaklının edime ilişkin menfaatinin, yani **edim sonucunun** bir anda mı, yoksa bir zaman sürecine yayılarak mı gerçekleştiği kıstasından hareket etmektedirler. Sözleşme ilk durumda anî edimli, ikinci durumda ise sürekli olarak nitelenmektedir. Buna göre, borcun doğumu

¹¹⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 322 vd.; **CR-Chaix**, Art. 363 N 24; **BK-Koller**, Art. 363, N 161 vd.

¹¹⁷ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 323.

¹¹⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 9; **Cherpillod**, s. 11; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **Tandoğan**, Cilt II, s. 148 vd.; **Öz**, Dönme, s. 20; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 50; **Selimoğlu**, s. 686; **Eren**, İnşaat, s. 52; **Yavuz**, s. 499; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s.58; **Akkayan-Yıldırım**, İnşaat, s. 62; **Ayan**, s. 46.

ile ifası arasında uzun bir sürenin geçmesi, bu süre içinde borçlunun edimin ifasına yönelik zahmetli, kapsamlı çalışmalar yapması belirleyici değildir¹¹⁹. Eser sözleşmesinde de, yüklenicinin faaliyetleri ne kadar uzun sürerse sürsün, iş sahibi ancak son bir hareketle, yani eserin teslimiyle ve bir anda tatmin edilmiş olur. Borç da, ancak bu anda sona erer¹²⁰. İşte eser sözleşmesinde borç belirli veya belirsiz bir zaman boyunca ifası gereken sürekli bir borç değil, aksine ifa edilmekle sona eren bir borç olduğundan ötürü, eser sözleşmesi anî edimli bir sözleşmedir¹²¹. Teslim gerçekleşmedikçe, eserin meydana getirilmesine yönelik faaliyetler ne kadar ilerlemiş olursa olsun, yüklenicinin kısmî ifada bulunduğundan da söz edilemez¹²². Bu görüşü savunan yazarlara göre, kanun koyucu eser sözleşmesini anî edimli bir sözleşme olarak kabul etmiş, ancak yüklenicinin eseri meydana getirmek amacıyla yürüttüğü faaliyetleri de göz ardı etmeyerek, eser sözleşmesini düzenlerken, gerekli hallerde sürekli borç ilişkilerine özgü özel hükümler öngörerek yükleniciyi korumuştur¹²³. **Yargıtay** da eser sözleşmelerinin kural olarak anî edimli sözleşme olduğu görüşündedir¹²⁴.

Eser sözleşmesinin kural olarak anî edimli bir sözleşme olduğunu kabul eden **Öz**, istisnaî olarak eser sözleşmesinin de sürekli borç ilişkisi niteliğinde olabileceğini

¹¹⁹ **Cherpillod**, s. 11; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s.58.

¹²⁰ **Cherpillod**, s. 12; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s.58.

¹²¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 9, **Eren**, İnşaat, s.52; Aral, s. 316; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 8.

¹²² **Öz**, Dönme, s. 20-21.

¹²³ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 26; **Öz**, Dönme, s. 22; **Karahasan**, İnşaat-İmar-İhale, s.58.

¹²⁴ Yarg. 14. HD., 5.3.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K.: “ (...)eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borçlar yüklüyor olması demek, iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı ve hem de borçlu olması demektir. Ani edimli sözleşmelerde, eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 17.1.2007 T., 2005/7490 E., 2007/115 K.: “Ani edimli olan eser sözleşmelerinde ifa, ya vardır, ya da yoktur. Kısmî ifa olamaz. Olayımızda, yüklenicinin ifasından bahsedilemeyeceğinden ek sözleşmenin geçerli sayılması kabul edilemez.” (www.kazanci.com).

savunmaktadır¹²⁵. **Öz**'e göre, ard arda eser teslimi borcu içeren sözleşmeler ile yüklenicinin ulaşacağı son nokta kararlaştırılmaksızın yapıldığı kadar karşılığında bedel ödenmesi kararlaştırılarak belirli bir yönde duvar örme borcu veya yol yapma borcu altına girdiği sözleşmelerde olduğu gibi tek bir eserin varlığının zaman içinde genişlediği sözleşmeler sürekli eser sözleşmesi niteliğindedir¹²⁶.

c. Karma Görüşler

İfa süreleri bakımından sözleşmeler, Türk hukukunda temel olarak anî edimli ve sürekli olmak üzere iki kategoride ele alınırken, İsviçre hukukunda giderek yaygınlaşan bir eğilim doğrultusunda, basit (anî edimli), sürekli ve sürekli sözleşme benzeri sözleşme olmak üzere üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Bu sebeple, eser sözleşmesini ne tamamen anî edimli, ne de tamamen sürekli olarak niteleyip, orta bir yol tercih eden görüşleri Türk hukuku ve İsviçre hukuku bakımından ayrı ayrı ele almak yerinde olur.

aa. Türk Hukukunda Eser Sözleşmesini Geçici-Sürekli Karmaşığı Olarak Niteleyen Görüş

Eser sözleşmesini geçici-sürekli karmaşığı olarak niteleyen görüşe¹²⁷ göre, eser sözleşmesi ne tam olarak anî edimli, ne de tam olarak sürekli bir sözleşmedir; iki türün karması bir nitelik taşır. Zira yüklenicinin borçlandığı edimi yerine getirmek için gerçekleştirdiği iş görme faaliyetleri, tamamen edim yükümünün kapsamı dışında tutulup, sadece ifaya hazırlık faaliyetleri olarak değerlendirilemez¹²⁸. Yüklenicinin aslî edim yükümü kapsamına yalnız iş görme sonucu, yani eser değil, iş görme faaliyetleri

¹²⁵ **Öz**, Dönme, s. 21 vd.

¹²⁶ **Öz**, Dönme, s. 21-23.

¹²⁷ **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 469; Medenî Hukuk Sorunları, 5. Cilt, s. 567; **Serozan**, Dönme, s. 175; **Erman**, İnşaat, s. 8-9; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 11-12.

¹²⁸ **Serozan**, Dönme, s. 173; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 9.

de dâhildir ve iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret yalnız eserin değil, aynı zamanda eserin oluşturulmasına yönelik faaliyetlerin de karşılığıdır¹²⁹. Böylece eser sözleşmesi, ifanın bir anda gerçekleştiği anî edimli sözleşmelerden farklılık arz etmektedir. Ancak iş görme sonucu, yani eser, meydana getirilip iş sahibine teslim edilmedikçe, yalnız bir süre boyunca iş görme faaliyetinde bulunmuş olmak da yükleniciyi aslî edim borcundan kurtarmayacağına göre, ortada tam anlamıyla sürekli bir sözleşme de yoktur¹³⁰. Dolayısıyla, geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme söz konusudur. **Yargıtay** da, eser sözleşmesini kural olarak anî edimli olarak nitelendirdiği halde, eser sözleşmesinin bir türü olan ve çoğunlukla uzun süreli sözleşmeler olan **inşaat sözleşmelerini** geçici-sürekli karmaşığı olarak değerlendirmektedir¹³¹.

bb. İsviçre Hukukunda Eser Sözleşmesini Sürekli Sözleşme Benzeri Sözleşme Olarak Niteleyen Görüş

İsviçre hukukunda bazı yazarların anî edimli sözleşme sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme kategorileri dışında sürekli sözleşme benzeri sözleşmeler adı altında

¹²⁹ **Serozan**, Dönme, s. 166; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 9.

¹³⁰ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 8-9.

¹³¹ Yarg. İçt. Bir. BGK., 25.11.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: Karara göre “.....İstisna sözleşmesi genel olarak “anî edimli” sözleşmeler grubunda mütalâa edilmekte ise de, istisna sözleşmelerinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; yüklenicinin (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.” (YKD 1984, s. 501 vd.). Yarg. 15. HD., 30.5.1994 T., 1993/5125 E., 1994/3380 K.: “ (...) arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı özellik taşırlar. Dairemizin uygulaması da öteden beri bu yoldadır. Arsa sahibi yönünden ifa ancak son edim olan teslimle gerçekleşmiş olsa dahi, yüklenici bakımından edim yükümü uzun bir süreye yayılmıştır. Bu süre boyunca sözleşmenin konusu ve ortak amaç olan eserin ortaya çıkması için yanların karşılıklı anlayış içinde bulunması, dürüstlük kuralına (MK. m. 2) uygun biçimde davranmaları esastır.” (www.kazanci.com).

üçüncü bir kategoriye yer verdiklerini yukarıda belirtmiştik. İşte böyle bir kategoriye kabul eden yazarlara göre, eserin meydana getirilmesi zorunlu olarak zamana yayıldığından, yüklenicinin borcu eserin meydana getirilmesini de kapsadığından ve taraflar çoğunlukla bu süreç boyunca sürekli bir ilişki içinde olduklarından, eser sözleşmesi “sürekli sözleşme benzeri bir sözleşme” niteliğindedir¹³². Bu görüşe göre, sürekli sözleşme benzeri sözleşmelerde farklı ifa faaliyetleri tarafların iradelerine göre sadece borçluyu borcundan kurtarma sonucu olan bir birlik oluşturduğundan, eser sözleşmesinde yüklenici de ancak son ifa hareketi olan eserin teslimi tamamlandığı anda borcundan kurtulur¹³³.

d. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kişisel Görüşümüz

Eser sözleşmesi kural olarak **sürekli bir sözleşme** değildir¹³⁴. Zira eser sözleşmesinde iş sahibinin edime ilişkin menfaati, zamana yayılmamıştır. Bu sözleşmede sürenin geçmesi zorunlu olarak ifade da bir artış olduğu anlamına gelmez. Ayrıca edimin ne kadar devam edeceğini kural olarak eser sözleşmesinin süresi belirlemez. Aksine, sözleşme ilişkisinin süresini, iş görme edimi sonucu ortaya çıkacak olan eserin nitelikleri belirler.

İsviçre hukukundaki “sürekli sözleşme benzeri sözleşme” kategorisi de kabul edilemez. Zira anî edimli sözleşmelerle sürekli edimli sözleşmelerin ayrımını açıkladığımız bahiste belirttiğimiz üzere, sürekli sözleşme benzeri sözleşmelerin

¹³² **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4208; **CR-Chaix**, Art. 363 N 7; **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 40.

¹³³ **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 87.

¹³⁴ Türk hukukunda: **Tandoğan**, Arsa Üzerinde İnşaat, s. 28; **Eren**, Borçlar Genel, s. 100; **Aral**, s. 316-317; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 10. İsviçre hukukunda, **Gauch**, Werkvertrag, N 9; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4208; **CR-Chaix**, Art. 363, N 7. İsviçre Federal Mahkemesi de eser sözleşmesinin sürekli bir sözleşme olmadığı görüşündedir. BGE 98 II 302=JdT 1973 I 244.

sınırları anî edimli sözleşmelerden net olarak ayrılamamaktadır. Türk hukukunda ileri sürülen “geçici-sürekli karmaşığı sözleşme” görüşü gerekçelendirilirken, genellikle uzun süreli eser sözleşmeleri (örneğin, inşaat sözleşmeleri) bakımından, Borçlar Kanunu’nun anî edimli sözleşmeleri esas alan düzenlemelerinden doğabilecek sıkıntıları giderme gereği ileri sürülmektedir. Oysa her eser sözleşmesi taraflar arasında uzun süreli bir bağlılık oluşturmaz. Dolayısıyla bu sorun tüm eser sözleşmeleri için genellenebilecek ortak bir sorun değildir. Kaldı ki, daha önce ifade ettiğimiz gibi, ayırında sözleşme ilişkisinin uzun sürüp sürmemesi belirleyici değildir. Daha önce de açıkladığımız üzere, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü nitelikler, eser sözleşmesi bakımından kural olarak belirleyici değildir. Ayrıca amaç muhtemel sorunların çözümünde hâkimin duruma göre olaya sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ilişkin kuralları uygulayabilmesi olup, bu sebeple eser sözleşmesi “geçici-sürekli karmaşığı” olarak niteleniyorsa, bu sorunların böyle bir karma görüşe başvurulmadan da çözülebileceği kanısındayız. Zira taraf menfaatleri, eser sözleşmesi bir yönüyle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak kabul edilmeksizin de, gerektiğinde hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK m. 2 f. 2) gibi genel düzenlemelerden yararlanılarak dengelenebilir.

Eser sözleşmesini ifa süresi bakımından nitelerken, edim sonucundan yola çıkarak sonuca varmak, bu sözleşmede borçlanılanın esas itibariyle bir edim sonucu olması ile de uyumludur. Eser sözleşmesi, **kural olarak anî edimli bir sözleşmedir**. Çünkü alacaklı konumundaki iş sahibinin ifaya ilişkin menfaati, ancak **meydana getirilen eserin kendisine teslimi** ile ve bir anda gerçekleşir. Eser teslim edilmedikçe, yüklenicinin ifaya yönelik faaliyetleri ne kadar ileri bir düzeye ulaşmış olursa olsun,

kural olarak yapılan kısım kısmî ifa teşkil etmez¹³⁵. İş sahibinin edime ilişkin menfaati zamanın geçmesine bağlı olarak artmaz; aksine çoğu durumda eserin en kısa zamanda tamamlanarak teslim edilmesi iş sahibinin menfaatinedir. Bununla birlikte, eser sözleşmesinin kural olarak anî edimli olması, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü kuralların bu sözleşmeye hiçbir zaman uygulanmayacağı anlamına gelmez. Bu ilkeler anî edimli eser sözleşmeleri bakımından kanunun açıkça öngördüğü durumlarda uygulanır¹³⁶.

Dönemli edimli eser sözleşmeleri, ard arda ifa edilecek **toplam edim tutarı** sözleşme kurulurken **öngörülebiliyorsa**, **anî edimli sözleşme** niteliğindedir. Örneğin her ay 10 adet işçi elbisesinin dikilerek bir fabrikaya teslimini konu alan ve toplam 12 ay süreli olarak akdedilen eser sözleşmesinde, toplam edim 120 adet işçi elbisesinin dikimidir ve bu toplam edim daha başlangıçta belirlidir. Yahut bir imalâtçı iş sahibine karşı iki yıl boyunca her üç ayda bir iş makinesi imal etmeyi taahhüt ettiğinde de böyle bir durum vardır. İşte **toplam edim miktarının** daha sözleşme kurulurken **belirlenebilir olduğu** bu tür durumlarda, eser sözleşmesi anî edimlidir.

Eser sözleşmesi kural olarak anî edimli olmakla birlikte, bazen eser sözleşmesinin **sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme** niteliği taşıdığı durumlar da bulunabilir. Eser sözleşmesi, yüklenicinin taahhüt ettiği edim **sürekli** nitelikteyse veya yüklenicinin edimi

¹³⁵ Öz, Dönme, s. 20-21.

¹³⁶ Kanun koyucu bazı durumlarda taraf menfaatlerini dengelemek için özel olarak sözleşmenin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere özgü bir sona erme biçimi olan ileriye etkili fesihle sona ereceğini düzenlemiştir. Örneğin, eserin meydana getirilmesinin iş sahibine isnad edilebilen bir sebeple imkânsız hale gelmesi durumunda (BK m. 370) veya şahsen meydana getirilmesi zorunlu olan eserler bakımından yüklenicinin ölümü veya iş görmekten acze düşmesi durumunda (BK m. 371) sözleşmenin ileriye etkili olarak sona ermesi bu cümledendir.

dönemli yani **periyodik** olup da toplam edim başlangıçta belirlenebilir durumda değilse, **sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmedir.**

Yüklenicinin taahhüt ettiği **edimin sürekli** olması, eser sözleşmesine konu olan eserin kapsamının zamana bağlı olarak genişleme göstermesi demektir¹³⁷. Örneğin budanan ağaç başına bedel tayin edilerek bir bahçede ağaç budama faaliyetinin yaptırılmasını konu alan eser sözleşmesinde, ne kadar ağacın budanacağı, diğer bir ifadeyle toplam edim belirlenmemekle birlikte, ağaç budama biçimindeki edim sonucu taahhüt edilmiş olduğundan, borçlu sadece belirli yönde bir faaliyette bulunmayı taahhüt etmiş de değildir. Bu eser sözleşmesinde esasen ilk ağaç budandığında edim sonucu ortaya çıkmış olmakla birlikte, budanan her ağaçla birlikte zamana bağlı olarak iş sahibinin ifaya ilişkin menfaati düzenli olarak artmaktadır¹³⁸. Dolayısıyla burada sürekli bir sözleşme söz konusudur.

Yüklenicinin ediminin dönmeli yani **periyodik** olduğu duruma ise **ard arda eser teslimi sözleşmelerinde** rastlanır. Bu sözleşmeler, yüklenicinin ifa edeceği **toplam edim miktarı** başlangıçta **belirlenmemişse** ve sözleşmenin belirli veya belirsiz süresine bağlı olarak iş sahibinin ifaya olan menfaati artış gösteriyorsa, “**sürekli borç ilişkisi**” teşkil eder¹³⁹. Doktrinde bu durumun en belirgin örneği olarak, iş sahibinin toplam ihtiyacının sözleşme kurulurken öngörülemediği “eser tedariki sözleşmeleri” gösterilmektedir¹⁴⁰. Örneğin imalâtçı firmanın bir fabrikaya iki yıl boyunca fabrikanın

¹³⁷ **Öz**, Dönme, s. 22.

¹³⁸ Başka örnekler için bkz. **Öz**, Dönme, s. 22.

¹³⁹ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 14; **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 10.

¹⁴⁰ **Öz**, Dönme, s. 21-22; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 15.

ihtiyacı oldukça iş makinesi imal etmeyi taahhüt ettiği eser sözleşmesi, sürekli bir eser sözleşmesidir.

§ 2 YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan eseri, yani bir iş görme sonucunu borçlandığını belirtmiştik. Bu sebeple, yüklenicinin **eser meydana getirme borcu nitelikli bir yapma borcudur**¹⁴¹. Eser sözleşmesi ile amaçlanan, iş sahibinin eseri elde etmesidir. Bunun için yüklenicinin eseri meydana getirmesi ve iş sahibinin (örneğin tiyatro, konser gibi maddî bir varlıkta kendini göstermeyen fikrî eserlerde olduğu gibi) iş görme ediminin tamamlanmasıyla kendiliğinden edim sonucunu elde ettiği durumlar hariç, eseri iş sahibine ayrıca teslim etmesi gerekir. Eseri teslim borcu, eser meydana getirme borcunun tamamlayıcısı, iş sahibinin sonucu (eseri) elde etmesinin zorunlu koşuludur¹⁴². Buna göre, eser sözleşmesinde yüklenici, borcundan eseri sözleşmeye uygun olarak tamamlayıp teslim ettiği anda kurtulur¹⁴³.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcu ve eseri teslim etme borcu olmak üzere iki aslî edim borcu bulunmaktadır¹⁴⁴. Eserin ayıpsız olmasını sağlama borcu ise, esasen eserin meydana getirilmesi borcunun içeriğine dâhildir¹⁴⁵. Yüklenicinin ayrıca araç-gereç ve malzeme sağlama borcu, özen ve sadakat borcu, işe

¹⁴¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 18; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4213; **CR-Chaix**, Art. 363 N 2; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s.12; **Ayan**, s. 25.

¹⁴² **BK-Koller**, Art. 363, N 253; **Öz**, Dönme, s. 20; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 26.

¹⁴³ Eserin ayrıca tesliminin gerekmediği durumlarda ise yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak tamamladığı anda borcundan kurtulur. **BK-Koller**, Art. 363, N 312, **Öz**, Dönme, s. 165.

¹⁴⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 8, 86; **Cottier**, s. 45; **Tandoğan**, Cilt II, 124-125; **Aral**, s. 325; **Ozanoğlu**, s. 79.

¹⁴⁵ **BK-Koller**, Art. 363, N 254; **Gauch**, Werkvertrag, N 605; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 31.

zamanında başlama ve devam etme gibi Kanun'un kendisine yüklediği bazı yan borçları da vardır.

I. ESER MEYDANA GETİRME BORCU

A. Eseri Şahsen Meydana Getirme Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu

BK m. 356 f. 2 c. 1'e göre, yüklenici **kural** olarak eseri **şahsen** meydana getirmek ya da **kendi yönetimi altında** yaptırmak zorundadır¹⁴⁶. Bu hükümle, eserin meydana getirilmesi ediminin **kişisel nitelikte** bir edim olduğu karinesi getirilmiştir¹⁴⁷. Bu düzenleme, yüklenicinin şahsının, onun kişisel yeteneklerini göz önünde bulundurarak sözleşme ilişkisine giren iş sahibi nezdinde, kural olarak önemsiz olmadığı düşüncesine dayanmaktadır¹⁴⁸. Ancak yüklenicinin eseri meydana getirme ediminin **kişisel nitelikte** olduğu varsayımı, iş bölümüne dayanan günümüz iş hayatının gerekleri ile örtüşmemektedir¹⁴⁹. BK m. 356 f. 2 c. 2 hükmü ile işin mahiyetine göre yüklenicinin kişisel becerisinin önemi yoksa yüklenicinin **iş başkasına da yaptırabileceği** ifade edilmek suretiyle, eserin yüklenici tarafından şahsen veya onun şahsî denetimi altında meydana getirilmesine ilişkin bu kurala **istisna** getirilmiştir.

¹⁴⁶ Kanun koyucu, bu düzenleme ile BK m. 67 hükmüyle getirilen borçlunun kural olarak şahsen ifade bulunmakla yükümlü olmadığı ilkesinden eser sözleşmesi bakımından ayrılmıştır. **Gauch**, Werkvertrag, N 617; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4381; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16; **Aral**, s. 325.

¹⁴⁷ Eserin meydana getirilmesinin kendisinin kişisel niteliklerine bağlı olmadığını ispat yükü bunu iddia eden yüklenicidir. Buna karşılık, iş sahibi yüklenicinin eseri şahsî denetimi altında yaptırmasının yeterli olmadığını, onun mutlaka şahsen ifade bulunması gerektiğini iddia ediyorsa, bu iddiayı ispat yükü iş sahibindedir. **Gauch**, Werkvertrag, N 617; **Tandoğan**, Cilt II, s. 72; **Aral**, s. 326.

¹⁴⁸ BGE 103 II 55 = JdT 1977 I 545. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4381; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16; **Aral**, s. 326. **Tercier**, haklı olarak, bu kuralın tüzel kişiler bakımından da geçerli olduğunu ifade etmektedir. Zira, iş sahibi, tüzel kişi yükleniciyi de tanınmışlığını ve organizasyonunu göz önünde tutarak seçmiş olabilir.

¹⁴⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 617; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16; **Tandoğan**, Cilt II, s. 72; **Aral**, s. 326.

1. Eserin Yüklenici Tarafından Şahsen Meydana Getirilmesi

Şahsen ifa borcu, daha ziyade meydana getirilecek eserin **sıkı sıkıya meydana getirenin entelektüel yeteneklerine** veya el becerilerine **bağlı** olduğu, örneğin bir sanat eserinin meydana getirilmesi gibi durumlarda söz konusu olur¹⁵⁰. Tanınmış bir mimara yapı plânı çizdirilmesi, bir portre ressamına portre çizdirilmesi hallerinde yüklenicinin şahsî yeteneği önemlidir¹⁵¹. Aynı eseri üçüncü bir kişinin meydana getirmesinin mümkün olmadığı bu tür durumlarda, eserin bizzat yüklenici tarafından meydana getirilmesi önemli olup, onun eseri şahsî denetimi altında yaptırması yeterli değildir¹⁵².

2. Eserin Yüklenicinin Şahsî Denetimi Altında Meydana Getirilmesi

Eserin meydana getirilmesi bakımından yüklenicinin **şahsî nitelikleri özel bir önem arz etmiyorsa**, eserin yüklenicinin **şahsî denetimi altında** yapılması yeterlidir¹⁵³. Bu durumda, eserin meydana getirilmesi faaliyetini şahsen idare eden yüklenici ile onun istihdam ettiği şahıslar arasında bir **bağımlılık ilişkisi**¹⁵⁴ bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁵. Ayrıca yüklenici bu kişileri seçmede, talimat vermede

¹⁵⁰ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 364, N 30; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16; **Tandoğan**, Cilt II, s. 71; **Aral**, s. 326. Yargıtay da bu görüştedir: Yarg. 15. HD. 21.11.1989 T. 1739 E., 4859 K.: “Borçlar Kanunu’nun 371. maddesine göre istisna sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü halinde sözleşme yüklenicinin kişiliği nazara alınarak yapılmışsa sözleşme münfesi olur, somut olayımızda böyle bir durum yoktur. (...) Ancak yüklenilen iş bir **sanat eseri** niteliğinde, örneğin **resim veya heykel** yapımı vs. olması halinde sözleşme sona erer.” (**Karataş**, s. 100 dn. 6).

¹⁵¹ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 609; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4384; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16.

¹⁵² **Gauch**, Werkvertrag, N 609; **CR-Chaix**, Art. 364 N 16.

¹⁵³ **Gauch**, Werkvertrag, N 610; **CR-Chaix**, Art. 364 N 18.

¹⁵⁴ Bağımlı çalışma diğer bir deyişle tâbiyet ilişkisi, bir kimsenin diğerine talimat verebildiği ve talimat verilen kişinin bu talimata uymak zorunda olduğu durumları ifade etmektedir. **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 137.

¹⁵⁵ **Corboz**, II, s. 17; **CR-Chaix**, Art. 364 N 18; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 20.

ve denetlemede özenli davranmalıdır¹⁵⁶. Yüklenicinin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı işçiler, mühendisler, mimarlar, müdürler aynı zamanda eserin meydana getirilmesi borcunun ifası bakımından onun BK m. 100 anlamında ifa yardımcılarıdır¹⁵⁷. Yüklenici bir **tüzel kişi**yse, şahsen idare görevi tüzel kişi yüklenicinin **yetkili organları** tarafından yerine getirilir¹⁵⁸.

Yüklenicinin eseri **şahsen** meydana getirme veya **şahsî yönetimi altında** meydana getirtme **borcunu ihlâl** etmesinin yaptırımına gelince: Eserin meydana getirilmesinde **üçüncü kişilerin caiz olmayan kullanımı**, sözleşmeye aykırılık teşkil eder¹⁵⁹. Bir zarar meydana gelirse, iş sahibi dilerse BK m. 100'e, dilerse sözleşmenin pozitif ihlâli gerekçesiyle BK m. 96'ya dayanarak yükleniciden tazminat talebinde bulunabilir¹⁶⁰. Buna karşılık, eseri **şahsen** meydana getirme borcu **ihlâl** edilmiş ve

¹⁵⁶ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 364, N 34; **Corboz**, II, s. 17; **CR-Chaix**, Art. 364 N 18; **Aral**, s. 326.

¹⁵⁷ **Öz**, İnşaat, s. 52.

¹⁵⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 610; **CR-Chaix**, Art. 364 N 19.

¹⁵⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 639; **CR-Chaix**, Art. 364 N 26; **Tandoğan**, Cilt II, s. 73.

¹⁶⁰ İş sahibinin caiz olmayan biçimde ifa yardımcısı kullanan yükleniciye karşı BK.nun 96. ve 100. maddelerinden doğan talep hakları yarışır. **Gauch**, Werkvertrag, N 640; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4381; **CR-Chaix**, Art. 364 N 26; **Kılıçoğlu**, Eseri Şahsen Yapma Borcu, s. 197; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 113.

İsviçre Federal Mahkemesi, iş sahibinin bu durumda yüklenici ile akdettiği eser sözleşmesinden borçlu temerrüdü hükümlerine (BK m. 106-108) dayanarak tazminat ödemeksizin dönebileceğini de kabul etmektedir. Bkz. BGE 103 II 52 c. 4=JdT 1977 I 544. Bu yönde, **Tandoğan**, Cilt II, s. 73. Ancak bazı yazarlar, Federal Mahkeme'nin bu duruma temerrüt hükümlerini uygulayan içtihadını haklı olarak eleştirmektedirler. Bu yazarlar, iş sahibine BK m. 358 f. 2'de öngörüldüğü gibi çalışmayı kendi seçtiği bir üçüncü kişiye tamamlatma hakkı tanınmasının adil bir çözüm olduğunu ifade etmektedirler. **Gauch**, Werkvertrag, N 640; **CR-Chaix**, Art. 364 N 26. Kanaatimizce de, üçüncü kişilerin caiz olmayan kullanımı sözleşmenin pozitif ihlâli olarak nitelenebilirse de, borcun zaman bakımından ihlâli anlamına gelen temerrüt hali söz konusu olmadığından, bu durumda temerrüt hükümlerinin uygulanması yerinde değildir.

bunun sonucunda **ayıplı** bir eser meydana gelmişse, sadece ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır¹⁶¹.

3. Eserin Meydana Getirilmesinin Kısmen veya Tamamen Alt Yüklenicilere Bırakılması

Kanun koyucu, BK m. 356 f. 2 c. 2 hükmüyle, eserin meydana getirilmesinde işin mahiyeti gereği yüklenicinin **kişisel becerisinin önem arz etmediği** hallerde, yüklenicinin işi başkasına yaptırmasına cevaz vermiştir. Bu durumda yüklenici, işin tamamını veya bir kısmını **alt yüklenicilere** yaptırabilir. Yüklenicinin kişisel yeteneklerinin, özellikle iş bölümünün önemli yer tuttuğu fabrika imalâtları gibi seri üretimler veya yüksek teknik gerektiren üretimler ya da büyük kapsamlı inşaat yahut imalât işleri bakımından, işin yapılmasında önemli olmadığı kabul edilmektedir¹⁶². Bu tür işlerde işin niteliği çoğu halde alt yüklenicilere başvurmayı zorunlu kılmaktadır. Buna karşılık, el işçiliğine konu olan tamirat veya taşınır eşya imalâtı işlerinde, işin niteliği kural olarak onun bir başka kimseye, yani alt yükleniciye yaptırılmasına engel olur¹⁶³. Yüklenicinin bir **tüzel kişi** olduğu durumlarda eserin meydana getirilmesinin onun kişisel yeteneklerine sıkı sıkıya bağlı olup olmadığı, bu tüzel kişinin sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi ile ilgili o güne kadarki tecrübesi, sahip olduğu *know-how* ve personelinin eğitim derecesi gibi unsurlar dikkate alınarak belirlenir¹⁶⁴.

¹⁶¹ Bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması, bu düzenleme kusursuz sorumluluk öngördüğünden, BK m. 96'ya nazaran iş sahibinin daha lehinedir. **CR-Chaix**, Art. 364 N 29; **Corboz**, II, s. 19.

¹⁶² **CR-Chaix**, Art. 364 N 20; **Tandoğan**, Cilt II, s. 78.

¹⁶³ **Gautschi**, Art. 364, N 17a; **Tandoğan**, Cilt II, s. 79.

¹⁶⁴ **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 364, N 38; **Gauch**, Werkvertrag, N 614; **Aral**, s. 327.

İnşaat sözleşmeleri bakımından işin tamamen veya kısmen alt yüklenicilere bırakılıp bırakılmayacağı üzerinde ayrıca durulmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi, eski bir kararında, bina inşasında genel olarak yüklenicinin güvenilir bir kişi olması, ekonomik gücü, çalışmasının kaliteli olması gibi kişisel niteliklerinin önemli olduğuna hükmetmiştir¹⁶⁵. Doktrinde bu karara karşı bazı haklı eleştiriler yöneltilmiştir. **Gauch**'a göre, işin niteliği gereği yüklenicinin kişisel becerilerinin önem arz edip etmediği tespit edilirken, **yüklenicinin edimi** esas alınmalıdır. Bu durum belirlenirken, sözleşmeye konu olan eserin meydana getirilmesine ilişkin teamül ve uygulamalar da dikkate alınmalıdır. Yoksa yüklenicinin ödeme gücü, sahip olduğu araç gereçler ya da yüklenicinin seçilmesinde iş sahibine yakınlığının (örneğin, yüklenicinin iş sahibinin arkadaşı veya akrabası olmasının) etkili olmuş olması, **eserin meydana getirilmesi edimi** bakımından önemli **kişisel yetenekler değildir**¹⁶⁶. Yargıtay da önceleri¹⁶⁷ inşaat sözleşmelerinin kuruluşunda yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olduğuna ilişkin bazı kararlar vermişse de, bugün¹⁶⁸ inşaat sözleşmelerinde kural olarak yüklenicinin şahsî yeteneklerinin belirleyici olmadığı görüşündedir.

¹⁶⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, bu sebeple, bu kararında yüklenicinin inşaatın yapımını üçüncü kişilere (alt yüklenicilere) devredemeyeceğine, ancak işi **kendi yönetimi altında** yardımcı kişilere yaptırabileceğine hükmetmiştir. BGE 103 II 55 vd.=JdT 1977 I 544 vd.

¹⁶⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 612. Bu yönde, **Tandoğan**, Cilt II, s. 71; **Aral**, s. 327.

¹⁶⁷ Yarg. 15. HD. T.7.7.1975 T., 3149 E., 3436 K.: “ (...) Sosyal ve ekonomik hayatın akışına göre, apartman yapımı kişisel yetenek isteyen bir şey olmakla eser sözleşmesinde esas tutulacak kişisel nitelikler arasında yüklenicinin özel meslekî bilgisi, kuvvetle güven vermesi, özel krediye lâıyk olması, tecrübesi, denenmiş olması ve ünü gibi kişisel ve malvarlığına ilişkin özellikler sayılabilir.” (YKD. 1976/6, s. 874-876. Bu karar ve eleştirisi için bkz. **Öz**, Dönme, s. 162-163; **Erman**, İnşaat, s. 63 dn. 17.).

¹⁶⁸ Yarg. 15. HD., 1.11.1995 T., 1995/15-652 E., 1995-900 K.: “ (...) somut olayda, yüklenici normal bir apartman inşaatı işini yüklenmiş olup bu işin yerine getirilmesi özel veya üstün bir beceriyi gerektirmediğinden, ölümü, sözleşmenin sona ermesini gerektirmez. Öte yandan, sözleşmede yüklenicinin ölümü halinde, sözleşmenin son bulacağı hususunda bir hüküm de yer almamıştır.” (www.kazanci.com).

Yapı işlerinde, iş sahibinin sağladığı plâni uygulayarak veya plâni da kendisi hazırlayarak **inşaatın tamamının yapımını üstlenen** yüklenicilerin, alt yüklenicilere başvurabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹. Uygulamada anahtar teslimli inşaat sözleşmeleri olarak da adlandırılan bu tür sözleşmelerde, esasen alt yüklenicilere başvurulması çoğu halde zorunludur. Bir binanın tamamının yapımını üstlenen bir yüklenicinin, inşaatla ilgili bütün işlerin uzmanı olması beklenemez. O halde işin tamamını yerine getirmeyi üstlenen yüklenici, işin bazı kısımlarını veya tamamını **çeşitli alt yüklenicilere** yaptırabilir¹⁷⁰. Örneğin kaba inşaatın, boya işlerinin veya elektrik işlerinin yapımı gibi farklı işleri her biri işin uzmanı olan alt yüklenicilere devredebilir. **Yargıtay**'ın görüşü de bu doğrultudadır¹⁷¹. Buna karşılık, doktrinde yüklenicinin bu tür eser sözleşmelerinde dahi kendisi tamamen devre dışı kalacak biçimde işlerin tamamını **tek bir alt yükleniciye** devredemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir¹⁷².

¹⁶⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 625; **Tandoğan**, Cilt II, s. 79; **Erman**, İnşaat, s. 40; **Ayan**, s. 27. İnşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sağladığı plâni uygulayarak inşaatın tamamının yapımını üstlenen yüklenici **genel yüklenici**, genel yüklenici ile iş sahibinin akdettiği eser sözleşmesi ile **genel eser sözleşmesi** (Generalunternehmervertrag/contrat d'entreprise générale) olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, inşaat plânını da kendisi hazırlamak suretiyle inşaatın tamamını meydana getirmeyi üstlenen yüklenici **toptan yüklenici**, toptan yüklenici ile iş sahibinin akdettiği eser sözleşmesi ise **toptan eser sözleşmesi** (Totalunternehmervertrag/contrat d'entreprise totale) olarak adlandırılmaktadır. **Gauch**, Werkvertrag, N 222 vd., 233 vd.; **BK-Koller**, Art. 363, N 202, 204; **Scherrer**, N 51 vd.; **Zeltner**, s. 7-8; **Tandoğan**, Cilt II, s. 33-34; **Ayan**, s. 27 dn. 21, 23.

¹⁷⁰ **Werro**, Entreprise générale, s. 68; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80; **Erman**, İnşaat, s. 40-41.

¹⁷¹ Yarg. 15. HD. 10.12.1990 T., 2197/2583 sayılı kararında “Sözleşmede inşaatın bizzat davacı tarafından yapılacağı taraflarca kararlaştırılmış değildir. Davacı kendi mesuliyeti altında inşaatın bir bölümünü üçüncü kişilere de yaptırabilir. Bu işte davacının şahsî mahareti etkili görülmemiştir.” hükmüne yer verilmiştir. (**Karataş**, s. 99 dn. 5).

¹⁷² **Gauch**, Werkvertrag, N 626; **Werro**, Entreprise générale, s. 68; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80; **Erman**, İnşaat, s. 40; **Öz**, İnşaat, s. 110.

Yüklenicinin, **işin tamamını yapmayı üstlenmediği** inşaat sözleşmelerinde, kural olarak işleri alt yüklenicilere devir yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir¹⁷³. Bu durumda, yüklenicinin kural olarak işi kendi denetimi altında kendisine bağlı çalışan yardımcı kişilere yaptırması gerekir. Örneğin iş sahibi bir binanın yalnız elektrik işlerinin veya yalnız sıva işlerinin yapımı için bir yüklenici ile anlaşmışsa, bu yüklenici, kural olarak işi alt yüklenicilere devredemez. Zira burada iş sahibinin eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin o işteki uzmanlığına ve şahsî becerisine olan güveni ön plândadır. Ancak bu ihtimalde de yüklenicinin işin bir kısmını veya tamamını şahsî denetimi altında olmak üzere kendisine bağlı çalışan yardımcı kişilere örneğin işçilerine yaptırmasına engel yoktur.

Eserin meydana getirilmesi bakımından yüklenicinin kişisel becerisinin önemli olmadığı hallerde, yüklenicinin **alt yüklenicilere** başvurması iş sahibinin zarara uğramasına sebep olmaz. Çünkü bir sonuç borcunun borçlusu olan yüklenici, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmemesinin ve vadede teslim edilmemesinin riskini taşımaya devam etmektedir¹⁷⁴.

Alt yüklenici; yüklenicinin, kendi nam ve hesabına¹⁷⁵ yaptığı “alt eser sözleşmesi” ile eseri meydana getirme borcunun ifasını tamamen veya kısmen bıraktığı

¹⁷³ **Gautschi**, Art. 364, N 18 c; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80.

¹⁷⁴ Keza yüklenicinin, kendi kusuru olmasa dahi, eserde meydana gelebilecek muhtemel ayıplardan ötürü sorumluluğu devam etmektedir (BK m. 360). **CR-Chaix**, Art. 364 N 20; **Tandoğan**, Cilt II, s. 72.

¹⁷⁵ Yüklenici, alt yükleniciler ile kendi nam ve hesabına sözleşme ilişkisi kurar. Aksine sözleşme yoksa yüklenicinin iş sahibi adına hareket etme yetkisi yoktur. İş sahibi adına hareket etme yetkisi olmadığı halde, iş sahibi nam ve hesabına alt yüklenicilerle alt eser sözleşmesi akdeden yüklenicinin bu davranışının sonuçları BK m. 38 vd. nda düzenlenen **yetkisiz temsil hükümlerine** tâbidir. **Gauch**, Werkvertrag, N 642 ss; **CR-Chaix**, Art. 364 N 21.

ifa yardımcısıdır¹⁷⁶. Bir görüşe göre¹⁷⁷, alt yüklenicinin mutlaka yükleniciden bağımsız olarak çalışması gerekir. Buna karşılık bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre¹⁷⁸, işin uzmanı olan alt yüklenici, **kural** olarak, işin görülmesinde yükleniciden **bağımsız** hareket eder; ancak bunun aksinin kararlaştırılması da mümkündür. Alt yüklenici ister yükleniciden bağımsız olarak, ister ona bağımlı biçimde çalışsın, eserin meydana getirilmesi borcunun ifasında yüklenicinin BK m. 100 anlamında **ifa yardımcısıdır**¹⁷⁹. Yüklenicinin alt yükleniciye işi gördürmeye **yetkili olduğu** hallerde, onun alt yüklenicinin eylemelerinden ötürü iş sahibine karşı sorumluluğu, BK m. 100 hükmüne dayalıdır¹⁸⁰. Alt yüklenicinin yükleniciden **bağımsız** olarak çalışması durumunda, yüklenici, özen borcuna uygun olarak alt yüklenicileri özenle seçmek ve onlara işle ilgili uygun açıklamaları yapmakla yükümlüdür¹⁸¹. Ancak bu durumda, yüklenicinin alt yüklenicileri denetlemesi gerekli değildir¹⁸².

Yüklenici, sadece **alt yüklenicilerin** (Subunternehmer) değil, alt yüklenicilerin **istihdam ettiği kişilerin** veya alt yüklenicilerin başvurduğu **ikinci derecede alt yüklenicilerin** (Sub-Subunternehmer) eser sözleşmesine aykırı eylemlerinden ötürü de, iş sahibine karşı BK m 100 çerçevesinde sorumludur¹⁸³. Örneğin çalıştırdığı işçinin duvar örme işini vaktinde bitirememesinden ötürü alt yüklenici kaba inşaatı geç

¹⁷⁶ **CR-Chaix**, Art. 364 N 22; **Tandoğan**, Cilt II, s. 77; **Aral**, s. 330; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59; **Yalçınduran**, s. 50.

¹⁷⁷ **Gautschi**, Art. 364, N 11a, 11b, 15c.

¹⁷⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 622, 623; **Tandoğan**, Cilt II, s. 94; **Erman**, İnşaat, s. 41.

¹⁷⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 140, 177; **Spiro**, s. 188-189; **Chavanne**, N 138; **Werz**, N 311, 312; **Tandoğan**, Cilt II, s. 94; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59; **Öz**, Dönme, s. 273.

¹⁸⁰ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4386; **CR-Chaix**, Art. 364 N 23; **Tandoğan**, Cilt II, s. 77 dn. 78e; **Kılıçoğlu**, Eseri Şahsen Yapma Borcu, s. 198; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59-60.

¹⁸¹ **CR-Chaix**, Art. 364 N 23; **Erman**, İnşaat, s. 41.

¹⁸² **Corboz**, II, s. 18; **CR-Chaix**, Art. 364 N 23; **Erman**, İnşaat, s. 41.

¹⁸³ **Tandoğan**, Cilt II, s. 94; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59-60.

tamamlar ve yüklenicinin inşaatı iş sahibine teslimi bu sebeple gecikir. Yahut binanın kalorifer tesisatını kurma işi kendisine tevdi edilen alt yüklenici çelik boruların döküm işini yine bir alt eser sözleşmesi akdederek ikinci derecede bir alt yükleniciye bırakır; ancak bu kişinin boruların imalindeki gecikmesinden ötürü inşaat vadede iş sahibine teslim edilemez. İşte (asıl) yüklenici, tüm bu kişilerin eserin meydana getirilmesinde sebep olduğu gecikmelerden ötürü, iş sahibine karşı BK m. 100 uyarınca sorumludur.

Belirtmek gerekir ki BK m. 356 f. 2 hükmü emredici bir hüküm değildir¹⁸⁴. Örneğin taraflar şahsen ifa kuralını kaldırıp, eserin tamamının ya da bir kısmının yapımı işinin yükleniciye **bağımlı olmayan üçüncü kişilere** tevdi edilebileceğini kararlaştırabilirler¹⁸⁵. Öte yandan, alt yüklenici kullanılmasına cevaz veren bir anlaşmanın bulunmadığı hallerde, iş sahibinin bu duruma **sonradan rıza** göstermesi de mümkündür¹⁸⁶. Yahut taraflar aralarında anlaşarak, yükleniciye kısmen ya da tamamen **şahsen ifa ya da işi kendi idaresi altında yaptırma borcu** yükleyebilirler¹⁸⁷. Eseri yüklenicinin şahsen meydana getireceği kararlaştırılmışsa, artık eserin aynısını üçüncü bir kişi yapabilecek olsa dahi, yüklenici eseri şahsen meydan getirme borcu altındadır¹⁸⁸. Tarafların, yüklenicinin **alt yükleniciye başvurma hakkını sınırlamaları** (örneğin, bu başvurunun iş sahibinin de onayına tâbi olacağını veya yüklenicinin sadece belirli alt yüklenicilere başvurabileceğini kararlaştırmaları) da mümkündür¹⁸⁹. Sonuç

¹⁸⁴ **Corboz**, II, s. 18; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4387; **CR-Chaix**, Art. 364 N 24; **Aral**, s. 327; **Karataş**, s. 100.

¹⁸⁵ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4387; **CR-Chaix**, Art. 364 N 24; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80.

¹⁸⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 638; **CR-Chaix**, Art. 364 N 24; **Tandoğan**, Cilt II, s. 73.

¹⁸⁷ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4387; **CR-Chaix**, Art. 364 N 25.

¹⁸⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 618.

¹⁸⁹ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4387; **CR-Chaix**, Art. 364 N 25; **Tandoğan**, Cilt II, s. 80. **İş sahibinin onayıyla** üçüncü kişilere başvurulabileceğinin kararlaştırıldığı hallerde, yüklenicinin **bilgi vermeye** ilişkin sözleşme hükmünü **ihlâli**, tek başına alt yükleniciye başvurmayı haksız kılmaz. Ancak bu durum

olarak denilebilir ki, işi kısmen veya tamamen başkalarına devretme yetkisi sözleşmeyle yükleniciye tanınabileceği gibi, onun var olan yetkisi sözleşmeyle tamamen veya kısmen kaldırılabilir ya da sınırlanabilir.

B. Araç - Gereç Ve Malzeme Sağlama Borcu

Eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan araç gereçleri sağlama borcu, aksine bir teamül veya anlaşma bulunmadıkça, **yükleniciye aittir** (BK m. 356 f. 3). Bu araç gereçlerden, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi için gerekli tüm vasıtalar anlaşılmalıdır¹⁹⁰. Çekiç, tornavida, kalıp gibi **aletler**; dikiş makinesi, dokuma tezgâhı, greyder, kepçe gibi **makinelere**; elektrik, benzin gibi makinelerin kullanılması için gerekli **yakıt**, eserin meydana getirilmesi için gerekli araç gereçlere örnek olarak gösterilebilir¹⁹¹. Yüklenici bu tür araç gerece sahip değilse, kiralamak, satın almak veya masrafını kendisinin karşıladığı herhangi başka bir surette bunları temin etmekle yükümlüdür¹⁹². BK m. 356 f. 3'te kullanılan "aksine teamül veya anlaşma yoksa" ifadesinden de anlaşılacağı üzere, bu hüküm **düzenleyici** bir hükümdür. Taraflar eserin meydana getirilmesi için gerekli olan araç gereci kimin sağlayacağı konusunda, bu hükümde öngörülenden **başka bir düzenleme** üzerinde de anlaşabilirler¹⁹³.

Eserin meydana getirilmesinde kullanılacak olan malzemeyi hangi tarafın sağlayacağı, Kanun'da açıkça düzenlenmemiştir. Ancak doktrinde, BK m. 356 f. 3

sözleşme ihlâli teşkil ettiğinden, iş sahibi BK m. 96'ya dayanarak bu ihlâl ile nedensellik bağı içinde olan zararlarının yüklenici tarafından tazminini talep edebilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 641; **CR-Chaix**, Art. 364 N 28.

¹⁹⁰ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4388.

¹⁹¹ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 70; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4388.

¹⁹² **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4388.

¹⁹³ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4389.

hükümünün zıt anlamından hareketle, aksi kararlaştırılmadıkça, malzeme sağlama borcunun **iş sahibine** ait olduğu kabul edilmektedir¹⁹⁴. Buna göre **yüklenici**, ancak **tarafklar** malzemenin sağlanması borcunun yükleniciye ait olacağını açıkça veya zımnen **kararlaştırdıkları** takdirde, eserde kullanacağı malzemeyi kendisi sağlamak zorundadır. Ancak inşaat sözleşmeleri pratiğinde bu kuralın tersinin geçerli olduğu, malzemeyi sağlama borcunun çoğunlukla yükleniciye ait olduğu da belirtilmelidir¹⁹⁵. **Malzeme** kavramından, eserin meydana getirilmesine yarayan ve esere vücut verip onunla birleşip bütünleşen tüm maddeler anlaşılır¹⁹⁶. Örneğin araba imalâtında arabanın motoru, camı; bina inşasında kum, çakıl, beton, demirler, binanın içindeki bağımsız bölümlerde bulunan pencere, kapı, lavabolar; giyecek imalâtında kumaş, iplik eserde kullanılan malzemelerdir¹⁹⁷.

Malzemenin **iş sahibi** tarafından sağlandığı¹⁹⁸ durumlarda, yüklenicinin **iki yükümlülüğü** vardır. **İlk** olarak, yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi gereken özeni göstererek kullanmak ve bundan dolayı hesap vermek, artanı da iade

¹⁹⁴ **BK-Koller**, Art. 365, N 27; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 365, N 2; **Gauch**, Werkvertrag, N 74; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4390; **Aral**, s. 333; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 24. Aksi görüşte: **Tandoğan**, Cilt II, s. 105.

¹⁹⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 75; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4391.

¹⁹⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 66; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4390.

¹⁹⁷ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 66; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4390. Buna karşılık, plân ve projeler veya binanın üzerinde inşa edileceği arazi malzeme değildir. Yeni bir eser meydana getirilmeyip, var olan bir şey üzerinde değişiklik veya tamirat yapmanın taahhüt edildiği durumlarda, yüklenicinin üzerinde çalışacağı bu şey de malzeme değildir. Ancak bu durum, arazi ve yüklenicinin üzerinde çalıştığı şey bakımından, malzemeye ilişkin hükümlerin (BK m. 357 f. 2, BK. m. 368 f. 2 ve f. 3) kıyasen uygulanmasına engel olmaz. **Gauch**, Werkvertrag, N 68, 73; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4392; **Aral**, s. 333; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 23.

¹⁹⁸ İş sahibinin eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemeyi sağlama borcu altında olduğu durumlarda, iş sahibi malzemeyi **doğrudan** yükleniciye verebileceği gibi, malzemeyi, satın aldığı veya imal ettirdiği **üçüncü kişi aracılığıyla** da yükleniciye sağlayabilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 77-79; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4396.

etmekle yükümlüdür. (BK m. 357 f. 2). **İkinci** olarak da, eser meydana getirilirken iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olduğu anlaşılırsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse, bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur (BK m. 357 f. 3). Buna göre, yüklenici malzemedeki ayıbı iş sahibine ihbar etmezse, meydana getireceği eserdeki ayıptan da ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca sorumlu olacaktır¹⁹⁹.

Eserde kullanılacak malzemenin **yüklenici** tarafından sağlandığı eser sözleşmeleri, “**eser teslimi sözleşmesi**” (Werklieferungsvertrag/contrat de livraison d’ouvrage) olarak adlandırılmaktadır²⁰⁰. İşte bu tür eser sözleşmelerinde yüklenici, kullandığı malzeme ayıplı olduğu takdirde, bundan dolayı iş sahibine karşı sorumludur (BK m. 357 f. 1). Buna göre yüklenici, malzemeyi “iyi cinsten” seçmek zorundadır. Ancak malzemenin iyi cinsten olup olmadığı nasıl belirlenecektir? Bu konuda tarafların anlaşmalarında belirledikleri bir standart olup olmadığına bakılmalı, varsa bu standarda uygunluk aranmalıdır. Böyle bir anlaşma bulunmuyorsa, aranacak kalite düzeyi iyiniyet kurallarına uygun olarak iş sahibinin bekleyebileceği seviye olmalıdır. Bu durumda malzemenin en azından “orta kalite”de olması aranacaktır (BK m. 70)²⁰¹.

¹⁹⁹ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4399; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 24. Yarg. 15. HD., 31.5.2001 T., 2001/1074 E., 2001/2944 K.: “ (...) Özellikle, hatta döşenen boruları dayanıksız ve kalitesiz olduğu halde imalatta kullanılması ise yüklenicinin B.K.357.maddesinde hükme bağlanan genel ihbar mükellefiyetini yerine getirmediğini başka bir deyişle kusurlu malzemeyi iş sahibini haberdar etmeden imalatta kullanarak eserin ayıplı ortaya çıkmasına işin başında sebebiyet verdiğini gösterir. Bu durumda yüklenici eserde meydana gelen sonuçlara tahammül etmekle sorumludur.” (**Karataş**, s. 112).

²⁰⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 82; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4394; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 24. İsviçre Federal Mahkemesi de bu kavramı benimsemektedir. Örneğin; BGE 117 II 274 = JdT 1992 I 292.

²⁰¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 83; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4394; **Tercier**, Détermination, s. 8; **Öz**, İnşaat, s. 109. Yarg. 15. HD., 9.5.1975 T., 1975/2462 E., 1975/2490 K.: “Borçlar Kanunu’nun 357. maddesinde yüklenici imal edeceği şeyde kullanacağı malzeme ve işçiliğin vasat derecede olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu tutulmaktadır.” (**Karataş**, s. 110).

C. Özen ve Sadakat Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sorumluluğu genel olarak işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere tâbidir (BK m. 356 f. 1). Bu hükümdeki “sorumluluk” ifadesi, mehzaz İBK m. 364 f. 1 hükmünün Almanca metninde yer aldığı şekliyle “özen” (die Sorgfalt) olarak anlaşılmalıdır²⁰². Böylece Kanun, eser sözleşmesinde yükleniciye **genel bir özen borcu** yüklemiştir²⁰³. Buna göre yüklenici, örneğin eserin meydana getirilmesinde ve tesliminde iş sahibinin vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar verebilecek her tür davranış veya ihmalden kaçınmalıdır²⁰⁴.

BK m. 356 f. 1 hükmüyle hizmet akdine²⁰⁵ yapılan yollamaya rağmen, yüklenicinin özen borcunun işçinin özen borcuna nazaran daha ağır olması gerektiği savunulmaktadır. Zira yüklenici, işçiden farklı olarak, hem sözleşmenin daha tecrübeli ve teknik açıdan daha bilgili tarafıdır; hem de iş sahibinden talimat almak konusunda daha bağımsızdır²⁰⁶. Yükleniciden beklenecek **özenin derecesi**, her somut olayın

²⁰² **CR-Chaix**, Art. 364 N 2; **Aral**, s. 336; **Erman**, İnşaat, s. 34-35. Yeni Borçlar Kanunu’nda da özen ifadesi kullanılmıştır. “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.” (YBK m. 471 f. 1).

²⁰³ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4425.

²⁰⁴ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4428. Bu yönde, BGE 102 II 85=JdT 1976 I 610. Yarg. 15. HD., 3.7.2007 T., 2006/3930 E., 2007/4525 K.: “Yüklenicinin özen borcu, eser sözleşmesinin kurulmasıyla başlar, eserin iş sahibine teslim edildiği ana kadar devam eder. Özen borcunun gereği yüklenici eseri meydana getirme çalışmaları sırasında üçüncü kişilere verdiği zararlardan da sorumludur.” (**Karataş**, s. 116).

²⁰⁵ Hizmet akdinde işçiden beklenen özenin derecesi, sözleşmeye göre belirlenir ve işçinin o iş için sahip olduğu ve iş sahibinin bildiği veya sahip olması gereken bilgi derecesi ile yetenek ve nitelikleri göz önünde tutulur (BK m. 321 f. 2).

²⁰⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 840; **CR-Chaix**, Art. 364 N 3; **Tandoğan**, Cilt II, s. 54; **Aral**, s. 336; **Öz**, İnşaat, s. 107. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. HGK 9.10.1991 T., 1991/15-340 E., 1991/467 K.: “Eser sözleşmelerinde yüklenici, kural olarak, işin görüşülmesi ve tesliminde işçiye göre “daha yüksek özen” göstermelidir (BK. m. 356/I). Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak

özelliklerine göre değişir. Ancak genel olarak, yüklenicinin, aynı şartlar altında böyle bir eseri meydana getirmeyi kabul eden dikkatli bir yükleniciden iş hayatında geçerli anlayışa göre beklenebilecek özeni göstermesi gerekir²⁰⁷. Yükleniciden beklenecek özen tespit edilirken, yüklenicinin sözleşmenin kurulduğu anda geçerli olan teknik ve sanat kurallarına uygun hareket edip etmediği incelenmelidir²⁰⁸. Yüklenicinin tacir olması durumunda, ondan “basiretli bir tacir” (TTK m. 20 f. 2) gibi davranmış olması, tecrübeli ve işinin uzmanı bir yüklenicinin göstereceği özeni göstermiş olması beklenir²⁰⁹. Yeni Borçlar Kanunu’nda yükleniciden beklenecek özenin derecesinin nasıl tespit edileceği hizmet akdine atıf yapılmadan doğrudan özen borcunun öngörüldüğü hükümde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.”(YBK m. 471 f. 2).

Kanunda ayrıca düzenlenmemiş²¹⁰ olmakla birlikte, yüklenicinin iş sahibine karşı MK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kurallarından kaynaklanan bir **sadakat borcu** da

zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur. Özen borcu, işin teslimine kadar devam eder.” (www.kazanci.com). Bu karar için ayrıca bkz. **Erman**, İnşaat, s. 35 dn. 23. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 27.1.2009 T., 2008/489 E., 2009/394 K. (**Karataş**, s. 123).

²⁰⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 841; **CR-Chaix**, Art. 364 N 3; **Aral**, s. 336-337.

²⁰⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 842; **CR-Chaix**, Art. 364 N 4; **Tandoğan**, Cilt II, s. 55; **Aral**, s. 337.

²⁰⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 55; **Erman**, İnşaat, s. 36; **Öz**, İnşaat, s. 107. Yarg. 15. HD., 10.6.2002 T., 2002/1885 E., 2002/3123 K.: “ (...) taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen ve gecikme nedeniyle ödenmesi kararlaştırılan tazminat, kira tazminatı değil, sözleşmede açıkça yazıldığı gibi cezai şarttır. Davalı yüklenici şirket tacir olup, sözleşmeyi imzaladığı anda basiretli tacir gibi hareket etmek ve kararlaştırılanın ne anlama geldiğini de bilmek durumundadır.” (**Karataş**, s. 126).

²¹⁰ Yeni Borçlar Kanunu’nda yüklenicinin sadakat borcu ayrıca belirtilmiştir. “Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.” (YBK m. 471 f. 1).

bulunmaktadır²¹¹. Bu itibarla yüklenici, iş sahibinin meşru menfaatlerini korumalıdır. Örneğin yüklenici, sadakat borcu gereği, eserin meydana getirilmesi sırasında iş sahibi tarafından kendisine aktarılan imalât veya iş sırlarını saklamalı; iş sahibinin sağladığı plân ve projeleri onun izni olmadan başkalarına vermemeli veya başka işlerinde kullanmamalıdır²¹². Keza yüklenici, kendisinin veya yardımcı kişilerinin gerçekleştirebilecek durumda olmadığı çalışmaları daha baştan reddetmelidir²¹³.

Kanun bazı durumlarda yüklenicinin özen ve sadakat borcunu özel olarak düzenleyerek somutlaştırmıştır. Örneğin yüklenicinin, kendisine verilen malzemeyi özenle kullanmak (BK m. 357 f. 2), iş sahibini sağladığı malzeme veya arazinin ayıbından haberdar etmek ve eserin gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek her durumu iş sahibine bildirmek (BK m. 357 f. 3) zorunda olması bu cümledendir²¹⁴.

D. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

Yüklenicinin işe ne zaman başlayacağı sözleşmede kararlaştırılmışsa, yüklenici kararlaştırılan tarihte işe başlamalıdır. Yüklenicinin işe başlama zamanı belirlenmemiş, ancak teslim tarihi kararlaştırılmışsa, yüklenici en geç kararlaştırılan teslim vadesinde eserin teslimine izin veren son günde işe başlamalıdır²¹⁵. Taraflar ne işe başlama zamanını, ne de teslim vadesini kararlaştırmışlarsa, işin niteliği farklı bir sonuca

²¹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 820; **Aral**, s. 337; **Öz**, İnşaat, s. 108.

²¹² Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 820; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4428; **CR-Chaix**, Art. 364 N 5; **Öz**, İnşaat, s. 108.

²¹³ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4428; **CR-Chaix**, Art. 364 N 5. Bu yönde, BGE 93 II 317=JdT 1969 I 156.

²¹⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 828, 829; **CR-Chaix**, Art. 364 N 7; **Aral**, s. 338; **Öz**, İnşaat, s. 106-107.

²¹⁵ **Chavanne**, N 112.

ulaşmayı gerektirmedikçe, yüklenici sözleşme kurulduktan sonra “derhal” işe başlamalıdır (BK m. 74)²¹⁶. İşe başlama borcu muaccel hale gelen yüklenici, bu andan itibaren iş görme edimini kesintisiz ve mümkün olduğu ölçüde düzenli bir tempoda devam ettirmelidir²¹⁷.

BK m. 358 f. 1’e göre, yüklenici işe zamanında başlamaz veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirir ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim vadesini beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir²¹⁸. Bu hüküm, dolaylı olarak, yüklenicinin eser

²¹⁶ Ancak işe “derhal” başlaması gereken yüklenici dahi, işe başlamak için gerekli olan olağan hazırlık süresinden yararlandırılmalıdır. **Gauch**, Werkvertrag, N 674; **Tandoğan**, Cilt II, s. 123; **Aral**, s. 343; **Öz**, İnşaat, s. 117. Yarg. 15. HD., 11.11.2002 T., 2002/3551 E., 2002/5068 K.: “(...) İnşaatın süresi “işe başlanılmasından itibaren” 30 ay ise de; bu husus davacının işe başlamak için dilediği kadar süresi olduğu anlamında yorumlanamaz.” (**Karataş**, s. 129-130).

²¹⁷ **Chavanne**, N 114; **Tandoğan**, Cilt II, s. 124.

²¹⁸ Yarg. 15. HD., 1.5.1997 T., 1997/1967 E., 1997/2324 K.: “ (...) inşaat ruhsatının 27.12.1993’te alındığı açıklanmıştır. İnşaatın tesliminin gerektiği tarih buna göre değerlendirilip 24 ayın ilave edilmesi halinde işin 27.12.1995’te bitmesi gerekmektedir. Hal böyle iken inşaatın % 1.5 seviyesinde bulunduğu ve kalan sürede de inşaatın bitirilmesinin mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Davalı yanca başkaca inşaatın gecikmesine etkili bir sebep gösterilmemiş ve kanıtlanmamıştır. Bu durumda teslim için gerekli süreyi beklemeden ve davalıya yeni bir ihtar çekmeden akdin feshedilmesi BK.nun 358/1 maddesine uygun bulunmaktadır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 21.4.1993 T., 1992/3812 E., 1993/1871 K.: “Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılan göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. (...) davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesine arsa sahibi sözleşmeden dönmek hakkına sahiptir. (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 6.2.1989 T., 1988/1537 E., 1989/407 K.: “(...) özellikle taraflar arasındaki 31.7.1978 tarihli sözleşmede işin 20.2.1979 tarihinde ikmal edilip teslimi kararlaştırıldığı halde yapılan tespitlerde davalının işi teslim tarihinde bile yeterli seviyeye getirmediği anlaşılmış ve 24.4.1979 tarihli ihtar rağmen bir faaliyet göstermediği böylece BK.nun 358/1. madde hükmü gereğince artık işi

sözleşmesindeki borcunun tamamlanmış eseri teslim etmekten ibaret olmadığını, onun ayrıca eserin meydana getirilmesini de borçlandığını göstermektedir²¹⁹.

BK m. 358 f. 1’de düzenlenen durum, yüklenicinin eseri meydana getirmekte, yani işin icrasında gecikmesidir²²⁰. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, bu hükümdeki boşluklar borçlu temerrüdüne ilişkin genel düzenleme olan BK m. 101 vd. hükümleriyle tamamlanmalıdır²²¹. Buna göre örneğin iş sahibinin teslim vadesinden önce sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için de, kural olarak yükleniciye ihtarda bulunması ve ek süre tayin etmesi gerekir. Öte yandan, doktrindeki hâkim görüşe göre, her ne kadar BK m. 358 f. 1’deki düzenlemede iş sahibinin sadece sözleşmeden dönme hakkından söz edilmişse de, BK m. 106 vd. hükümleri bu düzenlemeyi tamamlayıcı biçimde uygulanmalıdır. Buna göre iş sahibi, BK m. 358 f. 1’deki koşullar gerçekleştiğinde, sadece sözleşmeden dönme hakkını değil, dilerse bunun yerine BK m. 106 f. 2’de değinilen diğer hakları, yani aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme veya ifa yerine müsbet zararın tazminini talep etme haklarını da kullanabilmelidir²²². Böylece iş sahibi, yüklenici çalışmaya başlamakta veya devam etmekte geciktiği takdirde, eseri teslim borcunda temerrüde bağlı haklarının tümünü (BK m. 106 vd.) teslim vadesinin gelmesini beklemek zorunda kalmaksızın kullanabilecektir.

tamamlayamayacağı ortaya çıkmış bulunmasına, sözleşmenin davacı kurumca haklı olarak feshedilmiş bulunmasına göre davalı vekilinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir.” (www.kazanci.com).

²¹⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 668; **Werz**, N 599; **Tandoğan**, Cilt II, s. 113; **Aral**, s. 342-343.

²²⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 669; **Chavanne**, N 109 vd.; **Aral**, s. 343; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 25.

²²¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 675; **Werz**, N 599; **Aral**, s. 344; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 25.

²²² **BK-Koller**, Art. 366, N 77; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 366, N 13; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 37; **Gauch**, Werkvertrag, N 675; **Werz**, N 600; **Aral**, s. 344-345; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 25. Aksi görüşte: **Öz**, Dönme, s. 49 vd.; **Öz**, İnşaat, s. 114. **Öz**’e göre, iş sahibi BK m. 358 f. 1’in koşulları gerçekleştiğinde sadece sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

II. ESERİ TESLİM BORCU

Eser sözleşmesinin kanundaki tanımında (BK m. 355), yüklenicinin eseri teslim borcuna değinilmemiştir. Ancak eser sözleşmesine ilişkin diğer kanun hükümlerinde (örneğin BK m. 359 f. 1, BK m. 364 f. 1 ve f. 2, BK m. 368 f. 1) eserin tesliminden söz edilmiştir. Bu hükümlerden, yüklenicinin sadece eseri meydana getirmekle aslî edim borcunu yerine getirmiş olmayacağı, onun ayrıca meydana getirdiği **eseri teslim etme** borcu altında olduğu anlaşılmaktadır²²³.

A. Genel Olarak

Eserin teslimi, yüklenicinin tamamladığı eseri sözleşmeyi ifa etmek niyeti ile **iş sahibinin fiilî hâkimiyetine geçirmesi** olarak tarif edilmektedir²²⁴. Bu tanım yüklenicinin hâkimiyet alanında meydana getirilen taşınır eserleri esas almaktadır²²⁵. Fikrî çalışmanın bir cisim üzerinde sabit hale getirildiği durumlarda da teslim, bu maddî varlığın zilyetliğinin iş sahibine aktarılmasıyla (örneğin senaryonun yazıldığı metnin zilyetliğinin iş sahibine nakliyle) gerçekleşir²²⁶. Buna karşılık, eserin iş sahibinin hâkimiyet alanında meydana getirildiği durumlarda, bu tanımda ifade edilenden farklı olarak, eserin zilyetliğinin iş sahibine nakledilmesi söz konusu olmaz. Örneğin iş sahibine ait arsa üzerinde bina inşası veya iş sahibinin hâkimiyet alanında gerçekleştirilen tamirat ya da boyama gibi işlerde teslim, yüklenicinin iş sahibine işin

²²³ **BK-Koller**, Art. 363, N 253; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 363, N 2; **ZK-Bühler**, Art. 363, N 43; **Gauch**, Werkvertrag, N 8; **CR-Chaix**, Art. 363 N 2; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4409; **Galante**, s. 15-16; **Tandoğan**, Cilt II, s. 124; **Ozanoğlu**, s. 61. Bu yönde, BGE 115 II 456=JdT 1990 I 308.

²²⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 87; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4415; **Galante**, s. 28; **Klauser**, s. 16; **Schlatter**, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

²²⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 88; **BK-Koller**, Art. 363, N 312; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 80; **Ayan**, s. 49.

²²⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 90; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

tamamlandığına ilişkin yapacağı açık veya örtülü bildirimle gerçekleşir²²⁷. Fikrî eserin herhangi bir cisim üzerinde süreklilik kazanmadığı durumlarda ise, iş sahibi edim sonucunu, ayrı bir teslim fiili gerekmeksizin, yüklenici eseri meydana getirdiği (örneğin konseri veya tiyatro oyununu tamamladığı) anda kendiliğinden elde eder²²⁸.

Taraflar **sözleşme** özgürlüğü çerçevesinde eserin teslimini bazı **koşullara** da bağlayabilirler. Örneğin eserin teslimi, eserin tamamlanmasının yanında iskân ruhsatının alınması²²⁹ veya bir kurumun ya da tarafların eser üzerinde birlikte yapacakları incelemenin sonucunun olumlu olması yahut anahtarların teslimi gibi koşullara bağlanabilir²³⁰. Ayrıca, tarafların eserin bir bütün olarak değil, kısım kısım teslim edilmesi üzerinde uzlaşmaları da mümkündür²³¹.

BK m. 359 f. 1 hükmüne göre ayıplar eserin tesliminden sonra tespit edileceğinden, **ayıp** kural olarak eserin teslimine engel olmaz; iş sahibi kural olarak ayıplı da olsa eseri teslim almak zorundadır²³². Ancak eser hiçbir şekilde

²²⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 92; **BK-Koller**, Art. 363, N 312; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 80; **Ayan**, s. 51-52.

²²⁸ **BK-Koller**, Art. 363, N 312; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 27.

²²⁹ Yarg. 15. HD., 20.5.1991 T., 1990/3456 E., 1991/2872 K.: “Sözleşmede teslim olgusunun iskân iznine bağlanmış olması, HUMK’nun 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda, yüklenicinin teslim savunmasını iskân izin belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa, iskân izni henüz alınmamıştır. O halde, davacılara ait bağımsız bölümlerin teslim edilmediğinin kabulü gerekir.” (**Kostakoğlu**, s. 654-655).

²³⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 107; **BK-Koller**, Art. 363, N 331; **Seliçi**, İnşaat, s. 42; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127; **Ozanoğlu**, s. 65; **Ayan**, s. 82.

²³¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 107; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127; **Ozanoğlu**, s. 65; **Ayan**, s. 71.

²³² Aksi halde, iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer (BK m. 90). **Galante**, s. 29, 31 dn. 81; **Gauch**, Werkvertrag, N 106; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4414; **Chavanne**, N 28; **Werz**, N 147; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Aral**, s. 345; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 80. Aksi görüşte: **BK-Koller**, Art. 363, N 254; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 78; **Ayan**, s. 51. Bu görüşe göre, iş sahibi ayıplı ifayı kabul etmek zorunda değildir ve kabul etmediği takdirde alacaklı temerrüdüne düşmez.

kararlaştırılanla örtüşmüyorsa yani “aliud” teşkil ediyorsa veya kullanılamayacağı açıkça belli olacak derecede ağır ayıplı ise, iş sahibinden eseri teslim alması beklenemez. Bu durumda iş sahibi, eseri teslim almaktan kaçınıp, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir²³³.

Eserin teslim edilmesi (teslimi) ve **teslim alınması (tesellümü)** kavramları, aynı olayı, yani iş sahibinin eser üzerindeki fiili hâkimiyeti elde etmesini ifade eder. Teslim kavramı bu durumun yüklenici bakımından görünümüken, teslim alma kavramı aynı durumun iş sahibi bakımından nitelendirilmesidir²³⁴. Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin eseri teslim alması ile onun eseri kabul etmesi (BK m. 362) farklı kavramlardır. İş sahibinin **eseri kabul etmesi**, onun eseri teslim aldıktan sonra, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin açık veya zımnî irade beyanında bulunmasıdır²³⁵.

²³³ **CR-Chaix**, Art. 368, N 3; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4414; **Galante**, s. 31 dn. 81; **Öz**, İnşaat, s. 167.

²³⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 97; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4410; **Trümpy**, s. 104; **Tandoğan**, Cilt II, s. 127; **Aral**, s. 345; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s.80-81; **Ayan**, s. 50.

²³⁵ İş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olduğunu yükleniciye bildirmesi açık, eserin ayıplı olduğunu bildiği halde sessiz kalarak eseri kullanması örtülü kabule örnektir. **Tandoğan**, Cilt II, s. 218; **Erman**, İnşaat, s. 151 dn. 172. Kabul beyanı, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarının düşmesine sebep olur. Eserde ayıp bulunsa dahi, yüklenici edimini tam olarak yerine getirmiş ve borcundan kurtulmuş olur. **Gauch**, Werkvertrag, N 100; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4498; **Seliçi**, İnşaat, s. 199; **Aral**, s. 345; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s.81; **Erman**, İnşaat, s. 151; **Ayan**, s. 50. Yarg. 15. HD., 15.6.1992 T., 1992/3006 E., 1992/3087 K.: “ (...)”eserin teslimi” ile ”eserin kabulü ” de eş anlamlı değildir. Tüm bunlar bir yana, 22.6.1989 günlü oturumda davalı yüklenici inşaatın hatalı olduğunu kendisinin bildiğini, davacı arsa sahibinin de hatayı görüp giderilebileceği kadar giderilmesi ve iskân ruhsatına engel durumun ortadan kaldırılması bakımından kendisine yardımcı olduğunu beyan etmiş olmakla artık ihtirazî kayıtsız ”kabulden” söz edilemez.” (www.kazanci.com).

Eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp teslim edildiğini **ispat yükü** yüklenicidedir (MK m. 6)²³⁶. Buna karşılık, iş sahibi eserdeki eksikliklere rağmen eseri ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin fiilen kullanmaya başladığı takdirde bu durum teslimin gerçekleştiğine karine teşkil ettiğinden, ispat yükü ters çevrilir ve eserin eksik olduğunu iş sahibi ispat eder²³⁷.

B. Tamamlanmamış (Eksik) Eserlerin Durumu

1. Eksik Eserin Teslim Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Eserin teslim edildiğinden söz edebilmek için, kural olarak yüklenicinin gerek sözleşmeyle taahhüt etmiş olduğu, gerek iş değişiklikleri sonucu yapmak zorunda olduğu iş görme faaliyetlerinin tümünü yerine getirmiş olması, diğer bir ifadeyle eseri **tamamlamış olması** gerekir²³⁸. İş sahibi, tamamlanmamış bir eseri teslim almak zorunda değildir. Ancak **istisnaî** hallerde tamamlanmamış yani **eksik bir eserin de teslim edildiği** kabul edilebilir. Örneğin iş sahibi tamamlanmamış eseri ifa olarak kabul edeceğini yükleniciye beyan ettiği takdirde, tamamlanmamış bir eser yükleniciye teslim edilebilir²³⁹. Bazı durumlarda da tamamlanmamış bir eserin teslim edildiğinin kabul edilmesi, dürüstlük kuralının (MK m. 2) bir gereğidir²⁴⁰. Örneğin eser eksik olmasına

²³⁶ **BK-Koller**, Art. 363, N 381; **Ayan**, s. 81; **Karataş**, s. 143. Yarg. 15. HD., 14.1.2008 T., 2007/7012 E., 2008/26 K.: “Kural olarak eser sözleşmelerinde eserin teslimin sözleşmeye ve tekniğine uygun olup olmadığını kanıtlamak yükleniciye aittir.”(www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 251. 2007 T., 2005/4428 E., 2007/340 K.: “(...) eser sözleşmelerinde kural olarak teslimin yapıldığını yüklenicinin ispat etmesi gerektiğinden (...)” (**Kostakoğlu**, s. 648).

²³⁷ **Erman**, İnşaat, s. 30; **Ayan**, s. 81.

²³⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 101; **Galante**, s. 29; **Chavanne**, N 28; **Werz**, N 145; **Trümpy**, s. 104; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Ozanoğlu**, s. 63.

²³⁹ **Galante**, s. 30; **Öz**, Dönme, s. 166.

²⁴⁰ Yarg. 15. HD., 3.11.2004 T., 2004/1391 E., 2004/5609 K.: “(...) dava tarihi itibarıyla eksik ve kusurlu işler ve bedeli saptanmalı; işin eksik ve kusurunun niteliği, derecesi ve giderim tutarı itibarıyla arsa sahibince reddiyle teslim alınmaması, Medeni Yasanın 2. maddesi gereğince objektif iyi niyet kurallarına

rağmen iki taraf da uzun zaman teslim gerçekleşmiş gibi davranarak birbirleri nezdinde haklı bir güven oluşturduktan sonra tarafların birinin eserin eksik olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi, somut durumun koşullarına göre dürüstlük aykırı bulunarak teslim gerçekleşmiş kabul edilebilir²⁴¹.

İş sahibinin tamamlanmamış bir eseri dürüstlük kuralı gereği teslim almaktan kaçınmaması özellikle eserde sadece **önemsiz eksiklikler** bulunduğu takdirde söz konusu olur. Eserde sadece önemsiz bazı eksiklikler varsa, iş sahibinin eserin tamamlanmamış olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden, eserin teslim edildiği kabul edilir²⁴². Bir eksikliğin **önemli olup olmadığına**, eksik kalan işin toplam işe oranına yani miktarına ve eksik işin niteliğine bakılarak karar verilir²⁴³. Örneğin bağımsız bölümün bazı kapı kollarının veya banyodaki havlulukların takılmamış olması teslimde engel olmayan önemsiz eksiklik olarak kabul edilebilir. Genel olarak toplam işin çok küçük bir yüzdesini oluşturan eksikliklerin önemsiz olduğu kabul edilebilirse de, bazı durumlarda eksiklik toplam işin küçük bir yüzdesini oluşturduğu halde eserin tamamlanmış sayılması için tâli nitelikte olmadığı için önemli eksiklik olarak nitelendirilebilir. Örneğin sadece şömineyle ısıtılması tasarlanan bir dağ evinin inşasında şöminenin

aykırı ise eksik ve kusur bedelinin yüklenici tarafından arsa sahibine ödenmesi koşuluyla birlikte ifaya (...) karar verilmelidir.” (Kostakoğlu, s. 681-683).

²⁴¹ **Gauch**’un verdiği bir örneğe göre, yüklenici tamamlanmamış bir eseri ifada bulunmak iradesiyle iş sahibinde sunduğunda, iş sahibi uzun süre sessiz kalarak veya örneğin ayıba karşı tekeffülden doğan bir hakkı ileri sürerek teslimin gerçekleştiğine dair yüklenici nezdinde haklı bir güven oluşturmuşsa, onun daha sonra eserin eksik olduğu gerekçesiyle teslimin gerçekleşmediğini iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. **Gauch**, Werkvertrag, N 104.

²⁴² **Gauch**, Werkvertrag, N 103-104; **Galante**, s. 30-31; **Werz**, N 146; **Bögli**, N 325; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Erman**, İnşaat, s. 30; **Ozanoğlu**, s. 63 dn. 13; **Ayan**, s. 63, 66. Bu yönde BGE 106 II 24 = JdT 1981 I 17; BGE 101 II 253 = JdT 1977 I 158.

²⁴³ **Bögli**, N 304; **Ayan**, s. 65-66.

yapılması toplam işin belki küçük bir yüzdesini teşkil eder; ancak somut durumun tüm koşulları birlikte değerlendirildiğinde şöminenin bulunmaması nitelik bakımından inşaatın kullanılmasına engel teşkil eden önemli bir eksiklik sayılarak, iş sahibinin şöminesiz bir dağ evinin teslimini reddedebileceği kabul edilebilir.

İş sahibinin **tamamlanmamış bir eseri fiilen kullanmaya başlamış olması** (örneğin eksiklikleri bulunan bir bağımsız bölümde oturmaya başlaması veya burayı kiraya vermesi) onun eseri bu haliyle teslim aldığına karinedir²⁴⁴. Fakat iş sahibi zorunluluk sebebiyle (örneğin içinde bulunduğu ekonomik sıkıntından ötürü) veya ihtirazî kayıt ileri sürerek eksik eseri kullanmaya başladığı takdirde, eser fiilen kullanılıyor olsa dahi, iş sahibinin eseri ifa olarak teslim aldığı, yani teslimin gerçekleştiği söylenemez²⁴⁵.

²⁴⁴ Bu durum, iş sahibinin temerrüt hükümlerine başvurmasına engel olursa da, eksik ifa sebebiyle BK m. 96'ya göre yükleniciden talepte bulunmasına engel olmaz.

²⁴⁵ **Gautschi**, Art. 367, N 8-12; **Seliçi**, İnşaat, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Öz**, Dönme, s. 169; **Öz**, İnşaat, s. 130; **Erman**, İnşaat, s. 30. Kısmen farklı görüşte: **BK-Koller**, Art. 363, N 372; **Bögli**, N 304; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; **Ayan**, s. 67-68. Son zikrettiğimiz yazarlara göre, eserin tamamlanmadığı açıksa, örneğin eserde yapının pencerelerinin ve kapılarının takılmamış olması, sıvanın yapılmamış olması gibi önemli eksiklikler varsa, yüklenicinin sözleşmeyi ifa iradesinin bulunduğundan söz edilemeyeceğinden teslim gerçekleşmiş sayılmaz. Ancak kanaatimizce, eksik işin miktarı ve niteliği, yani eksikliğin önemli olması, iş sahibinin dürüstlük kuralına göre eksik işi teslim almak zorunda olup olmadığının tespiti bakımından önemlidir. Yoksa iş sahibi, eksiklik önemli olup, eseri bu haliyle ifa olarak teslim almak zorunda olmadığı halde, ekonomik koşullarının gereği zorunlu olarak değil de tümüyle özgür iradesiyle eseri bu haliyle ifa olarak kabul etmişse, artık onun teslimin gerçekleşmediğini iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırı olur. İş sahibinin eksik eseri fiilen kullanmaya zorunluluk sebebiyle mi, yoksa ihtiyarıyla mı başladığı somut olayın tüm koşulları göz önünde tutularak belirlenmelidir. Örneğin, somut olayda aksinin kabulünü gerektiren bir başka sebep olmadıkça, oturabileceği kendisine ait bir başka evi bulunduğu halde eksiklikleri bulunan yapıya yerleşen iş sahibinin, eksik eseri ihtiyarıyla ifa olarak teslim aldığı söylenebilir.

2. Eksik İş - Ayıplı İş Ayrımı

Eserin tamamlanmamış, yani **eksik** olması ile **ayıplı** olması birbiriyle karıştırılmamalıdır. Genel olarak denilebilir ki, eseri tamamlamak için yeni bir çalışma ortaya koymak gerekiyorsa, yani eserin meydana getirilmesi için sözleşme gereği yapılması gereken bir iş yapılmamışsa, **eksik ifa** söz konusudur²⁴⁶. Örneğin bir inşaat sözleşmesinde binanın çatısı kapatılmamışsa veya pencereleri takılmamışsa, yüklenicinin eseri tamamlamak için halen yapması gereken işler bulunduğu için, eksik ifa söz konusudur. Buna karşılık, yüklenici eseri sözleşmede öngörülen niteliklerine aykırı olarak yapmışsa, yapılması gereken çalışma eserin hali hazırda üretilmiş bulunan bir parçasında değişiklik yapmaktan ibaretse, **ayıplı ifadan** söz edilebilir²⁴⁷. Diğer bir deyişle, yüklenici yapmış olduğu, ancak gereği gibi yapmamış olduğu bir edimi bu kez gereği gibi yerine getirmek zorundaysa, ayıplı ifa söz konusudur. Örneğin sipariş edilen makinenin bir vidası yerine oturmadığı için vidanın yuvasının genişletilmesi gerekiyorsa, durum budur. Yargıtay da eksik iş ayıplı iş ayrımını buna göre yapmaktadır²⁴⁸. Ancak eksik iş ile ayıplı iş arasındaki ayrımı yapmak her zaman kolay değildir. **Gauch**'un bu konuda önerdiği kıstas şudur: Sözleşmeye aykırılık, mevcut eserde hali hazırda yapılmış olan çalışmalara zarar verilmeden düzeltilebiliyorsa (örneğin, yapının duvarı boyanmamışsa), eksik iş; buna karşılık, sözleşmeye aykırılık ancak daha önce yapılan işe zarar verilerek düzeltilebiliyorsa (örneğin, yapının duvarı önce astar çekilmeksizin boyanmışsa), ayıplı iş vardır²⁴⁹. Bu kıstas kanaatimizce de,

²⁴⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 1448; **Galante**, s. 32; **Werz**, N 148; **Erman**, İnşaat, s. 181.

²⁴⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 1448; **Galante**, s. 31-32; **Werz**, N 149; **Erman**, İnşaat, s. 181.

²⁴⁸ Yarg. 15. HD., 14.2.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.: "Genel olarak eksik iş; yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıp da; sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki aleyhe farkları ifade etmektedir." (www.kazanci.com).

²⁴⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1449.

somut olayın koşulları başka bir sonuca varmayı gerektirmedikçe, eksik iş ayıplı iş ayrımında esas alınabilir.

Yüzölçümü eksikliğinin eksik iş mi, yoksa ayıplı iş mi teşkil ettiğine gelince: Yargıtay, inşaatlardaki yüzölçümü eksikliğini eksik iş olarak nitelendirmektedir²⁵⁰. Buna karşılık doktrinindeki hâkim görüşe²⁵¹ göre, eserin kararlaştırılan yüzölçümünden küçük yapılmış olması ayıp teşkil eder. Kanaatimizce de, eserin ölçüsü onun sözleşmede taahhüt edilen bir vasfı olduğundan, bu ölçüye uyulmamış olması halinde, ifa edimde aranan vasfa uygun olmadığı için, bu durum ayıp olarak değerlendirilmelidir.

²⁵⁰ Yarg. HGK., 9.12.1992 T., 1992/649 E., 1992/732 K.: “(...) ağırlıklı düşünce, BK..nun 359 ve 362. maddelerinde öngörülen muayene ve ihbar külfetine katlanmayan iş sahibinin, ayıptan ötürü hakkının düşeceği şeklindedir (...) Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırıldan küçük yapılmasının ayıp sayılması halinde durum böyle olmasına rağmen, bu halin eksik iş olarak kabulünde BK..nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır. Eksik işte, noksan ifa halinde teslimde çekince koymaya, muayene ve ihbara gerek olmadığı hususunda öğretilen hemen görüş birliği bulunması bir yana kararlılık kazanmış yargısal kararlar da bu yöndedir. (...) Anlatılan nedenlerle inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekân küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7842-7843). Karar metninden de anlaşıldığı üzere, Yargıtay’ın yüzölçümü eksikliğini ayıp değil de eksiklik olarak kabul etmesinde, iş sahibini ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulandığı takdirde riayet etmek zorunda kalacağı (eseri ihtirazî kayıtla teslim almak, muayene ve ihbar külfeti gibi) sıkı koşullardan kurtarmak düşüncesi etkili olmuştur.

²⁵¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1363; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4487; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 94; **Öz**, İnşaat, s. 131; **Akkanat**, Fazla İnşaat, s. 75; **Ayan**, s. 62. İsviçre Federal Mahkemesi de bir havuzun kararlaştırılan ölçüden küçük yapılmasını ayıplı iş olarak nitelendirmiştir. BGE 93 II 327 = JdT 1969 I 152. Ancak, yüzölçümü eksikliğinin aşırı olduğu durumlarda esasen taahhüt edilenden başka bir şeyin (aliud) yapılmış olması söz konusu olmaktadır. Bu gibi durumlarda eser ayıplı olarak dahi meydana getirilmiş sayılmaz; ifa etmeme söz konusu olur ve borca aykırılığa ilişkin genel hükümler uygulanır. **Gauch**, Werkvertrag, N 1443; **Tandoğan**, Cilt II, s.166; **Öz**, Dönme, s. 94. Yarg. HGK., 9.12.1992 T., 1992/649 E., 1992/732 K.: “Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser" in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilecektir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7842-7843).

İnşaat sözleşmelerinde **iskân ruhsatını (yapı kullanma iznini)** almayı yüklenicinin üstlendiği durumlarda²⁵², yüklenicinin yapıyı tamamlamış²⁵³ olduğu halde bu ruhsatı almamış olması üzerinde ayrıca durulmalıdır. Yüklenicinin iskân ruhsatını almaması acaba ayıp mıdır, yoksa eksik iş niteliğinde midir? Bir görüşe²⁵⁴ göre, yüklenicinin tamamladığı bir yapı için iskân ruhsatı almaması hukukî ayıptır; iş sahibi bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilir. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe²⁵⁵ göre, iskân ruhsatının alınmaması hukukî ayıp değil, eksik ifadır. İskân ruhsatını almayan yüklenici sözleşmeyle yerine getirmeyi taahhüt ettiği bir işi yapmamış olmaktadır; yoksa iznin alınmaması eserin taahhüt edilen bir vasfa uygun olmaması, yani eserin mahiyetinde bir vasıf eksikliği olduğu anlamına gelmez. Bu sebeple bu durumda ayıplı ifa değil, eksik ifa söz konusudur. Belirtmek gerekir ki bu konudaki Yargıtay içtihatları yeknesak değildir. Bazı Yargıtay kararlarında yüklenicinin

²⁵² İmar Kanunu'na göre, "Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilik (...) bürolarından; 27. maddeye göre ruhsata tabi olmayan yapıların tamamen veya kısmen kullanılabilmesi için ise ilgili belediye ve valilikten izin alınması mecburidir. **Mal sahibinin müracaatı** üzerine, yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir." (İmar K. m. 30 f. 1). Buna göre, yapı kullanma iznini inşaat yükleniciye ait arsa üzerinde yapılıyorsa yüklenici, iş sahibine ait arsa üzerinde yapılıyorsa iş sahibi alır. Ancak uygulamada iş sahibine ait arsa üzerinde yapılan inşatlarda da, bu işi çoğunlukla yüklenici üzerine almaktadır. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kullanılan anahtar teslimi ibaresinden tarafların iskân ruhsatını da yüklenicinin alacağı konusunda anlaşmış oldukları sonucunu çıkarmaktadır. Yarg. 15. HD., 5.12.2008 T., 2008/177 E., 2008/7301 K.: "Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre anahtar teslimi iskân ruhsatının alınmasını da içerir." (**Karataş**, s. 141). Bu yönde, Yarg. 14. HD., 25.2.2008 T., 2008/517 E., 2008/2188 K.. (www.kazanci.com).

²⁵³ Bina **tamamlanmamışsa** zaten eser meydana getirilmemiş demektir. Bu sebeple iskân ruhsatı bina tamamlanmadığı için alınamıyorsa, iş sahibi eksik yapıyı ifa olarak kabul etmedikçe yükleniciye karşı borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir. **Öz**, Dönme, s. 170; **Öz**, İnşaat, s. 131; **Erman**, İnşaat, s. 66.

²⁵⁴ **Seliçi**, İnşaat, s. 138; **Öz**, Dönme, s. 93; **Öz**, İnşaat, s. 132; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 103.

²⁵⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 163; **Ayan**, s. 71 dn. 236.

iskân ruhsatını almamış olması hukukî ayıp²⁵⁶ olarak nitelendirildiği halde, diğer bazı kararlarda, yüklenici iskân ruhsatını almadıkça yapının teslim edilmiş sayılamayacağı²⁵⁷ ifade edilerek, örtülü olarak bu durumun eksik ifa teşkil ettiği kabul edilmiştir.

3. Eserin Eksik Olarak Teslim Edildiği Durumlarda Eksikliğin Nasıl Giderileceği

İş sahibinin tamamlanmamış bir eseri ihtiyarıyla teslim aldığı veya dürüstlük kuralı gereği teslim almış kabul edildiği durumlarda, eksik işler nasıl tamamlanacaktır? Bu durumda teslim gerçekleştiği için yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş değildir; eksik ifa söz konusu olup, ayıplı ifa bulunmadığından ayıba karşı tekeffül hükümleri de uygulanamaz. Ancak iş sahibi ifayı tümüyle de elde edemediğine göre, yüklenicinin eksik işlerden ötürü sorumluluğu, borcun ihlâlini düzenleyen genel

²⁵⁶ Yarg. 15. HD., 4.10.1989 T., 1989/2731 E., 1989/4015 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmede iskân ruhsatının alınması davalıya yükletilmiş olup, bunun alınmadığı sürece sözleşmenin devam edeceği belirtilmiştir. Ne var ki davalı yüklenici, inşaatı ikmal ettiğini ve davacıya teslim ettiği zaman herhangi bir itiraz ileri sürülmediğini ileri sürmüştür. İkmal ve davacıya teslim edildiği hususunda taraflar arasında bir uyuşmazlık yoktur. Öte yandan, oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 16.10.1989 T., 1989/555 E., 1989/4242 K.: “Davalı yükleniciler savunmalarında, anahtarı Ocak 1987 tarihinde davacıya vererek eseri fiilen teslim ettiklerini bildirmişlerdir. Oturma izninin alınmamış olması sadece hukuki bir ayıp teşkil eder.” (www.kazanci.com).

²⁵⁷ Yarg. 15. HD., 23.12.1991 T., 1991/2768 E., 1991/6158 K.: “(...) Davalı (yüklenici) 22.9.1989 tarihinde iskân ruhsatını almıştır. Fiilî teslimin de bu tarihten önce olduğunu ileri sürmektedir. İskân ruhsatı almak davalıya ait olduğundan ve teslim de bu ruhsatla birlikte yapılacağından, davalının daha önceki teslim savı nazara alınmaz.” (Kostakoğlu, s. 648). Yarg. 15. HD., 20.5.1991 T., 1991/3456 E., 1991/2872 K.: “Sözleşmede teslim olgusunun iskân iznine bağlanmış olması, HUMK’nun 287. maddesi hükmünce, delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskân izin belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa iskân izni henüz alınmamıştır. O halde davacılar a ait bağımsız bölümlerin teslim edilmediğinin kabulü gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7822-7823).

hükümler olan BK m. 96 vd.na tâbi olmalıdır²⁵⁸. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir²⁵⁹. İş sahibinin eksik işlere ilişkin talepte bulunabilmesi için eseri teslim alırken **ihirazî kayıt** ileri sürmüş olması da gerekmez²⁶⁰. İş sahibi yükleniciden eksiklikleri tamamlamasını, yani **aynen ifada** bulunmasını genel zamanaşımı süresi içinde (BK m. 125; BK m. 126 b. 4) talep edebilir²⁶¹. İş sahibinin aynen ifa talebinde bulunabilmesi yüklenicinin borcunun muaccel olmasının bir sonucu olup, bu talep bakımından yüklenicinin borca aykırılıkta kusurlu olması gerekli değildir²⁶². Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, iş sahibi, sözleşme gereği kendisine kalacak bağımsız

²⁵⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 105; **Erman**, İnşaat, s. 181-182; **Ayan**, s. 76. Farklı görüşte: **BK-Koller**, Art. 363, N 315; **Bögli**, N 350; **Seliçi**, İnşaat, s. 134 dn. 26; **Öz**, Dönme, s. 110; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 90. Bu yazarlara göre, iş sahibi eseri ifa olarak kabul ettiği, yani teslimin gerçekleştiği andan itibaren yüklenicinin sorumluluğu ayıba karşı tekeffül hükümlerine tâbi olmalıdır.

²⁵⁹ Yarg. HGK., 27.9.2000 T., 2000/15-1134 E., 2000/1191 K.: “Tam karşılıklı sözleşmelerden olan "istisna" akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanarak yasa maddelerinin borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler olduğunda yargı inançları ile öğreti görüş birliği içindedir. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. m. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müsbet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır.” (www.kazanci.com). Yarg. HGK., 9.12.1992 T., 1992/15-649 E., 1992/732 K.: “Davacıya teslim edilen bağımsız bölümün, kararlaştırıldan küçük yapılmasının (...) eksik iş olarak kabulünde BK..nun 96. maddesine dayanılarak istemde bulunulabileceği tartışmasızdır.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7842-7843).

²⁶⁰ Yarg. 15. HD., 24.5.1989 T., 1989/4542 E., 1989/2484 K.: “Hiç yapılmayan bir işte ayıbın varlığı söz konusu olmayacağına göre, iş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürmesi beklenemez. O halde eksik bırakılan işlerden dolayı zamanaşımı süresi içinde iş sahibinin tazminat isteyebileceği kabul edilmelidir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7846). Yarg. 15. HD., 14.2.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.: “İş sahibi, eksik işlerin bedelini teslim tarihindeki mahalli rayiçlerle zamanaşımı süresi içinde her zaman talep edebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazî kayda da gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü yalnızca ayıplı işlere ilişkindir.” (www.kazanci.com).

²⁶¹ Yarg. 15. HD., 19.12.1995 T., 1995/6813 E., 1995/7558 K.: “(...) davacılar 14.11.1994 tarihli ihtarnamelerinde, eksik işlerin yapılması için davalı yükleniciye süre vererek, yapılmadığı takdirde eksiklikleri başkasına yaptırıp bedelini talep edeceklerini bildirmiş bulduklarından, davacıların amacı gerçekten sözleşmenin feshi olmayıp, eksik işlerin yükleniciye yaptırılması olduğundan (...)” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7866).

²⁶² **Von Tuhr/Escher**, s. 87; **Oğuzman/Öz**, s. 329; **Eren**, Borçlar Genel, s. 987; **Ayan**, s. 77.

bölümlerdeki eksikliklerin tümünün ve kendisine düşecek bağımsız bölümlerin tüm paylar içindeki pay oranı kadar olmak üzere ortak yerlerdeki eksikliklerin tamamlanmasını yükleniciden talep edebilir²⁶³.

İş sahibi, eksik işlerin tamamlanması talebinin yanı sıra, yüklenici borca aykırılıkta kusuru bulunmadığını ispat etmediği takdirde, yükleniciden bu eksik işin **geç tamamlanmasından ötürü uğradığı müsbet zararı** tazmin etmesini de talep edebilir²⁶⁴. Örneğin iş sahibi eksiklik tamamlanana kadar bağımsız bölümü kiraya veremediyse veya ancak daha düşük bedelle kiraya verebildiyse, bu kira kaybının tazminini kusurlu yükleniciden talep edebilecektir²⁶⁵. Sözleşmede gecikme halinde cezaî şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, iş sahibi eksiklikler tamamlanıncaya kadar işleyen cezaî şartın ödenmesini de kusurlu yükleniciden isteyebilecektir²⁶⁶.

²⁶³ **Erman**, İnşaat, s. 183. Yargıtay'ın uygulaması bu doğrultudadır. Yarg.15. HD., 27.1.1992 T., 1992/3263 E., 1992/215 K.: “Ortak yerlerde saptanan eksik ve kusurlu işler tutarının, davacı arsa sahibine payı oranında karşılıkları hükmedileceği halde, ortak yerlerde bilirkişilerce saptanan noksan ve kusurlu işler tutarının tamamının hüküm altına alınması da doğru değildir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7849). Bu yönde, Yarg. 15. HD., 6.12.1995 T., 1995/5276 E., 1995/7255 K.. (Uygur, Cilt 7, s. 7860-7861). Kısmen farklı görüşte: **Ayan**, s. 87-88 dn. 312. **Ayan**'a göre, iş sahibi ortak alanların tamamlama masraflarının sadece kendi payı oranındaki kısmını değil, tamamını yükleniciden talep edebilmelidir.

²⁶⁴ **Erman**, İnşaat, s. 184; **Ayan**, s. 77.

²⁶⁵ Yarg. 28.3.2007 T., 2006/1528 E., 2007/1924 K.: “Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verilecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükümlenir. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplatılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır.” (www.kazanci.com)

²⁶⁶ Yarg. 15. HD., 11.12.1995 T., 1995/6704 E., 1995/7302 K.: “(...) taraflar bu hüküm ile, teslimin ancak iskân ve iskânla ilgili giderlerin yüklenici tarafından karşılanması halinde yapılmış sayılacağını kararlaştırmıştır. (...) inşaat iskânının alınmadığı, bu hususta başvuruda bulunulmadığı anlaşıldığına göre, ortada yanlarca sözleşmede öngörüldüğü şekilde bir teslimin varlığından bahsolunamaz. İnşaatın fiilen teslim alınmış olması da sözleşmede öngörülen şartı değiştirmeyeceğinden, mahkemece davacının

İş sahibi, yüklenicinin aynen ifada bulunmadığı yani eserdeki eksiklikleri tamamlamadığı veya daha baştan aynen ifada bulunmayacağına açık olduğu durumlarda, yükleniciden bu **borcun yerine getirilmemesinden ötürü tazminat** talep edebilir²⁶⁷. Bu durumda iş sahibi yükleniciden borca aykırılıktan doğan zararını, yani eksik işlerin tamamlanması için gereken masrafı ve işin geç tamamlanmasından ötürü uğradığı zararı tazmin etmesini de talep edebilir (BK m. 96)²⁶⁸. Burada eksik işlerin tamamlanması için gerekli olan masrafların tutarı, **dava tarihindeki piyasa rayiçlerine** göre belirlenmelidir²⁶⁹. İş sahibinin eksiklikler bulunan eseri teslim aldıktan sonra

60.000.000 TL ceza alacağının da hüküm altına alınması yerine, bu kalem isteğin yazılı gerekçelerle reddi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7827).

²⁶⁷ Alacaklı borcun ifası mümkün olduğu sürece ifa yerine tazminat talebinde bulunamaz. Meğer ki, alacaklının ifa yerine tazminat talep edebileceği sözleşmede veya borçlu temerrüdü halinde olduğu gibi kanunda düzenlenmiş olsun. Burada dikkat edilirse teslim gerçekleştiği için yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş değildir. Bu sebeple, bu durumda borcun aynen ifası mümkünken ifa yerine tazminat davası açılmayacağı kuralı geçerlidir. Ancak yüklenici, borcun ifası mümkün olduğu halde ifa davası açmak yerine tazminat davası açan iş sahibine karşı, ifanın mümkün olduğu itirazında bulunmazsa veya bunu ispat edemezse, ifa yerine tazminata hükmedilebilir. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 329-330, 336.

²⁶⁸ **Erman**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 75, **Öz**, Dönme, s. 170. Yarg. 15. HD., 8.5.1996 T., 1996/1756 E., 1996/2514 K.: “(...) inşaatta eksik bırakılan işlerin bedelinin tahsili amacıyla dava açılmış ve sonuçlanmıştır. Davacı arsa sahibi eksik işler bedelini talep ettiğine göre, kalan kısmın kendisi tarafından tamamlanmasını üstlendiğinin kabulü gerekir. Bu durumda eksik işler bedeli için açılan davanın tarihine kadar gecikilen süre ile eksik işlerin yapımı için gerekli teknik sürenin toplamı kadar gecikme tazminatına hükmedilmesi gerekirken (...)” (Uygur, Cilt 7, s. 7857). Yarg. 15. HD., 4.12.1995 T., 1995/6312 E., 1995/7154 K.: “Bağımsız bölümlerdeki olağan karşılanmayacak miktardaki mekân küçüklüğü, YHGK..nca noksan iş olarak kabul edilmektedir. Noksan ifanın varlığında ise, davacı BK.126/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde dava açıp, ifa yerine kaim olmak üzere bedel isteyebilir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7852).

²⁶⁹ **Erman**, İnşaat, s. 184; **Ayan**, s. 78 dn. 273. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 23.11.1995 T., 1995/4208 E., 1995/6846 K.: “(...) eksikliklerin, varsa kusurlu işlerin dava tarihindeki mahallî piyasa rayiçlerine göre değerleri tespit edilerek, bulunacak miktarın davacı yüklenici tarafından davalı arsa sahibine ödenmesi karşılığında (A) blokta 3 adet dairenin davacı adına tesciline karar verilmesi gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7863). Ancak Yargıtay genel olarak eserin eksik haliyle teslim edildiği tarihteki piyasa rayicini esas almaktadır. Yarg. 15. HD., 20.5.1996 T., 1996/2547 E., 1996/2745 K.: “Eksik işler bedeli, eğer teslim yoksa, sözleşmede gösterilen teslim tarihi itibarıyla mahallî rayice göre tespit edilir.” (Uygur, Cilt 7, s.

üçüncü kişiye satmış olması da, onun yükleniciden eksik işlerden ötürü uğradığı zararın tazminini talep etmesine engel değildir²⁷⁰.

İş sahibi, eksiklikler tamamlanıncaya kadar **ödemezlik def'ini** ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gerekli olan tutar oranında bedel borcunu ödemekten kaçınılabilir (BK m. 81)²⁷¹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibi eksiklikler tamamlanıncaya kadar ödemezlik def'ini ileri sürerek eksikliklerin tamamlanması için gerekli tutarı karşılayacak biçimde sözleşme gereği yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerden birini yükleniciye temlik etmekten kaçınılabilir²⁷². Uygulamada bu sözleşmeler bakımından yükleniciye veya ondan bağımsız bölüm üzerinde şahsî hak iktisap eden üçüncü kişiye eksiklikleri tamamlatmaları veya tamamlanması için gerekli tutarı peşinen ödemeleri için süre verilmektedir. Bu kişiler verilen süre içinde eksikliğı tamamlattıkları veya tamamlama masraflarını depo ettikleri takdirde, sözleşme gereği yükleniciye bırakılacak olan ve halen iş sahibinin

7859-7860). Yarg. 15 HD., 6.2.1996 T., 1996/270 E., 1996/625 K.: “Eksik ve kusurlu işler bedeli, davadan önce teslim veya taşınma varsa bu tarihteki, aksi halde dava günündeki mahallî rayice göre tespit edilir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7868). Eksik işlerin tamamlanması için gerekli rayiç bedelin teslim tarihine eksik işlerin tamamlanması için gerekli makul süre eklenerek bulunan tarih itibarıyla hesaplandığı Yargıtay kararları da vardır. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 3.4.1996 T., 1996/1547 E., 1996/1870 K.: “(...) eksik bırakıldığı saptanan işlerin bedeli, teslim tarihine makul bir süre eklenmesiyle bulunabilecek (inşaat normal seyrini etseydi hangi tarihte ahşap işlerinin yapılması gerekir idiyse) tarih itibarıyla mahallî rayiçlere göre saptanıp (...)” (Uygur, Cilt 7, s. 7859).

²⁷⁰ **Erman**, İnşaat, s. 184; **Ayan**, s. 80. Yarg. 15. HD., 13.10.1986 T., 1986/1225 E., 1986/3243 K.: “Her ne kadar bir kısım bağımsız bölümler arsa sahibi davacı tarafından başkalarına satılmış ise de, bu satınla yerlere ait noksan ve ayıplı işler ile ortak yerlerdeki pay yönünden tazminat istenmesine engel değildir. Yapılan satışlar noksan ve ayıplı işler gözetilerek daha düşük bedelle yapıldığından, davacının zararı gerçekleştiğinin kabulü gerekir.” (Kostakoğlu, s. 499).

²⁷¹ **Ayan**'a göre, iş sahibi eksikliğın tamamlanması için gerekli olan masrafın iki katı kadar tutar için ödemezlik def'ini kullanabilmelidir. Yazar bu konuda Almanya'daki uygulamayı esas almaktadır. **Ayan**, s.77 dn. 266. Biz kanunî bir dayanağı bulunmadığı için bu görüşe katılmıyoruz.

²⁷² **Ayan**, s. 87.

mülkiyetinde bulunan arsa paylarının adlarına tesciline, böylece birlikte ifanın sağlanmasına karar verilmektedir²⁷³.

İş sahibinin eksik bırakılan işlerin bedelini yükleniciden talep ve tahsil ettiği durumlarda, yüklenici de sözleşmede kararlaştırılan **bedelin tamamına** hak kazanır²⁷⁴. Buna karşılık, iş sahibi eksik işler bedelini yükleniciden talep ve tahsil etmediği halde, yüklenici kendisine karşı bedel alacağıının tümünü dava ettiği takdirde, iş sahibi, eksik işlerin bedeline ilişkin alacağıının yükleniciye olan bedel borcundan **mahsubu** talebinde bulunabilecektir²⁷⁵.

²⁷³ Yarg. 15. HD., 8.6.1990 T., 1990/2294 E., 1990/2730 K.: “Bitirildiği iddia olunan inşaat hakkında ortak yerler ile davalıya isabet eden bağımsız bölümlerde noksan ve nesafet farkı işler bulunduğu savunulmuş olduğuna göre, davacının sözleşmeden doğan tapu tescil hakkına karar verilirken noksan ve ayıplı işlerden doğan borcuna da hükmedilerek birlikte ifanın sağlanması gerekmektedir.” (Kostakoğlu, s. 498). Yarg. 15. HD., 20.6.1996 T., 1996/2993 E., 1996/3518 K.: “(...) belirtilen noksanlıklar teslimde engel nitelikte bulunmadığından, tutarlarının dava tarihi itibarıyla tespit edilip arsa sahiplerine ödenmesi, yani birlikte ifa suretiyle tescile karar verilmesi gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7851-7852). Bu uygulama hakkında bkz. Erman, İnşaat, s. 179; Ayan, s. 88.

²⁷⁴ Yarg. 15. HD., 28.3.1996 T., 1996/7352 E., 1996/1739 K.: “(...) bilirkişilerce saptanan eksik ve kusurlu işlerin bedelinin davalı yanca (yüklenici) tahsile konulan bonodan daha fazla olduğu ve bononun da karşılıksız kaldığı ortadadır. Ne var ki bu kararlar tesisteki eksik ve kusurlu işlerin bedeli davacıya (iş sahibine) ödeneceğine göre davalı da yaptığı işin bedelinin tamamına hak kazanacağından mahkemece, bonodan dolayı borç bulunmadığının tespitine karar verilmekle birlikte bono bedeli kadar miktarın davacı alacağından düşülmesi gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7858). Yarg. 15. HD., 31.10.1995 T., 1995/3499 E., 1995/5990 K.: “ (...) eksik işlerin tamamlanması için gerekli bedel iş sahibine ödeneceğine göre, onun da götürü bedelin tamamını ödemesi iktiza eder.” (Uygur, Cilt 7, s. 7868).

²⁷⁵ Yarg. 15. HD., 21.11.1995 T., 1995/5968 E., 1995/6760 K.: “Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, iş bedelini iş sahibinden isteyebilir. Ancak davalı iş sahibi, eksik ve kusurlu işler yönünden dava açmalarına gerek olmadan, itiraz niteliğindeki bu mahsup istemlerini yargılamanın her safhasında ileri sürebilir. Ayrıca hâkimin bu konuyu re’sen göz önünde bulundurması da gerekir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7865). Yarg. 15. HD., 18.10.1995 T., 1995/2938 E., 1995/5643 K.: “Davada yüklenici, sözleşmeden doğan edimini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde bedelin tamamına hak kazanır. Davalı işin tam ve kusursuz yapılmadığını, bu sebeple bedelden mahsuba gittiğini ileri sürmüştür. Bu beyan mahsup isteği niteliğindedir. Mahsup “def’i” değil “itiraz”dır.” (Uygur, Cilt 7, s. 7861-7862). Yarg. 15. HD., 14.2.2006 T., 2005/5103 E., 2006/727 K.:

Tarafların teslimin gerçekleşmesini bazı koşullara örneğin **iskân ruhsatının alınmasına bağlayabileceklerini** daha önce belirtmiştik. İskân ruhsatını almayı üstlenen yüklenici bu ruhsatı almadığı takdirde, eserin teslimi taraflarca ruhsatın alınması koşuluna bağlandığından, iş sahibi tamamlanmış dahi olsa yapıyı teslim almak zorunda değildir²⁷⁶. Yapıyı teslim almayan iş sahibi, yükleniciyi eseri teslim borcunda temerrüde düşerek temerrüde bağlı haklarını kullanabilir. Buna karşılık, iş sahibinin, iskân ruhsatı bulunmayan yapıyı teslim alma zorunluluğu bulunmadığı halde, yapıyı ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin fiilen kullanmaya başlaması onun teslimin gerçekleşmesi için ruhsatın alınması koşulundan vazgeçtiği, yapıyı ifa olarak **teslim aldığı anlamına** gelir²⁷⁷. Bu durumda, yüklenicinin ruhsatı alması sadece teslimin koşulu olmaktan çıktığı, fakat bu borç ortadan kalkmadığı için, iş sahibi yükleniciyi ruhsatı almaya zorlayabilir²⁷⁸. Yükleniciyi iskân ruhsatını almaya zorlayan iş sahibi, yüklenici ruhsatı almadığı takdirde, ondan borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere göre iskân ruhsatının alınma masraflarını ve ruhsatın alınmasındaki gecikmeden ötürü uğradığı zararı kapsayacak biçimde tazminat talep edebilecektir (BK m. 96)²⁷⁹.

“Somut olayda; davalı ve karşı davacı iş sahibi işin eksik ve ayıplı bulunduğunu savunmuş, bedelden tenzilat yapılmasını talep etmiştir. (...) noksan ve ayıplı ifa bulunup bulunmadığı, ayıplı ifa varsa süresinde ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı araştırılmalı; ayıp ihbarında bulunulmuş ise noksan ve ayıplı işlerin, bulunulmamış ise yalnızca noksan işlerin teslim tarihindeki rayiç bedeli hesaplanıp sözleşmede kararlaştırılan iş bedelinden düşülmeli (...)”(www.kazanci.com).

²⁷⁶ **Seliçi**, İnşaat, s. 42; **Öz**, Dönme, s. 170; **Erman**, İnşaat, s. 66; **Ayan**, s. 70. Yarg. 15. HD., 8.6.2004 T., 2003/6242 E., 2004/3206 K.: “Sözleşmenin teslim olgusunu iskan koşuluna bağlayan 21. maddesi HUMK.nun 287. maddesi hükmünce delil sözleşmesi niteliğindedir. Bu durumda yüklenicinin teslim savunmasını iskân izni belgesi ile kanıtlaması gerekir. Oysa Ç Belediye Başkanlığının 15.8.2001 tarihli yazısı ve inşaat işlem dosyasından iskân izninin alınmadığı anlaşılmaktadır. O halde davacıya ait bağımsız bölümün halen teslim edilmediğinin kabulü zorunludur.” (**Kostakoğlu**, s. 651).

²⁷⁷ **Seliçi**, İnşaat, s. 42; **Öz**, Dönme, s. 170; **Erman**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 70.

²⁷⁸ **Seliçi**, İnşaat, s. 42; **Öz**, Dönme, s. 170; **Erman**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 71.

²⁷⁹ **Erman**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 71. Bizim katıldığımız görüşe göre yüklenicinin iskân ruhsatını almamış olması ayıp değil, eksiklik teşkil eder. Buna bağlı olarak iş sahibinin ruhsatın alınmasına yönelik talebi ayıba karşı tekeffül hükümlerine tâbi değildir. Bununla birlikte, ruhsatın alınmamış olmasını hukukî

C. Teslimin Nasıl Gerçekleştirileceği

Eser sözleşmesinde eserin teslimi, eserin türüne bağlı olarak farklı biçimlerde gerçekleşmektedir. Bu sebeple, eserin tesliminin nasıl gerçekleştiği taşınır eserler, bağımsız maddî varlığı bulunmayan eserler, taşınmaz eserler ve fikrî eserler bakımından ayrı ayrı incelenmelidir.

1. Taşınır Eserlerin Teslimi

Yüklenicinin taşınır bir eser meydana getirmeyi üstlendiği eser sözleşmelerinde, teslim, taşınır eserin **mülkiyetinin** iş sahibine **nakledilmesi** ile gerçekleşir. Bunun için, yüklenicinin taşınırın **zilyetliğini** iş sahibine **devretmesi** (MK m. 763 f. 1), böylece eserin iş sahibinin hâkimiyet alanına girmesini sağlaması gerekir²⁸⁰. Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı taşınır eser imaline yönelik sözleşmelerde ise, yüklenici esere hiçbir zaman malik olmadığından, mülkiyeti iş sahibine geçirmesi de söz konusu olmaz. Bu ihtimalde teslim, iş sahibinin yüklenici tarafından taşınır esere zilyet kılınması ile gerçekleşir²⁸¹. **Teslim yeri** konusuna gelince: taşınır eserin nerede teslim edileceği, tarafların bu konudaki açık veya örtülü iradelerine göre belirlenir (BK m.73 f. 1). Taraflar arasında böyle bir anlaşma bulunmadığı takdirde, taşınır bir eserin teslimi borcu, iş sahibi tarafından **aranılacak bir borçtur** (BK m. 73 f. 2 b. 3)²⁸².

ayıp olarak değerlendiren **Öz** de, iş sahibinin yapıyı fiilen kullanmaya başlamasıyla teslimin gerçekleştiği bu durumlarda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin değil, borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı görüşündedir. Zira yazara göre, maddî bir ayıba dayanmayan hukukî ayıplar söz konusu ise ayıba karşı tekeffül hükümlerinin değil, borca aykırılığa ilişkin genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir. **Öz**, Dönme, s. 93, 170.

²⁸⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 88; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4416; **Galante**, s. 35; **Öz**, Dönme, s. 166; **Uçar**, s. 535.

²⁸¹ **Gautschi**, Art. 363, N 6c; **Öz**, Dönme, s. 166.

²⁸² **Gauch**, Werkvertrag, N 89; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4416, 4422, **Galante**, s. 36; **Öz**, Dönme, s. 167. Kısmen farklı görüşte: **Gautschi**, Art. 363, N 6c; **Tandoğan**, Cilt II, s. 128; **Ozanoğlu**, s. 68, dn. 42.

2. Bağımsız Maddî Varlığı Bulunmayan Eserlerin Teslimi

Bağımsız maddî varlığı bulunmayan duvar boyama, eşya tamiri gibi eserlere yönelik iş görme edimi, **iş sahibinin hâkimiyet alanında** gerçekleştiği takdirde, teknik anlamda bir teslimden söz edilemez. Burada yüklenicinin iş sahibine açık veya örtülü olarak **eserin tamamlandığını bildirmesi** teslim anlamına gelir²⁸³. Örneğin bozulan musluğun tamiri için iş sahibinin evine gelen tamirci, tamiratı tamamladığını iş sahibine bildirdiğinde veya açıkça böyle bir bildirimde bulunmamakla birlikte işi tamamlayıp araç gereçlerini toplayarak iş sahibinin evinden ayrıldığında, eserin teslimi gerçekleşmiş olur. Zira zaten tamirat süresince de, yani eserin meydana getirilmesi sırasında da tamir edilen musluk iş sahibinin zilyetliğinde bulunmaya devam etmiştir. Bu sebeple zilyetliğin nakledileceği bir durum yoktur. Ancak zilyetlik devrinin, bağımsız maddî varlığı olmayan eserlerin teslimi bakımından hiçbir zaman söz konusu olmayacağı da söylenemez. Bir taşınırın, üzerinde çalışılmak (örneğin, tamirat veya değişiklik yapılmak) üzere yükleniciye bırakıldığı, **yüklenicinin hâkimiyet alanında bulunduğu** durumlarda teslim, çalışma sonucunun üzerinde gerçekleştiği bu **taşınırın iadesi**, yani iş sahibinin bu taşınıra vasıtasız zilyet kılınması ile gerçekleşir²⁸⁴. Aksi kararlaştırılmış, yani taşınırın iş tamamlanınca iş sahibine gönderileceği üzerinde anlaşılmış olmadıkça, tamir veya değişiklik için yükleniciye bırakılan taşınır eşya, eser tamamlandığında iş sahibi tarafından aranmalıdır²⁸⁵.

Bu yazarlar, eserde kullanılacak malzemeyi de yüklenicinin sağladığı sözleşmeler olan eser teslimi sözleşmeleri bakımından, taşınır eseri yüklenicinin iş sahibine göndermesi gerektiği görüşündedirler.

²⁸³ **Gauch**, Werkvertrag, N 92; **Galante**, s. 35 dn. 89; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 85; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

²⁸⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 88; **Galante**, s. 35; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 83; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 82; **Öz**, Dönme, s. 168.

²⁸⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 128; **Ozanoğlu**, s. 68 dn. 42.

3. Taşınmaz Eserlerin Teslimi

Taşınmaz eserler bakımından teslimin nasıl gerçekleştirileceği, eserin iş sahibine ait arsada mı, yoksa yükleniciye ait arsada mı meydana getirildiğine göre bir ayırım yapılarak incelenmelidir.

a. İş Sahibine Ait Arsa Üzerinde Meydana Getirilen Eserlerin Teslimi

Taşınmaz eserlerde teslim, eserin **iş sahibine ait arsada** meydana getirildiği durumlarda, yüklenicinin eseri tamamladığını iş sahibine veya yetkili temsilcisine bildirmesiyle, diğer bir deyişle tamamlama bildiriminde bulunmasıyla gerçekleşir²⁸⁶. Bununla kastedilen yüklenicinin iş sahibine eseri tamamladığını açıkça²⁸⁷ veya örtülü olarak bildirmesidir²⁸⁸. Yüklenicinin taşınmaz eseri tamamladıktan sonra arsadan çekilerek onu iş sahibinin kullanımına bırakması, iş sahibinin yapının tamamlandığını anlayacak durumda olması kaydıyla, onun eseri tamamladığını iş sahibine örtülü olarak bildirmesi anlamına gelir²⁸⁹. Alt eser sözleşmelerinin de akdedildiği eser sözleşmelerinde, her bir alt yüklenici, alt eser sözleşmesindeki kendi iş sahibine tamamlama bildiriminde bulunmalıdır²⁹⁰.

İş sahibinin arsası üzerinde inşa edilen yapı tamamlanmış olmakla birlikte iş sahibi yapının bittiğini anlayacak durumda değilse, yüklenici açık veya örtülü olarak

²⁸⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 92; **Galante**, s. 37; **Seliçi**, İnşaat, s. 36; **Ayan**, s. 52. Bu bildirim iş sahibi tarafından tek başına eda davasına konu edilemeyen bir yan yükümlülük mahiyetindedir. **Gauch**, Werkvertrag, N 93; **Chavanne**, N 32; **Galante**, s. 37.

²⁸⁷ Yüklenicinin eseri tamamladığını açıkça bildirdiği hallerde bu bildirim yazılı olabileceği gibi sözlü de olabilir. **Galante**, s. 37.

²⁸⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 92; **Galante**, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125; **Ozanoğlu**, s. 64; **Ayan**, s. 53.

²⁸⁹ **Galante**, s. 37; **Seliçi**, İnşaat, s. 37; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 85; **Ayan**, s. 53.

²⁹⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 92; **Tandoğan**, Cilt II, s. 125.

eseri tamamladığını iş sahibine bildirmediği teslim gerçekleşmiş sayılmaz²⁹¹. Diğer bir deyişle, bu tür eserlerde **teslim**, ancak yüklenicinin açık veya örtülü tamamlama bildirimine üzerine iş sahibinin eseri tamamlanmış saydığı veya dürüstlük kuralı çerçevesinde tamamlanmış sayması gerektiği **anda gerçekleşmiş** olur²⁹². Ancak kuşkusuz iş sahibi, yükleniciye isnad edilebilen sebeplerden ötürü tamamlanmış esere hiçbir şekilde girme imkânına sahip değilse, **fiilen üzerinde hâkimiyet kuramadığı** bu eserin kendisine teslim edilmiş olduğundan söz edilemez²⁹³. Örneğin bir villa inşasını konu alan eser sözleşmesinde villayı tamamlayan yüklenici, villanın anahtarını iş sahibine vermedikçe tamamlama bildiriminde bulunmuş olsa dahi teslim henüz gerçekleşmemiştir.

Keza yüklenici, iş sahibinin yapı üzerinde **fiili hâkimiyetini engelleyen durumları** ortadan kaldırmadıkça, tamamlama bildiriminde bulunmuş olsa da, eseri teslim borcunu ifa etmiş sayılmaz²⁹⁴. Örneğin yüklenici, inşaatı tamamladığı halde, inşaat için kurduğu iskeleyi, iş sahibinin arsasına yığıdığı kum ve çakılı, getirdiği araç gereci toplamadığı sürece, iş sahibi yapı üzerinde fiilî hâkimiyeti ancak sınırlı şekilde kullanabileceğinden, eseri teslim borcunu ifa etmiş olmaz.

Yüklenici henüz eserin tamamlandığını bildirmeden, **iş sahibi** tamamlanmış olan taşınmaz eser üzerinde **zilyetliği elde ederse** (örneğin inşa edilen yeni eve yerleşir veya bu evi kiraya verirse), teslim gerçekleşmiş sayılır mı? İş sahibinin zilyetliği elde ettiği

²⁹¹ **Öz**, İnşaat, s. 129; **Ayan**, s. 53.

²⁹² **Gauch**, Werkvertrag, N 93; **Galante**, s. 37-38. BGE 89 II 409=JdT 1964 I 252.

²⁹³ **Gauch**, Werkvertrag, N 93; **Galante**, s. 38; **Ozanoğlu**, s. 64.

²⁹⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Öz**, Dönme, s. 169; **Öz**, İnşaat, s. 130; **Erman**, İnşaat, s. 67; **Ozanoğlu**, s. 64; **Ayan**, s. 52.

bu tür durumlarda da **teslimin gerçekleşmiş olduğunun kabul edilmesi** gerekir²⁹⁵. Bunun sonucu olarak, iş sahibi sonradan teslimin hukukî sonuçlarından kurtulmak için tamamlama bildirimini yapılmadığı için eserin tesliminin gerçekleşmediğini ileri süremeyecektir²⁹⁶.

b. Yükleniciye Ait Arsa Üzerinde Meydana Getirilen Eserlerin Teslimi

Eser **yükleniciye ait arsa** üzerinde meydana getirilmişse, teslim, tamamlanmış eserin zilyetliğinin iş sahibine devredilmesi kaydıyla, ilgili arsanın veya arsa payının mülkiyetinin tapuda tescil yoluyla iş sahibine nakledilmesi ile gerçekleşir²⁹⁷. Burada eserin teslim edildiğinin kabulü için, hem eserin tamamlanmış ve zilyetliğinin iş sahibine devredilmiş olması, hem de ilgili arsa veya arsa payının mülkiyetinin iş sahibine geçirilmiş olması gereklidir²⁹⁸.

²⁹⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 93; **Galante**, s. 38; **Chavanne**, N 35. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. BGE 115 II 459=JdT 1990 I 308; BGE 113 II 267=JdT 1988 I 13.

²⁹⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 93; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126.

²⁹⁷ **Öz**, Dönme, s. 168; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 86; **Ayan**, s. 52 dn. 149. Yüklenicinin kendi arsası üzerinde hem yapı inşa etmeyi (eser sözleşmesine ilişkin unsur) hem de bu yapının üzerinde bulunduğu arsanın ya da yapıya isabet edecek bağımsız bölümün mülkiyetini iş sahibine devretmeyi (satım sözleşmesine ilişkin unsur) taahhüt ettiği bu tür sözleşmeler niteliği itibarıyla, kombine sözleşmedir. Uygulamada, bu tür sözleşmelere daha ziyade yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerinde inşaat meydana getirmeyi (eser sözleşmesine ilişkin unsur), buna karşılık iş sahibinin de bir kısım arsa paylarını yükleniciye devretmeyi (satım sözleşmesine ilişkin unsur) taahhüt ettiği “karma sözleşme” niteliğindeki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bünyesinde rastlanmaktadır. Şöyle ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi çerçevesinde, iş sahibi eser tamamlanmadan önce bir kısım arsa payını yükleniciye devretmekte, yüklenici, inşaat için gerekli finansmanı sağlamak üzere, adına tescil edilen bu arsa paylarını üçüncü kişilere devrederken ayrıca bağımsız bölüm yapımını da üstlenmektedir. Yüklenicinin üçüncü kişiye karşı taahhüdü, sadece taşınmaz satımını değil, bağımsız bölüm yapımını da kapsadığından bu tür durumlarda “bileşik bir sözleşme” söz konusu olmaktadır. **Öz**, Dönme, s. 168 ve dn. 71; **Öz**, İnşaat, s. 128; **Seliçi**, İnşaat, s. 8 dn. 17; **Erman**, İnşaat, s. 164, dn. 1. Bu konuda ayrıca bkz. örneğin, Yarg. 4. HD., 8.5.1972 T., 1972/825 (İBD. 1973, C. 47, s. 484).

²⁹⁸ Bu iki unsurdan biri eksikse, yüklenici aslı edimini kısmen dahi ifa etmiş olmaz. **Öz**, Dönme, s. 168; **Öz**, İnşaat, s. 128-129.

4. Fikrî Eserlerin Teslimi

Maddî varlığı bulunmayan çalışma sonuçlarının eser olarak kabul edilmesi için eserin mutlaka belirli ölçüde maddîleşerek dış dünyaya sunulmasının gerekli olmadığı görüşüne katıldığımızı daha önce ifade etmiştik. Buna göre fikrî eserlerde iş sahibinin edim sonucunu elde etmesi iki biçimde gerçekleşir. Fikrî çalışma maddî bir şey üzerinde somutlaştırılmışsa, fikrî çalışmanın teslimi de onun **üzerinde somutlaşarak** dış dünyaya açıklandığı bu **maddî şeyin** iş sahibine **teslimi** ile gerçekleşir²⁹⁹. Dolayısıyla burada iş sahibine teslim edilen, esasen cismen karşı tarafa aktarılması mümkün olmayan maddî varlığı bulunmayan çalışma sonucunun yani fikrî boyuttaki eserin kendisi değil, onun üzerinde **vücut bulduğu**, eser taşıyıcı (Werkträger) olarak da ifade edilen **cismanî varlıktır**³⁰⁰. Örneğin mimari bir proje bakımından projenin aktarıldığı kâğıtların, bir bilgisayar yazılımı söz konusu ise bu yazılımın kaydedildiği bilgisayar diskinin dolayısıyla fikrî eserin vücut bulduğu taşınır eşyaların iş sahibine teslimi ile eser teslim edilmiş olur.

Buna karşılık, (örneğin kâğıt, bant kaydı, bilgisayar diski gibi) cismanî bir şey üzerinde somutlaşmış olmayan fikrî eserler bakımından, iş görme ediminden ayrı bir teslim fiili söz konusu değildir. Bu tür fikrî eserlerde, iş sahibi, fikrî eserin meydana getirilmesi tamamlandığı anda iş görme sonucunu elde etmiş olur³⁰¹. Örneğin bir konserin icrası, konferans verilmesi veya tiyatro eserinin sahnelenmesi söz konusu olduğunda, iş sahibi taahhüt edilen sonucu, konser, konferans veya tiyatro oyunu tamamlandığında elde etmiş olur.

²⁹⁹ Tandoğan, Cilt II, s. 125; Uçar, s. 538.

³⁰⁰ Gauch, Werkvertrag, N 90; Tandoğan, Cilt II, s. 125.

³⁰¹ BK-Koller, Art. 363, N 312; Zimmermann, s. 2; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 27.

D. Eserin Teslim Edilmesinin Önemi

Eserin teslim edilmesi önemli hukukî sonuçlar doğurur³⁰². Yüklenicinin bedel alacağı, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, eser teslim edildiği anda muaccel olur (BK m. 364)³⁰³. Ayrıca eser iş sahibine teslim edilmeden önce beklenmeyen hal sonucunda telef olursa, yüklenici, iş sahibi eseri teslim almakta temerrüde düşmüş olmadıkça, iş sahibinden eserin bedelini ve yaptığı harcamayı talep edemez (BK m. 368 f. 1). Buna göre, bedele ilişkin hasar eserin teslimi ile birlikte yükleniciden iş sahibine geçer. Öte yandan, BK m. 359 f. 1 hükmüyle iş sahibine eserin tesliminden sonra eseri muayene etme ve eserdeki ayıpları ihbar etme külfeti yüklendiğine göre, muayene ve ihbar süreleri eserin teslimiyle birlikte işlemeye başlar. Keza, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan talep hakları bakımından zamanaşımı süresi de eserin teslim edildiği tarihinden itibaren işlemeye başlar (BK m. 363).

III. ESERİN AYIPSIZ OLMASINI SAĞLAMA BORCU

Eser sözleşmesinin nihaî amacı eserin sözleşmeye uygun olarak, yani tamamlanmış ve ayıpsız biçimde iş sahibine teslim edilmesidir³⁰⁴. Bu itibarla, yüklenicinin aslî borcu olan eseri meydana getirme borcunun (BK m. 355) kapsamına eserin ayıpsız olması da dâhildir³⁰⁵.

³⁰² Eserin teslim edilmesinin sonuçları hakkında bkz. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4418; **Trümpy**, s. 106 vd.; **Aral**, s. 346; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 79; **Ayan**, s. 83 vd.

³⁰³ Ancak eserin teslimiyle birlikte yüklenicinin bedel alacağına tümüyle muaccel olması, eserdeki ayıp veya eksikliklere rağmen teslimin gerçekleştiği durumlarda ayıbın giderilmesini veya işin tamamlanmasını talep eden iş sahibinin ayıp giderilinceye veya eksiklikler tamamlanıncaya kadar ayıplı veya eksik işlerin bedeli oranında ödemezlik def'ini (BK m. 81) ileri sürmesine engel değildir. **Gauch**, Werkvertrag, N 2377; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 246-247; **Ayan**, s. 87.

³⁰⁴ **CR-Chaix**, Art. 368, N 1.

³⁰⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 605; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 30.

Yüklenici eseri ayıpsız olarak teslim etme borcu altındadır³⁰⁶. Ancak bu durum, daha önce de belirttiğimiz gibi, kural olarak iş sahibine tamamlanmış eseri sadece ayıplı olduğu için teslim almaktan kaçınma hakkı vermez³⁰⁷. Zira yüklenicinin eserin ayıpsız olmasını sağlama borcunu ihlâl etmesinden, diğer bir deyişle ayıplı ifade bulunmasından ötürü sorumluluğu, BK m. 359 vd. hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir³⁰⁸.

Eserin **ayıplı** olması, onun sözleşmede taahhüt edilen veya dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin ondan bekleyebileceği niteliklere sahip olmamasıdır³⁰⁹. Burada eserden amacına uygun olarak yararlanmak mümkün olmakla birlikte, bu yararlanmanın kalitesini düşüren unsurlar mevcuttur³¹⁰. Örneğin terzi sipariş edilen elbiseyi kötü bir işçilikle dikmiş ve elbisenin içinde kalması gereken dikişler dışarıdan da görülebiliyorsa, ayıplı bir eser söz konusudur. Bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanır. Ayıplı iş ile eksik işin birbirinden nasıl ayırt edileceğini yukarıda incelemiştik. Orada da belirttiğimiz gibi, eserin **eksik**, yani tamamlanmamış olması eser sözleşmesi gereğince borçlanılan çalışmaların tümünün henüz gerçekleştirilmemiş olması halinde söz konusudur³¹¹. Örneğin yakası veya kolları dikilmemiş bir palto

³⁰⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 605; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4459.

³⁰⁷ Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, iş sahibi, taahhüt edilenden başka bir şeyin (aliud) tesliminin teklif edildiği veya eserin kullanılmayacak derecede ayıplı olduğunun en baştan açıkça anlaşıldığı durumlarda eseri teslim almak zorunda değildir. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4414; **CR-Chaix**, Art. 368, N 3.

³⁰⁸ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4414.

³⁰⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1356, 1407; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4471; **Aral**, s. 352; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 92; **Öz**, Dönme, s. 92; **Öz**, İnşaat, s. 165.

³¹⁰ **Öz**, İnşaat, s. 167.

³¹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1446; **Chavanne**, N 28; **Werz**, N 145; **Tandoğan**, Cilt II, s. 126; **Ozanoğlu**, s. 63.

tamamlanmamış bir eserdir. Bu son durumda ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, ifanın eksik olmasından ötürü borçlu temerrüdü hükümleri uygulanır³¹².

³¹² **Gauch**, Werkvertrag, N 1447; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; **Öz**, İnşaat, s. 167.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ

Borçlu temerrüdü; borçlunun, muaccel ve ifası mümkün bir borcun ifasını objektif olarak borca aykırı biçimde geciktirmesi anlamına gelir³¹³. Bu durum borca zaman bakımından aykırılık teşkil eder. Geciken ifanın nitelikli bir türü olan borçlu temerrüdüne özelliğini veren, borçlunun, alacaklının kendisinden belirli bir zamanda ifada bulunmasını istediğinin ve bu zamanda ifada bulunma borcu altında olduğunun hukuken kâfi derecede farkında olmasıdır³¹⁴. Borçlu temerrüdü temel olarak borçlunun borcun ifasında gecikmesine ilişkin bir kavram olmakla birlikte, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler, borçlunun sonraki ifayı hiç gerçekleştirmediği durumlarda da uygulanır³¹⁵.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü (Ablieferungsverzug) ise, eser sözleşmesinin konusunu oluşturan esere ilişkin muaccel ve ifası mümkün bir teslim borcu bulunan, ancak bu borcunu zamanında ifa etmeyen, ifa etmemeyi mazur kılan bir sebepten de yararlanamayan yüklenicinin, kural olarak iş sahibinin ihtarı ile içine

³¹³ **Von Tuhr/Escher**, s. 135; **Bovay**, s. 201; **Gauch/Schuep**, Band II, N 2656; **Schwenzer**, s. 443; **Schenker**, Verzug, N 4; **Schenker**, Erfüllung, s. 50; **Oğuzman/Öz**, s. 295; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1046.

³¹⁴ **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 334 vd; **Werz**, N 262; **Serozan**, İfa, s. 215.

³¹⁵ Diğer bir deyişle, dar anlamda gecikme kavramına girmediği halde, borçlunun edimin ifası mümkün olduğu halde ifada bulunmayı kesin olarak reddettiği durumlarda da borçlu temerrüdünü düzenleyen BK m. 101 vd. hükümleri uygulanır. **Werz**, N 263 ve oradaki dn. 9. Temerrüt sonucunda ya yüklenici eseri teslim borcunu sonradan ifa eder ya da bu borç kesin olarak ifa edilmez. Eseri teslim borcunun kesin olarak ifa edilmemesi iki biçimde ortaya çıkar. Ya bu borcun ifası temerrüt sırasında imkânsız hale gelir (BK m. 96, BK m. 117) böylece temerrüt durumu sona erer ya da iş sahibi seçimlik haklarını kullanmak üzere sonraki ifadan vazgeçer (BK m. 106 f. 2). **Eren**, Borçlar Genel, s. 1046.

düştüğü, elverişsiz hukukî durum olarak **tanımlanabilir**³¹⁶. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için bu koşulların birlikte gerçekleşmesi gerekli ve yeterlidir. Temerrüdün varlığı için yüklenicinin ayrıca temerrüde düşmekte **kusurlu olması** gerekmez³¹⁷.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin **aslı edim borçlarının** sözleşmeye konu olan eseri meydana getirmek ve teslim etmek olduğuna yukarıda değinmiştik. Burada verme borcu (eserin teslimi), yapma borcundan (eserin meydana getirilmesinden) ayrı düşünülemez. Eser meydana getirilmedikçe, yani tamamlanmadıkça bunun tesliminden söz edilemez. Kanun koyucu eserin meydana getirilmesindeki gecikme ile ilgili özel bir düzenlemeye BK m. 358 f. 1’de yer vermiştir³¹⁸. Buna karşılık, çalışmamızın konusunu oluşturan yüklenicinin **eseri teslim borcunda temerrüdü** Borçlar Kanunu’nda özel olarak düzenlenmemiştir. Kanun’da yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne ilişkin **özel bir düzenleme bulunmadığı** için, **yüklenicinin temerrüdünün** koşulları ve sonuçları bakımından borçlu temerrüdüne ilişkin genel hüküm niteliğinde olan **Borçlar Kanunu’nun 101 vd. maddeleri uygulanır**³¹⁹. Borçlu

³¹⁶ **Chavanne**, N 76; **Werz**, N 264; **Couchepin**, N 1525-1526; **Serozan**, İfa, s. 215.

³¹⁷ **BK-Koller**, Art. 366, N 177; **Gauch**, Werkvertrag, N 676; **Chavanne**, N 77; **Werz**, N 264; **Couchepin**, N 1527; **Berney**, s. 111; **Serozan**, İfa, s. 216. Ancak, yüklenicinin gecikmede kusuru olmasa dahi borçlu temerrüdüne düşebilecek olması, yüklenicinin kusurunun hiçbir önemi olmadığı anlamına da gelmez. Yüklenicinin kusuru, borçlu temerrüdünün borçlunun kusuru koşuluna bağlı olan (örneğin, tazminat ödeme yükümlülükleri gibi) bazı sonuçları bakımından gereklidir.

³¹⁸ BK m. 358 f. 1 hükmüyle iş sahibinin bazı durumlarda temerrüde bağlı haklarını teslim vadesinin gelmesinden önce de kullanabileceği düzenlenmiştir.

³¹⁹ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 9; **BK-Koller**, Art. 366, N 69; **Gauch**, Werkvertrag, N 659, 683; **Henninger**, s. 246; **Chavanne**, N 74; **Couchepin**, N 1525; **Guhl**, s. 139; **Seliçi**, İnşaat, s. 22; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130; **Erman**, İnşaat, s. 78. Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Yarg. İçtihadı Birleştirme BGK, 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K.: “İstisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukukî sonuçları hakkında Borçlar Kanunu’nda öze bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (m. 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun

temerrüdünün koşullarını ve sonuçlarını düzenleyen BK m. 101-108 hükümleri düzenleyici hükümlerdir. Taraflar bu hükümlerdeki düzenlemenin aksine düzenleme yapabilirler³²⁰. Ancak tarafların bu konudaki sözleşme özgürlüğü bazı açılardan sınırlandırılmıştır. Örneğin taraflar yüklenicinin temerrüdün kusura bağlı sonuçlarından (BK m. 102, 106 f. 2, 108 f. 2) sorumluluğunu sınırlayan veya kaldıran anlaşmalar yapacaklarsa, BK m. 99 ve m. 100 f. 3 hükümlerine riayet etmek zorundadırlar³²¹.

Yüklenicinin temerrüdünün **maddî koşulları**; teslim borcunun muaccel olması, bu borcun ifasının mümkün olması, teslimin gerçekleşmemiş olması ve teslimdeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmasıdır. Temerrüt ihtarının gerekli olduğu hallerde ihtarın yapılması ise temerrüdün **şeklî koşuludur**. Aşağıda yüklenicinin temerrüdünün önce maddî koşulları, ardından da şeklî koşulu incelenecektir.

temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve (...) uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanunu'nun 106-108. maddeleridir. (...) Borçlar Kanunu'nun 358. maddesi genellikle iş sahibinin sözleşmeden erken dönebilmesi haline ilişkindir. Bu nedenle, içtihadı birleştirmeye konu olayda 358. maddenin uygulanabileceğini kabul etmek de uygun görülmemiştir.” (YKD, 1984, C. X, S. 4, s. 502). İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde İBK m. 366 f. 1 (BK m. 358 f. 1) hükmünün değil, İBK m. 102 vd. (BK m. 101 vd.) nın uygulanacağı yönünde bkz. BGE 98 II 119.

³²⁰ Engel, Traité, s. 695; Ramoni, N 95.

³²¹ BK-Weber, Art. 103, N 8; Schenker, Verzug, N 265, 326; Ramoni, N 95.

§ 3 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN MADDÎ KOŞULLARI

I. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASI

Borçlu temerrüdünün zamana ilişkin koşulu, borcun muaccel olmasıdır³²². Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle onun teslim borcunun **muaccel** olması gerekir (BK m. 101 f. 1). BK m. 74'e göre "Ecel meşrut olmadığı veya işin mahiyetinden anlaşılmadığı takdirde **borcun** hemen **ifa** ve derhal **icrası talep olunabilir.**" Bu hükümde yer alan borcun "ifasının" talep olunabilmesi ifadesinden kasıt, borcun ifa edilebilirliği; "icrasının" talep olunabilmesinden kasıt ise, borcun muaccel olmasıdır. Eseri teslim borcunun nitelikleri olan **ifa edilebilir** olma ile **muaccel** olma birbiriyle karıştırılmamalıdır.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun **ifa edilebilir** olması (die Erfüllbarkeit/l'exécutabilité), yüklenicinin borcunu ifa etme ve böylece geçerli biçimde borcundan kurtulma yetkisinin bulunmasını ifade eder³²³. BK m. 80'e göre, sözleşme hükümlerinden veya sözleşmenin mahiyetinden ya da hal ve şartlardan tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadığı takdirde, borçlu borcunu **vadeden önce ifa edebilir**. O halde yüklenici, kural olarak eseri teslim vadesinin gelmesinden önce teslim etme yetkisine sahiptir³²⁴. Ancak örneğin iş sahibinin bir eseri üretim sürecine belirli bir sırayla katılmaları kararlaştırılan birden çok yükleniciye imal ettirdiği durumlarda, bu

³²² **Schwenzer**, s. 444; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1049; **Serozan**, İfa, s. 54; **Havutçu**, s. 24.

³²³ **Tercier**, Termes et délais, s. 5; **Chavanne**, N 80; **Schenker**, Erfüllung, s. 47; **Serozan**, İfa, s. 60; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1049; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 800.

³²⁴ Yüklenicinin eseri vadeden önce teslim etme hakkına sahip olduğu durumlarda, iş sahibinin bu edimi kabul etmemesi alacaklı temerrüdüne (BK m. 90) yol açar. **Gauch**, Werkvertrag, N 712; **Tercier**, Termes et délais, s. 10; **Chavanne**, N 84; **Serozan**, İfa, s. 60-61.

yüklenicilerin işleri arasında uyumun sağlanması bakımından, yüklenicilerin her birinin kendilerine düşen bölümü belirli bir program dâhilinde iş sahibine teslim etmeleri gerekebilir. Bu tür durumlarda yüklenici, işin niteliği gereği, imalini üstlendiği kısmı iş sahibine teslim vadesinden önce teslim etme yetkisine sahip değildir³²⁵.

Yüklenicinin eseri teslim borcunun **muaccel** olması (die Fälligkeit/l'exigibilité) ise, iş sahibinin alacağıın konusunu oluşturan edimi yükleniciden talep ve dava edebilme yetkisinin bulunmasını ifade eder³²⁶. Yüklenicinin eseri teslim borcu, taraflarca kararlaştırılan veya işin niteliğinden çıkarılan bir **teslim vadesi** varsa, bu **vade geldiği anda**; aksi halde, **derhal** muaccel olur (BK m. 74). Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel hale geldiği andan itibaren, iş sahibi yükleniciden eserin teslimi edimini ifa etmesini talep edebilir; yüklenici de iş sahibinin ifa talebine uyararak eseri teslim borcunu ifa etmekle yükümlüdür³²⁷.

A. Teslim Vadesi

Eserin teslim vadesi (Ablieferungstermin), yüklenicinin eserin bütününe tamamlanmış olarak teslim etme borcunu ifa etmekle yükümlü olduğu tarihtir³²⁸. Teslim vadesi geldiğinde, yüklenicinin eseri teslim borcu muaccel olur, yani artık iş sahibi

³²⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 713; **Tercier**, Termes et délais, s. 10. Şunu da belirtmek gerekir ki, yüklenicinin eseri teslim borcunun **ifa edilebilirliği**, teslim süresinin bitiminde sona ermez. Zira yüklenici, iş sahibi edimin aynen ifasından vazgeçmedikçe (BK m. 106 f. 2), gecikme ile de olsa eseri teslim etme hakkını muhafaza eder. **Chavanne**, N 85.

³²⁶ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2156, 2659; **Tercier**, Termes et délais, s. 5; **Schenker**, Erfüllung, s. 47; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 800; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1048; **Oğuzman/Öz**, s. 296; **Öz**, İnşaat, s. 126.

³²⁷ **Schenker**, Verzug, N 69; **Chavanne**, N 87; **Oğuzman/Öz**, s. 247; **Eren**, Borçlar Genel, s. 906; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 800; **Havutçu**, s. 24.

³²⁸ **Schenker**, Erfüllung, s. 49; **Tercier**, Termes et délais, s. 5; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 801.

eserin teslimi edimini talep ve dava edilebilir; yüklenici de bu talebe uygun olarak eseri teslim etmekle yükümlüdür³²⁹. Teslim vadesine kadar geçen zaman aralığına ise **teslim süresi** (Ablieferungsfrist) denir³³⁰. Teslim vadesi tespit edilirken bu tarihin taraflarca kararlaştırılmış olup olmadığına göre bir ayırım yapılmalıdır:

1. Tarafların Teslim Vadesini Kararlaştırmış Olmaları

Yüklenicinin eseri teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı, öncelikle **tarafların** bu konudaki **iradelerine** göre belirlenir (BK m. 74)³³¹. Taraflar çoğunlukla **eser sözleşmesi kurulurken** teslim vadesini kararlaştırırlar. Ancak teslim vadesi, eser sözleşmesinin objektif bakımdan esaslı bir unsuru değildir. Bu sebeple, taraflarca sübjektif bakımından esaslı bir unsur haline getirilmedikçe, teslim vadesinin eser sözleşmesi kurulurken belirlenmiş olmaması sözleşmenin kurulmasına engel olmaz. Buna göre iş sahibi ve yüklenici **sözleşmenin kurulmasından sonra da** eserin teslim vadesi üzerinde anlaşma sağlayabilirler³³².

Teslim vadesi, doğrudan belirli bir **takvim günü** olarak kararlaştırılabilir. Örneğin eserin 1 Ocak 2012'de teslim edileceğinin kararlaştırılması halinde durum budur. Teslim vadesinin sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayan ve **bitiminde** teslim borcunun muaccel olacağı bir **zaman süreci**, yani teslim süresi tayin edilerek

³²⁹ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 5; **Gauch**, Werkvertrag, N 646; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 6-7; **Ozanoğlu**, s. 66.

³³⁰ **Gauch**, Fristen und Termine, s. 6; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 380; **Ayan**, s. 95.

³³¹ Eserin teslim tarihinin taraflarca kararlaştırıldığı durumlarda, muacceliyet tarihinin hesaplanmasında, sözleşmede kararlaştırılan orijinal ifa tarihindeki tüm değişiklikler, özellikle varsa yüklenicinin süre uzatma talepleri dikkate alınmalıdır. **Werz**, N 266.

³³² **Gauch**, Werkvertrag, N 650; **Ozanoğlu**, s. 67.

kararlaştırılması da mümkündür³³³. Bu durumda vade, teslim süresinin son günüdür³³⁴. Örneğın taraflar sözleşmenin kurulduğı tarihten itibaren üç ay içinde eserin teslim edileceğı üzerinde anlaşmışlarsa, yüklenici eseri, en geç üçüncü ayın son günü olmak kaydıyla, bu üç ay içinde herhangi bir gün teslim edebilir. Teslim süresinin, yani üç aylık sürenin son günü ise, teslim vadesidir.

Tarafların aralarında anlaşarak **teslim vadesini tayin etme yetkisini** iş sahibine tanımış olmaları da mümkündür. Bu durumda vade, iş sahibinin kendisine tanınan bu yetkiyi kullanmasıyla, yani “muacceliyet ihbarı” ile belirlenir³³⁵.

Eser sözleşmesinde taraflar bazen de **teslim süresinin başlangıcını** arsanın veya eserde kullanılacak malzemenin yükleniciye teslim edilmesi, inşaat ruhsatının ya da temel üstü ruhsatının alınması gibi **ileride gerçekleşecek belirli bir olaya** bağlarlar³³⁶. Bu tür durumlarda teslim süresi, sürenin bağlandığı olay fiilen gerçekleştiğinde işlemeye başlar ve teslim süresinin son günü, teslim vadesini ifade eder³³⁷. Örneğın

³³³ **BK-Koller**, Art. 366, N 637; **Werz**, N 189; **Gauch**, Werkvertrag, N 647; **Ozanoğlu**, s. 66.

³³⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 801; **Eren**, Borçlar Genel, s. 908.

³³⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 252; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 801-802; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1052-1053.

³³⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 647; **Tercier**, Termes et délais, s. 5; **Seliçi**, İnşaat, s. 66; **Ozanoğlu**, s. 66; **Ayan**, 97.

³³⁷ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 21; **Ayan**, s. 98. Yarg. 15. HD., 5.7.1988 T., 1987/4322 E., 1988/2523 K.: “Taraflar arasında yapılmış olan sözleşmenin 3. maddesi hükmüne göre, inşaat süresi yapım ruhsatnamesinin verildiğı tarihten itibaren 36 ay olarak saptanmıştır. Böylece, inşaat süresinin başlama şartı yapı ruhsatnamesinin verildiğı tarihtir. Başka bir anlatımla, yapı temel ruhsatnamesi alınmadan inşaatın bitirilme süresi işlemeye başlamayacaktır. (...) Bazen öyle durumlar ortaya çıkmaktadır ki, yapı temel ruhsatnamesi hiç verilmediğı gibi, verilmesi de epeyce uzun bir süreyi gerektirebilmektedir. Bu nedenlerle, bu iş için belirli bir süre konulması doğru olmayıp, bu süreye uyulması olanağı da bulunmamaktadır. Ancak, tarafların kişisel eylemleri ile bu işi geciktirmeleri hususu ayrıkt tutulmalıdır.” (**Kostakoğlu**, s. 327-328).

taraf, yüklenicinin iş sahibinin malzemeyi teslim etmesinden altı ay sonra eseri teslim edeceğini kararlaştırılmışlarsa, altı aylık teslim süresi malzemelerin fiilen teslim edildiği tarihte işlemeye başlar; altıncı ayın son günü teslim vadesi gelir ve yüklenicinin eseri teslim borcu muaccel olur.

Kimi zaman, **teslim süresinin yüklenicinin bir fiilinden** (örneğin, yüklenicinin inşaat ruhsatını veya temel üstü ruhsatını almasından) **sonra** işlemeye **başlayacağı** kararlaştırılır. Taraflar anlaşmalarında yüklenicinin bu fiili ne zaman gerçekleştirmek zorunda olduğunu belirtmemişlerse, **yüklenici bu fiili gerçekleştirmekten kaçınarak** sürenin işlemeye başlamasına ve teslim borcunun muaccel olmasına engel olabilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmelidir. BK m. 74'te vadesi belirlenmemiş borçlar bakımından getirilen düzenleme dikkate alındığında, bu tür durumlarda da yüklenicinin ilk uygun zamanda gecikmeksizin yükümlü olduğu davranışı gerçekleştirmesi gerektiği sonucuna varılır³³⁸. Somut olayda yüklenicinin teslim süresini belirleme yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığı incelenmelidir. Yüklenici olayın şartlarına göre makul ve dürüst bir yükleniciden beklenebilecek sürede teslim süresinin işlemeye başlaması için kendisine düşen edimi gerçekleştirmemişse, hakkını kötüye kullanmış sayılmalıdır. Bu durumda teslim süresinin, yükleniciye yüklenen fiilin gerçekleşebileceği ortalama **makul sürenin sonunda işlemeye başladığı** kabul edilmelidir³³⁹. Örneğin inşaatın yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından itibaren 60 ay sonunda teslim edileceği kararlaştırılır. Somut olayın şartları çerçevesinde dürüstlük kuralına göre inşaat ruhsatının alınması için gerekli olan makul süre 12 aydır. Yüklenici ruhsatı makul süreden daha geç (örneğin sözleşme kurulduktan 36 ay sonra) almışsa veya hiç almamışsa, 60 aylık inşaat süresi sözleşmenin kurulduğu tarihten 12 ay sonra işlemeye

³³⁸ Oğuzman/Öz, 252 dn. 215.

³³⁹ Ayan, s. 99; Gümüş, s. 66.

başlar. Bu örnekte yüklenicinin inşaatı teslim borcunun, sözleşme kurulduktan 12+60 = 72 ay sonra muaccel olduğu kabul edilmelidir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir³⁴⁰. Belirtmek gerekir ki, burada yüklenicinin üstlenmiş olduğu inşaat ruhsatı veya temel üstü ruhsatı gibi idarî izinleri alma işini geciktirmesi, aynı zamanda onun BK m. 358'de düzenlenen yaptırımlarla karşı karşıya kalmasına, yani iş sahibinin temerrüde bağlı haklarını vadeden önce kullanmasına da yol açabilir³⁴¹.

Özellikle inşaat sözleşmelerinde, tarafların kimi zaman sözleşmede “**süre uzatma**” veya “**hızlanma**” hükmü gibi süre değişikliğine ilişkin **hükümlere** de yer verdikleri görülmektedir. Böyle durumlarda, kararlaştırılmış olan teslim vadesi, sözleşme hükmünde belirtilen durumlar gerçekleştiği takdirde, sonradan değişmektedir³⁴². Ancak şunu belirtmek gerekir ki, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça,

³⁴⁰ Yarg. 15. HD., 6.10.2003 T, 2003/1390 E., 2003/4548 K.:“Taraflar arasında akdedilen düzenleme şeklindeki 19.10.1998 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahiplerine ait 30 ve 31 no'lu parsellerin tevhidinden sonra, imar durumuna uygun proje çizileceği, ruhsat alındıktan itibaren de 25 ay içinde anahtar teslimi inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmıştır. (...) Her ne kadar sözleşmede, ruhsat alımı için bir süre öngörülmemiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere, davalılar harç ödemediklerinden yaklaşık 1 yıl sonra imar durumu alınabilmiştir. 2 yıla yakın bir süre geçmesine karşı henüz ruhsat alınamamış, yargılama aşamasında dahi alınmış değildir. Bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı yüklenicilerin temerrütlerinin varlığı ortadadır. Sözleşme tarihine göre 4 yıla yakın süre geçmiştir. Arsa sahiplerinin tahammül süreleri fazlasıyla aşılmıştır. Yüklenicilerin kendilerine tanınan **haklı kötüye kullanmaları** iyiniyetle bağdaşmaz (MK.2.md.).” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 13.5.2008 T., 2007/4556 E., 2008/3186 K.: “Taraflar arasındaki 29.04.1998 tarihli Daire Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin (L) maddesinde inşaatın ruhsat tarihinden itibaren 48 ayda tamamlanması kararlaştırılmıştır. Sözleşmede inşaat ruhsatının alınma süresi hakkında bir düzenleme yer almamaktadır.(...) Taraflar arasındaki sözleşmede inşaat ruhsatının alınması için bir süre öngörülmemişse **makul süre içerisinde** inşaat ruhsatı alınarak inşaata başlanması gerekir.” (www.kazanci.com).

³⁴¹ **Oğuzman/Öz**, 252 dn. 215.

³⁴² **Werz**, N 220; **Gauch**, Werkvertrag, N 650; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12.

kural olarak ne yüklenici, ne de iş sahibi **tek taraflı** irade beyanı ile teslim vadesini belirleyebilir ya da değiştirebilir³⁴³.

2. Tarafların Teslim Vadesini Kararlaştırmamış Olmaları

Taraflar, sözleşmenin kurulması sırasında veya daha sonra bir teslim vadesi **kararlaştırmadıkları takdirde**, bir sözleşme boşluğu söz konusudur. Bu boşluğun tarafların farazî iradeleri tespit edilerek doldurulması gerekir³⁴⁴. Yoksa teslim vadesinin kararlaştırılmamış olması, yükleniciye eseri dilediği tarihte teslim etme yetkisi vermez. Yüklenicinin eseri teslim borcunun “muaccel” hale geleceği an taraflarca belirlenmediği takdirde, teslim vadesi, olayın tüm şartları dikkate alınarak, **“işin mahiyetine”** göre belirlenir (BK m. 74)³⁴⁵. Bundan genel olarak, muhtemel hazırlık faaliyeti de göz önünde tutularak, işin ehli bir yüklenicinin zamanında çalışmaya başlayarak, yeterli araç gereç, malzeme ve iş gücünü kullanarak, düzenli bir tempoda yürüteceği çalışma ile

³⁴³ **Chavanne**, N 305; **Gauch**, Werkvertrag, N 650; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 11; **Ozanoğlu**, s. 67; **Gökyayla**, s. 321.

³⁴⁴ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 5; **Gauch**, Werkvertrag, N 649; **Werz**, N 208 ; **Ozanoğlu**, s. 67.

³⁴⁵ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 5; **Gauch**, Werkvertrag, N 649; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 6; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4402; **Eren**, Borçlar Genel, N 1049; **Tandoğan**, Cilt II, s. 129; **Öz**, İnşaat, s. 126; **Gökyayla**, s. 318. Yarg. 15. HD., 18.6.2003 T., 2003/767 E., 2003/3319 K.: “Yanlar arasındaki biçimine uygun düzenlenen 28.4.1994 günlü sözleşmede işin teslim tarihi kararlaştırılmamıştır. Kuşku yok ki, tarafların sözleşmelerinde bu hususu eksik bırakmaları yükleniciye eseri belirsiz sürede teslim hakkı vermez. Bu gibi durumlarda işin olağan seyrine göre yürüyüp yürümediğini saptamak için o ana kadar yapılan iş ve işlemlere ve eserin hacmine bakmak gerekir.” (www.kazanci.com). Örneğin, inşaat sözleşmelerinde, teslim vadesi taraflarca kararlaştırılmamışsa, “işin niteliği” gereği, yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi sözleşmenin kurulmasından itibaren belirli bir zaman gerektireceğinden, teslim borcu, sözleşmenin kurulmasıyla “derhal” muaccel olmaz. Bu durumda, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi için gerekli olan makul sürenin sonunda inşaatı teslim borcunun muaccel olacağı kabul edilmelidir. **Öz**, İnşaat, s. 126-127.

eseri meydana getirip teslim hazır hale getireceği sürenin bitimi anlaşılır³⁴⁶. Örneğin inşaat sözleşmelerinde, teslim vadesi taraflarca kararlaştırılmadığı takdirde, “işin niteliği” gereği yüklenicinin inşaatı tamamlayıp teslim etmesi sözleşmenin kurulmasından itibaren belirli bir zaman gerektireceğinden, eseri teslim borcu sözleşmenin kurulmasıyla birlikte “derhal” muaccel olmaz. Bu durumda inşaatı teslim borcunun, inşaatın tamamlanıp teslim edilmesi için gerekli olan makul sürenin sonunda muaccel olacağı kabul edilmelidir³⁴⁷.

Sözleşme ile belirlenen veya işin niteliğinden çıkarılan bir vade bulunmuyorsa, yani borç vadeye bağlı değilse, bu borcun “**derhal**” ifası gerekir (BK m. 74). Eseri teslim borcunun borç doğduktan sonra “derhal” muaccel olması, ancak eserin niteliği gereği teslimin çok az bir sürede gerçekleşebileceği istisnaî hallerde mümkündür³⁴⁸. Örneğin topuğunun çivisi çıkan bir ayakkabının tamirinde olduğu gibi, iş sahibinin yüklenici tamiratı yaparken yanında bekleyip kısa sürede eseri teslim alabildiği durumlarda, eseri teslim borcunun ifası sözleşmenin kurulmasından ve borcun doğumundan hemen sonra gerçekleşir.

3. Yalnız Tamamlama Vadesi Kararlaştırılan Durumlarda Teslim Vadesinin Belirlenmesi

Eserin tesliminden söz edebilmek için, eserin tamamlanmış, yani meydana getirilmiş olması gerekir. Taraflar eser sözleşmesinde teslim vadesi ile birlikte veya

³⁴⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 649; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4402; **Werz**, N 208; **Tandoğan**, Cilt II, s. 129; **Seliçi**, İnşaat, s. 66; **Ozanoğlu**, s. 67. BGE 113 II 517=JdT 1989 I 14.

³⁴⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 649; **Öz**, Dönme, s. 154-155; **Öz**, İnşaat, s. 126-127; **Erman**, İnşaat, s. 56; **Ayan**, s. 100.

³⁴⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 129; **Öz**, Dönme, s. 154-155.

teslim vadesi kararlaştırmaksızın yalnız tamamlama vadesi kararlaştırabilirler. Tamamlama vadesi (Vollendungstermin), yüklenicinin eseri meydana getirmeye ilişkin çalışmalarını bitirmesi gereken en son anı ifade eder³⁴⁹. Acaba tarafların eserin tamamlanma vadesini kararlaştırdıkları halde, teslim vadesini kararlaştırmadıkları durumlarda, teslim vadesi nasıl belirlenecektir? Bu durumda, eseri teslim borcunun da **eser tamamlanır tamamlanmaz derhal muaccel** olacağının kabulü gerekir (BK m. 74 hükmüne kıyasen)³⁵⁰. Bunun anlamı, tamamlama vadesi ile teslim vadesinin örtüşmesi veya arada en fazla bir gün gibi çok az bir fark bulunmasıdır³⁵¹.

4. Başlangıç Vadesi veya Ara Vadelere Riayet Etmemenin Zorunlu Olarak Teslim Vadesinde de Gecikme Anlamına Gelmemesi

Eser sözleşmesinde taraflar, tamamlama vadesi ve teslim vadesi dışında, başlangıç vadesi veya ara vadeler de kararlaştırabilirler. **Başlangıç vadesi** (Anfangstermin), tamamlama veya teslim süresinin işlemeye başladığı andır. Bu vade, bazen aynı zamanda yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamakla yükümlü olduğu anı da ifade eder³⁵². **Ara vadeler** (Zwischentermine) ise, yüklenicinin belirli bir ana kadarki çalışmasıyla önceden **belirlenmiş ilerlemeyi kaydetmiş** olması, diğer bir deyişle eseri

³⁴⁹ **Gauch**, Fristen und Termine, s. 7 vd.; **Gauch**, Werkvertrag, N 651.

³⁵⁰ **Werz**, N 210; **Gauch**, Werkvertrag, N 652; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 7; **Ayan**, s. 96-97. Derhal teslim, inşaat sözleşmeleri bakımından, yüklenicinin mümkün olan en kısa zamanda gecikmeksizin iş sahibine tamamlama bildiriminde bulunması ile gerçekleşir. **Werz**, N 210.

³⁵¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 652; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 7.

³⁵² **Gauch**, Fristen und Termine, s. 8; **Couchepin**, N 1472; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 380. Örneğin taraflar, yüklenicinin sözleşme kurulduktan sonra 7 gün içinde işe başlayacağını ve teslim süresinin de yüklenicinin işe başladığı günden itibaren işleyeceğini kararlaştırmışlarsa durum böyledir.

belli bir aşamaya getirmiş olması gereken zaman noktalarıdır³⁵³. Yüklenici, eseri teslim vadesinde teslim etmek kaydıyla, kural olarak, eseri meydana getirmeye belirli bir tarihte başlamak veya meydana getirirken herhangi bir programa uymak, eserin belirli kısımlarını belirli tarihlerde tamamlamak zorunda değildir³⁵⁴. Ancak örneğin, önemli inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi pek çok yüklenicinin çalıştığı sözleşmelerde, başlangıç vadelerinin ve ara vadelerin belirlenmesi **özellikle iş sahibinin menfaatinde**. Zira böylece, iş sahibi tüm bu çalışanların edimleri arasında zaman ve çalışma temposu bakımından uyumu sağlayabilir; çalışmaların zaman içinde sürekli bir biçimde devam edip etmediğini kontrol edebilir. Bu sayede de nihaî olarak eserin zamanında teslimi sağlanmış, yani teslim vadesine uyulmuş olur³⁵⁵.

Başlangıç vadesi ve ara vadeler de tıpkı diğer vadeler gibi taraflar için hukuken **bağlayıcıdır**³⁵⁶. Başlangıç vadesine veya ara vadeye **uymayan yüklenici**, eseri meydana

³⁵³ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 6; **Gauch**, Werkvertrag, N 653; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 8; **Gökyayla**, s. 319. Dikkat edilirse, ara vadelerde işin bir kısmı tamamlanmakta, ancak teslim vadesinden farklı olarak teslim gerçekleşmemektedir. Şayet eserin belirli vadelerde tamamlanan kısımlarının teslim edileceği kararlaştırılmışsa, burada ara vade değil, kısmî teslim vadesi söz konusudur. **Gauch**, Werkvertrag, N 653; **Tandoğan**, Cilt II, s. 129; **Ozanoğlu**, s. 67 dn. 32.

³⁵⁴ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4406; **Tercier**, Termes et délais, s. 11.

³⁵⁵ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4406; **Gauch**, Werkvertrag, N 653; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 8; **Ozanoğlu**, s. 67 dn. 32.

³⁵⁶ **Gauch**, Fristen und Termine, s. 9. Uygulamada özellikle inşaat sözleşmelerinde “çalışma programları” (Bauprogramm/Programme des travaux) düzenlenmekte ve bu programlar sözleşmeye dâhil edilmektedir. Bazen yüklenici bazen de iş sahibi tarafından hazırlanan bu programlarda çoğunlukla yüklenicinin işi hangi sırayla yapacağına, hangi tarihte işin hangi kısmını tamamlamış olması gerektiğine yer verilmektedir. Bu çalışma programlarında yer alan sürelerle ilişkin düzenlemelerin, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yalnız yol gösterici nitelikte olduğu ve tahminî ilerlemeyi gösterdiği, yukarıda değindiğimiz ara vadelerin aksine hukuken bağlayıcı nitelik taşımadıkları kabul edilmektedir. Gerçekten de büyük inşaat projelerinde çalışmaların her safhası daha başlangıçta hangi işin hangi tarihte ne seviyeye geleceği belirlenerek ilerlemektedir. Ancak yüklenicinin bu çok ayrıntılı ilerleme çizelgesindeki her bir süre kaydına mutlak bir biçimde bağlı kalmasını beklemek çoğu zaman yerinde olmaz. Buna karşılık, örneğin eserin birden çok yükleniciye yaptırıldığı ve bu yüklenicilerin işe sırayla dâhil olduğu hallerde,

getirmeye başlama ve devam etme borcunda gecikmeyi düzenleyen BK m. 358'deki yaptırımlarla karşı karşıya kalabileceği gibi, sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde, cezaî şart da ödemek zorunda kalır³⁵⁷. Ancak yüklenicinin başlangıç vadesine veya ara vadelere riayet etmemesi, onun mutlaka eserin teslim vadesine de riayet etmeyeceği anlamına gelmez. Yüklenici, başlangıç vadesinde işe başlamadığı veya ara vadelerden bir ya da bir kaçına uymadığı, yani işi bu vadelerde getirmesi gereken seviyeye getirmediği halde, sonradan çalışmasını hızlandırıp, eseri teslim vadesinde teslim edebilir. Kuşkusuz ara vadelere uymayan yüklenicinin teslim vadesinde eseri teslim ederek borcundan kurtulabilmesi için, iş sahibinin BK m. 358 çerçevesinde temerrüde bağlı haklarını teslim vadesinden önce kullanmamış olması gerekir.

B. Teslim Vadesinde Sonradan Meydana Gelen Değişiklikler

Taraflar, eser sözleşmesi ile kararlaştırdıkları vadeyi, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ifanın herhangi bir aşamasında ve herhangi bir sebeple, **karşılıklı anlaşarak** değiştirebilirler³⁵⁸. Ancak *Pacta sunt servanda* ilkesinin hâkim olduğu borçlar hukuku alanında, tarafların karşılıklı olarak üzerinde anlaştıkları bir konu olan vade üzerinde, taraflardan birinin tek taraflı olarak değişiklik yapma hakkı kural olarak yoktur³⁵⁹. Bununla birlikte, taraflardan birine sözleşme ile böyle bir hak tanınmasına da engel yoktur. Teslim vadesinin değişmesine sözleşmede yer alan bazı düzenlemeler

tarafların iradelerinin, yüklenicilerin her birinin uyması için düzenlenen çalışma programlarındaki vadelerin hukuken bağlayıcı olması yönünde olduğu söylenebilir. Zira bu durumda yükleniciler arasındaki çalışmanın uyumlu biçimde yürütülmesi ancak her bir yüklenici çalışma programındaki sürelerle riayet ettiği takdirde mümkündür. Bu konuda bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N 654 vd.; **Gauch**, *Fristen und Termine*, s. 7; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 23 vd.; **Werz**, N 585 vd.; **Couchepin**, N 1484.

³⁵⁷ **Tercier**, *Contrats spéciaux*, N 4407; **Tercier**, *Termes et délais*, s. 14; **Couchepin**, N 1473, 1486.

³⁵⁸ **Werz**, N 216; **Gauch**, *Fristen und Termine*, s. 11; **Gauch**, *Werkvertrag*, 650; **Serozan**, *İfa*, s. 60.

³⁵⁹ **Henninger**, s. 242; **Werz**, N 216; **Gauch**, *Fristen und Termine*, s. 11; **Gauch**, *Werkvertrag*, 650; **Ayan**, s. 103.

sebepl olabileceği gibi, bazen de sözleşmede bu yönde bir düzenleme bulunmadığı halde vadedeki değişiklik kanuna dayalı olarak gerçekleşir³⁶⁰. Aşağıda önce teslim vadesindeki değişikliklerin **sözleşme hükümlerine** dayandığı, daha sonra da **kanundaki düzenlemelerden kaynaklandığı** durumlar incelenecektir:

1. Sözleşmede Süre Değişikliğine İlişkin Düzenleme Bulunması

Eser sözleşmesinde, yüklenici ile iş sahibi, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalmak kaydıyla, eserin tamamlanmasındaki veya teslimindeki **gecikmeye** ilişkin **kanunî risk dağılımını** sözleşmeyle **değiştirebilirler**³⁶¹. Böylece kanunî risk dağılımına göre belirli bir durumda gecikmenin riskine taraflardan biri katlanmak zorunda olduğu halde, diğer taraf bu riski sözleşme ile üstlenebilir. Taraflar, aksine anlaşma yapmadıkları takdirde teslim süresinin uzamasına yol açmayacak bir durumun (örneğin, yüklenicinin finansal sıkıntıya düşmesinin) teslim süresini uzatacağını kararlaştıarak gecikmenin riskini yükleniciden alıp, iş sahibine aktarabilirler. Yahut tersine, aksine anlaşma bulunmadıkça teslim süresini uzatacak bir durumun (örneğin, iş sahibinin işi daha zahmetli hale getiren bir iş değişikliği talebinde bulunmasının) teslim süresini uzatmayacağı üzerinde anlaşarak gecikme riskini iş sahibinden alıp, yükleniciye yüklemiş de olabilirler. Sözleşmede yer alan bu tür düzenlemeler, emredici hukuk kurallarına, genel ahlâka ve kişilik haklarına aykırı olmadıkları takdirde, geçerlidirler (BK m. 19 f. 2, BK m. 20 f. 1)³⁶². Özellikle BK m. 99 ile BK m. 100'de düzenlenen ve borçlunun kendi davranışlarıyla yol açtığı veya yardımcı kişilerinin fiillerinin sebep olduğu zararlardan sorumluluğunu önceden sözleşmeyle

³⁶⁰ Werz, N 216.

³⁶¹ Henninger, s. 252; Werz, N 221; Ayan, s. 151.

³⁶² Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları hakkında bkz. Gauch/Schlupe, Band I, N 629 vd.; Tercier, Obligations, N 720 vd.; Oğuzman/Öz, s. 72 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 286 vd.

sınırlandırmasına getirilen kısıtlamalar, burada da kıyasen uygulanmalıdır³⁶³. Örneğin sözleşmede eserin teslim süresinin hiçbir durumda uzamayacağı kararlaştırılarak iş sahibi lehine bir düzenleme getirilmiş olsa dahi, bu düzenleme ancak iş sahibinin gecikmeye hafif ihmali ile sebep olduğu durumlar bakımından geçerli kabul edilebilir (BK m. 99 f. 1'e kıyasen)³⁶⁴. İş sahibinin eserin tesliminde kasıt veya ağır ihmaliyle sebep olduğu gecikmenin dahi teslim süresini uzatmayacağı kabul edilemez. Buna göre, iş sahibinin haklı bir sebep olmaksızın eseri kabulden kaçınması halinde, iş sahibi eserin tesliminin gecikmesine kasten sebep olduğundan, bu durumda eserin teslim süresinin uzamayacağı kabul edilemez. Buna karşılık, iş sahibinin başvurduğu yardımcı kişinin kasıt veya ağır ihmali ile eserin tesliminde sebep olduğu gecikmenin teslim süresini uzatmayacağı veya yüklenicinin başvurduğu yardımcı kişinin kasıt veya ağır ihmali ile sebep olduğu gecikmenin teslim süresini uzatacağı kararlaştırılabilir (BK m. 100 f. 2'ye

³⁶³ Bahsettiğimiz durumlarda, kanunî risk dağılımı çerçevesinde eserin tesliminde meydana gelen gecikmenin riskini taşıması gereken taraf, sözleşme ile bu riski diğer tarafa aktararak bir bakıma gecikmeden sorumluluğunu sınırlandırmış olmaktadır. Burada taraflar eserin teslimindeki gecikmenin teslim süresi bakımından olumsuz sonuçlarına katlanmaktan kurtulmayı düzenlemektedirler. Eserin tesliminde meydana gelen gecikmenin süre bakımından olumsuz sonucu, yüklenici için teslim süresinin uzamaması, iş sahibi içinse bu sürenin uzaması biçiminde ortaya çıkar. BK m. 99 hükmü ise, bir başka durum olan, borçlunun borca aykırı davranması halinde söz konusu olacak tazminat sorumluluğundan önceden beraatini düzenleyen emredici bir hükümdür. Bu konuda bkz. **Erten**, s. 207 vd. Bununla birlikte, **Ayan** haklı olarak, gecikme riskinin taraflar arasında kanunî dağılımını değiştiren bu tür sözleşmesel düzenlemelerin de ancak BK m. 99'da düzenlenen çerçeve içinde kaldığı takdirde geçerli olacağını savunmaktadır. **Ayan**, s. 152. **Erman** da, eser sözleşmesinde yer alan ve hangi olayların mücbir sebep sayılacağına ilişkin hükümlerin, BK m. 99 ve BK m. 100'ün sınırları içinde kaldığı takdirde geçerli sayılabileceği görüşündedir. **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 72-73. Kanaatimizce de, tazminat sorumluluğundan önceden beraate ilişkin olarak gerek BK m. 99'da, gerekse de BK m. 100'de getirilen esaslar, eserin tamamlanarak teslim edilmesindeki gecikmenin riskine hangi tarafın katlanacağını düzenleyen sözleşme hükümlerine de kıyasen uygulanabilecek mahiyettedir.

³⁶⁴ Borçlunun hiçbir kusurundan sorumlu olmayacağı esasını getiren genel sorumsuzluk kayıtlarının, tümüyle değil, ancak borçlunun kasıt ve ağır ihmali ile verdiği zararlar bakımından geçersiz olacağı; yoksa borçlunun hafif ihmali ile verdiği zarardan sorumluluğunu kaldıracağı yönünde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 885.

kıyasen). Örneğin yüklenicinin, eserin bir kısmının imali işini tevdi ettiği bir alt yüklenicinin bu eser kısmını yükleniciye geç teslim etmesinden veya projeyi çizdirdiği mimarın projeyi yükleniciye zamanında teslim etmemesinden ötürü eseri meydana getirmekte gecikmesi halinde teslim süresinin uzayacağı yönünde getirilen bir sözleşme hükmü geçerli sayılabilir³⁶⁵.

a. Sözleşme Yer Alan Süre Değişikliği Hükümleri

Eser sözleşmesinde belirli durumların gerçekleşmesi halinde eserin teslim vadesinde değişiklik yapılacağına dair hükümlere yer verilmiş olabilir. Sözleşme ile taraflardan birine doğrudan teslim vadesini erteleme veya öne alma yetkisi tanınabileceği gibi, bazen de sözleşmede taraflardan birine eserin tamamlanma ve teslim süresini etkileyen bazı taleplerde bulunma hakkı tanınmasından hareketle sözleşmenin yorumundan teslim vadesinde değişiklik meydana geleceği sonucu çıkarılabilir. Teslim vadesindeki bu değişiklikler, teslim süresinin uzatılmasına yönelik olabileceği gibi, kısaltılmasına ilişkin de olabilir.

aa. Süre Uzatma Hükümleri

Eser sözleşmesinde taraflar, eserin meydana getirilme sürecini kesintiye uğratacak **bazı durumların ortaya çıkması** halinde kullanılmak üzere, **yükleniciye** eserin tamamlanma veya teslim vadesinin (varsa ilgili ara vadelere de etkili olabilecek şekilde) daha ileri bir tarihe alınmasını, böylece **sözleşme süresinin uzatılmasını talep etme**

³⁶⁵ Zira bu kişiler, yüklenicinin eserin meydana getirilmesi işinde başvurduğu yardımcı kişiler olduklarından, bunların ağır kusurlu fiillerinden kaynaklanan gecikmelerin dahi teslim süresini uzatacağı kararlaştırılabilir (BK m. 100 f. 2'ye kıyasen). Ancak, BK m. 100 f. 2 hükmünün bu duruma kıyasen uygulanabilmesi için, yardımcı kişi kullanımının caiz olması gerekir. Caiz olmadığı halde yardımcı kişi kullanan taraf bakımından ise, BK m. 99 f. 1 hükmü uygulanır. Bu konuda bkz. **Erten**, s. 222.

hakki tanımış olabilirler³⁶⁶. Süre uzatma hükümleri, bazen uzatma sebeplerine ve sürenin uzayacağı miktara ilişkin çok ayrıntılı bir düzenleme getirmekte, örneğin **süre uzatımına sebep olacak hallerin tek tek sayıldığı bir liste** içermektedir³⁶⁷. Bazen de yüklenicinin oluşumu ve sonuçları üzerinde hiçbir biçimde veya büyük ölçüde etki edemeyeceği pek çok durumu içine alan **genel ve geniş ifadeler** kullanılarak kaleme alınmaktadır³⁶⁸.

Süre uzatma hükümleri ile taraflar, hem sözleşmede belirli bir vade tayin edilmesinin güvencesine, hem de beklenmeyen gelişmeler karşısında sözleşmenin bu

³⁶⁶ **Werz**, N 220; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12; **BK-Koller**, Art. 366, N 640; **Ayan**, s. 152. Yarg. 15. HD., 26.11.2007 T., 2007/5385 E., 2007/7545 K.: “17.08.1999 tarihinde inşaatın yapım süresi içinde deprem meydana geldiği, deprem nedeniyle idari mercilerce ek tedbirler ve kararlar alındığı ve bunun sonucunda inşaat faaliyetlerinin geçici bir süre durdurulduğu bilinen bir gerçektir. (...) davalı kooperatifin depremden etkileneceği ortadadır. Asıl sözleşmenin "İnşaatın Süresi" başlıklı 16. maddesinde mücbir sebep hallerinde süre uzatımı verileceği kararlaştırıldığından depremin inşaatın yapım süresini ne oranda etkilediği belirlenerek karşılık gelen sürenin yapım süresine eklenmesi gerekirken aksi yönde uygulama yapılarak deprem nedeniyle herhangi bir ilâve süre verilmemesi de sözleşme ve eklerine aykırı bulunmuştur.” (www.kazanci.com).

³⁶⁷ Yarg. 26.11.2007 T., 2007/5385 E., 2007/7545 K.: “inşaat mukavelesinin "Eser Sözleşmesi Genel Şartnamesi" başlıklı bölümünün "İş Programı" başlıklı 5. maddesinde resmi tatil günleri ile hava muhalefeti yüzünden çalışamaz günlerin yapım süresinden ayrık tutulacağı kararlaştırılmış, aynı noterlikten düzenlenen 03.08.1994 tarih ve sayılı ek mukavelenin ek 10. maddesi ile (...) sözleşme eki BİGŞ'nin 16. maddesine göre resmî tatil günleri ile iklim şartlarından dolayı çalışmaya elverişli olmayan dönemlerin yapım süresinin dışında tutulması gerekir.” (www.kazanci.com).

³⁶⁸ Örneğin, YİGŞ m. 30 f. 2'de de “Sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır” denilerek, geniş kapsamlı bir hükme yer verilmiştir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde sıkça rastlanan bu tür kapsamı geniş hükümler “catch all clauses” olarak da adlandırılmaktadır. Eser sözleşmesinde bu iki tür düzenlemeden yalnız birine yer verilebildiği gibi, bazen bu düzenlemeler birlikte de kullanılmaktadır. Örneğin, süre uzatılmasına sebep olacak durumlar bir liste halinde tek tek sayıldıktan sonra, hükmün sonuna “ve bunun gibi yüklenicinin etki edemediği diğer sebeplerden kaynaklanan gecikmeler halinde de süre uzatılır” gibi genel ifadeler eklenmektedir. **Werz**, N 223, 224; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12.

yeni durumlara esnek biçimde uyum sağlayabilmesi imkânına bir arada kavuşmaktadırlar³⁶⁹. Bu sebeple uygulamada eser sözleşmelerinde bu tür düzenlemelere sıklıkla rastlanmaktadır.

Eser sözleşmesinde, sürenin uzatılması için, yüklenicinin süre uzatımına ilişkin talebini iş sahibine veya temsilcisine **yazılı olarak ve belirli bir süre içinde bildirmesi** veya öncelikle işi hızlandırmak için **gerekli ve makul tüm tedbirleri almış olması** gibi **ek koşullar** da kararlaştırılmış olabilir³⁷⁰. Bunlar yüklenicinin süre uzatımına ilişkin haklarından yaralanabilmek için katlanmak zorunda olduğu külfetlerdir. Bu tür durumlarda, kural olarak, **tarafların ortak iradesinin yüklenicinin** bu şekil şartlarına uymamasının veya ek koşulları yerine getirmemesinin onun süre uzatımına ilişkin **talep hakkını kaybetmesine** yol açacağı yönünde olduğu kabul edilmelidir³⁷¹.

bb. İş Yavaşlatma veya Durdurma Hükümleri

Eser sözleşmesinde taraflar bir teslim süresi kararlaştırdığında, bu vadeye yalnız yüklenici değil, iş sahibi de riayet etmek zorundadır. Buna göre iş sahibi, meşru bir sebep olmaksızın, tek taraflı olarak işin yavaşlatılmasını veya durdurulmasını

³⁶⁹ **Werz**, N 221.

³⁷⁰ Örneğin, YİĞŞ m. 30 f. 3'e göre "Yüklenicinin, sürenin uzatılmasını gerektiren hallerin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde, idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından usulüne göre düzenlenmiş belgelerle mücbir sebebin meydana geldiğini tevsik etmesi zorunludur."

³⁷¹ **Werz**, N 230, 232. YİĞŞ. m. 30 f. 4'te de "Zamanında yapılmayan yazılı bildirimler dikkate alınmaz ve yüklenici müracaat süresini geçirdikten sonra süre uzatımı talebinde bulunamaz. Mücbir sebeplerin devamı sırasında yapılacak bildirim, yirmi gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilir." denilerek bu yönde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Kısmen farklı görüşte olan **Ayan**'a göre ise, süre uzatımına ilişkin bildirim külfetinin belirli bir süreyle sınırlandırılması halinde, yüklenicinin bildirimde bulunmakta gecikmesi, bildirimi geçersiz kılabilir; ancak onun sürenin uzatılmasına ilişkin hakkını tamamen ortadan kaldırmaz. **Ayan**, s. 153.

emredemez. Aksi takdirde, alacaklı temerrüdüne düşer (BK m. 90 vd.)³⁷². Ancak taraflar eser sözleşmesinde **iş sahibine yükleniciye işi yavaşlatmasını veya geçici olarak durdurmasını** emretme yetkisi tanıyabilirler³⁷³. Taraflar bu yetkinin kullanılmasını örneğin, inşaat alanında temel kazılırken tarihî veya bilimsel eserlere rastlanması, olumsuz hava koşullarının meydana gelmesi, yazın sıcaklığın belirli derecenin üzerine çıkması, yüklenicinin yapımına başladığı eserin ayıplı olacağıının anlaşılması gibi sözleşmede belirtilen bazı teknik veya hukukî durumların gerçekleşmesi koşuluna bağlayabilirler. Yahut iş sahibinin bu yetkiyi tamamen keyfi olarak kullanabileceğini kararlaştırabilirler³⁷⁴. İş sahibi, sözleşmeyle kendisine tanınan işi yavaşlatma veya durdurma emri verme yetkisini sözleşmede kararlaştırılan koşullara uygun olarak kullandığı takdirde, alacaklı temerrüdüne düşmez³⁷⁵.

İş sahibi sözleşmede kararlaştırılan işi yavaşlatma veya durdurma yetkisini kullandığında, **yüklenici süre uzatımına hak kazanır mı?** İş sahibi işin yavaşlatılması veya durdurulması emri verdiği takdirde yüklenicinin süre uzatımına hak kazanacağı sözleşmede açıkça kararlaştırılmışsa, yüklenici süre uzatımına hak kazanır. Sözleşmede bu yönde bir açıklık olmamakla birlikte, yüklenicinin süre uzatımına hak kazandığı sonucuna sözleşmenin yorumlanması yoluyla da ulaşılabilir. Örneğin iş sahibinin işi durdurma sebebi (meselâ aşırı yağışlar) aynı zamanda sözleşmede yer alan süre uzatımına ilişkin bir hükmün kapsamına da giriyorsa, yüklenici süre uzatımına hak kazanır³⁷⁶. Sözleşmede bu konuda bir açıklık yoksa ve sözleşmenin yorumundan da yüklenicinin süre uzatımına hak kazandığı sonucu çıkarılmıyorsa, yüklenicinin süre

³⁷² **Couchepin**, N 1576, 1577.

³⁷³ **Werz**, N 243; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 13; **Couchepin**, N 1578.

³⁷⁴ **Werz**, N 243; **Couchepin**, N 1578.

³⁷⁵ **Couchepin**, N 1578.

³⁷⁶ **Werz**, N 243; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 13.

uzatımına hak kazanıp kazanmadığı, iş sahibinin işi yavaşlatma veya durdurma emrini hangi sebeple verdiği göre bir ayırım yapılarak tespit edilir³⁷⁷. İş sahibi keyfi olarak veya yükleniciden kaynaklanmayan teknik ya da hukukî sebeplerle işin yavaşlatılmasını veya durdurulmasını emretmişse, yüklenici süre uzatımına hak kazanır³⁷⁸. Buna karşılık, işin yavaşlatılma veya durdurulma sebebi yüklenicinin bir sözleşme ihlâlinden (örneğin onun eserin o ana kadar meydana getirdiği kısmını sözleşmeye uygun olarak yapmamış olmasından) kaynaklanıyorsa, yüklenici, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, süre uzatımına hak kazanamaz³⁷⁹.

cc. İş Hızlandırma Hükümleri

Eser sözleşmelerinde bazen **iş sahibine**, belirli koşullar altında yükleniciye **iş hızlandırması** yönünde talimat verme yetkisi tanınmaktadır³⁸⁰. Sözleşmede yer alan **iş hızlandırma** hükümleri çoğu halde iş sahibine aynı zamanda eserin tamamlanma veya teslim **vadesini** varsa ilgili ara vadeler de dâhil olmak üzere, sözleşmede kararlaştırılandan daha önceki bir tarihe, yani **erkene alma** yetkisi tanımaktadır. Ancak iş sahibinin işi hızlandırma emirlerinin mutlaka vade üzerinde değişiklik meydana getireceği söylenemez. Örneğin sözleşmede iş sahibine tek taraflı olarak işi artıran, dolayısıyla yüklenicinin daha fazla çalışmasını gerektiren bir iş değişikliği talep etme hakkı tanınmakla birlikte, sözleşme süresinin bu halde de değişmeyeceği öngörülmüşse,

³⁷⁷ **Gauch**, Fristen und Termine, s. 13. **Ayan** ise, böyle bir ayırım yapmaksızın, iş sahibine sözleşme ile inşaatı durdurma yetkisi verilen tüm durumlarda, iş sahibi bu yetkiyi kullandığında sözleşmenin süresinin uzayacağı görüşündedir. **Ayan**, s. 118.

³⁷⁸ **Werz**, N 243; **Couchepin**, N 1578.

³⁷⁹ **Werz**, N 243.

³⁸⁰ **Werz**, N 237; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 13.

yüklenici yapılan iş değişikliği üzerine işi hızlandırmak zorunda kalır; ancak vadede bir değişiklik söz konusu olmaz³⁸¹.

b. Değişen Sürelerin Belirlenmesi

Süre değişikliğini gerektiren durumlar gerçekleştiğinde eserin **yeni teslim süresinin** nasıl **tespit edileceği** eser sözleşmesinde düzenlenmişse, yeni teslim vadesi **tarafların** bu konuda getirdikleri düzenlemeye göre belirlenir. Örneğin sözleşmedeki süre uzatımı hükmünde süre değişikliğini gerektiren olay gerçekleştiğinde eserin teslim süresinin ne kadar uzayacağı da belirtilmişse, bu durumda teslim süresi kendiliğinden sözleşmede belirtilen ek süre kadar uzar. Yahut taraflar eser sözleşmesinde süre değişikliğini gerektiren bir durum meydana geldiğinde bir tarafın süre değişikliği talebinde bulunması gerektiğini diğer tarafın da bu değişikliği onaylaması gerektiğini kararlaştırmış olabilirler. Taraflar yeni teslim vadesini anlaşarak birlikte tespit etmeyi kararlaştırdıkları bu durumda süre değişikliğinin miktarı üzerinde anlaşabilirlerse, yeni teslim süresi tarafların bu yöndeki anlaşmalarına göre belirlenir³⁸².

Taraflar herhangi bir sebeple teslim süresinin ne kadar uzayacağı veya kısalacağı konusunda bir anlaşma sağlayamazlarsa, ihtilâf **hâkim** tarafından çözülür. Hâkim, sözleşmede yeni teslim vadesinin hesaplanma yöntemine ilişkin bir düzenleme

³⁸¹ **Werz**, N 240; **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Gökyayla**, s. 326. Sözleşmede iş sahibine yapılacak iş miktarını azaltan bir iş değişikliği yapma yetkisi tanınmış olabilir. Bu durumda iş sahibi, kural olarak, ancak kendisine ayrıca vadeyi öne alma yetkisinin de tanındığı sözleşmeden açıkça anlaşılıyorsa vadeyi daha erken bir tarihe alabilir. Aksi halde iş sahibi, kural olarak, vadede değişiklik yapamaz. Ancak sözleşmede iş sahibinin vadeyi öne alabileceğine ilişkin bir açıklık bulunmamakla birlikte, yüklenici iş sahibinin iş değişikliği talebi sonucunda zamandan esaslı biçimde tasarruf etmiş olabilir. Bu takdirde de yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış olan vadenin değişmemesi konusunda ısrar etmesi, duruma göre hakkın kötüye kullanılması (MK m. 2 f. 2) teşkil edebilir. **Werz**, N 239.

³⁸² **Werz**, N 234; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12; **Ayan**, s. 152.

bulunmadığı takdirde, tarafların farazî iradelerini esas almak suretiyle makul bir süre değişikliği tespit ederek bu konudaki sözleşme boşluğunu doldurur (BK m. 2 f. 2)³⁸³. Bu durumda, eserin yeni teslim vadesi, önceki vadeye teslim süresinin uzatılmasına sebep olan olayın işi durdurduğu veya yavaşlattığı zaman zarfında yüklenicinin yapamadığı çalışmayı engel ortadan kalktıktan sonra yerine getirebilmesi için gereken makul süre eklenerek bulunur. Bu makul ek süre, durumun tüm koşulları dikkate alınarak belirlenmelidir. Bu itibarla, yükleniciye verilecek ek süre, yüklenicinin ediminin ifasında fiilen geciktiği süre ile aynı olmak zorunda değildir³⁸⁴. Örneğin, yazın yapılması kararlaştırılan bir inşaat işinin çalışmanın iş sahibi tarafından bir süre durdurulması sebebiyle artık kışın yapılması gerekiyorsa, yükleniciye tanınacak ek süre, somut olayın koşulları gereği, çalışmanın durduğu süreden daha uzun olabilir³⁸⁵. Keza, kışın yapılması kararlaştırılan bir iş, işin durdurulması sebebiyle artık yazın yapılacaksa ve bu işin yaz mevsiminde tamamlanması daha az zaman alıyorsa, ek süre çalışmanın durduğu süreden daha az olabilir³⁸⁶. İş sahibinin işi hızlandırma emri verdiği hallerde, iş sahibinin vadeyi öne alma yetkisinin de bulunduğu kabul edilebiliyorsa, teslim vadesi, işteki hızlanmanın yükleniciye eserin tamamlanmasında tasarruf ettirdiği zaman göz önünde tutularak öne çekilir.

³⁸³ **Werz**, N 234; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12. Kısmen farklı görüşte: **BK-Koller**, Art. 366 N 642; **Ayan**, s. 152. Bu yazarlara göre, taraflar süre uzatımı gerektiren bir durum gerçekleştiğinde yeni teslim süresini anlaşarak belirlemeyi kararlaştırdıkları halde bu konuda bir uzlaşmaya varamazlarsa, teslim süresi kendiliğinden uzar. Ancak tarafların gerektiğinde yeni teslim süresinin tesbitini hâkimden talep etmeleri de mümkündür.

³⁸⁴ **Werz**, N 235.

³⁸⁵ YİĞŞ m. 30 f. 5'te de "İşin tamamlanması için sözleşmesinde tespit edilen tarih veya süre haricinde başkaca kayıt bulunmayan işlerde, havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan devresi ile resmî tatil günleri göz önünde tutularak iş bitim tarihi veya süresi belirlenmiş sayılacağından, yüklenici, çalışmadığı bu gibi günleri öne sürerek süre uzatılması isteğinde bulunamaz. Ancak süre uzatımlarında, **yapılacak işin özelliğine göre çalışılmayacak günler** de dikkate alınarak verilecek süre belirlenir." denilerek bu yönde bir düzenleme getirilmiştir.

³⁸⁶ **Werz**, N 235.

2. Sözleşmede Süre Değişikliğine İlişkin Bir Hüküm Mevcut Değilken Teslim Süresinin Uzaması

Sözleşmede süre değişikliğine ilişkin bir düzenleme yoksa, eserin meydana getirilmesini ve teslimini geciktiren bir sebebin eserin teslim süresini uzatıp uzatmayacağı, Kanun'un gecikme riskini taraflar arasında nasıl dağıtmış olduğuna göre belirlenir. Yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etme edimini yerine getirmekte gecikmesine **iş sahibinin risk alanından doğan** bir durum sebep olmuşsa, bu gecikme, borca objektif olarak aykırı olmayan, **haklı bir gecikmedir**³⁸⁷. Bu durumda yüklenici, gecikme sebebi ortadan kalktığında çalışmanın hızlandırılacağına ilişkin bir anlaşma olmadıkça veya dürüstlük kuralı çalışmanın hızlandırılmasını gerektirmedikçe, eseri sözleşmeyle belirlenen veya işin niteliğinden çıkarılan vadede teslim edebilmek için **çalışmalarını hızlandırmak** zorunda değildir³⁸⁸. Yüklenicinin eseri teslim etme ediminin **haklı olarak** geciktiği durumlarda, sözleşmede süre uzatımına ilişkin bir düzenleme bulunmasa dahi, eserin teslim süresi kendiliğinden meydana gelen haklı gecikmeye uygun olarak makul biçimde uzar³⁸⁹. Böylece eserin teslim vadesi ve buna bağlı olarak da teslim borcunun muaccel olacağı an, uzayan teslim süresinin son gününe ertelenmiş olur.

“Haklı gecikme”, edimin ifasındaki gecikmeyi borca objektif olarak aykırı olmaktan çıkarttığı için, aynı zamanda yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesine de engel olan bir durumdur. Bu sebeple, hangi gecikmelerin haklı olduğu meselesi aşağıda

³⁸⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 17; **Werz**, N 602; **CR-Chaix**, Art. 366 N 13; **Henninger**, s. 257; **Tandoğan**, Cilt II, s. 116; **Ozanoğlu**, s. 70; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 385.

³⁸⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Chavanne**, N 516; **Werz**, N 252.

³⁸⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 18; **Chavanne**, N 516; **Werz**, N 252; **Galante**, s.147; **Tandoğan**, Cilt II, s. 67; **Seliçi**, İnşaat, s. 69; **Öz**, Dönme, s. 172; **Ozanoğlu**, s. 70; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 381; **Ayan**, s. 110.

yüklenicinin eserin tesliminde gecikmesinin objektif olarak borca aykırı olmadığı durumların incelendiği bahiste ele alınacaktır. Bu konuda o bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz. Bu başlık altında sadece haklı gecikme sebeplerinin eserin teslim vadesi üzerindeki etkileri değerlendirilecektir.

a. Teslim Süresinin İş Sahibinin Risk Alanına Giren Gecikmelerden Ötürü

Uzaması

Eserin tamamlanarak teslim edilmesindeki gecikmeye **iş sahibi** veya onun davranışlarından sorumlu olduğu kimseler (örneğin, başvurduğu yardımcı kişiler) **sebep olmuşsa** ya da gecikme **iş sahibinin şahsında** veya **faaliyet alanında** meydana gelen bir **beklenmeyen halden** kaynaklanıyorsa, gecikme **iş sahibinin risk alanına dâhildir**³⁹⁰. İş sahibinin risk alanına dâhil olan durumlardan kaynaklanan gecikmeler, haklı gecikmelerdir.

Yüklenici, kendisine edimini geçici veya sürekli olarak yerine getirmekten kaçınma yetkisi veren bir def'i ileri sürme hakkına sahip olup da, bu hakkını iş sahibine karşı ileri sürmüştü, def'inin etkisi sürdükçe, onun eserin teslimindeki gecikmesi haklı bir gecikmedir. Örneğin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa sırasını düzenleyen **BK m. 81** hükmü, iş sahibi, ara ödemeleri vaktinde yapmazsa³⁹¹ veya önce iş sahibinin ifada bulunacağı kararlaştırıldığı halde edimini yerine getirmekten

³⁹⁰ **BK-Koller**, Art. 366, N 149 vd.; **Galante**, s. 94 vd.; **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Werz**, N 602; **Ozanoğlu**, s. 70; **Ayan**, s. 111 dn. 77.

³⁹¹ Yarg. 15. HD., 14.3.2002 T., 2001/5205 E., 2002/1146 K.: “Sözleşme uyarınca işin devamı sırasında yapılması gereken geçici ödemeler yapılmadığından, başka bir anlatımla, davacı iş sahibi BK.nun 81. maddesi uyarınca öncelikli edimini yerine getirmediğinden, yüklenici şirketten ifa isteyemez.” (www.kazanci.com).

kaçınırsa³⁹², yüklenicinin işi geciktirmesine cevaz vermektedir³⁹³. **BK m. 82** hükmüne göre de, iş sahibi sözleşmenin kurulmasından sonra borç ödemedi acze düştüğü takdirde, yüklenici, eseri tamamlamayı teslim etme edimini bedel alacağı iş sahibi tarafından teminat altına alınmaya kadar erteleyebilir³⁹⁴. Yüklenici, iş sahibine karşı **zamanaşımı def'ini** ileri sürdüğü takdirde de, eserin tesliminden sürekli olarak kaçınılabilir³⁹⁵. Öte yandan, iş sahibi, haklı bir sebep olmaksızın sözleşmeye uygun olarak teklif edilen eseri teslim almayı reddederse veya yüklenicinin ifada bulunabilmesi için yerine getirmesi gereken bir edimde bulunmaktan kaçınırsa, **alacaklı temerrüdüne** düşer (BK m. 90). Eserin teslimi iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinden ötürü geciktiğinde, bu gecikme de yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı haklı bir gecikmedir³⁹⁶. Değinilen durumların tümünde, eserin teslim süresi uzar³⁹⁷.

³⁹² Yarg. 15. HD., 19.10.1987 T., 1987/3088 E., 1987/3590 K.: “sözleşmede, öncelikle arsa sahipleri 60/100 arsa payını yüklenicilere geçirmeyi kabul etmişlerdir. (...) davalı arsa sahiplerinin ihtarlara rağmen edimlerini öncelikle yerine getirmediği ve böylece temerrüde düştükleri anlaşıldığından, karşı taraftan borcun ifasını talep edemezler.” (Kostakoğlu, s. 319-320).

³⁹³ **BK-Koller**, Art. 366, N 149; **Werz**, N 249; **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **Chavanne**, N 683; **Henninger**, s. 249; **Couchepin**, N 1526; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130; **Öz**, Dönme, s. 171; **Öz**, İnşaat, s. 132-133; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 381-382; **Ozanoğlu**, s. 70; **Ayan**, s. 119.

³⁹⁴ **Werz**, N 250; **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **Chavanne**, N 683; **Ayan**, s. 120 dn. 117.

³⁹⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **Öz**, Dönme, s. 171; **Öz**, İnşaat, s. 132.

³⁹⁶ **Werz**, N 251; **Gauch**, Werkvertrag, N 678; **Chavanne**, N 516; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 382. Yarg. 15. HD., 5.5.2004 T., 2003/5372 E., 2004/2508 K.: “Yüklenicinin yüklendiği ediminin ifası doğrultusunda inşaat işinin yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (BK m. 81, 90). Bu yasal nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlaması istenemez.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 19.10.1995 T., 3101 E., 5671 K.: “arsada bulunan davalıya ait binadaki kiracıların tahliyesi ve arsanın inşaata müsait bir şekilde yükleniciye teslimi için gerekli hukukî yardımı yapmak, davalıya düşen bir vecibe olup, davalının bu edimini zamanında yerine getirmeyip, gecikmeye kendisinin neden olduğu da ortadadır. Bu durumda, (...) kiracıların tahliyesi için geçecek süreler teslim tarihine eklendiğinde, feshin haklı bulunmadığı ortada iken, davalının fesihle haklı bulunması yerinde bir görüş değildir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7751-7752).

Taraflar teslim vadesini yapımını kararlaştırdıkları eserin kapsamını nazara alarak belirlemektedirler. Bu sebeple, iş sahibi tek taraflı olarak eserin daha uzun sürede tamamlanmasına ve teslimine yol açacak bir **iş değişikliği emri** verdiği takdirde, eserin teslimindeki gecikme bizzat iş sahibinin davranışından kaynaklanan haklı bir gecikmedir. Bu durumda da teslim süresi uzar³⁹⁸. İş değişikliğinin **iş sahibinin risk alanına giren** bir sebepten ötürü **zorunlu olduğu** hallerde de, değişiklik talebi ister iş sahibinden, ister yükleniciden gelmiş olsun, eserin teslim süresi iş değişikliğinin sebep olduğu gecikmeye uygun olarak uzar³⁹⁹. Bu sonucun sözleşmede yer almasına gerek yoktur⁴⁰⁰. Ancak iş değişikliği halinde teslim süresinin uzamayacağı sözleşmede kararlaştırılmışsa, bu durumda süre uzamaz⁴⁰¹.

³⁹⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Werz**, N 252; **Chavanne**, N 516; 683; **Tandoğan**, Cilt II, s. 131; **Öz**, Dönme, s. 172; **Öz**, İnşaat, s. 132; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 381-383; **Ayan**, s. 114, 119.

³⁹⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12; **Werz**, N 247. Yarg. 15. HD., 27.1.1992 T., 1991/3263 E., 1992/215 K.: “Yüklenici, savunmasında (...) arsa sahibine ait 13 no.lu dairede fazladan yapılan lüks işlerin süreyi uzattığını ileri sürerek, gecikmede kusuru bulunmadığını belirtmiştir. Bilirkişiler bu konu üzerinde inceleme yapmamışlar, gecikmeyi sözleşmeye göre hesaplamışlardır. Gerçekten, (...) 13 no.lu daireye yalpan lüks ve sözleşme dışı işler süre uzatımını gerektiriyor ise, bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz.” (**Kostakoğlu**, s. 330). Yarg. 15. HD., 12.2.1988 T., 1988/95 E., 528 K.: “Davalı yüklenici saptanan bu süre içinde işi tamamlayamamış ise de, davacıların istekleri üzerine sözleşme dışı yaptığı işin süresinin sözleşme süresine ilâvesi gerekmektedir.” (**Kostakoğlu**, s. 337-338). Yarg. 15. HD., 14.2.1983 T., 160 E., 245 K.: “mahkemece yapılacak iş, 2.6.1982 tarihli bilirkişi raporunda yükleniciye sözleşme dışı fazla iş (yaptırıldığı) tespit edildiğinden, bu işlerin teslim süresini kaç gün uzattığını, başka bir deyimle sözleşme dışı işlerin yükleniciye ne miktarda süre uzatımı verilmesini gerektirdiğini hesaplamak (tan) (...) ibarettir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7741-7742).

³⁹⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Chavanne**, N 310; **Gökyayla**, s. 325.

⁴⁰⁰ Yarg. 15. HD., 16.10.1990 T., 1990/849-4096: “Taraflar arasında yapılan ilk sözleşmede, davalıların davacıya ait arsaya 8 bağımsız bölümden ibaret bir bina yapmaları kararlaştırılmış iken, bilâhare düzenlenen ek sözleşmelerle bu miktar 14 bağımsız bölüme çıkarılmıştır. Sözleşmedeki bu değişikliğin inşaat süresini etkileyip uzatacağı tabii olup, değiştirilen sözleşmelerde bu durumun yazılmaması sonuca etkili değildir.” (**Kostakoğlu**, s. 334)

⁴⁰¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 12; **Werz**, N 247.

Yüklenicinin kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren def'ileri ileri sürmesi, iş sahibinin eserin teslimi alacağına temerrüde düşmesi, sebebi yükleniciden kaynaklanmamak kaydıyla çalışma süresinin uzaması sonucu doğuran iş değişiklikleri yapılması dışında, **iş sahibinin faaliyet alanında doğan diğer gecikme sebepleri** de, teslim vadesinin ileri bir tarihe ertelenmesi sonucunu doğurur⁴⁰². Örneğin iş sahibi tarafından sağlanan arsanın ayıplı olması veya iş sahibinin verdiği bir talimatın hatalı olması sebebiyle eserin tamamlanması ve teslimi gecikirse, eserin teslim süresinin uzayacağı kabul edilmelidir (BK m. 368 f. 3'e kıyasen)⁴⁰³.

Eserin teslimi beklenmeyen hal sonucu geciktiği takdirde, bu gecikme sebebine ne yüklenici, ne de iş sahibi sebep olmuştur. Ancak beklenmeyen hal taraflardan birinin risk alanına girer, yani gecikmenin riskine taraflardan biri katlanmak zorundadır. Buna göre, **beklenmeyen hal iş sahibinin şahsında veya faaliyet alanında** gerçekleşmişse, gecikmenin riskine iş sahibi katlanır (BK m. 370 f. 1'e kıyasen)⁴⁰⁴. Örneğin iş sahibi tarafından sağlanan arsaya konulan geçici inşaat yasağı sebebiyle iş geçici olarak durmuş ve eserin teslimi gecikmişse, iş sahibinin faaliyet alanında meydana gelen bir beklenmeyen hal söz konusu olduğundan, bu gecikme de haklı bir gecikmedir ve teslim süresi iş sahibinin onayı gerekmeksizin **kendiliğinden uzar**.

⁴⁰² **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Werz**, N 248.

⁴⁰³ **Couchepin**, N 1554.

⁴⁰⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 680, 681; **Couchepin**, N 1554.

b. Yüklenicinin Risk Alanına Giren Beklenmeyen Hallerden Kaynaklanan Gecikmelerde Teslim Süresinin Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucunda Uzaması

Eserin tesliminin gecikmesine beklenmeyen bir halin sebep olduğu durumlarda, beklenmeyen hal iş sahibinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekleşmişse, bu durumun teslim süresini kendiliğinden uzatacağı konusunda ihtilâf yoktur. Örneğin iş sahibi hastalandığı için bazı provalara gelemmez, takım elbisenin dikimi ve teslimi bu sebeple gecikirse veya iş sahibi yurtdışından getirtmeyi taahhüt ettiği araç gereçleri bunların ithalâtı yasaklandığı için bir süre tedarik edemezse, eserin teslim süresi bu beklenmeyen hallerin sebep olduğu haklı gecikme süresi kadar uzar. Buna karşılık, yüklenicinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekleşen (örneğin yüklenicinin hastalanması veya yüklenicinin işçilerinin greve gitmesi gibi) ya da her iki tarafın da şahsı ve faaliyet alanı dışında kalan bağımsız alan olarak ifade edilebilecek alanda gerçekleşen (örneğin savaş, genel grev, sel, deprem, yıldırım düşmesi, piyasadaki ekonomik kriz gibi) beklenmeyen hallerin teslim süresini uzatıp uzatmayacağı tartışmalıdır.

Bir görüşe⁴⁰⁵ göre, eserin tamamlanması ve teslimindeki gecikme yüklenicinin isteği ve iradesi dışında meydana gelen sebeplerden, yani beklenmeyen hallerden kaynaklanmışsa, burada borca aykırı bir davranış yoktur. Bu sebeple eserin teslim süresi kendiliğinden uzar. Yargıtay da, gecikme yüklenicinin kusuru ve iradesi dışında gerçekleştiği takdirde, gecikme sebebinin hangi tarafın risk alanına dâhil olduğunu

⁴⁰⁵ **Gautschi**, Art. 366, N 4d; **Tercier**, Termes et délais, s. 18; **Seliçi**, İnşaat, s. 82; **Öz**, Dönme, s. 154 dn. 4a, s. 172 dn 94; **Erman**, İnşaat, s. 73; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 392.

tartışmaksızın, **taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça**⁴⁰⁶, **süre uzatımına hükmetmektedir**⁴⁰⁷.

Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe⁴⁰⁸ göre, sadece iş sahibinin risk alanına dâhil olan gecikme sebepleri, haklı gecikme teşkil eder. Bu sebeple, iş sahibinin şahsı ve faaliyet alanı dışında gerçekleşen durumlar beklenmeyen hal dahi olsa, bunların sonuçlarına yüklenici katlanmalıdır. Buna göre, eserin teslimindeki gecikmeye yol açan **beklenmeyen hal, yüklenicinin şahsında veya faaliyet alanında** gerçekleşmişse, haklı bir gecikme söz konusu değildir. Örneğin eserin teslimi, yüklenicinin geçirdiği bir kazada yaralanması sebebiyle veya yurtdışından getirtmeyi taahhüt ettiği malzemeleri

⁴⁰⁶ Yargıtay sözleşmede bir hak ileri sürmeyeceğini kabul eden yüklenicinin, hafriyatta karşılaştığını iddia ettiği güçlükler sebebiyle ek süre talep edemeyeceğine ilişkin bir kararında, Yarg. 15. HD., 20.2.1984 T., 2737 E., 468 K.: “Hafriyatta karşılaştığı iddia edilen güçlükler yukarıda anılan sözleşme hükümleri gereğince ve müdebbir bir tacir için önceden tahmin edilemeyecek nitelikte kabul edilemez.” ifadesini kullanmıştır. (Uygur, Cilt 7, s. 7759).

⁴⁰⁷ Yarg. 15. HD., 11.12.2007 T., 2006/7442 E., 2007/7996 K.: “Sözleşmeyle inşaatın ruhsattan itibaren 3 yılda iskâna hazır durumda teslimi kararlaştırılmıştır. Ruhsat 06.06.1997 tarihinde alınmış olmasına göre 3 yıllık sürenin 06.06.2000 tarihinde sona erdiği, iskân belgesinin 11.12.2003 tarihinde alınabildiği dosya içeriğiyle sabittir. Ancak davalı, Devrek'te yaşanan sel felaketi ile deprem nedeniyle projenin değişmesinin görüşüldüğünü, bu hususların inşaatın yapımını geciktirdiğini savunduğuna göre davalı savunması üzerinde durulmalı, belediyesinden sorulmalı, deprem ve selin inşaat süresine etkisi araştırılarak mücbir sebep var ise bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ilave süre hesaplatılmalıdır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 11.3.2008 T., 2007/1782 E., 2008/1559 K.: “Sözleşmede mücbir sebep olarak kararlaştırılmış olmamakla birlikte, ifa süresi içinde Ağustos 1999'da Adapazarı-İzmit-Gölcük-Yalova yöresinde büyük bir deprem yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bazı yerlerde de deprem nedeniyle inşaatlar devamlı veya geçici bir süre durdurulmuştur. Sözleşmede mücbir sebep ve sürenin uzatılması nedeni olarak belirtilmese dahi, tarafların iradesi dışında idari makamlarca konulan inşaat yasağının teslim süresine eklenmesi gerekeceği ortadadır. Bu durumda mahkemece ilgili belediye ve idari makamlardan 1999 yılı Ağustos ayında meydana gelen deprem nedeniyle dava konusu taşınmazın bulunduğu yerde inşaat yapımlarının durdurulup durdurulmadığı ve süresi araştırılıp teslimi gereken tarihe eklenmek suretiyle teslim tarihinin saptanması (...) gerekir (...).”(www.kazanci.com).

⁴⁰⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 681, 1126; **BK-Koller**, Art. 366, N 670; **BaK, Zindel/Pulver**, Art. 366, N 12; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 31; **Galante**, s. 146; **Wertz**, N 602; **Henninger**, s. 257; **Ayan**, s. 108, 126.

sözleşme kurulduktan sonra getirilen bir ithalât yasağı sebebiyle tedarik edememesi sebebiyle gecikmişse, bu gecikme haklı bir gecikme değildir. Gecikmenin riskine yüklenici katlanacağından, kural olarak teslim süresi uzamaz. Her iki tarafın da şahsı ve faaliyet alanı dışında, yani **bağımsız bölge** olarak ifade edilebilecek alanda gerçekleşen **beklenmeyen hallerden** doğan gecikmelerin riskine de, kural olarak yüklenici katlanmalıdır⁴⁰⁹. Örneğin, yüklenicinin meydana getirmeye başladığı fore kazıklardan bir kısmı çıkan yangında kullanılmaz hale gelmiş ve bunların yeniden imal edilmesi sonucu teslimleri gecikmişse veya yapımına başlanan inşaatın meydana getirilen kısmı depremde hasar görmüş ve bu kısmın düzeltilmesi zaman aldığı için inşaat vadeye yetişmemişse, bu gecikmenin riskine yüklenici katlanır. Zira yüklenici, eser sözleşmesinde eseri vadede teslim etme borcunun, yani **bir sonuç borcunun borçlusudur**. Eserin teslim vadesinde teslim edilememesinin riski, kural olarak yükleniciye aittir (BK m. 368 f. 1). Bu sebeple, bu durumlarda da, eserin teslim süresi kural olarak uzamaz.

Özetle, katıldığımız görüşe göre, yüklenici hem kendi şahsında veya faaliyet alanında gerçekleşen, hem de her iki tarafın da şahsı ve faaliyet alanı dışında kalan, yani bağımsız alanda gerçekleşen beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerin riskine katlanmalıdır. Ancak, **yüklenicinin risk alanına giren beklenmeyen hallerden** kaynaklanan gecikmeler bakımından eserin **teslim süresinin uzatılması**, iş sahibinin bunu kabul etmesi veya bazı koşullar altında **sözleşmenin** hâkim tarafından değişen şartlara **uyarlanması** yoluyla (BK m. 365 f. 2) mümkün olabilir.

⁴⁰⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 681; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 18; **BK-Koller**, Art. 366, N 673; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 32; **Werz**, N 244; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 152; **Ayan**, s. 108 dn. 69, 129.

Kanaatimizce, işin uzman tarafı olan ve çoğu zaman tacir konumunda olması itibariyle kendisinden basiretli bir tacir gibi davranması beklenebilecek olan yüklenici, eserin meydana getirilme sürecinde iradesi dışında gelişebilecek muhtemel gecikmeleri göz önünde bulundurarak sözleşme ilişkisine girmelidir. Müdebbir bir yükleniciden, beklenmeyen hallerin çerçevesini titiz bir biçimde belirleyerek bu durumlarda süre uzatımına hak kazanacağına ilişkin bir hükmü sözleşme kurulurken iş sahibi ile müzakere ederek eser sözleşmesine ekletmesi beklenebilir. Böylece hem yüklenici iradesi dışında meydana gelen gecikmeler karşısında olağan üstü bir çalışma temposuna girmek zorunda kalmaz, hem de iş sahibi muhtemel gecikmelerin teslim süresini uzatacağını göz önünde tutarak esere ilişkin beklentilerine buna göre yön verir.

Beklenmeyen hallerin hangi durumlarda iş sahibinin risk alanına girdiği aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bölümde esasen beklenmeyen halin yüklenicinin risk alanına girdiği durumlarda teslim süresinin uzatılmasının mümkün olup olmadığı üzerinde durulacaktır.

aa. Genel Olarak Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması

Borçlar Kanunu'na hâkim olan ilkeler arasında yer alan sözleşme ile bağlılık (*pacta sunt servanda*) ilkesi gereği, sözleşme bir defa geçerli olarak kurulduktan sonra taraflar için bağlayıcıdır. Bu itibarla, sözleşmede veya kanunda aksine bir düzenleme bulunmadıkça, sözleşmenin içeriği kısmen dahi olsa tek taraflı olarak değiştirilemez⁴¹⁰. Ancak sözleşmedeki edimler arasındaki denge, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan kaçınılmaz ve öngörülemez nitelikteki olağanüstü durumlar sebebiyle aşırı ölçüde bozulmuşsa, sözleşmeye riayet etmek taraflardan biri için aşırı derecede güç hale gelmiş

⁴¹⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 437; **Tercier**, Obligations, N 933, 935.

olabilir⁴¹¹. Burada devreye borçlunun ancak sözleşmenin akdedildiği andaki koşullar esaslı biçimde değişmediği takdirde borcunu ifa ile yükümlü olduğu anlamına gelen *clausula rebus sic stantibus ilkesi*⁴¹² girmektedir. Türk/İsviçre doktrininde⁴¹³ ve yargı kararlarında⁴¹⁴ bu ilkedен hareketle, değişen koşullar sebebiyle sözleşmedeki edimler arasındaki denge aleyhinde bozulan ve bu olayların meydana gelmesinde kendisine herhangi bir kusur izafe edilemeyen tarafın, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını

⁴¹¹ Borçlandığı edimin ifası aşırı güçleşen taraf, iki yola başvurabilir: Gelecekteki olaylara ilişkin esaslı hataya düştüğünü ileri sürebilir. İsviçre Federal Mahkemesi, sözleşme akdedilirken öngörülebilir olması kaydıyla gelecekteki bir olay üzerinde de hataya düşülmüş olabileceğini kabul etmektedir. BGE 127 III 300 = JdT 2001 I 239. Ancak, temel hatasına düşen taraf (BK m. 24 f. 1 b. 4), yalnız sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir (BK m. 23). Bu hükmeye dayanılarak sözleşme süresinin uzatılması söz konusu olmaz. Bu sebeple bu seçenek konumuzla ilgi değildir. Borçlandığı edimin ifası olağanüstü olaylar sebebiyle aşırı güçleşen tarafın başvurabileceği ve konumuzu ilgilendiren diğer imkân ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmektir. **Tercier**, Obligations, N 969 vd.; **Werz**, N 246.

⁴¹² Bu ilke hakkında bkz. **Gauch/Schluep**, Band I, N 802; **Tercier**, Obligations, N 971; **Eren**, Borçlar Genel, s. 437; **Baysal**, s. 17 vd.

⁴¹³ **Gauch/Schluep**, Band I, N 1280; **Tercier**, Obligations, N 974 vd.; **Werz**, N 244; **Serozan**, İfa, s. 263 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 437-438; **Kılıçoğlu**, Deprem, s. 71-72; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 54 vd.; **Baysal**, s. 89 vd.

⁴¹⁴ Yarg. HGK. 18.11.1998 T., 1998/13-815 E., 1998/835 K.: “Sözleşmenin yapıldığında karşılıklı edimler arasında olan denge sonradan şartların olağan üstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulabilir. İşte bu durumda sözleşmeye bağlılık ve sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir çelişki hasıl olur ve artık bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak adalet, hakkaniyet ve objektif hüsnüniyet (MK m. 4, 2) kaidelerine aykırı bir durum yaratır hale gelir. Hukukta bu zıtlık (clausula rebus sic stantibus -Beklenmeyen hal şartı- sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır. (...) Önceden görülmemiş değişikliklerin borcun ifasını güçlendirmesi halinde "işlem temelini çökmesi" gündeme gelir. İşlem temelini çöktüğünü kabul eden hâkim, (...) sözleşmeye müdahale eder. Sözleşmenin yeni durumlara uyarlanması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtla birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. m. 2 f. 2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir.” (www.kazanci.com). İsviçre Federal Mahkemesi'nin içtihatları da bu yöndedir. Örneğin, BGE 127 III 300 = JdT 2001 I 239.

talep edebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁵. Uyarlama sonucunda, sözleşme sona erdirilebileceği gibi, sözleşmenin içeriği, diğer bir deyişle sözleşme hükümleri de değiştirilebilir. Bu itibarla bu yolla tarafların sözleşmede kararlaştıkları **sözleşme süresi** ve teslim vadesi de **değiştirilebilir**⁴¹⁶.

bb. Eser Sözleşmesinde Teslim Süresinin Uyarlama Sonucu Uzaması

Yukarıda genel olarak bahsettiğimiz *clausula rebus sic stantibus* ilkesi doğrultusunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kurumu, götürü bedelli eser sözleşmeleri bakımından özel olarak kanunî bir düzenlemeye de konu olmuştur. BK m. 365 f. 2'ye göre, bedelin götürü olarak belirlendiği eser sözleşmelerinde “ (...) evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup da iki tarafça nazara alınmayan haller için yapılmasına mani olur⁴¹⁷ veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya takarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyleyebilir.”

⁴¹⁵ Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin genel bir hüküm halen yürürlükte olan Borçlar Kanunu'nda mevcut değildir. Ancak Yeni Borçlar Kanunu'nda uyarlamaya ilişkin genel bir hükme yer verilmiştir. YBK m. 138'e göre “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.”

⁴¹⁶ **Bischoff**, s. 236; **Gauch/Schluep**, Band I, N 1291; **Werz**, N 244 dn. 160; **Chavanne**, N 336; **Eren**, Borçlar Genel, s. 438.

⁴¹⁷ “İşin yapılmasına mani olursa” ifadesi, bazı yazarların haklı olarak ifade ettikleri üzere, yanıltıcıdır. Zira bu ifade, eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesini çağrıştırmaktadır. İfa imkânsızlığı halinde zaten sözleşmenin uyarlanmasına yer yoktur. **Gauch**, Wekvertrag, N 1055; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 81-82; **Yavuz**, s. 539. Kanaatimizce, bu ifadeyle kastedilen, teknik anlamda imkânsızlık kavramına dâhil olmayan bir durum olan, geçici ifa imkânsızlığıdır.

Bu hükmün lâfzından, hükümdeki şartlar gerçekleştiğinde, hâkimin sahip olduğu takdir yetkisine dayanarak sadece sözleşme bedelini artırabileceği veya sözleşmenin feshine karar verebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak hem Türk⁴¹⁸, hem de İsviçre⁴¹⁹ doktrinde hâkim olan görüş, bu **hükmün lâfzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması** gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre, hükümdeki “bedelin artırılması” ifadesine rağmen, hâkim, somut durumun şartlarına göre **sözleşme süresinin uzatılmasına** da karar verebilmelidir⁴²⁰. BK m. 365 f. 2 hükmüyle amaçlanan, olağanüstü koşullar sebebiyle yüklenicinin ediminin ifasında karşılaştığı aşırı güçlüğü giderilmesidir. Edimin ifasındaki güçlük sadece maliyetin aşırı artması biçiminde değil, çalışma süresinin zorunlu olarak uzaması biçiminde de ortaya çıkabilir. Bedel artışını düzenleyen bu hükmün süre uzatımı bakımından da uygulanması, ifayı aşırı güçleştiren veya geçici olarak imkânsız kılan olağanüstü durumların yükleniciyi çoğunlukla hem masraf, hem de zaman bakımından olumsuz olarak etkileyeceği gerçeği ile uyumlu bir çözümdür⁴²¹. Yeni Borçlar Kanunu’nun 480. maddesinin 2. fıkrasında da “bedel

⁴¹⁸ **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 110 vd.; **Yavuz**, s. 541; **Ayan**, s. 129-130. Farklı görüşte: **Baysal**, s. 210. Yazara göre, eser sözleşmesinde aşırı ifa güçlüğü masraf artışından başka bir sebepten kaynaklanıyorsa, BK m. 365 f. 2 hükmü uygulanmaz; işlem temelinin çökmesi teorisine dayalı genel uyarılma talebinde bulunulabilir.

⁴¹⁹ BK m. 365 f. 2 (İBK m. 373 f. 2) hükmüne dayalı uyarılmanın süre uzatımı yoluyla da gerçekleşebileceği yönünde, **Chavanne**, N 315; **Werz**, N 246; **Henninger**, s. 243; **CR-Chaix**, Art. 373 N 29. İsviçre Federal Mahkemesi de, eski bir kararında, eser sözleşmesinde bedeli artırmakla birlikte süre uzatımına da karar vermiştir. BGE 44 II 519 = JdT I 1918 526. Aksi görüşte: **Gauch**, Wekvertrag, N 1126; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 18. **Gauch**’a göre, İBK m. 373 f. 2 hükmü yükleniciye yalnız bedelin artırılmasını veya sözleşmenin feshini talep hakkı verir. Yüklenici bu iki talepten başka bir talepte bulunamayacağından ifa süresinin uzatılmasını da talep edemez.

⁴²⁰ **Chavanne**’ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, eserin teslim süresinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yoluyla uzatılması, hem BK m. 365 f. 2’nin de temelinde yatan dürüstlük kuralına (MK m. 2 f. 1), hem de takdir yetkisinin bulunduğu hallerde hâkimin hakkaniyete uygun bir karar vermesi gereğine (MK m. 4) uygundur. **Chavanne**, N 336.

⁴²¹ **Werz**, N 246; **Chavanne**, N 336. Ancak, bu tespitten, eser sözleşmesinde BK m. 365 f. 2’ye dayalı olarak süre uzatımının yalnız maliyetin aşırı ölçüde arttığı durumlarda sınırlı olduğu sonucu

artırımı” ifadesinin yerine “sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması” ifadesi kullanılmıştır⁴²². Yeni kanunda yer alan bu hükümle, artık Türk kanun koyucu da, eser sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması bakımından yükleniciyi yalnız bedel artırımı talebiyle sınırlandırmamak yönündeki iradesini ortaya koymaktadır. Bu sebeplerle, biz de, eser sözleşmelerinde olağanüstü durumların sebep olduğu gecikmeler bakımından, yüklenicinin hâkimden **BK m. 365 f. 2** hükmüne **kıyasen** süre uzatımı talep edilebileceği görüşüne katılıyoruz⁴²³.

Eserin meydana getirilmesine engel olan veya bunu son derece güçleştiren **olağanüstü olaylar**, sözleşme kurulurken öngörülemeyen olaylar ile öngörülebildiği halde tarafların iradesi ile dikkate alınmamış olaylardır. Bu olağanüstü durumlar sözleşme kurulduktan **sonra** ortaya çıkmış olabileceği gibi, sözleşme kurulurken **mevcut** da olabilir⁴²⁴. Gerçekten de burada önemli olan, edimler arasında aşırı

çıkarılmamalıdır. Olağanüstü durumdan kaynaklanan gecikme için maliyetini artırmamış olsa yani bedel artırımı talebi söz konusu olmasa dahi, yüklenici şartları gerçekleşmişse bu hüküm çerçevesinde hâkimden süre uzatımı talep edebilmelidir. Bu yönde, **Werz**, N 246; **Ayan**, s. 130. Aksi görüşte: **Chavanne**, N 323 vd. Yazar, yüklenicinin ancak işin maliyeti de aşırı ölçüde arttığı takdirde ve bedel artırımı talebiyle birlikte BK m. 365 f. 2 (İBK m. 373 f. 2) hükmüne dayanarak süre uzatımı talep edebileceği görüşündedir.

⁴²² YBK m. 480 f. 2'ye göre, “başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse, **yüklenici**, sözleşmenin **yeni koşullara uyarlanmasını isteme**, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.”

⁴²³ BK m. 365 f. 2 hükmü götürü bedelli eser sözleşmelerini düzenlemektedir. Ancak bu hüküm, götürü bedelli olmayan, bedelin **işin kıymetine göre** tayin edildiği eser sözleşmelerinde **teslim süresinin uzatılması** bakımından da **kıyasen** uygulanabilir mahiyettedir. Bu yönde, **Werz**, N 246. Aksi görüşte: BK m. 365 f. 2 hükmünün yalnız götürü bedelli eser sözleşmelerinde süre uzatımı bakımından uygulanabileceğini ileri süren, **Chavanne**, N 323 vd.

⁴²⁴ BK m. 365 f. 2 hükmü, yalnız sözleşmenin **kurulmasından sonra** ortaya çıkan olağanüstü haller bakımından geçerli olan *clausula rebus sic stantibus* ilkesinden de bir adım ileri gitmektedir. Zira, bu hüküm, yalnız sözleşmenin **kurulmasından sonra** ortaya çıkan olağanüstü durumları değil, aynı zamanda **sözleşme kurulurken mevcut** olan fakat tarafların öngöremediği veya öngörebildikleri halde

dengesizliğe yol açan olağanüstü durumun sözleşme kurulurken mevcut olması veya sonradan meydana gelmesi değil, sözleşme akdedilirken bu durumun her iki tarafça dikkate alınmamış olmasıdır. **Öngörülemeyen** olağanüstü olaylara örnek olarak; **savaş, olağanüstü hal ilânı, su baskını, deprem⁴²⁵, yıldırım düşmesi, fırtına, radyoaktivite, genel grev, piyasada iş gücü kıtlığı** meydana gelmesi gibi değişiklikler gösterilebilir⁴²⁶. **Tarafların** öngörebildikleri halde sözleşmeyi kurarken **gerçekleşmeyeceğini kabul ettikleri** olağanüstü hallerin ortaya çıkmasına örnek olarak da, tarafların eserin üzerinde meydana getirileceği arazinin yapısına ilişkin bir uzman raporunu göz önünde tutarak eser sözleşmesini kurmuş olmaları, ancak sonradan arazinin raporda yer alan sonuçtan farklı yapıda olduğunun anlaşılması gösterilebilir⁴²⁷. Bu çerçevede, yalnız tamamlama masrafları artmakla kalmayıp, aynı zamanda çalışmanın süresi de uzayabileceğinden, hâkim, somut olayın koşulları içinde eserin teslim vadesini de uzatabilmelidir.

ortak iradeleri ile gerçekleşmeyeceğini varsaydıkları olağanüstü durumları da kapsamına almaktadır. Örneğin, toprağın altında kaya veya su bulunması ya da zeminin beklenenden sert olduğunun anlaşılması gibi olgular, sözleşme kurulmadan önce de mevcuttur. Ancak bu olgular da, öngörülemediği veya öngörülüp de taraflarca dikkate alınmadığı takdirde BK m. 365 f. 2'nin uygulama alanına girer. **Gauch**, *Werkvertrag*, N 1078, 1092; **Werz**, N 246; **Erman**, *Beklenilmeyen Haller*, s. 79.

⁴²⁵ Eser sözleşmesinin deprem sebebiyle ortaya çıkan yeni koşullara uyarlanması hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, *Deprem*, s. 71-72.

⁴²⁶ Örnekler için bkz. İsviçre'de inşaat sözleşmelerinde yaygın olarak kullanılan standart şartların düzenlendiği SIA Norm-118'in 59. ve 61. maddeleri. Ayrıca, **Chavanne**, N 348; **Tercier**, *Contrats spéciaux*, N 4707.

⁴²⁷ Örnek için bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N 1095; **Tandoğan**, *Cilt II*, s. 241; **Erman**, *Beklenilmeyen Haller*, s. 79. Aslında, raporların arazinin yalnız bazı bölümlerinden örnekler alınarak oluşturulduğu ve incelenmeyen bölümler bakımından beklenmeyen sonuçlarla da karşılaşılabilmesi taraflarca öngörülebilir bir durumdur. Ancak bu örnekte söz konusu olduğu gibi, taraflar eser sözleşmesini bir sürprizle karşılaşma ihtimalini bilinçli biçimde dikkate almayarak akdetmiş olabilirler.

BK m. 365 f. 2 hükmünün uygulanabilmesi için, olağanüstü olaylar eserin tamamlanması için gerekli **iş yükünü artırmış**, bu sebeple de eserin kararlaştırılan **fiyatla** ve/veya kararlaştırılan **tarihte** tamamlanarak teslim edilmesi **aşırı güçleşmiş** olmalıdır⁴²⁸. Burada tarafların edimleri arasında basit bir orantısızlık ortaya çıkması yeterli değildir. Bu **orantısızlık**, ağır, olağandışı ve **ölçüsüz** olmalıdır⁴²⁹. Olağanüstü olaylardan ötürü eserin meydana getirilmesi bir süre durduğunda veya yavaşladığında dahi, bir sonuç borcunun borçlusunu olan yüklenici, çalışmasını hızlandırarak eseri vadeye yetiştirmeye uğraşmakla yükümlüdür⁴³⁰. Bu gecikmenin telâfisi ancak yüklenicinin **üstlendiği işin** kapsamının **tamamen dışında kalan aşırı bir gayret** göstermesini gerektiriyorsa veya yüklenicinin gerekli tüm özeni göstererek işi hızlandırmasına rağmen eseri vadede teslim etmesi dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenemeyecek ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olabilir. Özellikle, yüklenici, eserin tesliminde gecikmeye yol açan öngörülemeyen ve kaçınılmaz olağanüstü durum karşısında işi yavaşlatmak veya durdurmak ile aşırı ölçüde artmış maliyetlerle işi olağanüstü biçimde hızlandırmak arasında bir tercih yapmak zorunda kalıyorsa, tarafların karşılıklı menfaatleri sözleşme süresinin uzatılması ile dengelenebilir⁴³¹. Örneğin büyük bölümü inşa edilmiş ve teslimine kısa süre kalmış olan bir binanın

⁴²⁸ **Chavanne**, N 353; **CR-Chaix**, Art. 373 N 22; **Gürpınar**, s. 145.

⁴²⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1058; **Chavanne**, N 362; **CR-Chaix**, Art. 373 N 23; **Tandoğan**, Cilt II, s. 244; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 82; **Gürpınar**, s. 146.

⁴³⁰ **Werz**, N 244, **Chavanne**, N 330, 331. Kuşkusuz, yüklenicinin işi hızlandırmasının da işyerinin kapasitesi gibi bazı sınırları vardır. Örneğin, yüklenicinin atölyesinde en fazla 80 işçi aynı anda imalât yapılabiliyorsa veya şantiye ancak 50 işçinin çalışabileceği bir alanda kurulmuşsa tüm bu hususlar işin hızlandırılmasının sınırlarını teşkil eder. **Chavanne**, N 330 ve oradaki dn. 260.

⁴³¹ **Werz**, N 244, 245. Burada başvurulabilecek bir diğer ölçüt de, yüklenicinin eseri kararlaştırılan vadeye yetiştirmek için harcamak zorunda kalacağı olağanüstü çaba sonucunda uğrayacağı zararın, süre uzatımı verildiği takdirde iş sahibinin uğrayacağı zarara nazaran orantısız biçimde fazla olmasıdır. Bkz. bu kriteri masraf artışının yol açtığı zararın ifayı aşırı güçleştirip güçleştirmedığının tesbiti bakımından öneren, **Tandoğan**, Cilt II, s. 244-245.

deprem sonucunda yıkılması ve yüklenicinin binayı yeniden inşa etmek zorunda kalması halinde, artık eseri kararlaştırılan vadede teslim etmesi dürüstlük kuralına göre yükleniciden beklenemeyeceği için, eserin teslim süresinin sözleşmenin uyarlanması yoluyla uzatılabileceği kabul edilebilir⁴³².

Eser sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması çerçevesinde sözleşme süresinin uzatılması, ancak mevcut koşullar altında yükleniciyi sözleşme ile bağlı tutmanın hiçbir şekilde adil görülemediği durumlarda başvurulabilen çok istisnâî bir durumdur. Yoksa kural olarak yüklenici, beklenmeyen herhangi bir durum karşısında, masrafları da kendisine ait olmak üzere, işin gecikmemesi için gerekli her tür makul tedbiri almak ve çalışmasını hızlandırmak zorundadır⁴³³.

⁴³² Deprem sebebiyle süre uzatımı için binanın yapılan kısmının tamamen veya kısmen yıkılmış olması da şart değildir. Örneğin, işin yapılan kısmı yıkılmamakla beraber, deprem sebebiyle o şehirde iş hayatı uzun bir süre felce uğramış, yüklenicinin çalıştıracak işçi bulması mümkün olmamışsa, bu takdirde de hâkim süre uzatımına hükmedebilir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, her depremin süre uzatımını gerektirdiği sonucuna da varılamaz. Örneğin, pek az kısmı meydana getirilmiş bir binanın teslim vadesinin gelmesine daha uzun zaman varken depremde yıkıldığı düşünülürse, bu durumda, somut olayın şartlarına göre, yükleniciden işi hızlandırarak vadeye yetiştirmesi beklenebiliyorsa, hâkim süre uzatımına hükmetmeyebilir. Yargıtay depremden kaynaklanan gecikmelerde süre uzatımına hükmetmektedir. Yarg. 15. HD., 11.12.2007 T., 2006/7442 E., 2007/7996 K.: “davalı, Devrek'te yaşanan sel felaketi ile deprem nedeniyle projenin değişmesinin görüldüğünü, bu hususların inşaatın yapımını geciktirdiğini savunduğuna göre davalı savunması üzerinde durulmalı, belediyesinden sorulmalı, deprem ve selin inşaat süresine etkisi araştırılarak mücbir sebep var ise bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle ilave süre hesaplatılmalı, gecikme tazminatı hesabı yapılmalıdır.” (www.kazanci.com.) Yarg. 15. HD., 11.3.2008 T., 2007/1782 E., 2008/1559 K.: “Sözleşmede mücbir sebep olarak kararlaştırılmış olmamakla birlikte, ifa süresi içinde Ağustos 1999'da Adapazarı-İzmit-Gölcük-Yalova yöresinde büyük bir deprem yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bazı yerlerde de deprem nedeniyle inşaatlar devamlı veya geçici bir süre durdurulmuştur. Sözleşmede mücbir sebep ve sürenin uzatılması nedeni olarak belirtilmese dahi, tarafların iradesi dışında idari makamlarca konulan inşaat yasağının teslim süresine eklenmesi gerekeceği ortadadır.” (www.kazanci.com).

⁴³³ **Werz**, N 244.

BK m. 365 f. 2 hükmünde açıkça belirtilmemekle birlikte, bu hükmün uygulanabilmesi için, bazı **olumsuz koşulların** da gerçekleşmesi gerekir⁴³⁴. Öncelikle, ifa güçlüğüne yol açan **olağanüstü olaylara**, yüklenici sebep olmuş olmamalıdır⁴³⁵. Ayrıca bu olaylar, yüklenicinin daha önce kusuru ile düşmüş olduğu **borçlu temerrüdünün sonucu** da olmamalıdır (BK m. 102'ye kıyasen)⁴³⁶. Öte yandan, BK m. 365 f. 2 hükmü emredici bir hüküm olmadığından, yüklenicinin bu hüküm çerçevesinde uyarılma talep edebilmesi için, tarafların sözleşmede uyarlamaya gidilmeyeceğini kararlaştırmamış olmaları, yani yüklenicinin süre uzatımı talebinden önceden feragat etmemiş olması gerekir⁴³⁷. Nihayet, BK m. 365 f. 2 hükmüne dayanabilmek için, **yüklenici**, artan iş yükünün ortaya çıkardığı olumsuz sonuçları en aza indirmek için kendisinden makul olarak beklenebilecek **tüm tedbirleri almış** ve BK m. 357 f. 3 hükmüne uygun olarak meydana gelen olağanüstü durumdan iş sahibini derhal **haberdar etmiş** olmalıdır⁴³⁸.

Yargıtay, yüklenicinin kusuru olmaksızın ve onun iradesi dışında gerçekleşen gecikmelerden ötürü **süre uzatımına** hükmederken **herhangi bir kanunî dayanak** göstermemektedir. Kanaatimizce, eserin teslimindeki gecikmeye yüklenicinin risk

⁴³⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 1108; **CR-Chaix**, Art. 373 N 25.

⁴³⁵ Bunu anlamı, olağanüstü olaya, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışının veya başvurduğu yardımcı kişinin yüklenicinin sorumluluğuna yol açan bir davranışının sebep olmamasıdır. **Gauch**, Werkvertrag, N 1109; **Chavanne**, N 363, 364; **CR-Chaix**, Art. 373 N 25; **Tandoğan**, Cilt II, s. 246-247; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 86; **Gürpınar**, s. 148; **Ayan**, s. 131.

⁴³⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 1110; **Chavanne**, N 364; **CR-Chaix**, Art. 373 N 25.

⁴³⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 247 vd.; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 122; **Gürpınar**, s. 155; **Baysal**, s. 209. Ancak tarafların getirdiği bu düzenleme de dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmeli, çok ağır şartların ortaya çıkması halinde, yüklenicinin uyarılma talebinden peşinen vazgeçmesine rağmen BK m. 365f. 2 hükmünden yararlanabileceği kabul edilmelidir. **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 126.

⁴³⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 1109 vd.; **Chavanne**, N 365, 367; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 89; **Gürpınar**, s. 149; **Ayan**, s. 131.

alanına dâhil olan bir beklenmeyen halin yol açtığı durumlarda, yüklenicinin hâkimden süre uzatımı talep etmesi, yüklenici bu hükme dayandığını belirtmese dahi, BK m. 365 f. 2 anlamında bir uyarılama talebi olarak değerlendirilmelidir. Bu çerçevede denilebilir ki, Yargıtay, esasen gecikme sebebinin yüklenicinin risk alanına giren bir beklenmeyen halden kaynaklandığı durumlarda süre uzatımına karar verirken, sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamaktadır; ancak bunu bir kanunî dayanak göstermeksizin yapmaktadır. Bu tür durumlarda, iş sahibinin yüklenicinin süre uzatımı talebini reddederek eserin vadede tesliminde ısrar etmesinin dürüstlük kuralına (MK m. 2 f. 1) aykırı olduğu ve sürenin hâkim tarafından hakkın kötüye kullanımı yasağına (MK m. 2 f. 2) dayanılarak uzatılabileceği akla gelebilir. Gerçekten de, eser sözleşmesinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması BK m. 365 f. 2 hükmüyle özel olarak düzenlenmemiş olsaydı, uyarılama için yasal dayanak MK m. 2 f. 1’de düzenlenen dürüstlük kuralı olabilirdi. Ancak kanaatimizce, eser sözleşmesinin değişen şartlara süre uzatımı yoluyla uyarlanması BK m. 365 f. 2 hükmü çerçevesinde mümkün olduğundan, bu durumda süre uzatımının kanunî dayanağı da bu özel düzenleme olmalıdır.

c. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğü

BK m. 357 f. 3’e göre, “İş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut **imalâtın** noktası noktasına **muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal** hâdis olursa, **yüklenici** iş sahibini bundan **derhal haberdar etmeğe mecbur**, aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.” Buna göre yüklenici, ister iş sahibinin faaliyet alanına giren, ister her iki tarafın da üzerinde etki edemediği sebepler söz konusu olsun, eserin **zamanında** meydana getirilmesini **tehlikeye düşürecek** her durumu, bundan haberdar

olur olmaz iş sahibine bildirmelidir⁴³⁹. Yüklenici, bildirim ödevini yerine getirmediği takdirde, **iş sahibine isnad edilebilen gecikmeler** sebebiyle sahip olduğu **süre uzatımına** ilişkin hakkını ve değişen koşulların yarattığı aşırı ifa güçlüğü sebebiyle **BK m. 365 f. 2'ye** göre sözleşmenin uyarlanması çerçevesinde **süre uzatımı** talep etme hakkını kaybeder⁴⁴⁰.

d. Teslim Süresinin Nasıl ve Ne Kadar Uzayacağı Meselesi

Eserin teslimindeki gecikmeye⁴⁴¹ **iş sahibinin risk alanına** dâhil olan bir durumun sebep olduğu, bu itibarla da edimin ifasındaki **gecikmenin** yüklenici bakımından objektif olarak **haklı** olduğu durumlarda, yüklenici, engel ortadan kalktığı anda, kural olarak çalışmasını hızlandırarak eseri vadeye yetiştirmek zorunda değildir⁴⁴². Bu durumda sözleşme süresi, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça,

⁴³⁹ Bu bildirim ödevi, yüklenicinin sadakat ve özen borcunun özel bir görünümüdür. **Gauch**, Werkvertrag, N 829; **Öz**, İnşaat, s. 106; **Erman**, İnşaat, s. 34. Yüklenici bildirim ödevini yerine getirmezse, sözleşmeyi ihlâl ettiği için, BK m. 96 gereği iş sahibinin gecikmeden dolayı uğradığı zararları tazmin etmek zorunda kalır. **CR-Chaix**, Art. 364, N 12; Art. 366 N 29; **Ayan**, s. 137.

⁴⁴⁰ Bu durumda, gecikmenin riskine yüklenici katlanır. Bu sebeple de eserin teslim süresi uzamaz. **Gauch**, Werkvertrag, N 829; **CR-Chaix**, Art. 366, N 30; **Henninger**, s. 257; **Chavanne**, N 369; **Ayan**, s. 137; **Yavuz**, s. 539-540.

⁴⁴¹ Yüklenicinin süre uzatımından yararlanabilmesi için, iş sahibinden kaynaklanan durumun onun çalışmasını fiilen etkilemiş, işin icrasını geciktirmiş olması gerekir. Yoksa örneğin, iş sahibi inşaatın yapılacağı arsayı Ocak ayının başında teslim etmeyi taahhüt ettiği halde, Şubat ayının başında teslim etse, ancak yüklenici zaten Mart ayının sonunda işe başlamayı tasarlıyorsa, yüklenici ek süreye hak kazanmaz. Zira iş sahibinin arsayı taahhüt ettiği zamana nazaran geç teslim etmiş olması, yüklenicinin çalışmasını fiilen etkilemiş ve geciktirmiş değildir. Benzer örnekler için bkz. **BK-Koller**, Art. 366, N 676; **Ayan**, s. 113.

⁴⁴² Ancak iki istisnaî durumda yükleniciden çalışmasını hızlandırması beklenebilir: İlkin, sözleşmede yüklenicinin gecikmenin iş sahibine isnad edilebildiği durumlarda dahi işi hızlandırma yükümlülüğü altında olduğu kararlaştırılmışsa, yüklenici işi hızlandırarak vadede tamamlamak zorundadır. İkinci istisnaî durum ise, dürüstlük kuralının işin hızlandırılmasını gerektirdiği durumlardır. Bu tür durumlarda da yüklenici olağan tempoda çalışmakla yetinemez. Özellikle işin hızlandırılması yükleniciyi ek iş gücü, fazladan araç gereç temin etme gibi ek bir külfete sokmayacaksa, işin dürüstlük kuralı gereği

kendiliğinden uzar⁴⁴³. Sürenin kendiliğinden uzaması, eserin teslim süresinin, iş sahibinin yüklenicinin süre uzatımı talebini kabul etmesi veya bu konuda bir hâkim kararı olması gerekmeksizin uzayacağı anlamına gelir⁴⁴⁴.

Eserin teslimi iş sahibin risk alanına dâhil olan bir sebepten ötürü geciktiği takdirde teslim süresinin **ne kadar uzayacağı** konusu, eser sözleşmesinde düzenlenmiş olabileceği gibi, taraflar gecikme meydana geldikten sonra da sürenin ne kadar uzayacağı üzerinde anlaşmış olabilirler. Bu takdirde süre, bu düzenlemeler doğrultusunda uzar. Buna karşılık, taraflar sürenin ne kadar uzayacağı konusunda anlaşmamışlarsa, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk tarafların ortak farazî iradeleri esas alınarak doldurulur⁴⁴⁵. Bu durumda teslim süresinin, yüklenicinin işin durmasına veya yavaşlamasına bağlı olarak yapamadığı ya da ek iş sebebiyle fazladan yapmak zorunda olduğu çalışmayı yerine getirebilmesi için gerekli olan makul süre kadar uzadığı kabul edilir⁴⁴⁶.

hızlandırılması gerektiği kabul edilmektedir. Yüklenici, işi hızlandırma yükümlülüğü altında olduğu durumlarda, işin hızlanması bazı masraflara yol açmışsa, kural olarak bu masrafların tazminini de iş sahibinden talep edebilir. **BK-Koller**, Art. 366, N 685, N 695; **Ayan**, s. 140-143; **Gökyayla**, s. 326-327. Örneğin belirli bir tarihte gerçekleşecek yarış için ısmarlanan yarış pistinin yapımı, iş sahibine isnad edilebilen bir sebeple gecikmiş olsa dahi, yükleniciden engel ortadan kalktığı anda işi hızlandırıp yarış pistini yarış gününe yetiştirmesi dürüstlük kuralına göre beklenebilir.

⁴⁴³ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Chavanne**, N 516, 683; **Werz**, N 252; **Tandoğan**, Cilt II, s. 131; **Ayan**, s. 105; **Gökyayla**, s. 341-342.

⁴⁴⁴ Fakat taraflar aksine bir düzenleme getirerek, bu durumlarda da iş sahibinin süre uzatımını onaylaması gerektiğini kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde, tarafların üzerinde anlaştıkları bu düzenleme esas alınır. Yani, eserin teslim süresi kendiliğinden uzamaz. İş sahibi süre uzatımını kabul etmezse, ihtilâf hâkim tarafından çözülür. **Ayan**, s. 105; **Kostakoğlu**, s. 316.

⁴⁴⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Werz**, N 252; **Ozanoğlu**, s. 70.

⁴⁴⁶ **Chavanne**, N 516; **Werz**, N 252; **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Henninger**, s. 258; **Ayan**, s. 145.

Teslim süresi, yüklenicinin işin mevcut durumuna nazaran **eseri tamamlaması için gerekli olan süre** kadar **değil**, sadece onun **haklı gecikme boyunca yapamadığı işi yerine getirebilmesi için gerekli süre** kadar uzar. Zira sürenin ne kadar uzayacağı tespit edilirken belirleyici olan **kalan işin tamamlanması için gereken süre** olsaydı, gecikme sebebinin gerçekleştiği anda işi getirmesi gereken seviyeden daha düşük bir seviyeye getirmiş olan yükleniciye, hak etmediği halde, eseri tamamlama imkânı sağlanmış olurdu. Yahut gecikme sebebi ortaya çıkana kadar işi normale nazaran daha hızlı tempoda yürütmüş yükleniciye işin fiilen durduğu süreden daha az ek süre verilerek yüklenici cezalandırılmış olurdu⁴⁴⁷. Örneğin 6 ayda imal edilmesi kararlaştırılan bir iş makinesinin imalâtı sözleşmenin kurulmasından 5 ay sonra iş sahibinin risk alanına giren bir sebepten ötürü 2 ay süreyle durur. Yüklenici 5. ayın sonunda işin ancak % 20'sini yerine getirmişse, ona işin kalan % 80'ini yerine getirmesi için gerekli süre verilecek değildir. Ona verilecek ek süre, 2 aylık duraklama sırasında yapılamayan işin normal şartlarda yapılabileceği süre kadardır. Zira burada işin gecikmesinin tek sebebi işin duraklamasına yol açan ve iş sahibinin risk alanına dâhil olan sebep değildir. İşin gecikmesinde işi yavaş tempoda yürüten yüklenicinin de katkısı vardır. Keza aynı örnekte yüklenici normalden hızlı bir tempoda çalışıp 5. ayın sonunda makineyi % 95 oranında tamamlamışken iş 2 ay süreyle durduğunda, işin kalan % 5'lik kısmının ne kadar sürede yapılacağı esas alınmamalı; kural olarak ona 2 aydan az bir ek süre verilmemelidir. Zira bu son durumda yüklenici başlangıçta temposunu hızlandırarak kendi çabasıyla tasarruf ettiği zamandan serbestçe yararlanabilmeli; dilerse 2 ay içinde işi daha yavaş bir tempoda yürüterek tamamlayabilmelidir.

⁴⁴⁷ **Werz**, N 235; **Gauch/Schumacher**, Art. 96, N 5 e, 5 f; **Ayan**, s. 147-148.

Çalışmanın iş sahibinin risk alanına giren bir sebepten ötürü bir süre **durduğu** hallerde, **işin fiilen yapılamadığı süre**, vadenin ne kadar erteleneceğinin belirlenmesinde önemli bir etkidir. Örneğin iş sahibi ara ödemelerden birini yapmadığı veya sağlamayı taahhüt ettiği malzemeleri tedarik etmediği için inşaattaki çalışmaya fiilen 2 ay süreyle ara verildiği takdirde, eser normal bir çalışma temposuyla vadede tamamlanamayacaksa, teslim süresinin de 2 ay uzadığı kabul edilebilir. Ancak yükleniciye verilecek ek süre, işin fiilen durduğu süreye eşit olmak zorunda değildir. **Somut olayın şartları**, teslim süresinin işin fiilen durduğu süreden daha **uzun** veya daha **kısa** bir süre uzatılmasını ya da **hiç** uzatılmamasını gerektirebilir⁴⁴⁸. Somut olayın şartları çerçevesinde yüklenicinin üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmelerden doğan yükümlülükleri de dikkate alınır⁴⁴⁹. Örneğin yüklenici, duraklama süresince yapamadığı çalışmayı, şimdi iş kapasitesinin bir kısmını bir başka eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek için tahsis etmişken yerine getirmek zorundaysa, teslim süresi yüklenicinin mevcut çalışma kapasitesi dikkate alınarak, işin fiilen durduğu süreden daha fazla uzatılabilir. Zira yükleniciden iş sahibinin risk alanından doğan bir gecikmeyi telâfi etmek için bir başka sözleşmedeki borcunu ihlâl etmesi beklenemez. Keza, duraklayan işin engel ortadan kalktığında artık yılın uygun olmayan bir zamanında yapılmasının gerekmesi de yükleniciye duraklama süresinden fazla ek süre verilmesine yol açabilir⁴⁵⁰. Örneğin kışın tamamlanması kararlaştırılan bir işte, gecikme sebebi ortadan kalktığında yaz mevsimi gelmiş ve o bölgede yazın sıcaklık belirli

⁴⁴⁸ Werz, N 252; Henninger, s. 258; Ayan, s. 111 dn. 77.

⁴⁴⁹ Werz, N 252 dn. 185.

⁴⁵⁰ BK-Koller, Art. 366, N 215; Werz, N 235; Henninger, s. 258. Yarg. 15. HD., 6.12.1995 T., 1995/5276 E., 1995/7255 K.: “ (...) karşı tarafın ksuurundan ötürü yükleniciye süre verilmesi zorunlu olan hallerde, işin bitimi normalde inşaatın bulunduğu yere göre önceden saptanmış çalışılmayan mevsime rastladığında, bu ek sürenin bu mevsimin bitiminden başlaması gerekir.” (Uygun, Cilt 7, s. 7860-7861).

derecenin üzerine çıktığında çalışmaya ara verilmesi zorunluysa, teslim süresinin işin fiili olarak durduğu süreden daha fazla uzayacağı kabul edilebilir. Buna karşılık, yüklenicinin işi hızlandırma yükümlülüğünün bulunduğu durumlarda, teslim süresi, işin fiilen durduğu süreden daha az uzayabileceği gibi; işi hızlandırma yükümlülüğü olan yüklenicinin hızlı bir tempoda çalışarak işi vadeye yetiştirmesi mümkünse, teslim süresinin hiç uzamayacağı da kabul edilebilir⁴⁵¹. İş sahibinin risk alanına dâhil olan iş değişiklikleri bakımından da, eserin teslim süresi, iş değişikliğinin gerektirdiği ek çalışma süresi kadar uzar⁴⁵².

Gecikme sebebinin **iş sahibinin risk alanına dâhil** olduğu durumlarda, taraflar arasında sürenin uzayıp uzamayacağı, uzayacaksa ne kadar uzayacağına ilişkin ihtilâf çıktığı takdirde, hâkimin vereceği karar, yenilik doğuran bir hüküm olmayıp, tespit hükmü niteliğindedir.

Eserin teslimindeki gecikmeye **yüklenicinin risk alanında** bulunan ve bu itibarla haklı gecikme sebebi teşkil etmeyen beklenmeyen haller sebep olmuşsa, eserin teslim süresi **kendiliğinden uzamaz**. Sürenin uzaması için **iş sahibinin** bunu **kabulü** veya sürenin uzatılmasına ilişkin bir **hâkim kararı** gerekir. Bu durumda iş sahibi yüklenicinin süre uzatımı talebini kabul ederse, teslim süresi tarafların anlaşmasıyla uzatılmış olur. Yahut yüklenici, hâkimden BK m. 365 f. 2 hükmü çerçevesinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması çerçevesinde teslim süresinin uzatılmasını

⁴⁵¹ **BK-Koller**, Art. 366, N 215; **Werz**, N 250; **Ayan**, s. 149.

⁴⁵² **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Chavanne**, N 310; **Gökyayla**, s. 325.

talep eder⁴⁵³. Bu son durumda, aşırı ifa güçlüğüne yol açan olayın özelliklerini dikkate alarak, süre uzatımının gerekli olup olmadığına hâkim karar verir. Hâkim süre uzatımını gerekli gördüğü takdirde, yenilik doğuran kararıyla teslim süresinin ne kadar uzayacağına da hükmeder⁴⁵⁴. Nihayet belirtmek gerekir ki, teslim süresinin uzaması için gerekli şartların somut olayda gerçekleştiğini ispat yükü, teslim süresinin uzaması gerektiğini iddia eden yükleniciye aittir (MK m. 6)⁴⁵⁵.

⁴⁵³ Werz, N 246; Henninger, s. 243; Chavanne, N 315, 336; Ayan, s. 132. Ancak Ayan, iş sahibinin yüklenicinin süre uzatımı talebini reddetmesinin açıkça dürüstlük kuralına aykırı olduğunun kabul edilebildiği durumlarda, süre uzatımı için artık mahkemeye başvurulmasına gerek olmadığı görüşündedir.

⁴⁵⁴ Kanaatimizce, BK m. 365 f. 2 hükmünde yer alan “**hâkim** (...) bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyler” ifadesi, burada yenilik doğuran bir hakkın değil, yenilik doğuran bir dava hakkının söz konusu olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Yeni Borçlar Kanunu’nda ise, uyarılma talepleri, mevcut düzenlemeden farklı olarak, yenilik doğuran haklar olarak düzenlenmiştir. YBK m. 480 f. 2’ye göre “başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse, **yüklenici**, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.” Yeni Borçlar Kanunu’ndaki bu hükmün gerekçesinde de mevcut hükümden farklı bir düzenlemeye gidilerek yüklenicinin dava yoluyla kullanmak zorunda olmadığı yenilik doğuran haklara sahip kılındığı açıkça ifade edilmektedir. BK m. 365 f. 2’de yenilik doğuran bir davanın düzenlendiği yönünde, **Gauch**, Werkvertrag, N 1122; **ZK-Bühler**, Art. 373, N 34 vd.; **Ayan**, s. 130. Buna karşılık, bazı yazarlar, BK m. 365 f. 2’de düzenlenen bedel indirimi ve sözleşmenin feshi taleplerinin yüklenicinin dava açmaksızın iş sahibine yönelteceği tek taraflı bir irade beyanıyla kullanabileceği yenilik doğuran haklar olduğu görüşündedirler. Bu görüşe göre, yüklenicinin beyanına iş sahibinin itiraz etmesi halinde, hâkimin vereceği karar, kural olarak, yenilik doğuran bir karar olmayıp, yenilik doğuran hakkın doğup doğmadığını açıklayıcı niteliktedir. Ancak, hâkim yüklenicinin talebinden başka bir hukukî sonuca hükmederse (örneğin, yüklenici fesih talep ettiği halde, hâkim bedel artışına hükmederse), bu durumda hâkimin kararı yenilik doğurucudur. **BK-Gautschi**, Art. 373, N 13a, 13b; **Serozan**, Dönme, s. 356; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 115; **Baysal**, s. 210-211.

⁴⁵⁵ **Couchepin**, N 1556; **Ayan**, s. 107.

II. ESERİ TESLİM BORCUNUN İFASININ MÜMKÜN OLMASI

Borçlu temerrüdü, ancak ifası **mümkün** olan borçlar bakımından söz konusu olur. Borçlanılan edimin ifası mümkün değilse, edimin vadede ifa edilmemesi borçlunun temerrüde düşmesine yol açmaz⁴⁵⁶.

A. Temerrüde Engel Bir Durum: İfa İmkânsızlığı

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin hem sözleşme kurulurken, hem de sözleşme kurulduktan sonra **mümkün olması** gerekir⁴⁵⁷. Borçlar Kanunu anlamında ifa imkânsızlığı, **objektif ve sürekli** bir imkânsızlıktır⁴⁵⁸. Yüklenicinin taahhüt ettiği eserin meydana getirilmesi ve teslimi ediminin ifası, henüz eser sözleşmesi **kurulurken** objektif ve sürekli⁴⁵⁹ olarak imkânsızsa, sözleşme batıldır (BK m. 20)⁴⁶⁰. Yüklenicinin

⁴⁵⁶ Werz, N 267; Oğuzman/Öz, s. 295-296; Öz, Dönme, s. 155.

⁴⁵⁷ Werz, N 269; Gauch, Werkvertrag, N 718; Oğuzman/Öz, s. 295.

⁴⁵⁸ Tercier, Obligations, N 1491; Gauch, Werkvertrag, N 719; Eren, Borçlar Genel, s. 997-998.

⁴⁵⁹ Yarg. 15. HD., 1.4.1993 T., 1993/283 E., 1993/1515 K.: “mahkemece bilirkişi raporuna dayanılarak sözleşme tarihinden önce inşaat Belediyece durdurulmuş olup, bu haliyle objektif hukuki imkânsızlık varken yapılan sözleşme BK.nun 20. maddesince batıl olduğundan davanın reddine karar verilmiştir. (...) İnşaatın durdurulma nedeni arsada mülkiyetin Maliye Hazinesine, intifa hakkının da İmar ve İskân Bakanlığı'na ait olmasıdır. Eser sözleşmesinden olan inşaat sözleşmesinde arsanın iş sahibinin mülkiyetinde olması zorunluluğu yoktur. Kooperatif, idari işlemleri ikmal etmeden ruhsat almış, aynı yüklenici bu ruhsata dayanarak su basmanı seviyesine değin işi yapmıştır. Bu kez ortaya çıkan geçici imkânsızlık için icabında beklemeyi, süre uzatımını kabullenerek sözleşmeyi imzalamıştır. Sonuçta da geçici olan imkânsızlık iş sahibi kooperatifçe giderilmiştir. O halde mutlak imkânsızlıktan söz edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle sözleşmenin BK.nun 20. maddesince geçersiz olduğunun kabulü doğru olmamıştır.” (www.kazanci.com).

⁴⁶⁰ Eser sözleşmesi kurulurken, sözleşmeye konu olan eserin meydana getirilmesi ilgili mevzuata aykırıysa, eserin meydana getirilmesi ve teslimi ediminin ifası daha başlangıçta imkânsızdır. Bu itibarla sözleşme batıldır. Yarg. 15. HD., 27.4.1989 T., 1988/4461 E., 1988/2129 K.: “Somut olayda inşaat yapılacak yer sit alanı içinde bulunduğundan, işin başından beri olanaksızlık durumu itibariyle sözleşmenin yerine getirilmesi mümkün olmadığı gibi, taraflardan biri bu inşaatın yapılması konusunda

eseri teslim borcu hiç doğmamıştır⁴⁶¹. Yüklenicinin ediminin ifası, sözleşmenin **kurulmasından sonra** da objektif ve sürekli olarak imkânsız hale gelebilir. Konumuz bakımından özellik arz eden durum, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen ifa imkânsızlığıdır. Yüklenicinin ediminin ifası sözleşme kurulduktan sonra objektif ve sürekli olarak imkânsız hale geldiği takdirde, temerrüt hükümleri uygulanmaz⁴⁶². Borcun ifa edilmemesinin sonuçları, duruma göre, ifa imkânsızlığına ilişkin genel hükümlere göre (BK m. 96, BK m. 117 f. 1) veya eser sözleşmesine ilişkin özel hükümlere göre (BK m. 370, BK m. 371) belirlenir⁴⁶³. Yüklenici ifa imkânsızlığından ötürü sorumlu tutulabiliyorsa, aynen ifa borcunun yerini iş sahibinin ifa imkânsızlığından doğan zararını tazmin etme borcu alır (BK m. 96). Buna karşılık, yüklenici imkânsızlıktan ötürü sorumlu tutulamıyorsa, borç tamamen sona erer; bu itibarla yüklenicinin iş sahibinin ifa imkânsızlığından ötürü uğradığı zararı tazmin etme borcu da yoktur (BK m. 117 f.1)⁴⁶⁴. BK m. 117 f. 2'ye göre imkânsızlık sebebiyle sona

diğer taarfı zorlamak hakkına da sahip değildir.” (Kostakoğlu, s.816-817). Ancak eser sözleşmesi kurulurken imkânsız olan edimin ifası, mevzuatta sonradan yapılan değişiklikle mümkün hale gelebilir. Örneğin sözleşme kurulurken sit alanı içinde yer alan inşaatın yapılacağı arsa, sonradan sit alanı kapsamından çıkarılmış olabilir. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, bu tür durumlarda, bir taraf sözleşmenin kurulduğu anda kabul edilen koşullarla, yani işin kararlaştırıldığı kapsamda ve aynı ücretle devam etmesini kabul ettiği takdirde, diğer tarafın edimin ifasının başlangıçta imkânsız olduğunu ileri sürerek sözleşmenin batıl olduğunu iddia etmesi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. **Öz**, Dönme, s. 165; **Erman**, İnşaat, s. 59 dn. 6.

⁴⁶¹ **Werz**, N 269; **Öz**, Dönme, s. 155.

⁴⁶² **BK-Koller**, Art. 366, N 175; **CR-Chaix**, Art. 366, N 14; **Gauch**, Werkvertrag, N 718; **Gauch/Schluep**, Band II, N 2658. Bazı yazarlara göre, sonraki ifa imkânsızlığı bakımından ayırım imkânsızlığın objektif veya sübjektif olmasına göre değil, borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu olup olmamasına göre yapılmalıdır. Bu görüşte: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 904; **Serozan**, İfa, s. 183.

⁴⁶³ **CR-Chaix**, Art. 366, N 14; **Gauch**, Werkvertrag, N 718 vd.; **Buz**, İmkânsızlık, s. 25.

⁴⁶⁴ **Tercier**, Obligations, N 1220, 1500; **Galante**, s. 108; **Serozan**, İfa, s. 163. Yarg. 15. HD., 14.10.1982 T., 1982/1805 E., 1982/1997 K.: “Bakanlar Kurulu’nun 5.3.1978 gün 7/14381 sayılı kararname ile, memleket menfaatleri göz önünde bulundurularak (...) idare dışında her türlü kütük tahsis ve satışı yasaklanmıştır. Söz konusu kararname davalı idarenin iradesi dışında meydana gelen bir olay olduğundan,

eren borç karşısında karşı edim borcu da sona ereceğinden, yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcundan kurtulmasına karşılık, iş sahibinin de imkânsız hale gelen edime ilişkin bedel borcu sona erer⁴⁶⁵.

Eser sözleşmesi kurulduktan sonra eserin tamamlanması ve teslimi edimi tamamen değil de **kısmen imkânsız** hale gelirse durum ne olur? Yüklenicinin edimi (örneğin bir bina inşası, bir iş makinesi imali gibi) bölünemez bir edimse, kısmî imkânsızlık edimin ifasının tamamen imkânsız olması gibi değerlendirilir⁴⁶⁶. Buna karşılık, yüklenicinin ediminin bölünebilir nitelikte olduğu eser sözleşmelerinde kısmî ifa imkânsızlığı söz konusu olabilir. Örneğin tüm ağaçları budanacak bir bahçenin bir kısmındaki ağaçlar kaza sonucu yanmışsa, yüklenicinin bahçedeki tüm ağaçların budanması edimi bazı ağaçların yanmasından ötürü kısmen imkânsız hale gelmiştir. Bu durumda yüklenicinin edim borcu sadece edimin ifası imkânsız hale gelen kısmı bakımından sona erer (BK m. 117 f. 1). Buna karşılık, yüklenicinin eseri teslim borcu eserin meydana getirilmesi halen mümkün olan kısmı bakımından devam eder⁴⁶⁷. Eser sözleşmesi ifası halen mümkün olan edim kısmı bakımından halen varlığını sürdürdüğünden ötürü, iş sahibi de eserin bu bölümüne karşılık gelen bedeli yükleniciye ödemek zorundadır⁴⁶⁸.

mücbir sebep teşkil eder (...) Borçlar Kanunu'nun 117/1 maddesince borçluya isnad olunamayan haller münasebetiyle borcun ifası mümkün olmazsa borç sakıt olur.” (Kostakoğlu, s. 823).

⁴⁶⁵ Pichonnaz, N 1099 vd.; Galante, s. 121.

⁴⁶⁶ Galante, s. 123; Öz, Dönme, s. 157.

⁴⁶⁷ Galante, s. 110; Öz, Dönme, s. 157. Yarg. 15. HD., 1.10.1990 T., 1990/969 E., 1990/3678 K.: “(...) sözleşmenin 19. maddesinde binanın tüm pencerelerinin panjur yapılacağı kabul edilmiştir. Buna rağmen, davalıların salon penceresine teknik imkânsızlık nedeniyle panjur yapmadığı anlaşılmıştır. Bu imkânsızlık sözleşmenin geçersizliğini gerektirmemektedir.” (Kostakoğlu, s. 809).

⁴⁶⁸ Bu bedel, sözleşmede kararlaştırılmış olan bedelle orantılı olarak, böyle bir bedel kararlaştırılmamışsa işin değerine göre bedel tayinini düzenleyen BK m. 366 hükmüne uygun olarak belirlenir. Galante, s. 112, 124-125.

İfa imkânsızlığının, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine engel olabilmesi için, objektif ve sürekli nitelikte olması gerekir:

1. İmkânsızlığın Objektif Olması

Eser sözleşmesinin kurulmasından sonra yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etme ediminin ifası objektif olarak imkânsız hale geldiği takdirde, borçlu temerrüdünden söz edilemez. Eseri teslim borcu bakımından **objektif imkânsızlık**⁴⁶⁹, ne eser sözleşmesinin tarafı olan yüklenicinin, ne de başka herhangi bir yüklenicinin taahhüt edilen eseri meydana getirecek ve teslim edecek durumda olmasıdır⁴⁷⁰. Örneğin yüklenici konumundaki araba tamircisinin tamir etmeyi taahhüt ettiği araba, sözleşme kurulduktan sonra yanmışsa, sonraki objektif ifa imkânsızlığı söz konusudur. Eserin meydana getirilmesi imkânsız hale gelmişse, tesliminin de imkânsız hale geleceği açıktır. Ancak eserin meydana getirilmesi mümkün olmakla birlikte, tesliminin mümkün olmadığı durumlar nadir de olsa bulunabilir. Örneğin eserin yabancı bir ülkeye gönderileceği bir eser sözleşmesinde, sözleşme kurulduktan sonra eserin gönderileceği ülkeye ilişkin söz konusu eseri de kapsamına alan bir ihracat yasağı koyulması halinde durum böyledir.

⁴⁶⁹ Objektif imkânsızlık, ne borçlunun ne de üçüncü kişilerin sözleşmede kararlaştırılan edimi ifa edecek durumda olmasıdır. **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2558; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 325; **Caytas**, s. 153; **Eren**, Borçlar Genel, s. 997; **Oğuzman/Öz**, s. 308; **Buz**, İmkânsızlık, s. 24. Bu yönde, BGE 111 II 354=JdT 1986 I 74. Yarg. 15. HD., 25.4.2008 T., 2008/1407 E., 2008/2771 K.: “İmar mevzuatı gereğince, davalı temerrüdünden önce sözü edilen dükkânın yapılmasına olanak yok ise, objektif imkânsızlık söz konusu olacağından davalı yapılamayan bağımsız bölümün bedelinden ötürü sorumlu tutulamaz (BK. m. 117)” (www.kazanci.com).

⁴⁷⁰ **Pichonnaz**, Impossibilité, N 325; **Gauch**, Werkvertrag, N 719; **Werz**, N 269 dn. 23. Edimin, vadede ifade bulunmayan yüklenicinin kendisi veya herhangi bir başka yüklenici tarafından aynen ifası mümkünse, objektif bir imkânsızlık söz konusu değildir. İfanın objektif olarak mümkün olduğunun kabulü için, başka bir yüklenicinin edimin ifasını fiilen kabul etmesi de gerekli değildir. **Barth**, s. 37; **Werz**, N 271.

Eserin meydana getirilmesi veya teslimi yüklenici bakımından imkânsız olmakla birlikte bir başka kimse için mümkünse, **sübjektif imkânsızlık** söz konusudur⁴⁷¹. Örneğin yüklenicinin malî durumunun kötüleşmesi sebebiyle eseri tamamlayamaması halinde, sübjektif bir ifa imkânsızlığı söz konusudur. Zira malî sıkıntıya düşen yüklenicinin şahsen ifası gereken bir edim söz konusu olmadıkça, bu eseri bir başka yüklenici tamamlayabilir. Yüklenicinin eseri şahsen yapma veya şahsî denetimi altında yaptırma borcunun bulunmadığı durumlarda sübjektif imkânsızlık olarak kabul edilebilecek bir durum, yüklenicinin böyle bir borç altında olduğu durumlarda edimin ifasını objektif olarak imkânsız hale getirebilir⁴⁷². Örneğin iş sahibinin portresini çizecek bir ressamın ellerinin felç olması halinde, burada yüklenicinin şahsen ifa etmesi gereken bir edim söz konusu olduğundan ve bu işin üçüncü bir kişi tarafından icrası mümkün olmadığından ötürü, objektif ifa imkânsızlığı meydana gelir⁴⁷³.

Sübjektif imkânsızlık halinde **imkânsızlık** hükümlerinin mi, yoksa **borçlu temerrüdü** hükümlerinin mi uygulanacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁷⁴, bu durumda da imkânsızlık hükümleri (BK m. 96 ve BK m. 117) uygulanabilir. Bu görüş, Borçlar Kanunu'nun benimsediği imkânsızlık anlayışını aşırı ölçüde genişlettiği için

⁴⁷¹ Sübjektif imkânsızlık, üçüncü bir kişinin yerine getirebilecek durumda olduğu sözleşmedeki edimi, yalnız borçlunun yerine getiremeyecek durumda olmasıdır. **Gauch/Schluep**, Band II, N 2567; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 341; **Eren**, Borçlar Genel, s. 997; **Oğuzman/Öz**, s. 308; **Buz**, İmkânsızlık, s. 24.

⁴⁷² **Werz**, N 272 dn. 37; **CR-Thévenoz**, Art. 97, N 13; **Dural**, s. 88.

⁴⁷³ Örnek için bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 997; **Dural**, s. 88. Aksi görüşte: Bu durumun sübjektif imkânsızlık teşkil ettiğini savunan, **Serozan**, İfa, s. 170; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 908. Öte yandan, yüklenicinin fiil ehliyetini kaybetmesi ya da ölmesi de objektif imkânsızlığa sebep olabilir. Bu tür bir durumda, başka hiç kimse yüklenicinin ifa edeceği tarzda edimi yerine getiremeyeceği için objektif imkânsızlık söz konusudur. **Werz**, N 272 dn. 37. Kanun koyucu bu durumu BK m. 371 hükmü ile eser sözleşmesi bakımından özel olarak düzenlemiştir.

⁴⁷⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 94; **Besson**, s. 31; **Engel**, Traité, s. 106.

eleştirilmektedir⁴⁷⁵. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre⁴⁷⁶, sübjektif ifa imkânsızlığı halinde borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Buna göre, edimin ifası objektif olarak mümkün olduğu sürece, yüklenicinin ifa yeteneğinin bulunup bulunmadığının bir önemi yoktur⁴⁷⁷.

Eseri kendisinin meydana getirmesi veya teslim etmesi mümkün olmayan yüklenici, **yeterli ekonomik olanakları** bulunduğu sürece, bu yetersizliğine özel teçhizat, makine satın almak veya kiralamak, o konuda uzman çalışan istihdam etmek veya işi uzman bir alt yükleniciye yaptırmak gibi çözümler bulabilir⁴⁷⁸. Böylece sübjektif imkânsızlık ortadan kalkar. Ancak **sübjektif imkânsızlığın** en sık rastlanan örneği, borçlunun edimin ifasını gerçekleştirmek için gerekli olan **ekonomik olanaklardan yoksun** olmasıdır. Fakat Borçlar Kanunumuz borçlunun finansal güçlük içinde bulunmasını imkânsızlık olarak değerlendirmemekte; aksine, her borçlunun mutlak olarak ifa için yeterli finansal koşullara sahip olduğu varsayımından hareket

⁴⁷⁵ Bu görüşe yöneltilen diğer bir eleştiri de, edimini ifa etmeyen borçlunun, ifayı gerçekten gerçekleştiremeyecek durumda mı olduğunun, yoksa sadece ifada bulunmak mı istemediğinin belirlenmesinin arz edebileceği güçlütür. Bkz. **Werz**, N 270.

⁴⁷⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 719; **Schenker**, Verzug, N 17 vd; **von Büren**, Band I, s. 365, 390; **Werz**, N 271; **CR-Thévenoz**, Art. 97, N 11; **Eren**, Borçlar Genel, s. 998; **Buz**, İmkânsızlık, s. 25; **Altaş**, Eseri Telef Olması, s. 149.

⁴⁷⁷ **Werz**, N 270. Sübjektif imkânsızlığın, teknik anlamda bir “imkânsızlık” olmadığını, eser sözleşmesine ilişkin hükümler arasında yer alan BK m. 371 f. 1 hükmü de teyit etmektedir. Gerçekten de, kanun koyucu bu hükümle yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini sonradan kaybetmesini, yani kural olarak **sübjektif** nitelikte olan bir **imkânsızlığı**, münhasıran edimin yüklenici tarafından şahsen ifasının gerektiği durumlarda, yani ancak imkânsızlık **objektif bir hal aldığı**nda, onun borcunu sona erdiren bir sebep olarak kabul etmektedir. Bu hükmün ters anlamından, şahsen ifası gerekmeyen edimler bakımından, yüklenici eseri tamamlama yeteneğini kaybetse veya ölse dahi eser sözleşmesinin devam edeceği sonucu çıkarılabilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 719; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 475; **Buz**, İmkânsızlık, s. 25 dn. 16.

⁴⁷⁸ **Werz**, N 270. Açıktır ki, bu son olasılık yüklenicinin şahsen ifada bulunmak zorunda olmadığı durumlar için söz konusudur.

etmektedir⁴⁷⁹. Bu itibarla **ekonomik yetersizlik**, Borçlar Kanunu bakımından teknik anlamda bir imkânsızlık hali teşkil etmemektedir⁴⁸⁰.

Bir borcun ifasını borçlu bakımından aşırı gayret gerektiren hale getiren olağanüstü ve öngörülemeyen durumların meydana gelmesini ifade eden **aşırı ifa güçlüğü** (Unzumutbarkeit der Leistung/Exorbitance) de, **objektif ifa imkânsızlığından** farklı bir kavramdır⁴⁸¹. Aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olduğu durumlarda, borçlu edimini ifa edebilir. Ancak onun edimini ifa etmesi için göstermesi gereken çaba, alacaklının karşı edimi nazara alındığında, aşırıdır⁴⁸².

Aşırı ifa güçlüğü objektif ifa imkânsızlığı olarak değerlendirilemeyeceğinden, örneğin sözleşme kurulduktan sonra eserin meydana getirilmesinin veya tesliminin **aşırı maliyetli** hale gelmesi durumunda, teknik anlamda bir imkânsızlık söz konusu değildir⁴⁸³. Bu durumda yüklenici eseri anlaşmaya uygun olarak vadede teslim etmediği takdirde, kural olarak temerrüde düşer⁴⁸⁴.

⁴⁷⁹ von Büren, Band I, s. 392; Schenker, Verzug, N 23; Gauch, Werkvertrag, N 719; Werz, N 270.

⁴⁸⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 997; Erzurumluoğlu, s. 60; Erman, İnşaat, s. 61.

⁴⁸¹ Pichonnaz, Impossibilité, N 726; Gauch, Werkvertrag, N 720; Tercier, Obligations, N 1494.

⁴⁸² Pichonnaz, Impossibilité, N 726; Tercier, Obligations, N 1494. Bkz. ayrıca, BGE 127 III 300=JdT 2001 I 239.

⁴⁸³ Doktrinde, hiçbir makul yüklenicinin eseri meydana getirmeyi düşünemeyeceği kadar ifayı güçleştiren durumları, yani **aşırı ifa güçlüğü**nü, ekonomik veya nisbî imkânsızlık adı altında, bir imkânsızlık hali olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur. Bu görüş ve eleştirisi için bkz. **Dural**, s. 17 vd. ve s. 25 vd. İsviçre Federal Mahkemesi ise, aşırı ifa güçlüğü'nü subjektif ifa imkânsızlığının bir türü saymak eğilimindedir. Örneğin, BGE 82 II 338=JdT 1957 I 76. Bu durum ve eleştirisi için bkz. **Pichonnaz**, Impossibilité, N 320, 509; **Gauch**, Werkvertrag, N 720.

⁴⁸⁴ Ancak istisnaen, *Clausula rebus sic stantibus* ilkesi uygulanarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, örneğin kararlaştırılan bedelin artırılması veya sözleşmenin feshedilmesi söz konusu olabilir. Ayrıca kanun koyucu, götürü bedelli eser sözleşmeleri bakımından BK m. 365 f. 2 (İBK m. 373 f 2) hükmü ile yüklenicinin ediminin ifasının aşırı güçleştiği durumlara ilişkin özel bir düzenleme getirmiştir. **Wertz**, N 269; **Gauch**, Werkvertrag, N 720.

2. İmkânsızlığın Sürekli Olması

Yüklenici kusurlu olduğu takdirde aynen ifa borcunu iş sahibinin zararını tazmin etme borcuna dönüştüren, kusursuz olduğu takdirde ise, borcunu tümüyle sona erdiren sonraki objektif imkânsızlık, **sürekli** nitelikte olmalıdır⁴⁸⁵. Geçici ifa imkânsızlığı veya güçlüğü, kural olarak, borçluyu aynen ifa borcundan kurtaran teknik anlamda bir imkânsızlık değildir. Eser sözleşmesinde edimin ifasını geçici olarak olanaksız hale getiren örneğin kötü hava koşulları, su baskını gibi **geçici ifa engelleri** sonucunda edimin ifasının gecikmesi, kural olarak teknik anlamda bir imkânsızlığa değil, borçlu temerrüdüne sebep olur⁴⁸⁶.

Buna karşılık, **ne zaman sona ereceği** kesin olarak öngörülemeyen, örneğin toplumsal kargaşa, halk ayaklanması gibi engellerin imkânsızlık sebebi sayılıp

Yeni Borçlar Kanunu'nda, aşırı ifa güçlüğü hallerine ilişkin genel bir düzenlemeye de yer verilmiştir. Bu hükümle, aşırı ifa güçlüğü karşısında, borçluya, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme ve bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Bkz. YBK m. 137. Alman hukukunda ekonomik imkânsızlık (BGB § 275, 2) ile işlem temeliniin çökmesi (BGB § 313) iki farklı kategori olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık, YBK'da borçlunun ekonomik güçlüğüle karşı karşıya kalması ile işlem temeliniin çökmesi farklı kategoriler olarak ele alınmamış, her iki durum da “aşırı ifa güçlüğü” başlığı altında ele alınmıştır. **Schäffer/Aksoy**, s. 822-823.

⁴⁸⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 681, 719; **Barth**, s. 40; **Werz**, N 273; **Dural**, s. 100. Yarg. 15. HD., 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K.: “Mahkemece öncelikle, dava konusu olayda 10 nolu parsel üzerine inşaat yapılmasının sürekli ve mutlak bir şekilde imkânsız olup olmadığı resmi mercilerden sorulup tespit edilmelidir. Böyle bir imkânsızlık bulunduğu takdirde BK.nun 20 ve 117. maddeleri gereğince sözleşmenin ifası istenemez. Şayet bu nitelikte bir imkânsızlık yoksa, geçici bir süre beklenmesi gerekiyorsa, sözleşme geçerlidir (...)” (www.kazanci.com).

⁴⁸⁶ Geçici ifa imkânsızlığının sonuçları, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş değildir. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, geçici ifa imkânsızlığının söz konusu olduğu durumlarda, karşılıklı borçlar bakımından borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2563; **Barth**, s. 82; **von Tuhr/Escher**, s. 96; **Werz**, N 273; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 710.

sayılmayacağı tereddüt yaratabilir⁴⁸⁷. Bu gibi durumlarda, bu olayın öngörülebilir gelecekte sona ermesi makul olarak beklenemiyorsa ve bu durum eserin amacını veya yüklenicinin esere ilişkin menfaatini tehlikeye atıyorsa, engelin sürekli olduğu kabul edilmelidir⁴⁸⁸.

Değnilmesi gereken bir diğer durum da, kesin vadeli işlemlerdir. Bazı yazarlar, kesin vadeyi, nisbî kesin vade ve mutlak kesin vade olmak üzere iki gruba ayırmaktadırlar⁴⁸⁹. Bu ayrıma göre, **nisbî kesin vadeli işlemler** bakımından, borçlu

⁴⁸⁷ **Barth**, s. 42; **Werz**, N 273; **Eren**, Borçlar Genel, s. 998-999.

⁴⁸⁸ **Barth**, s. 41 vd; **von Tuhr/ Escher**, s. 96; **Werz**, N 273; **Dural**, s. 101. Yarg. 15. HD., 1.4.1993 T., 1993/283 E., 1993/1515 K.: “ (...) geçici de olsa imkânsızlığın ortadan kalkmasına değin belli bir süreden -tahammül süresi sonra yanlardan o sözleşmeyle bağlı kalmaları da beklenemez. Somut olayda sözleşmeyi fesheden iş sahibinin davranışı önemlidir. Kooperatif yetkililerinin imkânsızlığın ortaya çıkmasından itibaren giderilmesi için çabası, 22.8.1987 olan fesih tarihinde bu çaba sonucu işlemlerin hangi aşamada olduğunun araştırılması, şayet arsada mülkiyet ve tahsis engellerinin giderileceği o tarihlerde belli olmuş ve sonucun alınmasına normal koşullarla çok kısa bir süre kalmış ise sözleşmeden dönmede iyiniyetle davranıldığı kabul edilemez. O tarihlerde imkânsızlığın giderilemeyeceği ya da bunun daha ne kadar süre alacağı belli değilse geçen süreye göre (1.12.1986 -22.8.1987) sözleşmeyle bağlı kalmasının ancak kendi yararına olduğu sürece iş sahibinden bekleneceğinin kabul edilmesi gerekir.” (www.kazanci.com).

⁴⁸⁹ Bu ayrıma göre, **nisbî kesin vadeli işlemlerde**, tarafların ifa için belirledikleri vade alacaklı için önemli olmakla birlikte edimin içeriğine dâhil değildir. Burada tarafları kesin bir vade tespit etmeleri yalnız ifanın tarzını belirten bir anlaşmadır. Vadeden sonra yapılan ifa da alacaklıyı tatmin eder. **Dural**, s. 103. Bu durumda, belirlenen vadenin bitiminde edimin ifa edilebilirliğini sona erdirme, diğer bir deyişle ifanın artık kendisi için faydasız hale gelip gelmediğine karar verme yetkisi, sadece alacaklıya tanınmıştır. Bunun anlamı, alacaklının, isterse, vadenin geçmesine rağmen, borçludan edimi ifa etmesini talep edilebilmesidir. **Pichonnaz**, Impossibilité, N 714. Örneğin, tarafların eser sözleşmesinde dikilecek elbisenin en geç sözleşmenin kurulduğu tarihten on beş gün sonra teslim edileceğini kararlaştırmaları halinde nisbî kesin vadeli bir işlem söz konusudur. Yüklenici, bu (nisbî) kesin vadede, elbiseyi teslim etmezse, iş sahibi, isterse, yükleniciden halen aynen ifada bulunmasını, yani elbisenin teslimini talep edebilir.

Buna karşılık, **mutlak kesin vadeli işlemlerde** ifa zamanı edimin içeriğinin bir unsurudur. Öyle ki, borçlu bu tarihte ifada bulunmazsa sözleşme amacına ulaşamaz. **Dural**, s. 103. Burada, edimin niteliği gereği, vadeden sonra ne borçlunun edimi ifa etme hakkı vardır, ne de alacaklının edimin ifasını talep etme hakkı vardır. **Pichonnaz**, Impossibilité, N 713. Örneğin güneş tutulmasının resmini çekmeyi taahhüt

zaten alacaklı talep ettiği sürece edimini ifa edebileceğinden ötürü, ifanın vadede gerçekleşmemesi ifa imkânsızlığına yol açmaz; sadece borçlu temerrüdü söz konusu olur⁴⁹⁰. Ancak **mutlak kesin vadeli** sözleşmelerde borçlunun vadede ifada bulunmamasının, ifa imkânsızlığına mı, yoksa borçlu temerrüdüne mi yol açacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁹¹, mutlak kesin vadeli sözleşmelerde borçlunun edimi yerine getirmemesi halinde, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre⁴⁹², mutlak kesin vadeli sözleşmelerde, borçlunun mutlak kesin vadede ifada bulunmaması, yani ifadaki gecikme, borcun vadeden sonra ifa edilmesini imkânsız kılar. Bu ihtimalde, duruma göre, BK m. 96 ve BK m. 117 hükümleri uygulama alanı bulur.

Esasen buradaki mesele tarafların iradeleri ile bir edimin ifasını imkânsız hale getirip getiremeyecekleridir. Kanaatimizce, objektif nitelikteki ifa imkânsızlığının bulunup bulunmadığı taraf iradelerinden bağımsız olan, cevabı edimin niteliği gereği ifasının mümkün olup olmadığında aranması gereken bir meseledir⁴⁹³. Bu itibarla, tarafların sonraki ifanın kabul edilmeyeceğini kararlaştırmış olmaları, edimin niteliği gereği ifası mümkün oldukça, ifayı imkânsız hale getirmez. Kesin vadenin niteliğinde

eden fotoğrafçı, düğünde şarkı söylemeyi taahhüt eden şarkıcı, edimlerini mutlak olarak kesin bir vadede yerine getirmeyi taahhüt etmişlerdir. Örnek için bkz. **Serozan**, İfa, s. 166.

⁴⁹⁰ Eser sözleşmesinin kesin vadeli olması iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmek için yükleniciye ek süre tayin etmek zorunda olmadığı bir durumdur (BK m. 107 b. 3). Bu durumda, iş sahibi dilerse ek süre tayin etmeksizin ifa yerine müsbet zararının tazmini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (BK m. 106 f. 2). **Pichonnaz**, Impossibilité, N 715; **Dural**, s. 103.

⁴⁹¹ **BaK-Wiegand**, Art. 108, N 6; **BK-Weber**, Art. 108, N 35; **Comment**, s. 94; **Schenker**, Verzug, N 528 vd.; **Ramoni**, N 60; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 721.

⁴⁹² **Barth**, s. 41; **von Tuhr/Escher**, s. 96; **Dural**, s. 104; **Oğuzman/Öz**, s. 295; **Eren**, Borçlar Genel, s. 998; **Serozan**, İfa, s. 55, 166, 215. **Serozan**, bu durumu “zamansal imkânsızlık” olarak ifade etmekte ve “mantikî imkânsızlık” adı altında objektif imkânsızlığın bir türü olarak değerlendirmektedir.

⁴⁹³ İfa imkânsızlığının tarafların üzerinde tasarruf edemeyeceği bir konu olduğu yönünde bkz. **Havutçu**, s. 144.

tereddüt edilmesi halinde de, “nisbî kesin vadeli” bir sözleşme bulunduğu kabul edilmelidir⁴⁹⁴. Zira BK m. 107 b. 3 hükmü ile kanun tarafından doğrudan düzenlenmiş olan durum budur. Ancak mutlak kesin vadeli olduğu açık olan sözleşmeler bakımından, kanaatimizce, edim ile zamanın koparılamaz ilişkisini göz önünde bulundurduğundan ötürü, yukarıda değindiğimiz ikinci görüş tercih edilmelidir. O halde **mutlak kesin vadeli** eser sözleşmelerinde, yüklenicinin eseri vadede teslim etmemesi halinde, artık ifanın **imkânsız** hale geldiği kabul edilmelidir. Örneğin, bir düğünün kameraya çekilmesi edimi gibi, niteliği gereği ancak düğün gününde, yani mutlak kesin vadede gerçekleştirilebilecek bir edim söz konusu olduğu takdirde, bu vadeden sonra artık edimin ifasının imkânsız hale geldiği kabul edilmelidir. Zira bu durumda borçlanılan, sadece kamera çekimi yapılması değil, kamera çekiminin kaçınılmaz olarak belirli bir tarihte yapılmasıdır. Burada ifa tarihi, borçlanılan edimden hiçbir biçimde ayrılamayacağına göre, bu tarihten sonra ifa artık mümkün değildir.

Yüklenicinin eseri kesin vadede teslim etmemesi kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, bu duruma **geçici bir ifa imkânsızlığı** da sebep olmuş olabilir. Vadeye kesinliğini verenin, edimin niteliği değil, tarafların iradesi olduğu nisbî kesin vadeli işlemler bakımından, borçlunun vadede ifada bulunması geçici ifa engellerinden ötürü olanaksızsa, edimin sonradan ifası mümkün olduğundan, borçlu temerrüdü hükümleri uygulanmalıdır⁴⁹⁵. Buna karşılık, vadede gerçekleşmeyen ifanın vadeden

⁴⁹⁴ İsviçre Federal Mahkemesi de, kesin vadeli işlemleri, edimin ifasının vadeden sonra da talep edilebileceği nisbî kesin vadeli işlemler olarak değerlendirmek eğilimindedir. Örneğin, BGE 103 II 102=JdT 1978 I 66; BGE 76 II 300=JdT 1951 I 267.

⁴⁹⁵ **Werz**, N 274; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 715; **Dural**, s. 103. Örneğin, bir otel imalâtçıya değişik organizasyonlarda kullanılmak üzere havai fişek imal ettirmek ister ve taraflar fişeklerin mutlaka sözleşmenin kurulmasından en geç bir ay sonra teslim edileceğini kararlaştırırlar. Sözleşmenin kurulmasından sonra, idare bu tür patlayıcı maddelerin imalâtını belirli süre için yasakladığından ötürü yüklenici fişekleri vadede teslim edemez. Nisbî kesin vadenin söz konusu olduğu bu durumda, iş

sonra telâfi edilemediği, vadeye kesinliği bizzat edimin niteliğinin verdiği mutlak kesin vadeli işlemlerde, ifanın vadede gerçekleşmemesi **geçici bir ifa engelinin** sonucu olsa dahi, artık **sürekli imkânsızlık** söz konusu olur⁴⁹⁶.

B. İfa İmkânsızlığının Doğuş Sebebine Göre Yapılan Ayırım

1. Maddî İmkânsızlık

Eser sözleşmesinin kurulmasından sonra meydana gelen objektif ifa imkânsızlığı maddî sebeplerden, diğer bir ifadeyle fiilî durumlardan ileri gelebilir⁴⁹⁷. Örneğin bir inşaat sözleşmesinde binanın üzerinde inşa edileceği arazinin sel veya toprak kayması gibi sebeplerle yok olması durumunda, eserin meydana getirilmesi ve dolayısıyla teslimi maddî olarak imkânsız hale gelir⁴⁹⁸. Keza tamir edilmek üzere yükleniciye bırakılan eşyanın yanması halinde de durum budur.

Henüz tamamlanmamış olan veya tamamlandığı halde iş sahibine teslim edilmemiş olan eser, beklenmeyen bir hal sebebiyle kısmen veya tamamen **telef olabilir** (BK m. 368). Eserin kazaen telef olması yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etme

sahibinin talep etmesi halinde fişekler sonradan da teslim edilebileceğinden, geçici ifa engeli sebebiyle kesin vadede ifada bulunamayan yüklenici bakımından borçlu temerrüdü söz konusu olur.

⁴⁹⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 96; **Gauch**, *Werkvertrag*, N 719; **Werz**, N 274; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 909. Örneğin, evlenecek bir çift bir imalâtçıya düğünlerinde kullanmak için en geç düğün gününde teslim edilmek üzere havai fişek imal etmesi için sipariş verir. İdare, eser sözleşmesinin kurulmasından sonra bu tür patlayıcı maddelerin imalâtını belirli süre için yasaklar ve yüklenici bu yasak sebebiyle düğüne kadar fişekleri teslim edemez. Mutlak kesin vadeli bir işlemin söz konusu olduğu bu durumda edim düğün tarihinden sonra artık niteliği gereği telâfi edilemeyeceğinden ötürü, geçici imkânsızlık yani imalât yasağı sonradan kalksa dahi, vadede gerçekleşmeyen edimin ifası sürekli olarak imkânsız hale gelmiştir.

⁴⁹⁷ **Pichonnaz**, *Impossibilité*, N 330; **Werz**, N 269; **Dural**, s. 9; **Öz**, *Dönme*, s. 161. Bu tür imkânsızlık, teknik veya fiilî imkânsızlık olarak da adlandırılmaktadır.

⁴⁹⁸ Örnek için bkz. **Werz**, N 269 dn. 24; **Erman**, *İnşaat*, s. 61.

ediminin ifasını zorunlu olarak imkânsız hale getirmez⁴⁹⁹. Kazaen telef olan eserin **yeniden meydana getirilmesinin mümkün** olduğu ve yüklenicinin de eseri yeniden meydana getirme borcu altında olduğu hallerde⁵⁰⁰, yüklenici, eseri yeniden meydana getirerek vadede teslim etmezse, temerrüdün diğer şartları da gerçekleştiği takdirde borçlu temerrüdüne düşer⁵⁰¹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, eser sözleşmesinde de ifa imkânsızlığı bakımından parça borcu cins borcu ayrımı yapılarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Bu görüşe⁵⁰² göre, tamamlanınca **ferdi ile belli** olacak bir eser **henüz tamamlanmadan** kazaen telef olursa, ifa imkânsızlığı söz konusu olmaz. Örneğin yüklenicinin inşasına başladığı bina, yapımı aşamasında meydana gelen bir deprem sonucu yıkılırsa, burada bir ifa imkânsızlığı yoktur; yüklenici bu binayı yeniden inşa etmek zorundadır⁵⁰³. Buna karşılık, tamamlandıktan sonra **ferdi ile belli olacak** eser **tamamlandıktan sonra** ancak henüz iş sahibine teslim edilmeden önce kazaen telef olursa, eserin teslimi ediminin ifası yüklenici bakımından kusursuz olarak imkânsız hale gelmiş olur (BK m.

⁴⁹⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Galante**, s. 146; **Tandoğan**, Cilt II, s. 316 vd.; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 143.

⁵⁰⁰ Teslimden önce kısmen veya tamamen telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin mümkün olup olmadığı, yani olayda ifa imkânsızlığının bulunup bulunmadığı meselesi ile eserin yeniden meydana getirilmesinin mümkün olduğu hallerde, yüklenicinin telef olan eseri yeniden meydana getirmek zorunda olup olmadığı meselesi ayrı meselelerdir. Bu sonuncu mesele eser sözleşmesinde edim hasarına hangi tarafın katlanacağı ile ilgilidir. Bu konuda, bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 1203 vd.; **Galante**, s. 132 vd.

⁵⁰¹ **Galante**, s. 136; **Öz**, Dönme, s. 161.

⁵⁰² **Corboz**, FJS 462, s. 3; **Tandoğan**, Cilt II, s. 318; **Öz**, Dönme, s. 161; **Erman**, İnşaat, s. 61. Burada eserin teslimi ediminin ifası imkânsız değildir. Ancak ifa aşırı güçleştiği takdirde, yüklenici, BK m. 365 f. 2'deki koşullar gerçekleşmişse bu hükme dayanarak bedel artırımını talep edebilir veya sözleşmeden dönmeyi seçerek tazminat ödemeksizin işe devam etmekten kaçınmayı tercih edebilir. **Gautschi**, Art. 376, N 5; **Tandoğan**, Cilt II, s. 318.

⁵⁰³ Örnek için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 61.

117 f. 1)⁵⁰⁴. Ancak eserin teslimine kadar bedele ilişkin hasara yüklenici katlanacağından, yüklenici de karşı edim olan telef olan eserin bedelini iş sahibinden talep edemez; telef olan esen bedelini önceden aldığı takdirde de bunu iş sahibine iade etmek zorundadır. (BK m. 117 f. 2; BK m. 368 f. 1)⁵⁰⁵. Örneğin yüklenici inşasını taahhüt ettiği binayı tamamlamış ancak iş sahibine henüz teslim etmemişken, inşaat beklenmeyen bir hal sebebiyle yıkılırsa, kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur; eseri teslim borcu sona eren yüklenici, binayı yeniden inşa etmek zorunda kalmaz⁵⁰⁶. Eser, tamamlanınca **çeşidi ile belli** olacak bir şey olduğu takdirde, ister tamamlanmadan önce, ister tamamlandığı halde iş sahibine henüz teslim edilmemişken kısmen veya tamamen telef olsun, ifa imkânsızlığı söz konusu olmaz. Zira aynı çeşit eseri teslim etme ediminin ifası, o çeşidi yeniden meydana getirmek mümkün olduğu sürece imkânsız hale gelmez⁵⁰⁷.

Bir başka görüşe⁵⁰⁸ göre, eserin teslimden önce tamamen veya kısmen telef olması halinde, eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin **imkânsız** olup olmadığı belirlenirken eserin bir **parça borcuna** mı, **yoksa cins borcuna** mı konu olduğundan

⁵⁰⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 317; **Öz**, Dönme, s. 161; **Erman**, İnşaat, s. 60.

⁵⁰⁵ Böylece edim hasarına iş sahibi katlanmış olur (BK m. 117 f. 1). Ancak bedel hasarına (karşı edim hasarına) yüklenici katlanır (BK m. 117 f. 2 c. 1; BK m. 368 f. 1), yani yüklenici de iş sahibinden telef olan eserin bedelini talep edemez. Yüklenici, bedeli daha önceden elde etmişse bunu iş sahibine iade etmek zorundadır. **Tandoğan**, Cilt II, s. 317-318; **Karayalçın**, s. 26-28.

⁵⁰⁶ Örnek için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 60.

⁵⁰⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 319; **Öz**, Dönme, s. 161. Bu durumda, yüklenici eseri yeniden meydana getirmek zorundadır, yani edime ilişkin hasara yüklenici katlanır. Ayrıca telef olan eser için iş sahibinden bedel talep edemez; bu itibarla bedele ilişkin hasara da yüklenici katlanır. Satım sözleşmelerinde çeşit satışında satılanın ayırt edilmesi veya gönderilecek borçlarda taşıyıcıya teslimi ile hasarın alıcıya geçtiğine ilişkin BK m. 183 f. 2 hükmü, eser imaline kıyasen uygulanamaz. Taraflarca aksi kararlaştırılmış olmadıkça, gerek edime, gerekse de bedele ilişkin hasar ancak eserin teslimi ile birlikte iş sahibine geçer (BK m. 368 f. 1). **Gautschi**, Art. 376, N 6; **Tandoğan**, Cilt II, s. 319; **Öz**, Dönme, s. 161.

⁵⁰⁸ **Galante**, s. 133-134.

hareket edilemez. Zira yüklenicinin eser sözleşmesindeki taahhüdü eserin kendisi değil, belirli bir sonuçtur. Bu görüşe göre, bu sonuç borcu bir nesne olmadığından, bir parça borcuna veya cins borcuna indirgenemez. Aksi halde, parça borcuna konu olabilecek bir eserin kazaen telef olduğu her durumda, yüklenici eseri yeniden meydana getirme borcundan kurtulurdu. Bu itibarla, eserin telef olması kural olarak sözleşmenin konusunun, yani iş görme sonucunun yerine getirilmesini imkânsız hale getirmez. Yüklenici de kural olarak taahhüt ettiği sonucu gerçekleştirme imkânına sahiptir⁵⁰⁹. Ancak istisnaen, eserin meydana getirilmesi için gerekli malzeme veya araç gerecin artık elde edilmez olduğu veya artık mevcut olmadığı durumlarda, taahhüt edilen sonuç gerçekleştirilemeyeceğinden ötürü, maddî ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Örneğin dünyada başka bir eşi bulunmayan bir kumaştan elbise dikilmesi söz konusu olup, bu kumaş eser tamamlanmadan önce veya bu kumaşın tamamı kullanılarak dikilen elbise tamamlandıktan sonra ancak henüz iş sahibine teslim edilmeden önce yanarsa, artık yüklenici bakımından ifa imkânsızlığı söz konusudur⁵¹⁰.

Kanaatimizce bu konuda eser sözleşmesinin konusunun, örneğin satım sözleşmesinden farklı olarak, bir “nesne” olmadığı, bir “iş görme sonucu meydana getirme” olduğu dikkate alınarak sonuca ulaşılmalıdır. Eser sözleşmesinde, sözleşmesinin konusu olan eser sözleşme kurulurken henüz mevcut değildir. Yüklenici teslim edeceği eseri öncelikle meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin henüz tamamlamadığı veya tamamladığı ancak iş sahibine teslim etmediği eserin kazaen telef olması, eserin imalinde kullanılacak olan malzeme yeryüzünde mevcut olduğu ve şahsen meydana getirilmesi zorunlu olan bir eser söz konusu olduğu takdirde, yüklenici eseri meydana getirme yeteneğine halen sahip olduğu müddetçe, maddî ifa

⁵⁰⁹ Galante, s. 134.

⁵¹⁰ Galante, s. 134 dn. 431.

imkânsızlığına yol açmaz⁵¹¹. Satım sözleşmesine konu olsaydı parça borcu teşkil edebilecek⁵¹² bir taşınır veya taşınmaz yüklenici tarafından imal edilmiş ancak henüz iş sahibine teslim edilmemişken telef olduğu takdirde ifanın imkânsız hale geldiğinin kabul edilmesi, eser sözleşmesinin mahiyetine uygun değildir. Bu sebeple, yukarıda değindiğimiz ikinci görüşe katılıyoruz. Buna göre örneğin iş sahibinin ünlü bir ressamla portresini yaptırmak üzere anlaştığı bir eser sözleşmesinde, portre ressam tarafından tamamlandıktan sonra ancak iş sahibine teslim edilmeden önce atölyede çıkan bir yangında yanarsa, ressamın portreyi teslim borcu ifa imkânsızlığı sebebiyle sona ermemelidir. Gerçekten de bu durumda eserin yeniden meydana getirilmesi mantıken ve fiilen mümkün olduğu halde, yüklenicinin borcunun ifa imkânsızlığı sebebiyle sona erdiğini kabul etmek yerinde olmaz. Bununla birlikte eserin yeniden meydana getirilmesi yüklenici bakımından aşırı ifa güçlüğüne yol açtığı takdirde, BK m. 365 f. 2'ye göre eser sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması yoluyla (örneğin bedel artırımını ve süre uzatımını talep edilerek) taraf menfaatleri dengelenebilir.

2. Hukukî İmkânsızlık

Eser sözleşmesinin kurulmasından sonra meydana gelen objektif ifa imkânsızlığına hukukî sebepler de yol açabilir. Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim etme edimini yerine getirmesine bir hukuk kuralı engel oluyorsa, borcun ifasında hukukî imkânsızlık söz konusudur⁵¹³. Örneğin imar düzenlemesinde sonradan değişiklik

⁵¹¹ Bu konuda bkz. **Corboz**, FJS 462, s. 3; **Galante**, s. 134.

⁵¹² Parça borcu – cins borcu ayrımını satım sözleşmeleri bakımından dahi gereksiz gören görüşler de mevcuttur. Örneğin bkz. **Serozan**, Parça Borcu – Çeşit Borcu, s. 214 vd.

⁵¹³ **Pichonnaz**, Impossibilité, N 331, 647; **Werz**, N 269; **Eren**, Borçlar Genel, s. 995-996; **Dural**, s. 9 vd.; **Öz**, Dönme, s. 164.

yapılması⁵¹⁴, inşaatın üzerinde yapılacağı arazinin sit alanı ilân edilmesi⁵¹⁵, belirli eserlerin meydana getirilmesinin ya da ithalinin yahut ihracının yasaklanması⁵¹⁶

⁵¹⁴ Sözleşme kurulduktan sonra değişen imar mevzuatının, sözleşmeye göre yüklenicinin eseri üzerinde meydana getirmeyi taahhüt ettiği arsada inşaat yapılmasını yasaklaması, yüklenicinin eseri teslim borcunu imkânsız hale getirir. Keza, imar mevzuatında yapılan değişikliklerle, inşaatın sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapılmasının yasaklaması halinde de hukukî imkânsızlık söz konusudur. Örneğin, yüklenici eser sözleşmesinde beş katlı bir bina inşa etmeyi taahhüt etmişken değişen mevzuat o bölgede ancak üç katlı bina yapımına cevaz veriyorsa durum budur. Ancak, bu gibi durumlarda da, taraflar anlaşarak sözleşmeyi değişen mevzuata uygun hale getirebilir. **Öz**, İnşaat, s. 164-165 ve oradaki dn. 58; **Erman**, İnşaat, s. 61-62 ve oradaki dn. 15. Yarg. 15. HD., 27.10.2004 T., 2004/1009 E., 2004/5441 K.: “taraflar arasında imzalanan sözleşmeden sonra imar durumunun değişmesi sebebiyle sözleşmeye uygun inşaat yapılamayacağına anlaşılmasına, bu durumda akdin BK’nun 117. maddesi uyarınca son bulunduğu kabulünün gerekmesine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 25.4.2002 T., 2001/5744 E., 2002/2065 K.: “Söz konusu ihtarnamenin gönderilmesinden önce 1997 yılı Kasım ayında parsellerin bulunduğu yer imar planındaki tadilat sonucu yeşil alana dönüştürüldüğünden, davalının inşaata başlaması mümkün değildir. Bu durum imar planında belediye tarafından yapılan tadilat nedeniyle ortaya çıktığından, imkânsızlık kamu düzeniyle ilgili olup objektif ve davalının dışındadır. İmar Kanunundan doğan engel nedeniyle inşaatın yapılması mümkün olmadığından, BK.nun 117. maddesinde yer alan imkânsızlık nedeniyle davalı ifaya zorlanamaz.” (www.kazanci.com).

⁵¹⁵ Yarg. 15. HD., 20.7.2007 T., 2007/2163 E., 2007/5035 K.: “Dava konusu olayda, sözleşmenin imzalanmasından sonra santralin yapılacağı alanın Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurulunun 19.5.1998 tarih ve 168-3148 sayılı kararı ile I, II. ve III. Derece sit alanı olarak tesciline karar verilmiş, ancak doğal yapının korunabilmesi için gerekli tüm önlemlerin alınması kaydıyla ve Çevresel Etki Değerlendirmesi (ÇED) raporu doğrultusunda ilgili kurumların onayı alındıktan sonra projenin uygulanabileceğine karar verilmiştir. (...)Yapılan yargılamalar sonucunda davalar kabul edilerek ÇED olumlu belgesine ve orman tahsisine ilişkin idari işlemler iptal edilmiş (...). Yargı kararlarından en sonuncusunun kesinleştiği 16.9.2004 tarihi itibarıyla fiili ve hukuki imkansızlık (objektif ifa imkansızlığı) gerçekleştiğinden Borçlar Kanununun 117 ve sözleşmenin 23.2 maddesi uyarınca akit bu tarihte kendiliğinden son bulmuştur.” (www.kazanci.com).

⁵¹⁶ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında yüklenicinin ihraç yasağının getirilebileceği ihtimalini göz önünde bulundurması gerektiğine hükmederek yükleniciyi imkânsızlıktan sorumlu tutmuştur. Karara konu olan olayda bir İsviçre firması, Pakistan’daki bir firmaya “Mini 8067” türü bir atom yerleşkesi inşa edip teslim etmeyi taahhüt etmiştir. Ancak İsviçre hükümeti sözleşme kurulduktan sonra “Makro 8062” türü atom tesislerinin ihracını yasaklamıştır. Federal Mahkeme, bir başka tür atom tesisinin ihracının yasaklanmasının somut olay bakımından hukukî imkânsızlık teşkil etmediğine hükmetmiştir. Bununla birlikte sözleşmeye konu olan atom tesisinin ihracı yasaklansaydı ve hukukî imkânsızlık gerçekleşseydi durumun ne olacağını da değerlendirmiştir. Buna göre, somut olayda hukukî imkânsızlık gerçekleşmiş olsaydı dahi, yüklenici imkânsızlıktan ötürü İBK m. 97 (BK m. 96) hükmüne göre sorumlu tutulabilirdi.

hallerinde, hukukî imkânsızlık söz konusudur⁵¹⁷. Edimin ifa edilmesinin artık hukuka aykırı olması sebebiyle edimini ifa etmeyen yüklenici, borçlu temerrüdüne düşmüş olmaz. Bu tür durumlarda, ifa imkânsızlığı hükümleri uygulanır⁵¹⁸. Yüklenici, eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin hukuken imkânsız hale geleceğini biliyorsa veya gerekli özeni gösterdiği takdirde bilebilecek durumdaysa, bu imkânsızlıktan sorumludur (BK m. 96)⁵¹⁹. Aksi takdirde, kusursuz ifa imkânsızlığı sebebiyle eseri teslim borcu sona erer (BK m. 117 f. 1).

C. Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığıyla İlgili Özel Düzenlemeler

Kanun koyucu, bazı ifa imkânsızlığı hallerini eser sözleşmeleri bakımından, BK m. 370 ve BK m. 371 hükümleri ile özel olarak düzenlemiştir:

1. İş Sahibine İsnad Edilebilen Bir Sebepten Ötürü İfanın İmkânsız Hale Gelmesi

BK m. 370 f. 1'e göre, eserin meydana getirilmesi iş sahibi nezdinde meydana gelen bir kaza sebebiyle imkânsız hale gelirse, yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden talep edebilir. Bu hükümde söz konusu olan, eser sözleşmesinin kurulmasından sonra ortaya çıkan objektif ve sürekli bir

Zira Federal Mahkeme'ye göre, nükleer teknoloji ile uğraşan uzman bir kuruluş olan yüklenici, hükümetin bazen beklenmeyen nitelikte de olsa enerji alanında uluslar arası politikanın gerektirdiği bazı tedbirleri almasına her zaman hazır olmalıdır. Bu itibarla, yüklenici, bu konuda hükümete geniş bir alanda düzenleme yapma yetkisi veren yasal mevzuatı da dikkate alarak bu tür bir ihracat yasağının getirilebileceğini öngörebilecek durumdaydı. Bu çerçevede sözleşmeyi müzakere ederken eserin tesliminin gerçekleşmemesi halinde uygulanabilecek bazı ihtirazî kayıtları sözleşmeye koydurabilirdi. Somut olayda yüklenici böyle bir yola gitmediğinden ihraç yasağı bulunsaydı dahi borcunu yerine getirememesinden ötürü sorumlu olacaktı. BGE 111 II 352 = JdT 1986 I 73.

⁵¹⁷ Von Tuhr/Escher, s. 94; Werz, N 269 dn. 25; Dural, s. 11; Eren, Borçlar Genel, s. 996.

⁵¹⁸ Bucher, Allgemeiner Teil, s. 419; Werz, N 269 dn. 25; Pichonnaz, Impossibilité, N 331.

⁵¹⁹ BGE 111 II 352 = JdT 1986 I 73.

imkânsızlıktır⁵²⁰. Hükümde söz edilen “iş sahibi nezdinde meydana gelen kaza”dan kasıt, iş sahibinin **şahsında** veya onun **faaliyet alanında** meydana gelen beklenmeyen olaylardır⁵²¹. Örneğin dişine dolgu yapılacak olan iş sahibi operasyondan önce vefat etmişse, eserin meydana getirilmesi, yani dolgunun yapılması iş sahibinin **şahsına** ilişkin bir beklenmeyen hal sebebiyle imkânsız hale gelmiştir. İş sahibinin **faaliyet alanına** giren olaylara örnek olarak da, iş sahibinin sağlamayı taahhüt ettiği malzemeyi sözleşmenin kurulmasından sonra bu malzemeye ilişkin getirilen ithalât yasağı sonucu artık sağlayamayacak olması gösterilebilir. Keza, üzerinde bina inşası kararlaştırılan iş sahibine ait arazinin kamulaştırılması veya toprak kayması sonucu yok olması ya da sit alanı ilân edilerek inşaat yasağı konulması⁵²² sebebiyle eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale geldiği durumlar da bu cümledendir⁵²³. Kesin sınırlar çizmenin mümkün olmadığı bu konuda, hâkim, iş sahibine yüklenebilen bir ifa imkânsızlığı olup olmadığını, sözleşme hükümlerini ve somut olayın şartlarını değerlendirerek takdir eder (MK m. 4)⁵²⁴.

BK m. 370 f. 2’ye göre, eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesinde **iş sahibi kusurluysa**, yüklenici yaptığı işin değeri ve buna dâhil olmayan masraflarının yanı sıra iş sahibinden **tazminat** da talep edebilir. Eserin meydana getirilmesi iş sahibinin kastî veya ihmâlî davranışı sonucunda imkânsız hale gelmişse, iş sahibi bu

⁵²⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 723; **Tandoğan**, Cilt II, s. 326-327; **Buz**, İmkânsızlık, s. 26.

⁵²¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 724; **Tandoğan**, Cilt II, s. 326-327; **Aral**, s. 385.

⁵²² Yarg. 15. D., 4.7.1989 T., 1989/199 E., 1989/3232 K.: “ (...) inşaat süresi (...) bitmeden inşaat alanının sit bölgesine dâhil edilmesi nedeniyle, inşaatın bitirilmesi imkânsız bir hal almış (...)” (**Kostakoğlu**, s. 828).

⁵²³ Örnekler için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 725; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4844; **Tandoğan**, Cilt II, s. 327; **Aral**, s. 386; **Buz**, İmkânsızlık, s. 28.

⁵²⁴ **CR-Chaix**, Art. 378 N 9.

imkânsızlığın meydana gelmesinde kusurludur⁵²⁵. Örneğin, eser sözleşmesinde tamiri kararlaştırılan evini tamirat başlamadan önce yıktıran⁵²⁶ veya açıkça hukuka aykırı bir kamulaştırma işlemine itiraz etmeyerek üzerinde bina inşa edilecek arazisinin kamulaştırılmasına sebep olan⁵²⁷ iş sahibi, eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesine kusuru ile sebep olmuştur. Keza, iş sahibi, yüklenici ifada bulunmaya hazırken, işi bir başka yükleniciye yaptırmışsa, yine yüklenicinin eseri meydana getirmesini kusuruyla imkânsız hale getirmiş olur⁵²⁸. Ayrıca, iş sahibinin başvurduğu yardımcı kişinin davranışı sonucu ortaya çıkan ifa imkânsızlığından da, iş sahibine izafe edilebilecek farazî bir kusur⁵²⁹ bulunduğu takdirde, iş sahibi sorumludur⁵³⁰.

Eserin meydana getirilmesi ister iş sahibi nezdinde gerçekleşen beklenmeyen bir olay sonucu, ister iş sahibinin kusuru ile imkânsız hale gelsin, **eser sözleşmesi** kanun gereği ve ileriye etkili olarak **sona erer**⁵³¹. Böylece, tarafların eserin henüz meydana getirilmemiş olan kısmına ilişkin alacakları son bulur⁵³². BK m. 370 f. 1'e göre, imkânsızlık iş sahibi nezdinde meydana gelen bir beklenmeyen halin sonucu ise, yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan **bedelin** eserin meydana getirdiği kısmıyla **orantılı**

⁵²⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 736; **Tandoğan**, Cilt II, s. 331.

⁵²⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 736; **Tandoğan**, Cilt II, s. 331; **Buz**, İmkânsızlık, s. 32.

⁵²⁷ **Pedrazzini**, s. 52; **Corboz**, FJS 462, s. 13; **Gauch**, Werkvertrag, N 736.

⁵²⁸ Yarg. 15. HD., 9.11.2005 T., 2005/4758 E., 2005/5930 K.: “davacılar, yanlar arasındaki akdî ilişki yürürlükte olduğu halde, 28.11.1997 tarihinde, Er-Balaylar firmasıyla eksik işlerin yapımı için sözleşme yapmış, işlerin bu ve başka bir firma tarafından yapılmasını sağlamış ve davalı yüklenicinin ediminin ifasını, kendi kusurlu davranış ve işlemleriyle imkânsız kılmışlardır.” (www.kazanci.com).

⁵²⁹ Yardımcı kişinin eserin meydana getirilmesini imkânsız hale getiren davranışında bizzat iş sahibi bulunmuş olsaydı, bu davranış iş sahibi bakımından kusurlu olarak nitelenebilecek idiyse, iş sahibine yüklenebilen farazî bir kusur vardır. Farazî kusur kavramı hakkında bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1038.

⁵³⁰ **Corboz**, FJS 462, s. 13; **Gauch**, Werkvertrag, N 736; **Tandoğan**, Cilt II, s. 331.

⁵³¹ **Corboz**, FJS 462, s. 14; **Gauch**, Werkvertrag, N 732; **Buz**, İmkânsızlık, s. 29.

⁵³² **Gauch**, Werkvertrag, N 732.

kısmına hak kazanmakta⁵³³; ayrıca sözleşmede kararlaştırılan **bedele dâhil olmayan masraflar** yapmışsa, bunları da iş sahibinden talep edebilmektedir⁵³⁴. Yüklenici, eseri meydana getirmeye fiilen henüz başlamamış olmakla birlikte, sözleşme kurulduktan sonra ifaya hazırlık mahiyetinde bazı harcamalar yapmış olup da ifanın imkânsız hale gelmesi sebebiyle bu giderler boşa gitmişse, iş sahibinden bunların da tazminini talep edebilir⁵³⁵. Eserin meydana getirilmesi **iş sahibinin kusuru** sonucu imkânsız hale geldiyse, yüklenici, ayrıca iş sahibinden **tazminat** da talep edebilir. Yüklenici, eser sözleşmesinin vaktinden önce sona ermesi sonucunda sözleşmede kararlaştırılan **bedelin tümüne değil**, ancak meydana getirdiği kısma karşılık gelen kısmına hak kazanmıştır. İşte, yüklenicinin bu sebeple uğradığı kazanç kaybının da tazmini gerekir⁵³⁶.

BK m. 370'de düzenlenen durum, eserin **meydana getirilmesinin** iş sahibine isnad edilebilen bir sebepten ötürü imkânsız hale gelmesidir. Kuşkusuz, eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale geldiği her durumda eserin teslimi de imkânsız hale gelir.

⁵³³ **Gauch**'un haklı olarak belirttiği gibi, BK m. 370 (İBK m. 378) hükmünde açıkça belirtilmese de, iş sahibi eserin o ana kadar meydana getirilmiş olan kısmının bedelini ödediğine göre, eserin bu kısmının kendisine verilmesini yükleniciden talep edebilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 732. **Corboz** ise bu konuda bir ayırım yapmaktadır. **Corboz**'a göre, imkânsızlık iş sahibi nezdinde gerçekleşen beklenmeyen bir olayın sonucu ise, yüklenici eseri olduğu hali ile iş sahibine teslim etmek zorundadır. Buna karşılık, imkânsızlık iş sahibinin kusurunun sonucu ise, yüklenici eserin meydana getirmiş olduğu bölümünü iş sahibine teslim edip etmemekte serbesttir. **Corboz**, FJS 462, s. 14. Kanaatimizce, böyle bir ayırım gereksizdir. Zira eserin meydana getirilmesi ister iş sahibi nezdinde gerçekleşen bir beklenmeyen hal sebebiyle, ister iş sahibinin kusuruyla imkânsız hale gelsin, her iki durumda da yüklenici meydana getirdiği kısmın bedeline hak kazanmaktadır. İş sahibi kusurlu ise, zaten yüklenicinin zararını da tazmin etme yükümlülüğü altındadır. Şu halde, iş sahibinin imkânsızlıkta kusurlu olduğu durumlarda eserin meydana getirdiği kısmını yükleniciye bırakarak yükleniciyi sebepsiz olarak zenginleştirmenin dayanağı yoktur.

⁵³⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 730; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4840, 4841.

⁵³⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 731.

⁵³⁶ Bu tazminat yüklenicinin ifaya ilişkin menfaatini karşılamaya yöneldiğinden müsbet zarar tazminatı niteliğindedir. **Corboz**, FJS 462, s. 14-15; **Gauch**, Werkvertrag, N 735; **Tandoğan**, Cilt II, s. 330.

Ancak eser tamamlanmış olmasına karşılık, eserin teslimi imkânsız hale gelmiş olabilir. BK m. 370 hükmü tamamlanmış bir eserin **tesliminin** iş sahibine isnad edilebilen bir sebepten ötürü imkânsız hale geldiği durumlara da⁵³⁷ kıyasen⁵³⁸ uygulanabilir⁵³⁹.

2. Yüklenicinin Ölümü veya Eseri Tamamlama Yeteneğini Kaybı

BK m. 371'e göre, yüklenicinin kişisel yetenekleri göz önünde tutularak akdedilen eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölmesi veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda, eser sözleşmesi kendiliğinden sona erer. BK m. 371'de söz edilen ifa imkânsızlığı da, eser sözleşmesi kurulduktan **sonra** meydana gelen, **sürekli ve objektif** bir imkânsızlıktır⁵⁴⁰. Bu hükmün uygulanmasının ön şartı, eser sözleşmesinin **yüklenicinin kişisel özellikleri** göz önünde tutularak kurulmuş

⁵³⁷ **Tandoğan**, iş sahibinin faaliyet çevresinde doğan bir beklenmeyen hal sebebiyle tamamlanmış bir eserin tesliminin imkânsız hale gelebileceği hallere örnek olarak, idarenin yapının üzerinde inşa edildiği iş sahibine ait araziye ilişkin olarak kamulaştırma kararı almasını veya bu arazinin toprak kayması sonucunda yok olmasını göstermektedir. Örnekler için bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 327-328.

⁵³⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 746. Buna karşılık, BK m. 370 hükmünün eserin sadece tesliminin imkânsız hale geldiği durumlarda da doğrudan uygulanacağı görüşünde: **Corboz**, FJS 462, s. 11-12; **CR-Chaix**, Art. 378 N 6.

⁵³⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 746; **Tandoğan**, Cilt II, s. 327-328. Buna göre, eserin tesliminin imkânsız hale gelmesi ile birlikte **eser sözleşmesi** ileriye etkili olarak **sona erer**. BK m. 370 hükmüne kıyasen, yüklenici eserin meydana getirdiği kısmı ile **orantılı** olarak sözleşmede kararlaştırılan **bedeli** ve sözleşmede kararlaştırılan bedele dâhil edilmemiş olan masraflar yapmışsa bu masrafları iş sahibinden talep edebilir. Ayrıca, iş sahibi eserin tesliminin imkânsız hale gelmesine kusuru ile sebep olmuşsa, yüklenici tazminata da hak kazanır. Bu durumda teslim mümkün olmadığından, iş sahibi eserin o ana kadar meydana getirilmiş kısmının bedelini ödemek zorunda kalmakta ancak bu kısmın kendisine verilmesini talep edememektedir. **Gauch**'un haklı olarak belirttiği gibi, dürüstlük kuralı (MK m. 2) gereği, yüklenici, tamamlanmış eseri veya eser henüz tamamlanmamışsa meydana getirilen kısmını bir başka şekilde kullanarak bir kazanç elde etmişse, bu kazanç yüklenicinin iş sahibine yönelttiği taleplerden indirilmelidir. **Gauch**, Werkvertrag, N 747.

⁵⁴⁰ Buradaki ifa imkânsızlığı objektiftir. Zira yüklenicinin eseri şahsen yapma veya şahsî denetimi altında yaptırma borcunun bulunduğu durumlarda, bu borcu üçüncü bir kişi yerine getiremez. **Gauch**, Werkvertrag, N 754; **CR-Chaix**, Art. 379 N 6.

olmasıdır⁵⁴¹. Bundan kasıt, yüklenicinin eseri şahsen meydana getirme veya şahsî denetimi altında meydana getirtme borcu altında olmasıdır⁵⁴². Eser sözleşmesinde yüklenicinin kişisel yeteneklerinin göz önünde tutulup tutulmadığı konusunda genel bir kural koyulamaz. Bu konuda her somut olayın koşulları incelenmelidir. Öncelikle taraflar arasında bu yönde bir anlaşma varsa, bu anlaşmaya, böyle bir anlaşma bulunmuyorsa, işin niteliğine bakılmalıdır⁵⁴³. Meseleye işin niteliği bakımından yaklaşıldığında, örneğin tablo, heykel yapımı gibi sanatsal boyutu olan eserlere ilişkin sözleşmelerde yüklenicinin yeteneğinin ön plânda olduğu açıktır⁵⁴⁴. İnşaat sözleşmeleri bakımından ise, yüklenicinin kişisel özelliklerinin sözleşmenin kurulmasında belirleyici olduğuna ilişkin bir genelleme yapılmamalıdır. Günümüz koşullarında inşaat sektöründe yoğun olarak alt yüklenicilere başvurulmasının artan iş bölümü ihtiyacının bir gereği olduğu göz önünde tutularak, her somut olayda yüklenicinin kişisel yeteneğinin önemi ayrıca incelenmelidir⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Eser sözleşmesi, yüklenicinin **kişisel yetenekleri** göz önünde tutularak **kurulmamışsa**, yüklenicinin ölümü ya da eseri tamamlama yeteneğini yitirmesi eser sözleşmesini sona erdirmez. Zira, bu durumda, edimin bir başka kimse tarafından yerine getirilmesi mümkündür. Yüklenici ölmüşse mirasçılarının, yüklenici eseri tamamlama yeteneğini yitirmişse yine kendisinin eseri meydana getirme ve iş sahibine teslim etme borcu devam eder. İlk durumda mirasçılar, ikinci durumda ise yüklenici, eseri bir başka kişiye tamamlamak zorundadır. **Gauch**, Werkvertrag, N 755; **CR-Chaix**, Art. 379 N 13; **Corboz**, FJS 462, s. 17; **Tandoğan**, Cilt II, s. 333.

⁵⁴² **Gauch**, Werkvertrag, N 753; **CR-Chaix**, Art. 379 N 4.

⁵⁴³ **Erman**, İnşaat, s. 63.

⁵⁴⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 332; **Öz**, Dönme, s. 162; **Buz**, İmkânsızlık, s. 35. Yarg. 15. HD., 21.11.1989 T., 1989/1739 E., 1989/4859 K.: “(...) yüklenicinin ölümü halinde (...) yüklenilen işin bir sanat eseri niteliğinde, örneğin resim veya heykel yapımı vs. olması halinde sözleşme sona erer.” (**Kostakoğlu**, s. 824).

⁵⁴⁵ **CR-Chaix**, Art. 379 N 4; **Öz**, Dönme, s.162-163. Yargıtay’ın ve İsviçre Federal Mahkemesi’nin eski tarihli bazı kararlarında, inşaat sözleşmesinin kurulmasında yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu görüşü hâkimdi. Örneğin, Yarg. 15. HD. T.7.7.1975 T., 3149 E., 3436 K.. (YKD. 1976/6, s. 874-876). Bu karar ve eleştirisi için bkz. **Öz**, Dönme, s. 162-163; **Erman**, İnşaat, s. 63 dn. 17. İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kararında bina inşasında yüklenicinin şahsî yeteneklerinin belirleyici olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkeme bu hükmüne gerekçe olarak, inşaat sözleşmesinde iş sahibinin yüklenicinin sözünde

BK m. 371 hükmünün kapsamına sadece gerçek kişi yükleniciler değil, aynı zamanda **tüzel kişi yükleniciler** de girer⁵⁴⁶. Tüzel kişi yüklenici de eseri şahsen yapma ya da şahsî denetimi altında yaptırma borcu altında olabilir⁵⁴⁷. Tüzel kişi böyle bir borç altında olduğu takdirde, borcunu yetkili organları eliyle ifa eder⁵⁴⁸. Tüzel kişinin paydaşlarında veya yönetiminde bir değişiklik meydana gelmesinin eser sözleşmesinin devamına etkisi, her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilir⁵⁴⁹. **Tüzel kişi yükleniciler** bakımından, ölüm söz konusu olmaz⁵⁵⁰. Tüzel kişinin işi yapmakla

duracağından ve yapacağı işin kalitesinden emin olmak isteyeceğini göstermiştir. BGE 103 II 52=JdT 1977 I 542. Ancak, Yargıtay, son yıllardaki kararlarında genel olarak inşaat sözleşmelerinin yüklenicinin kişiliği dikkate alınarak akdedilmediğine, bu sözleşmenin ifasına mirasçılarının devam edebileceğine hükmetmektedir. Örneğin, Yarg. 15. HD., 22.4.1993 T., 1993/1866 E., 1993/1907 K.: “mahkemece davahılardan müteahhidin öldüğü, bu durumda BK.nun 371. maddesi uyarınca akdin sona erdiği gerekçesinde de isabet yoktur. Anılan maddeye göre inşaat sözleşmesinin sona ermesi, akdin müteahhidin şahsı ve özel yetenekleri dikkate alınarak yapılmış olmasına bağlıdır. Oysa, olay bir inşaat yapımından ibaret olup sözleşme yüklenicinin şahsı nazara alınarak akdedilmiş değildir. Yüklenicinin mirasçılarının bizzat ya da bir başkası eliyle inşaatı yapması da imkân dâhilinde olduğundan olayda BK.nun 371. maddesinin tatbiki mümkün değildir.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 12.1.1990 T., 1990/1503 E., 1990/ 4707 K.: “(...) mahkeme, müteahhit Ahmet’in öldüğünden dolayı Borçlar Kanununun 371. maddesine göre bu olguyu gerekçe yaparak sözleşmenin feshine karar vermiştir. Anılan maddedeki müteahhidin ölmesi durumu, yapılacak işin müteahhidin şahsi meziyet ve mahareti nazara alınması hallerine münhasırdır. Olayımızda, normalde inşaatı müteahhidin mirasçıları da yapabilir. İnşaatın tamamlanmasında müteahhidin şahsi becerisi nazarı itibara alınmamıştır.” (www.kazanci.com).

⁵⁴⁶ Hükmün tüzel kişi yüklenicilere de doğrudan uygulanacağı yönünde, **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4848. Buna karşılık, **Gauch**’a göre bu hüküm, gerçek kişileri esas aldığından, tüzel kişiler bakımından ancak kıyasen uygulanabilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 761.

⁵⁴⁷ **Corboz**, FJS 459, s. 17; **CR-Chaix**, Art. 379 N 9. Kısmen farklı görüşte olan **Gauch**’a göre, tüzel kişi eseri şahsî denetimi altında yaptırmayı borçlanabilirse de, şahsen yapmayı borçlanamaz. **Gauch**, Werkvertrag, N 761.

⁵⁴⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 610.

⁵⁴⁹ **CR-Chaix**, Art. 379 N 5.

⁵⁵⁰ Tüzel kişilerin feshinin veya infisahının yüklenicinin ölümü gibi değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, şahsen ifa veya şahsî denetim borcu altında olan tüzel kişi bakımından fesih veya infisah onun ölümü ile eş değerdir. Bu görüşte: **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4848; **CR-Chaix**, Art. 379 N 9. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, bu durum yüklenicinin ölümü olarak değerlendirilemez. Zira fesih veya infisah halinde tüzel kişi tasfiye

yükümlü çalışanın ölümü, bu iş başka bir kişi tarafından yerine getirilemeyecek nitelikteyse, tüzel kişi bakımından eseri tamamlama yeteneğinin kaybı olarak nitelendirilebilir⁵⁵¹. Tüzel kişi yüklenicinin eseri şahsen meydana getirmek veya şahsen denetlemekle yükümlü olan ortağının ölmesi halinde, iş sahibinin ölen ortak olmaksızın yüklenici ile eser sözleşmesini akdetmeyeceği sonucuna varılabiliyorsa, BK 371 hükmünün uygulanabileceği genel olarak kabul edilmektedir⁵⁵².

Yüklenicin ölümünden başka, onun **eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi** de yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak akdedilen eser sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona ermesine yol açar (BK m. 371 f. 1). Yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesinden anlaşılması gereken şudur: Yüklenici, eseri **şahsen meydana getirme** borcu altında olduğu takdirde, **çalışma yeteneğini** yitirirse veya eseri şahsî denetimi altında yaptırma borcu altında iken, bu **çalışmayı organize etme olanağını** kaybederse, eseri tamamlama yeteneğini kaybetmiş demektir⁵⁵³. Eseri tamamlama yeteneğinin kaybına, doktrinde ve yargı içtihatlarında geniş bir anlam verilmektedir. Şöyle ki, sadece yüklenicinin şahsına özgü entelektüel veya fizikî nitelikleri yitirmesi değil, ayrıca yüklenicinin eseri tamamlamak için gerekli personele veya malzemeye artık sahip olmaması da eseri tamamlama yeteneğinin kaybı olarak değerlendirilmektedir⁵⁵⁴. Bir ressamın veya heykeltıraşın akıl hastalığına yakalanması⁵⁵⁵

sürecine girer ve sona ermeden önce borçlarını ifa etmek zorundadır. Tasfiye edilmeyip de devralınırsa, bu defa borçları devralan tarafından yerine getirilir.

⁵⁵¹ **Corboz**, FJS 462, s. 15; **CR-Chaix**, Art. 379 N 9.

⁵⁵² **Corboz**, FJS 462, s. 15; **CR-Chaix**, Art. 379 N 9; **Tandoğan**, Cilt II, s. 332-333; **Öz**, Dönme, s. 163; **Erman**, İnşaat, s. 63-64.

⁵⁵³ **CR-Chaix**, Art. 379 N 10.

⁵⁵⁴ **Corboz**, FJS 462, s. 16; **Gauch**, Werkvertrag, N 756; **Aral**, s. 388; **Öz**, Dönme, s. 162.

veya ellerinin felç olması örneği⁵⁵⁶ birinci duruma, İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında yer verildiği üzere yüklenicinin ticarî faaliyeti bırakarak işletmesini dağıtması sonucunda işin icrası için gerekli olan personel ve malzemeden yoksun kalması⁵⁵⁷ ikinci duruma örnek olarak gösterilebilir.

Yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybı halinde BK m. 371 hükmünün uygulanabilmesi için, yüklenicinin bu yeteneği “kusuru olmaksızın”⁵⁵⁸ kaybetmiş olması gerekir (BK m. 371 f. 1). Yüklenici eseri tamamlama yeteneğini **kusuru ile** kaybetmişse, bir görüşe göre⁵⁵⁹, sözleşme yine BK m. 371 (İBK m. 379) uyarınca sona erer; kusur sadece sözleşmenin sona ermesine bağlı olarak ortaya çıkan tazminat talebi bakımından önemlidir. Diğer bir görüşe göre⁵⁶⁰ ise, bu durumda artık BK m. 371 (İBK m. 379) hükmü uygulanmaz. Burada sonraki kusurlu ifa imkânsızlığı söz konusu olduğundan, bu konudaki genel düzenleme olan BK m. 96 (İBK m. 97) hükmü uygulanır; yüklenicinin eseri teslim borcunun yerini tazminat ödeme borcu alır. Kanaatimizce, bu son görüş yerindedir. BK m. 371 hükmünün açık lâfzı karşısında,

⁵⁵⁵ Örnek için bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 334-335. Yarg. HGK., 14.12.1968 T., 1967/756 E., 1968/828 K.: “Akıl hastalığı, akdın ifasını imkânsı kılan ve borçluya isnad olunmayan bir haldir.” (**Kostakoğlu**, s. 826).

⁵⁵⁶ Örnek için bkz. **Corboz**, FJS 462, s. 16; **CR-Chaix**, Art. 379 N 10.

⁵⁵⁷ BGE 103 II 52=JdT 1977 I 542. Böyle bir durumda, yüklenici işletmesini dağıtmakta kusurlu ise BK m. 371 hükmünden yararlanamaz. Zaten, söz konusu kararda da yüklenicinin kusurlu olduğuna hükmedilmiştir. Karar için bkz. ayrıca **Seliçi**, İnşaat, s. 48; **Öz**, Dönme, s. 162.

⁵⁵⁸ BK m. 371 f. 1 hükmünde yer alan “kusuru olmaksızın” ibaresi, yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesine ilişkin olup, ölümü ile ilgili değildir. Bu sebeple, yüklenicinin kusuru ile ölmüş olmasının (örneğin, intihar ederek veya dikkatsizliği sonucu ölmesinin) bir önemi yoktur. **Corboz**, FJS 462, s. 15; **CR-Chaix**, Art. 379 N 8.

⁵⁵⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 757.

⁵⁶⁰ **Corboz**, FJS 462, s. 17; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4849; **CR-Chaix**, Art. 379 N 11. İsviçre Federal Mahkemesi'nin görüşü de bu yöndedir. Örneğin, BGE 103 II 52 = JdT I 1977 547. Bu karar için bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 334 dn. 54c.

yüklenicinin eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi bakımından kusurunun bulunmaması şartı aranmalıdır.

Yüklenicinin şahsen ifada bulunması göz önünde tutularak kurulmuş olan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi halinde, **eser sözleşmesi** kanundan ötürü ve *ex nunc* (ileriye etkili) olarak **sona erer** (BK m. 371 f. 1)⁵⁶¹. Böylece eserin henüz meydana getirilmemiş olan kısmına ilişkin hak ve borçlar ortadan kalkar⁵⁶². Aslında bu durumda iş sahibi, eser kendisine teslim edilmiş olmadığından, kural olarak yükleniciye bedel ödemek zorunda değildir⁵⁶³. Ancak eserin tamamlanan kısmının iş sahibi tarafından kullanılması mümkünse⁵⁶⁴, iş sahibi kendisine yüklenici veya mirasçıları tarafından teklif edilen tamamlanmamış eseri kabul etmek ve bunun karşılığında sözleşmede kararlaştırılan bedeli tamamlanan kısım ile orantılı olarak yükleniciye veya mirasçılarına ödemek zorundadır (BK m. 371 f. 2)⁵⁶⁵.

⁵⁶¹ **Corboz**, FJS 462, s. 18; **CR-Chaix**, Art. 379 N 14; **Aral**, s. 388.

⁵⁶² **CR-Chaix**, Art. 379 N 14.

⁵⁶³ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4851.

⁵⁶⁴ Eserin tamamlanmış kısmının iş sahibi tarafından kullanılabilir olup olmadığı her somut olayın şartlarına göre takdir edilmelidir. Örneğin, meydana getirilmesine başlanan **eserin** üçüncü bir kişi veya bizzat iş sahibi tarafından **tamamlanabilir olması**, eserin yüklenici tarafından tamamlanmış bölümünün, iş sahibi tarafından kullanılabilir olduğunu gösterir. **Gauch**, Werkvertrag, N 763; **Corboz**, FJS 462, s. 18; **CR-Chaix**, Art. 379 N 15; **Erman**, İnşaat, s. 64.

⁵⁶⁵ **Corboz**, FJS 462, s. 18; **Gauch**, Werkvertrag, N 765-766; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4851; **Öz**, Dönme, s. 162; **Erman**, s. 64. BK m. 371 hükmünde ne yüklenici ne de iş sahibi bakımından bir **tazminat** yükümlülüğü öngörülmüştür. Burada kanun koyucu nitelikli olarak susmuştur. Zira, bu hükmün konuluş amaçlarından biri de zaten bu özel imkânsızlık halinde tazminat yükümlülüğünü bertaraf etmektir. **Gauch**, Werkvertrag, N 767; **CR-Chaix**, Art. 379 N 17.

III. YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNU İFA ETMEMİŞ OLMASI

Yüklenicinin eseri teslim borcunu nasıl ifa edeceğini yukarıda ayrıntılı olarak açıklamıştık⁵⁶⁶. Temerrüdün temel şartı borcun ifa edilmemesi olduğuna göre, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, onun, teslim vadesi geldiği halde eseri iş sahibine tamamlanmış olarak ve bütünüyle teslim etmemiş olması gerekir⁵⁶⁷.

Yüklenici, taşınır eser imalinde taşınırın mülkiyetini, kendi hâkimiyet alanında bulunan bir taşınır üzerinde bağımsız varlığı bulunmayan bir eser imali söz konusu ise, çalışmanın üzerinde gerçekleştiği taşınırın zilyetliğini, iş sahibine nakletmediği takdirde teslim gerçekleşmemiş demektir. İş sahibinin hâkimiyet alanında meydana getirilen bağımsız varlığı bulunmayan eserler ile iş sahibine ait arsada meydana getirilen bir inşaat söz konusu ise, yüklenici eseri tamamladığını iş sahibine açık veya örtülü olarak bildirmedeği takdirde, teslim borcunu ifa etmemiş olur. Yüklenicinin arsasında yapılan inşaatlarda ise, yüklenici inşaatın zilyetliğini ve inşaatın üzerinde bulunduğu arsanın veya esere isabet eden arsa payının mülkiyetini iş sahibine nakletmediği takdirde, teslim gerçekleşmez. Maddî bir varlık üzerinde dış dünyaya açıklanan bir fikrî eser söz konusu ise, yüklenici, eserin üzerinde devamlı olarak biçimlendiği şeyin mülkiyetini iş sahibine nakletmediği takdirde, maddî bir varlık üzerinde somutlaşmayan bir fikrî eser söz konusu ise, iş görme edimini tamamlamadığı takdirde, eseri teslim etmemiş demektir.

⁵⁶⁶ Bkz. yukarıda § 2 II. C.

⁵⁶⁷ Genel olarak eseri teslim borcunun ifası ve hangi hallerde ifanın gerçekleşmemiş olacağı hakkında bkz. **Gauch**, *Werkvertrag*, N 87 vd.; **Tercier**, *Contrats spéciaux*, N 4416; **Tandoğan**, *Cilt II*, s. 125 vd.; **Öz**, *Dönme*, s. 165 vd.; **Öz**, *İnşaat*, s. 128 vd.;

IV. ESERİN TESLİMİNDEKİ GECİKMENİN OBJEKTİF OLARAK BORCA AYKIRI OLMASI

A. Genel Olarak

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinden söz edebilmek için, onun edimi zamanında yerine getirmemiş olmasının, yani ifadaki gecikmesinin “objektif olarak borca aykırılık” teşkil etmesi gerekir⁵⁶⁸. Aksi halde, ifasında gecikilen bu borç bakımından, tanımı itibarıyla bir “borca aykırılık” durumu olan borçlu temerrüdü gerçekleşmez. Yüklenicinin eseri teslim etmede gecikmesinin, onun **yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediği** hallerde, “**haklı gecikme**” söz konusu olur⁵⁶⁹.

Eser sözleşmesinin kurulmasından sonra eserin meydana getirilmesi veya teslimi **objektif olarak imkânsız** hale geldiği takdirde, yüklenicinin edim yükümlülüğü ortadan kalktığından, artık onun vadede eseri teslim etmemesinin borcuna aykırılık teşkil ettiği söylenemez⁵⁷⁰. Keza yüklenici, kendisine edimi ifadan kaçınma yetkisi veren **def'ilere** sahip olup, bunları ileri sürdüğü takdirde de, eserin teslimindeki gecikme borca aykırılık teşkil etmez⁵⁷¹. İfa imkânsızlığı ve yüklenicinin edimi ifadan kaçınmak için geçerli def'iler ileri sürmesi dışında, eserin teslimindeki gecikmenin **iş sahibine isnad edilebildiği durumlar** da yüklenici bakımından “**haklı gecikme**” teşkil eder⁵⁷². Bu sonuca nasıl ulaşıldığını görelim:

⁵⁶⁸ **Gauch**, Fristen und Termine, s. 17; **Chavanne**, N 77; **Galante**, s. 147; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4438; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2661.

⁵⁶⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 676; **Tandoğan**, Cilt II, s. 131.

⁵⁷⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 676; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130.

⁵⁷¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130; **Chavanne**, N 123; **Werz**, N 249 vd.

⁵⁷² **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Tandoğan**, Cilt II, s. 130-131.

Yüklenicinin eseri **teslim** borcunda gecikmesinin hangi hallerde borçlu temerrüdüne yol açmayacağına, diğer bir deyişle gecikmenin mazur görülebileceğine ilişkin özel bir düzenleme Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Ancak yüklenicinin hangi durumlarda borçlandığı edimin ifasını geciktirdiği halde temerrüde düşmeyeceğine dair bir ifade, yüklenicinin eseri **meydana getirmede yani tamamlamada** gecikmesini düzenleyen BK m. 358 f. 1'de yer almaktadır. BK m. 358 f. 1'e göre, "Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut **iş sahibinin kusuru olmaksızın vâkı olan tehhür** bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tâyin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir."⁵⁷³ Bu hükmün lâfzından ancak "**iş sahibinin kusuru olmaksızın**" ortaya çıkan bir **gecikme** varsa, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunda **temerrüde düşeceği** anlaşılmaktadır. Hükmün ters anlamından da **gecikmede iş sahibinin kusuru bulunuyorsa**, yüklenicinin **borçlu temerrüdüne düşmeyeceği**, yani gecikmenin haklı bir gecikme olacağı sonucu çıkmaktadır. BK m. 358 f. 1'de yer alan "iş sahibinin kusuru olmaksızın" ifadesi yanıltıcıdır. Doktrinde haklı olarak, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmemesi için, yani gecikmenin **haklı bir gecikme** olması için, aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, gecikmede "iş sahibinin kusurunun bulunmasının" şart olmadığı, gecikmenin **iş sahibine "isnad edilebilmesinin"** yeterli olduğu kabul edilmektedir⁵⁷⁴.

⁵⁷³ "**İş sahibinin kusuru olmaksızın**" ibaresinin yalnız eserin tüm tahminlere göre zamanında bitirilemeyeceğinin anlaşıldığı durumu için değil, maddede sayılan tüm gecikme olasılıkları, yani yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve işi sözleşmeye aykırı olarak geciktirmesi olasılıkları bakımından da uygulanacağı konusunda bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 679; **CR-Chaix**, Art. 366 N 12; **Öz**, Dönme, s. 53.

⁵⁷⁴ **BK-Koller**, Art. 366, N 149; **CR-Chaix**, Art. 366 N 13; **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Werz**, N 602; **Chavanne**, N 125; **Ramoni**, N 465; **Tandoğan**, Cilt II, s. 115; **Seliçi**, İnşaat, s. 81; **Öz**, Dönme, s. 53; **Erman**, İnşaat, s. 71; **Ayan**, s. 112-113.

Çoğu durumda, eserin tamamlanmasındaki gecikme eserin teslimindeki gecikmeyi de beraberinde getirir. Ayrıca kanaatimizce, eserin **meydana getirilmesindeki** gecikme ile **teslimindeki** gecikmeyi neyin, yani hangi unsurun “haklı” kıldığı konusunda farklı esaslardan hareket etmek için geçerli herhangi bir sebep de bulunmamaktadır. Bu sebeplerden ötürü, BK m. 358 f. 1 hükmünden çıkardığımız eserin **tamamlanmasındaki** gecikmeyi haklı, yani mazur görülebilir kılan unsur olan gecikmenin “iş sahibine isnad edilebilir olması” unsurunu, eserin **teslimindeki** gecikme bakımından da esas alıyoruz. O halde, yüklenicinin kendisine ifadan kaçınma yetkisi veren def’ileri ileri sürmesi durumu bir yana bırakılırsa, yüklenicinin **eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine** engel olan “**haklı gecikme**”den, gecikmenin **iş sahibine isnad edilebilir bir gecikme olması** anlaşılmalıdır⁵⁷⁵.

Gecikmenin hangi durumda **iş sahibine isnad edilebileceği**, ona yüklenebileceği konusu aydınlatılmaya muhtaçtır. **İsnad edilebilme** (Zurechenbarkeit/imputabilité) kavramına, esasen **iki ayrı anlam** verilmektedir: Bu anlamlardan biri, bir sonuca bir kimsenin **sebeplere** olmasındır⁵⁷⁶. Bu anlamıyla isnad edilebilme, borçlu temerrüdü biçiminde ortaya çıkan sözleşmeye aykırılık bakımından, edimin ifasındaki gecikmeye **tarafardan birinin kendisinin** (bizzat kendi davranışlarıyla veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin tutumuyla) **sebeplere olmasımı** ifade eder. İsnad edilebilmeye verilen diğer anlam ise, bir sonuçtan bir kimsenin **sorumlu**

⁵⁷⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Chavanne**, N 123; **Tandoğan**, Cilt II, s. 131. BK m. 358 f. 1 hükmünde düzenlenen teslim vadesinden önce sözleşmeden dönme hakkını engelleyen olayların, eserin teslim vadesi geldiğinde bu defa da yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesini önleyeceğine ilişkin olarak bkz. **Öz**, Dönme, s. 172.

⁵⁷⁶ İsnâd sözcüğüne verilen sözlük anlamlarından biri: “bir şeyi birisi için yaptı deme”dir. Bkz. **Devellioğlu**, s. 452.

tutulabilmesidir⁵⁷⁷. Bu anlamıyla isnad edilebilme, borçlu temerrüdü açısından, taraflardan birinin sadece kendisinin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin tutumlarının yol açtığı gecikmelerden değil, örneğin beklenmeyen hal gibi doğumu açısından iki tarafın da oluşumunda etkili olmadığı gecikme sebeplerinden de sorumlu tutulabilmesini ifade eder. Bu itibarla, bu ikinci anlam, ilkinin de kapsamına alır. Bu terminolojik sıkıntıya işaret ettikten sonra, “yüklenicinin eseri teslim etmede gecikmesinin iş sahibine isnad edilebildiği durumlar” ifadesi ile neyin kastedildiğine dönelim:

Bir görüşe göre⁵⁷⁸, gecikmenin iş sahibine **isnad edilebildiği** durumlar **sadece** yüklenicinin BK m. 81 ve BK m. 82’deki def’ileri ileri sürdüğü, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne (BK m. 90) veya bir yan borcun ihlâlinde borçlu temerrüdüne (BK m. 101) düştüğü durumlardır. Buna göre, bu sayılan durumlar dışındaki hiçbir gecikme iş sahibine isnad edilemez. Oysa kanaatimizce, bu sayılan hükümlerin hiçbirine dâhil edilemediği halde gecikmeyi yüklenici bakımından haklı kılan sebepler bulunabilir.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre⁵⁷⁹ ise, eserin teslimindeki gecikmenin sebebinin **iş sahibinin risk alanından** kaynaklandığı⁵⁸⁰ tüm durumlarda, yüklenicinin

⁵⁷⁷ İsnâd edilebilmeye özel hukukta verilen diğer bir sözlük anlamı ise: “mesuliyet”tir. Bkz. **Türk Hukuk Kurumu Lûgatı**, s. 168.

⁵⁷⁸ **Chavanne**, N 123, N 127 dn. 81. **Chavanne**, sadece gecikme sebebinin iş sahibinin risk alanından doğmuş olmasının, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesine engel olmasının yasal bir dayanağı bulunmadığı kanısındadır. Yazara göre, diğer yazarların bu sayılan genel hükümlerin uygulama alanı dışında kaldığından bahisle eser sözleşmesi ile ilgili bazı hükümleri kıyasen uygulayarak gecikmenin haklı olduğu sonucuna vardıkları örneklerde, esasen iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüştür. Bkz. **Chavanne**, N 126, 129.

⁵⁷⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 680; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 17; **Werz**, N 602; **CR-Chaix**, Art. 366 N 13; **Henninger**, s. 257; **Tandoğan**, Cilt II, s. 116; **Ayan**, s. 113 dn. 80.

gecikmeye yol açan durumu zamanında iş sahibine bildirmiş olması kaydıyla (BK m. 357 f. 3), gecikme, iş sahibine isnad edilen yüklenici bakımından “haklı” bir gecikmedir. Bu durum yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesini engeller. **İş sahibinin risk alanından** doğan gecikme sebeplerinin yüklenici bakımından haklı gecikme oluşturduğu sonucuna, bazı yazarlar⁵⁸¹, eserin ayıplı olmasından ötürü iş sahibinin sorumluluğunu düzenleyen BK m. 361 (İBK m. 369) hükmünün, edimin ifasında gecikme durumuna **kıyasen uygulanması** ile ulaşmaktadırlar. Diğer bazı yazarlar⁵⁸² ise, aynı sonuca, iş sahibi ile ilgili beklenmeyen bir hal nedeniyle eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşmasını düzenleyen BK m. 370 (İBK m. 378) hükmünün, edimin ifasındaki gecikmeye kıyasen uygulanması ile varmaktadırlar. Burada isnad edilebilme, iş sahibinin, sadece kendisinin veya davranışlarından sorumlu olduğu kimselerin davranışlarının sonucu olan gecikmelerden değil, gecikme sebebi onun risk alanından kaynaklandığı takdirde, beklenmeyen hal gibi kendisinin yol açmadığı sebeplerden ötürü de sorumlu olmasını ifade eder.

⁵⁸⁰ **Ramoni**, gecikmenin haklı olması için gecikme nedeninin iş sahibinin risk alanından kaynaklanıyor olması kriterine gerek olmadığını ifade etmektedir. Ancak, yazar yüklenicinin geciktirici def'i (BK m. 81/82) ileri sürmüş olması veya iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmüş olması gibi) gecikmenin iş sahibine isnad edilebileceğinin açık olduğu durumlar dışında, gecikmenin haklı olduğunun kabulü için yüklenicinin gecikmeye yol açan durumu iş sahibine derhal bildirmiş olması (BK m. 357 f. 3) ve gecikmeye yüklenicinin üstlendiği bir riskin neden olmamış olması gerektiğini ifade etmektedir. **Ramoni**, N 469. Şu halde esasen yükleniciye ait olan risk sonucu edim gecikirse, gecikme haksızdır diyerek “risk alanı” kriterini **Ramoni** de devreye sokmaktadır. Gecikme riski ya iş sahibinin risk alanından ya da yüklenicinin risk alanından doğacağına, başka bir olasılık bulunmadığına göre, gecikme yüklenicinin risk alanından doğuyorsa haksızdır demenin, gecikme iş sahibinin risk alanından doğuyorsa haklıdır demekten bir farkı yoktur. Bu itibarla, **Ramoni**, gecikmenin haklı olup olmadığının tespiti konusunda “risk alanı” kriterine gerek olmadığı tespitini aslında kendisi çürütmektedir.

⁵⁸¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 680.

⁵⁸² **Gautschi**, Art. 366, N 4c; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 366, N 12.

Biz, gecikmenin iş sahibine isnad edilebilmesinden bu ikinci anlamı, yani iş sahibinin gecikmeden sorumlu tutulmasını, onun gecikme riskine katlanmasını anlıyoruz. Bu itibarla, “isnad edilebilmenin” yukarıda belirttiğimiz ilk (dar) anlamıyla karıştırılmaması için, çalışmamızda gecikmenin “iş sahibine isnad edilebilmesi” yerine, daha ziyade “iş sahibinin **gecikme riskine katlanması** veya onun **gecikmeden sorumlu olması**” ifadelerini kullanacağız.

B. Eserin Tesliminin Gecikmesi Riskinin Taraflar Arasında Dağılımının Belirlenmesi

Eser sözleşmesinde **risklerin taraflar arasında dağılımı**, diğer bir deyişle tarafların risk veya sorumluluk alanlarının belirlenmesi, öncelikle **sözleşme hükümleri** dikkate alınarak sonuca ulaşılması gereken, her duruma uygulanabilecek mutlak bir kural saptamanın güç olduğu, ihtilâf halinde hâkimin takdir hakkını (MK m. 4) kullanarak çözümleneceği bir meseledir⁵⁸³. **Eserin teslimindeki gecikme** bakımından **risk alanı kavramı**, yüklenicinin edimini ifa etmekte, yani eseri teslim etmekte gecikmesinin olumsuz koşullarına sözleşme taraflarından hangisinin katlanacağını belirlemek için kullanılan bir kavramdır⁵⁸⁴. Buna göre, gecikme sebebi ya yüklenicinin risk alanına girer ya da iş sahibinin risk alanında yer alır. Gecikme sebebi yüklenicinin risk alanına giriyorsa, temerrüt için gerekli olan diğer koşulların da gerçekleşmesi ile birlikte, yüklenici borçlu temerrüdüne düşer. Böylece gecikme riskine yüklenici katlanmış olur. Buna karşılık, gecikme sebebi iş sahibinin risk alanında yer alıyorsa, gecikme yüklenici bakımından objektif olarak borca aykırılık teşkil etmeyeceğinden, borçlu temerrüdü gerçekleşmez. Bu halde, yüklenicinin edimini ifada, yani eseri tamamlanmış olarak teslim etmekte gecikmesinin riskine iş sahibi katlanmış olur.

⁵⁸³ **Gauch**, Werkvertrag, N 724.

⁵⁸⁴ **Bischoff**, s. 22; **Ayan**, s. 103 dn. 53, 108 dn. 69; **Gökyayla**, s. 62.

Taraflar gecikmeye ilişkin risk dağılımını **sözleşmede** belirlemişlerse, bu sorun sözleşmede gecikme riskinin hangi tarafa yüklendiğine bakılarak cevaplandırılır. Buna karşılık, taraflar sözleşmede böyle bir düzenleme yapmamışlarsa, risk dağılımı **kanunî düzenlemeye** göre belirlenir. Sözleşme ile aksine bir düzenleme yapılmadığı takdirde, tarafların, **kendilerinin** veya **davranışlarından sorumlu olduğu kimselerin** fiillerinin sebep olduğu gecikmelerden sorumlu olacağı açıktır. Burada asıl mesele, taraflardan herhangi birinin veya onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin davranışlarının yol açmadığı, iki tarafın da doğumuna sebep olmadığı **beklenmeyen bir halin** eserin teslimindeki **gecikmeye** yol açmasıdır. Gerçekten de, eserin teslimindeki gecikme, bazı durumlarda, ortaya çıkışında, yani doğumunda ne iş sahibinin, ne de yüklenicinin etkili olduğu bir sebepten, yani “**beklenmeyen hal**”⁵⁸⁵den kaynaklanır. **Beklenmeyen hal kavramından** sözleşmenin gereği gibi yerine getirilmesine engel olan ve taraflardan hiçbirinin sebep olmadığı tüm olayları anlıyoruz⁵⁸⁶. Bu itibarla, çalışmamızda **beklenmeyen hal kavramını**, hem dar anlamda beklenmeyen halleri (kazaları)⁵⁸⁷, hem mücbir sebepleri⁵⁸⁸, hem de her iki tarafın da davranışlarından sorumlu olmadığı üçüncü kişilerin fiillerini⁵⁸⁹ kapsayacak şekilde kullanıyoruz.

⁵⁸⁵ Beklenmeyen hal kavramı ile eş anlamlı olarak, doktrinde, umulmayan olay, zorunlu sebep gibi ifadeler de kullanılmaktadır.

⁵⁸⁶ **Eren**, İnşaat, s. 97; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 74. **Galante**, beklenmeyen hali, “taraflardan hiçbirine isnad edilemeyen, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini engelleyen ve borçlunun (örneğin, BK m. 368 (İBK m. 376) hükmünde olduğu gibi) kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça sorumlu olmadığı olaylar” olarak tanımlanmaktadır. **Galante**, s. 64.

⁵⁸⁷ Kimi zaman kaza olarak da ifade edilen **dar anlamda beklenmeyen hal**, sözleşme kurulurken taraflarca öngörülemeyen ve borcun ihlâline kaçınılmaz bir biçimde sebep olan olaylar olarak tanımlanmaktadır. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1000; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 74; **Gözübüyük**, s. 162 vd. Örneğin taraflardan birinin işçisinin söndürmediği sigara sonucu çıkan yangın, taraflardan birinin iş yerinde yapılan grev beklenmeyen hal teşkil edebilir.

⁵⁸⁸ **Mücbir sebep** doktrinde, sözleşme kurulduğu sırada öngörülemeyen, karşı konulması mümkün olmayan bir güçle meydana gelen, en üst seviyede özen gösterilse dahi önlenemeyecek olan olağanüstü dışsal olaylar olarak tanımlanmaktadır. **Galante**, s. 72. Mücbir sebep kavramı, bizim de katıldığımız

Beklenmeyen hallerden kaynaklanan gecikmelerden hangi tarafın sorumlu olacağına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüşe göre⁵⁹⁰, **önlenmesi yüklenicinin olanağı dışında** olan durumlar, yüklenicinin edimini ifade gecikmesinin, onun yükümlülüğüne aykırı sayılmasını ve borçlu temerrüdüne düşmesini engeller. **Yargıtay** da, eserin tesliminin **yüklenicinin kusuru ve iradesi dışında** geciktiği durumlarda, yüklenicinin bu **“gecikmeden sorumlu tutulamayacağına”** hükmetmektedir⁵⁹¹.

görüşe göre, beklenmeyen halin “nitelikli bir türü” olarak kabul edilerek, beklenmeyen hal üst kavramı içinde değerlendirilmektedir. Bkz. **Giovanoli**, s. 92 vd.; **Koller Jo**, s. 10; **Gauch**, Werkvertrag, N 1187; **Galante**, s. 72; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 73-74. Yıldırım düşmesi sonucu yangın çıkması, genel grev, deprem bölgesi dışında meydana gelen deprem, sel, savaş, olağanüstü hal ilânı gibi durumlar mücbir sebebe örnek olarak gösterilmektedir. **Oğuzman/Öz**, s. 357; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1004; **Erman**, Beklenilmeyen Haller, s. 71; **Gözübüyük**, s. 26 vd.

4735 s.lı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nun 10. maddesinde, **mücbir sebep** olarak kabul edilebilecek haller, doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek diğer haller olarak sayılmıştır. Ancak süre uzatımı verilmesi bakımından belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için, “yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya günün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve etkili merciler tarafında belgelendirilmesi” zorunlu görülmüştür (KİSK m. 10).

⁵⁸⁹ Örneğin, yoldan geçen bir şahsın elindeki sigarayı inşaat alanına attığını ve inşaatın bundan ötürü zarar gördüğünü düşünelim. Bu takdirde, yüklenicinin işe devam edebilmek için inşaatı eski hale döndürmesi zaman alır, inşaatın teslimi de bu sebeple gecikirse, gecikmeye sözleşmenin iki tarafının da davranışlarından sorumlu olmadığı bir üçüncü kişi yol açmış olur.

⁵⁹⁰ **Gautschi**, Art. 366, N 4d. Bu yönde, **Tercier**, Termes et délais, s. 18; **Öz**, Dönme, s. 154 dn. 4a, s. 172 dn 94; **Erman**, İnşaat, s. 73; **Seliçi**, İnşaat, s. 69, 82; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 392.

⁵⁹¹ Yarg. 15. HD., 17.5.2005 T., 2005/2830 E., 2005/3054 K.: “Sözleşmelerine göre ruhsat alımından itibaren 12 ay içinde inşaatın teslimi gerekmektedir. (...) Ruhsat alımı için yüklenici tarafından zamanında müracaat edilmesine rağmen idari mercilerden kaynaklanan sebeplerle ruhsat alımı gecikmiş ise bu takdirde yüklenicinin gecikmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Yüklenici süresinde müracaatını yapmamış ise bu durumda ruhsatın geç alınması kendisini sorumluluktan kurtaramayacaktır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 27.1.1992 T., 1991/3263 E., 1992/215 K.: “Yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idarî işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise, (...) bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz.” (**Kostakoğlu**, s. 330). Yarg. 15. HD., 7.11.1991 T.,

Diğer bir görüşe göre⁵⁹² ise, yüklenicinin edimini ifa etmekte gecikmesi, ancak iş sahibinin risk alanında meydana gelen beklenmeyen hallerden kaynaklanmışsa, bu gecikme borca aykırı değildir. Buna karşılık, **iş sahibinin risk alanı dışında meydana gelen beklenmeyen hallerin** yol açtığı gecikmeler, geçici ifa engelleri, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesine engel olmaz. Bu durumda, yüklenici kusursuz olarak borçlu temerrüdüne düşer. Ancak beklenmeyen halin sebep olduğu gecikme, örneğin, iş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkını kullanmadan önce yükleniciye tanımak zorunda olduğu ek süre belirlenirken dikkate alınır⁵⁹³.

Kanaatimizce, Yargıtay'ın ifadesi ile yüklenicinin kusuru ve iradesi dışında gerçekleşen durumlardan kaynaklanan gecikmelerden “sorumlu olmaması”, ancak yüklenicinin bu tür durumlarda tazminat sorumluluğunun bulunmadığı biçiminde anlaşılabilir. Yoksa gecikme sebebinin doğumunda **yüklenicinin kusurunun bulunmaması**, tek başına, ne gecikmeyi haklı kılan ve bu itibarla teslim süresinin kendiliğinden uzamasına yol açan, ne de yüklenicinin temerrüde düşmesine engel olan bir sebep teşkil eder. Yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmaması, gecikmeyi tek başına haklı kılmaz. Zira gecikmenin haklı olması tarafların kusuruyla değil, risk alanları ile ilgili bir meseledir. Yüklenici bakımından haklı olan gecikmeler, sadece iş sahibinin risk alanına giren gecikmelerdir. Tarafların risk alanlarına yalnız oluşumuna kusurlarıyla sebep oldukları gecikmeler değil, aynı zamanda kendi faaliyet alanlarında gerçekleşen beklenmeyen hallerin yol açtığı gecikmeler de dâhildir. Yani bir gecikme

1991/1791 -5338: “Sözleşmenin kapsamındaki tüm işler büyük ölçüde idarî mercilerde çözümü gereken türdendir. Resmî makamlarda gerçekleşen gecikmelerden tarafları sorumlu tutmak da mümkün değildir.” (Kostakoğlu, s. 330-332).

⁵⁹² **Gauch**, Werkvertrag, N 681, 1126; **BK-Koller**, Art. 366, N 673; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 32; **Galante**, s. 146.

⁵⁹³ **Galante**, s. 146-147; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 152 vd.

yüklenicinin risk alanına girdiği müddetçe, yüklenicinin bu gecikmede kusurunun olmaması, gecikmeyi haklı kılmaz.

Birinci görüş, beklenmeyen halin iki tarafın da faaliyet alanına dâhil edilemediği özellikle mücbir sebep seviyesine ulaşmış beklenmeyen hallerde, yükleniciyi daima temerrüde düşmekten kurtarmaktadır. Oysa mücbir sebebin borçlu temerrüdüne engel olacağı yönünde mutlak bir sonuca varmanın hukukî bir dayanağı yoktur. Yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmaması, ortada haklı bir gecikme olmadıkça, yüklenicinin temerrüde düşmesine engel olmaz. Zira borçlu temerrüdü borçlunun gecikmede kusursuz veya kusurlu olmasından bağımsız bir kurumdur⁵⁹⁴. Borçlar Kanunumuz, **temerrüdün** gerçekleşmesi için gecikmenin **objektif olarak borca aykırı** olmasını yeterli görmüş, gecikmenin ayrıca **sübjektif bakımından da** borca aykırı olmasını, yani borçlunun gecikmede kusurunun bulunmasını **aramamıştır**⁵⁹⁵. O halde gecikme, ister

⁵⁹⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 1126; **Galante**, s. 146.

⁵⁹⁵ **Quinche**, s. 19; **BK-Koller**, Art. 366, N 155; **Werz**, N 264-265; **Couchepin**, N 1540; **Henninger**, s. 247. Türk/İsviçre Borçlar Kanunu, temerrüdün gerçekleşmesi için gecikmenin sübjektif değil, objektif olarak borca aykırı olmasını yeterli görmüştür. Bu sebeple, özellikle inşaat sözleşmeleri alanında yükleniciyi beklenmeyen hallerden kaynaklanan gecikmelerden sorumlu tutmamak ve bu durumlarda teslim süresinin uzamasını sağlamak için Borçlar Kanunu'ndaki risk dağılımından farklı düzenlemelere yer verilmiştir. İnşaat sözleşmeleri bakımından Türkiye'de uygulanan YİĞŞ ve İsviçre'de uygulanan SIA-Norm 118 gibi özel düzenlemelerde temerrüdün gerçekleşmesi için gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması yeterli görülmemiştir. Bu düzenlemelerde, doğrudan temerrüdün varlığı için yüklenicinin kusurlu olması şartı getirilmemiştir. Ancak, yüklenicinin iradesi dışında gerçekleşen gecikmelerden sorumlu olmayacağı, bu durumlarda süre uzatımına hak kazanacağı düzenlenerek, yüklenici bakımından sübjektif yani kusura dayalı bir sorumluluk esası getirilmiştir. Bu konuda bkz. **Gauch**, Fristen und Termine, s. 19; **Couchepin**, N 1540. YİĞŞ m. 30 f. 2'ye göre, "Sözleşmesinde belirtilen **mücbir sebepler** ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte **sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin** meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır." SIA-Norm 118 m. 96 f. 1'e göre ise, "Eserin meydana getirilmesi, yüklenicinin bir kusuru olmaksızın ve m. 95 uyarınca gerekli ek tedbirleri almış olmasına rağmen, kararlaştırılandan daha uzun sürerse, sözleşmedeki süreler uygun biçimde uzar. Ancak, yüklenici, meydana gelen gecikmeyi ve sebebini m. 25'e uygun olarak iş sahibine derhal

yüklenicinin kusurundan kaynaklansın, ister beklenmeyen haller gibi yüklenicinin kusurundan bağımsız sebeplerden kaynaklansın, gecikme sebebi yüklenicinin risk alanında bulunduğu sürece, edimin ifasında geciken borçlu, temerrüde düşer. Borçlunun gecikme bakımından kusurunun bulunmaması, bir kere onun temerrüde düştüğü tespit edildikten sonra, temerrüdün bazı sonuçlarının uygulanması bakımından önem arz eder. Ayrıca yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmadığı her durumda, gecikmenin olumsuz sonuçlarına iş sahibinin katlanması sonucu, yüklenicinin sadece bir iş görme borcunu değil, bir sonuç borcunu yerine getirmeyi taahhüt etmiş olduğu gerçeği ile de bağdaşmaz. Yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmede kusurunun bulunmaması olsa (örneğin, temerrüt esnasında meydana gelen kazadan sorumluluk veya tazminat yükümlülükleri gibi) temerrüdün kusur şartına bağlı sonuçları bakımından önemlidir. Bir gecikmeyi haklı kılan ve buna bağlı olarak yüklenicinin ek süre kazanmasına temel teşkil eden esas, yüklenicinin gecikme sebebi bakımından kusurunun bulunmaması değil, gecikme sebebinin iş sahibinin risk alanına girmesidir. Bu sebeplerden ötürü biz, yukarıda değindiğimiz ikinci görüşe katılıyoruz.

Taraflar eserin teslimindeki gecikmenin riskine hangi tarafın katlanacağını **sözleşme ile kararlaştırmamışlarsa**, yani gecikme riski taraflar arasında **kanunî düzenleme** esas alınarak dağıtılacaksa, şu noktalar dikkate alınarak bir çözüme ulaşılmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, kanun koyucu, eser sözleşmesinde eserin tamamlanması ve tesliminde meydana gelen gecikme sebepleri bakımından bu **gecikmenin riskine**, yani olumsuz sonuçlarına **hangi tarafın katlanacağına** ilişkin

bildirmediği süre uzatımına hak kazanmaz. Yüklenici, iş sahibinin gecikmeyi ve sebebini zaten bildiğini ispatladığı takdirde, bu şart aranmaz.” Böylece bu özel düzenlemelerde beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerin riski kural olarak iş sahibine yüklenmiştir. Şayet Borçlar Kanunu’ndaki risk dağılımı da bu yönde olsaydı, bu şartnamelerde ayrıca bu tür düzenlemelere gidilmesine gerek duyulmazdı.

ayrıntılı bir düzenleme yapmayı, temel kuralı koymakla yetinmiştir. Bu temel esasa göre, yüklenicinin aslı borcu, sözleşmeye uygun olarak meydana getirdiği eseri vadede iş sahibine teslim etmek olduğuna göre (BK m. 355), **kural olarak** gecikmeden, diğer bir ifade ile teslimin vadede gerçekleşmemesinden, **yüklenici sorumludur**. Bu itibarla, eser sözleşmesinde kural olarak **tüm riskler**, bir sonuç borcunun borçlusunu olan yükleniciye aittir⁵⁹⁶. O halde yüklenici, sadece kendi şahsından veya faaliyet alanından kaynaklanan gecikmelerin⁵⁹⁷ değil, kural olarak iş sahibinin şahsından veya faaliyet alanından doğanlar hariç, her iki tarafın da üzerinde etki edemediği **beklenmeyen hallerin** sebep olduğu gecikmelerin⁵⁹⁸ de riskini taşır. Yüklenici, eseri zamanında teslim etmek için şartların gerektirdiği tüm tedbirleri almak, gerekiyorsa çalışmasını hızlandırmak, daha fazla personel çalıştırmak zorundadır; yoksa olağan hızda çalıştığını ileri sürerek eserin teslimindeki gecikmenin sonuçlarından kurtulamaz⁵⁹⁹.

Borçlar Kanunu'nda, eserin tesliminde gecikme bakımından değilse de, eserin ayıplı olması (BK m. 361), telef olması (BK m. 368), meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesi (BK m. 370) gibi durumlar bakımından **riskin** taraflar arasında **nasıl dağılacığına** dair daha ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle eserdeki ayıbın, eserin telef olmasının, eserin meydana getirilmesinin imkânsızlığının

⁵⁹⁶ **Henninger**, s. 247; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4403; **Galante**, s. 87; **Seliçi**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 107.

⁵⁹⁷ Yüklenicinin riskine katlanacağı gecikmelere örnek olarak, yüklenicinin araç gerecinin iş için elverişsiz olmasından kaynaklanan gecikmeler, yüklenicinin tedarikçisinin eserin yapımında kullanılacak malzemeyi sağlamada gecikmesi, yüklenicinin işletmesindeki işçilerin grev yapması, yüklenicinin başvurduğu alt-yüklenicilerin ifayı geciktirmesi gibi durumlar gösterilebilir. **Henninger**, s. 248; **Tercier**, Termes et délais, s. 16.

⁵⁹⁸ Örneğin, ülke çapında grev yapılması, savaş, sıkıyönetim ilanı, yıldırım düşmesi gibi mücbir sebep seviyesine ulaşmış beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerin riski de, kural olarak, yükleniciye aittir. Bu yönde, **Gauch**, Werkvertrag, N 681.

⁵⁹⁹ **Seliçi**, İnşaat, s. 67; **Ayan**, s. 107.

olumsuz sonuçlarına hangi tarafın katlanacağı Kanun'da düzenlenmiştir. Kanaatimizce, eserin teslimindeki **gecikmenin hangi tarafın risk alanına** girdiği belirlenirken, eser sözleşmesine ilişkin **risk dağılımını düzenleyen tüm bu hükümlerden çıkan sistematik**, başka bir ifadeyle kanun koyucunun riski hangi sebeplerle hangi tarafa yüklediği konusunda yürüttüğü mantık göz önünde tutulmalıdır.

Kanun koyucu, BK m. 361'de, eserdeki **ayıp** iş sahibinin verdiği bir talimattan doğmuşsa veya herhangi bir sebeple **iş sahibine isnad edilebiliyorsa**, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağına, dolayısıyla ayıbın olumsuz sonuçlarına, yani riskine iş sahibinin katlanacağına hükmetmiştir⁶⁰⁰. BK m. 368 f. 3'te ise, kural olarak eserin teslimine kadar onun telef olmasının riski yükleniciye ait olduğu halde (BK m. 368 f. 1), eserin iş sahibince verilen **malzemenin** veya gösterilen **arsanın** kusurundan veya verilen **talimattan** dolayı telef olması halinde, eserin telef olmasının **riski iş sahibine** yüklenmiştir. BK m. 370 f. 1'e göre, eserin meydana getirilmesi iş sahibine yüklenebilen beklenmeyen bir olay, kanundaki ifade ile "iş sahibi nezdinde zuhur eden kaza" sonucu imkânsız hale geldiği takdirde, yüklenici, eseri tamamlayarak teslim edemediği halde, sözleşmede kararlaştırılan bedelin eserin meydana getirdiği kısmıyla orantılı kısmına hak kazanmaktadır. Bu itibarla da eserin **tamamlanamamış olmasının riskine iş sahibi** katlanmaktadır⁶⁰¹.

Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde çıkan sonuç şudur: **İş sahibinin faaliyet alanına giren ve bu itibarla onun risk alanı içinde kalan durumlardan kaynaklanan gecikmeler** de -bu kapsama giren beklenmeyen hallerin sebep olduğu

⁶⁰⁰ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 134; Ayan, s. 108.

⁶⁰¹ BaK-Zindel/Pulver, Art. 376, N 28, 32; Gauch, Werkvertrag, N 1196; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 68; Ayan, s. 109.

gecikmeler de dâhil olmak üzere- yüklenici bakımından haklı gecikme teşkil eder. İş sahibinin faaliyet alanının belirlenmesi de somut durumun şartları içinde değerlendirilebilecek bir takdir meselesidir⁶⁰². Ancak genel olarak, **iş sahibinin faaliyet alanına**, onun sağlamayı taahhüt ettiği araç gerecin, arazinin, malzemenin ve onun tarafından verilen talimatların, projelerin girdiği kabul edilmektedir⁶⁰³. Buna göre örneğin, iş sahibinin sağladığı arsa, malzeme veya verdiği talimatın **elverişsizliğinin sebep olduğu** gecikmeler, kural olarak iş sahibinin sorumlu olduğu gecikmelerdir (BK m. 368 f. 3'e kıyasen)⁶⁰⁴. Keza, iş sahibinin faaliyet alanından doğan örneğin onun sağlamayı taahhüt ettiği arsanın veya malzemenin temin edilememesine yol açan beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerden de, kural olarak iş sahibi sorumludur (BK m. 370'e kıyasen). Zira kanaatimizce, kanun koyucu, iş sahibinin sağladığı arsa, malzeme, verdiği talimatın **elverişsizliğinden (ayıbından)** kaynaklanan telef olmanın riskini BK m. 368 f. 3 hükmüyle iş sahibine yüklemişken, aynı sebeple eserin tamamlanmasının veya tesliminin gecikmesinin riskini yükleniciye yüklemek istemiş olamaz. Keza, iş sahibinin şahsında veya faaliyet alanında meydana gelen **beklenmeyen hal** sonucu eserin tamamlanmasının imkânsız hale gelmesinin riskini BK m. 370 f. 1 hükmüyle iş sahibine yükleyen kanun koyucunun iradesi, eserin tamamlanmasının veya tesliminin iş sahibi nezdinde gerçekleşen bir **beklenmeyen hal** sonucu gecikmesinin riskini yükleniciye yüklemek yönünde olamaz. Kuşkusuz, temerrüt, ayıplı ifa ve imkânsızlık birbirinden farklı kavramlardır. Ancak yüklenicinin ediminin ifasında gecikmesinin riskine hangi tarafın katlanacağı bakımından Kanun'da ayrıntılı bir düzenleme bulunmadığından, gecikmenin iş sahibine isnad edilebilmesi kavramının

⁶⁰² Chavanne, N 433.

⁶⁰³ Galante, s. 97.

⁶⁰⁴ Bu yönde, Couchepin, N 1554.

içini doldurabilmek için, amacı benzer hükümlerin durumun mahiyetine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanması kaçınılmaz olmaktadır⁶⁰⁵.

Sonuç olarak, arada uygun illiyet bağı bulunmak kaydıyla⁶⁰⁶, **iş sahibinin** kendisinin ya da başvurduğu yardımcı kişiler⁶⁰⁷ gibi davranışlarından sorumlu olduğu

⁶⁰⁵ Aksi görüşte: **Chavanne**, bu tür kıyasen uygulamalara karşı çıkmaktadır. Yazar, temerrüde engel olan haklı gecikmeler bakımından, münhasıran ve doğrudan Borçlar Kanunu'nun 80., 81., 90. ve 101. maddelerinin uygulanabileceği görüşündedir. Buna göre, yüklenicinin kendisine edimi ifadan kaçınma yetkisi veren def'ileri ileri sürdüğü hallerde BK m. 80 ve BK m. 81; iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü durumlarda BK m. 90 ve iş sahibi bir yan borcunda borçlu temerrüdüne düştüğünde de BK m. 101 hükümleri uygulanır. Haklı gecikmeler bu sayılan maddelerde düzenlenen durumlardan ibarettir. Konumuzla ilgili olarak, gecikmenin iş sahibine isnad edilebildiği pek çok halde gecikmenin sebebini iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü bir durumun oluşturduğu doğrudur. Ancak, **Chavanne**'in belirttiği bu hükümlerin hiçbirinin kapsamına girmediği halde, kanun koyucunun oluşturduğu sistemden ötürü gecikme riskine iş sahibinin katlanacağı sonucuna varılan haller olabilir. Bu sebeple, gecikmenin iş sahibine isnad edilebilmesi bakımından **Chavanne**'in önerdiği türden bir sınırlamayı doğru bulmuyoruz. Örneğin, evinin duvarlarını duvar kağıdı ile kaplatmak isteyen iş sahibinin sağladığı malzemenin yani duvar kağıdının yüklenicinin malzemeyi kabul ederken gerekli incelemeyi yapmasına rağmen anlaşılacak nitelikte bir ayıp taşıdığını düşünelim. Yüklenici birkaç odanın duvarlarını kapladıktan sonra duvar kağıtları yüklenicinin bir kusuru olmaksızın kendi yapısal elverişsizliğinden ötürü kabarmalar yapmaya başlamış ve yüklenici kağıtlara zarar vermeden bunları söküp yeniden yapıştırmak zorunda kaldığı için işi taahhüt ettiğinden geç tamamlayabilmiş olsun. Bu takdirde, iş sahibi ayıplı da olsa sağlamayı taahhüt ettiği malzemeyi temin ettiğinden ötürü alacaklı temerrüdüne düşmez. **Chavanne**'in sözünü ettiği geciktirici def'ilerin (BK m. 81, BK m. 82) ve iş sahibinin bir yan borcunda borçlu temerrüdüne düşmesi durumunun da olayda söz konusu olmadığını varsayalım. Bu durumda, **Chavanne**'in yaklaşımı benimsenirse, iş sahibine isnad edilebilen haklı bir gecikme olmadığı sonucuna ulaşılır. Oysa, bizim kabul ettiğimiz yaklaşıma göre, bu halde, iş sahibinin risk alanından doğan, yani iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin eseri meydana getirmeye elverişsiz (ayıplı) olmasından kaynaklanan bir gecikme vardır. Bu gecikmeden iş sahibi sorumlu tutulabilir. Dolayısıyla yüklenici böyle bir sebepten kaynaklanan gecikmeden ötürü borçlu temerrüdüne düşmez.

⁶⁰⁶ Gecikmenin iş sahibine isnad edilebilmesi için, iş sahibinin veya davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin davranışlarının, gecikmenin **uygun sebebini** teşkil etmesi gerekir. Bundan kasıt, olayların olağan akışı ve genel hayat deneyimlerine göre, bu davranışların, eserin tamamlanmasında veya teslimindeki gecikmeye yol açmaya uygun olmasıdır. Genel olarak, uygun illiyet bağı hakkında, bkz. **Tercier**, Obligations, N 1225.

⁶⁰⁷ İş sahibinin başvurduğu yardımcı kişilerin davranışlarının sebep olduğu gecikmelerin iş sahibine isnad edilebileceği sonucuna BK m. 100 hükmünün kıyasen bu duruma uygulanması ile ulaşıyoruz. BK m. 100

kişilerin⁶⁰⁸ **bizzat sebep oldukları** gecikmeler ile iş sahibinin **şahsında veya işletme/faaliyet alanında** gerçekleşen beklenmeyen hallerin yol açtığı gecikmeler, **iş sahibinin risk alanından doğan gecikmelerdir**⁶⁰⁹. Yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmesi bu sebeplerden kaynaklandığı takdirde, gecikme, kural olarak⁶¹⁰ haklıdır.

C. Eserin Teslimindeki Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olmadığı Durumlar

İş sahibinin faaliyet alanına hangi unsurların girdiği, buna bağlı olarak iş sahibinin risk alanının belirlenmesi, son tahlilde de hangi gecikmelerden iş sahibinin sorumlu olacağı meseleleri, her somut olayın şartları incelenerek sonuca ulaşılabilecek sorunlardır. Bu kavramların kesin sınırları çizilerek mutlak bir tanımla

hükmü isnad edilebilme ile ilgili bir hüküm değildir. Borçlunun kullandığı yardımcı kişinin alacaklıya zarar vermesi halinde borçlunun tazminat sorumluluğunu düzenleyen bir sorumluluk hükmüdür. Bu sebeple, bu hüküm, iş sahibinin kullandığı yardımcı kişinin davranışlarının iş sahibine isnad edilebilmesi bakımından, doğrudan değil, ancak **kıyasen** uygulanabilir. **BK-Koller**, Art. 363 N 385; **Koller**, Haftung, N 329 vd.; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 136 dn. 289. Örneğin, iş sahibinin başvurduğu **yardımcı kişi** olması sıfatıyla onun inşaat işlerinin koordinasyonu ile görevlendirdiği bir mühendis yükleniciye vermesi gereken bir talimatı geç verdiği için, yüklenici inşaatı vadede tamamlayarak teslim edemezse, iş sahibinin ifa yardımcısının tutumundan kaynaklanan bu gecikme, BK m. 100'e kıyasen, iş sahibine isnad edilebilir.

⁶⁰⁸ İş sahibinin davranışlarından sorumlu olduğu kişiler kavramı geniş olarak anlaşılmalı; yalnız iş sahibinin başvurduğu yardımcı kişiler ile sınırlandırılmamalıdır. Örneğin, iş sahibinin **ail e bireylerinin, arkadaşlarının, misafirlerinin** davranışlarının sebep olduğu gecikmeler de duruma göre, iş sahibinin hâkimiyet alanına girdiği kabul edilerek, iş sahibine yüklenebilmelidir. Bu yönde, **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 70-71; **Ayan**, s. 116. Meselâ, iş sahibinin evinin duvarlarını boyayan yüklenicinin boyama faaliyeti, iş sahibinin çocuklarının veya misafirin boya küplerini devirmeleri sonucu taahhüt edilenden geç tamamlanabilirse, bu gecikme iş sahibine isnad edilebilmelidir. Zira, bu kimselerin ifa faaliyetlerinin gerçekleştirildiği alanda bulunmasına izin veren, gerekli özeni göstermeyip onların gecikmeye sebep olan davranışlarını engellemeyen iş sahibinin kendisidir.

⁶⁰⁹ **Galante**, s. 94 vd.

⁶¹⁰ Bu durumlarda da gecikmenin haklı olduğu sonucuna, ancak yüklenici gecikmeye yol açacak durumu zamanında iş sahibine bildirmişse (BK m.357 f. 3) ve söz konusu gecikme riskini sözleşme ile kendisi üstelenmemişse varılabilir.

verilemeyeceğinden, bu konu esasen takdir meselesidir (MK m. 4)⁶¹¹. Bu itibarla aşağıda, eserin tesliminde gecikmenin, yüklenici bakımından objektif olarak borç ihlali teşkil etmediği, diğer bir ifadeyle “haklı” olduğu başlıca gecikme sebepleri incelenecektir.

1. Yüklenicinin Kendisine İfadan Kaçınma Yetkisi Veren Bir Def'i Hakkına Sahip Olması

Yüklenicinin, edimi **ifadan kaçınma yetkisinin** bulunduğu hallerde bu yetkiyi kullanmış olması, edimin ifasındaki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olmasına engel olur⁶¹². Yükleniciye edimi ifadan kaçınma yetkisi veren başlıca def'iler; ödemelik def'i, borç ödemededen acz def'i ve zamanaşımı def'idir. Yüklenici bu def'ileri ileri sürdüğü takdirde, eseri teslim borcunun muacceliyeti geçici veya sürekli olarak askıya alınmakta ve yüklenici de temerrüde düşmemektedir⁶¹³. **Bu def'ileri**, gecikmenin borca objektif olarak aykırı olmaması bahsinde ve **iş sahibinin risk alanından doğan gecikme sebepleri** başlığı altında **incelememizin gerekçesi**, esasen her bir def'inin ileri sürülebilmesine **iş sahibinin kendisinin sebep** olmuş olmasıdır. Ödemelik def'inde, iş sahibinin kendi edimini yerine getirmemiş olması; borç ödemededen acz def'inde, iş sahibinin yükleniciye borcun ödeneceğine ilişkin yeterli teminat göstermemesi; zamanaşımı def'inde, iş sahibinin uzun bir süre hakkını kullanmamış olması yüklenicinin ifadan kaçınmasına dolayısıyla da edimin ifasındaki gecikmeye sebep olmaktadır. Bu def'ileri, yüklenicinin eseri teslim ediminde gecikmesine etkileri bakımından inceleyelim:

⁶¹¹ **Galante**, s. 95.

⁶¹² **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 32; **Tercier**, Obligations, N 1288; **Chavanne**, N 123; **Öz**, Dönme, s. 171; **Serozan**, İfa, s. 216.

⁶¹³ **BK-Koller**, Art. 366, N 176; **Chavanne**, N 682; **Eren**, Borçlar Genel, s. 953; **Serozan**, İfa, s. 216.

a. Yüklenicinin Ödemezlik Def'ini İleri Sürmesi

BK m. 364 f. 1 “İşin parası teslim sırasında ödenir” hükmünü getirerek, esasen BK m. 81'deki esası, yani tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklı ilişki içinde bulunan edimlerin aynı anda ifa edilmesi esasını, eser sözleşmesi bakımından tekrarlamaktadır⁶¹⁴. Bu doğrultuda, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici, eseri tamamlayıp teslim hazır hale getirmediği takdirde, iş sahibinin bedeli ödemediği veya ödemeyi teklif etmediği gerekçesi ile BK m. 81'deki def'iyi ileri sürerek eseri teslim etmekten kaçınmaz⁶¹⁵. Buna karşılık, eser sözleşmesinde **önce iş sahibinin ifada bulunacağı**, yani onun karşı edim borcu olan bedel ödeme borcunu yüklenicinin edimini ifa etmesinden önce tamamen veya kısmen yerine getireceği kararlaştırılmışsa, aynı anda ifa ihtimali düşünülerek düzenlenen BK m. 81 hükmü evleviyetle (*a fortiori*) uygulanır⁶¹⁶. Bu durumda yüklenici, iş sahibi bedeli ödemedikçe veya ödemeyi teklif etmedikçe, duruma göre eseri meydana getirme faaliyetini geciktirebilir veya eser tamamlanmışsa, eseri teslimden kaçınabilir⁶¹⁷.

İş sahibi bedel borcunun **tamamını bir seferde** ve eser teslim edilmeden **önce** yükleniciye ifa etmeyi taahhüt etmiş olabileceği gibi, eserin meydana getirilmesinin uzun bir zaman dilimine yayıldığı inşaat sözleşmelerinde de sıkça rastlandığı üzere, **ara ödemeler** yapmayı borçlanmış da olabilir. Yüklenicinin eserin ulaşacağı belli aşamalara göre kademeli olarak eserin o ana kadar meydana getirdiği bölümüne karşılık gelecek bedel kısmına hak kazanacağı (Abschlagszahlungen) eser sözleşmesinde kararlaştırılmış

⁶¹⁴ Chavanne, N 626.

⁶¹⁵ Öz, Dönme, s. 171; Erman, İnşaat, s. 57.

⁶¹⁶ Chavanne, N 655.

⁶¹⁷ Werz, N 249; Chavanne, N 642; Öz, Dönme, s. 171-172.

olabilir⁶¹⁸. İnşaat uygulamasında bu ödemeler “ara veya geçici **hakediş ödemeleri**” olarak adlandırılmaktadır⁶¹⁹. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de benzer biçimde iş sahibinin yüklenici inşaatı belirli seviyelere getirdiğinde bazı arsa paylarını yükleniciye devredeceği veya önceden ipotekli olarak yükleniciye devrettiği bazı kısımlar üzerindeki ipotekleri kaldıracağı kararlaştırılmış olabilir⁶²⁰. Bundan başka, taraflar eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye yüklenici henüz edimini yerine getirmeden önce ön ödemelerde (Vorauszahlungen) bulunacağını da kararlaştırabilirler⁶²¹. Uygulamada bu ödemeler “**avans ödemeleri**” olarak ifade edilmektedir. Her ne ad altında karşımıza çıkarsa çıksın, iş sahibinin yükleniciye **ara ödemelerde** bulunacağını taahhüt etmesi halinde de, yüklenici, ara ödemelerden biri sözleşmede kararlaştırılan zamanda yapılmadığı takdirde, BK m. 81’de düzenlenen ödemezlik def’ine dayanarak, eseri meydana getirmeyi durdurabilir; çalışma hızını yavaşlatabilir veya eseri tamamladığı takdirde teslim etmekten kaçınabilir⁶²².

⁶¹⁸ Ara ödemeler, kısmî ödemelerden farklıdır. Zira, kısmî ödemeler kesin nitelikte iken, ara ödemeler geçici niteliktedir ve sonradan iş sahibinin toplam bedel borcundan düşülmek için ödenirler. **Gauch**, Werkvertrag, N 1163; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 389.

⁶¹⁹ **Öz**, İnşaat, s. 74; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 389.

⁶²⁰ **Erman**, İnşaat, s. 57.

⁶²¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1163.

⁶²² **Erman**, İnşaat, s. 57; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 381-382; **Ayan**, s. 119. Yarg. 18.9.2007 T., 2006/4294 E., 2007/5460 K.: “yapılan imalatın bedelinin hangi tarihlerde ödeneceği plana bağlanmış, 28.10.2004, 28.11.2004 ve 28.12.2004 tarihlerinde yapılacak ödeme miktarları belirlenmiştir. Davalı kooperatif 21.434,09 YTL tutan imalat bedelini belirtilen bu tarihlerde ödememiştir. Kendi edimini yerine getirmeyen taraf, karşılıklı taahhütleri içeren akitlede karşı taraftan edimini yerine getirmesini isteyemez (BK. md. 81).” (www.kazanci.com). Yarg. 25.1.2005 T., 2004/2914 E., 2005/159 K.: “Davalı yüklenicinin ediminin önemli bir kısmını yerine getirdiği halde davacı iş sahibinin 27.5.2004, 27.6.2002 ve 27.7.2002 tarihlerinde bono karşılığı yapması gereken ödemeleri yapmadığı, temerrüde düştüğü (...)dosya kapsamında anlaşılmaktadır. (...) Sözleşmede kararlaştırılan ödemenin yapılmamış ve ödenmeyen miktarın yüklenicinin tahammül gücünü aşmış olması halinde yüklenicinin işe devam etmesi istenemez (BK. md. 81). Bu halde yüklenici iş sahibinin zararına olmayacak makul bir süre işi durdurarak temerrüt varsa alacağının faiziyle ödenmesini bekleyebileceği gibi, BK'nun 106. maddesine göre sözleşmenin feshi hakkını da kullanabilir.” (www.kazanci.com).

İşte bütün bu hallerde yüklenici, BK m. 81’de düzenlenen def’iyi ileri sürerek⁶²³, ödenmeyen bedel iş sahibi tarafından kendisine ödeninceye veya ödenmesi teklif edilinceye kadar kendi edimini yerine getirmeyebilir. Ancak yüklenici, bu hakkını kötüye kullanmamalı (MK m. 2 f. 2), yani sözleşmenin iki tarafının da menfaatleri dikkate alındığında, yüklenicinin ifadan kaçınması tümüyle ölçüsüz bir tedbir teşkil etmemelidir⁶²⁴. Örneğin iş sahibinin ödemekte geciktiği meblağ toplam borcuna nazaran çok küçük bir tutarsa, yüklenicinin ifadan kaçınması somut olayın şartlarına göre hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebilir⁶²⁵. Eser, yüklenicinin BK m. 81 doğrultusunda ifadan kaçınması sebebiyle vadede teslim edilmezse, yüklenicinin gecikmesi **haklı bir sebebe** dayandığından, bu itibarla da **borca aykırı bir durum bulunmadığından**, yüklenici **temerrüde düşmez**⁶²⁶.

b. Yüklenicinin Borç Ödemeden Acz Def’ini İleri Sürmesi

İş sahibi eser sözleşmesinin kurulmasından sonra borç ödemediğinden acze düştüğü takdirde, alacağı tehlikeye düşen yüklenici, iş sahibi bedel borcunu ifa edeceğine ilişkin **teminat gösterene kadar, borcunu ifa etmekten kaçınabilir**, yani eseri meydana getirmeyi veya tamamlamış bulunuyorsa, eseri teslim etmeyi geciktirebilir (BK m. 82)

⁶²³ Ödemezlik def’inin dava içinde kullanılması zorunlu değildir. Yüklenici bu def’iyi kendisinden ifayı talep eden iş sahibine yönelteceği şekle tâbi olmayan bir beyanla kullanabilir. **Oğuzman/Öz**, s. 275; **Eren**, Borçlar Genel, s. 954.

⁶²⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 1282; **Chavanne**, N 653; **Jeanprêtre**, s. 286-287.

⁶²⁵ Örnek için bkz. **Ayan**, s. 122.

⁶²⁶ **Öz**, İnşaat, s. 132; **Eren**, Borçlar Genel, s. 953. **Oğuzman/Öz**, s. 277. Bu def’i kullanıldığı andan itibaren değil, kullanılma şartlarının gerçekleştiği andan itibaren sonuçlarını doğurur yani alacaklının talebini haksızlaştırır. Bu doğrultuda, örneğin, daha önce bu def’i ileri sürmediği için temerrüde düşen yüklenici, temerrüt halindeyken bu def’iyi kullandığında, temerrüt, def’inin kullanılma şartlarının oluştuğu andan itibaren ortadan kalkar. **Oğuzman/Öz**, s. 275-276; **Ayan**, s. 120.

⁶²⁷. İş sahibinin borç ödemede acze düşmesinden, onun muaccel borçlarını ödemek için gerekli malî imkânlardan sürekli olarak yoksun hale gelmesi anlaşılmalıdır⁶²⁸. BK m. 82 hükmünde değinilen borçlunun iflâs etmesi veya hakkındaki icra takiplerinin sonuçsuz kalması durumları, borç ödemededen acz haline örnektir. Ancak iş sahibinin acze düştüğü, onun ödemelerini tatil etmesi, işleri bozulduğu için işyerini kapatması gibi başka durumlardan da anlaşılabilir⁶²⁹. Bu def'inin ileri sürülebilmesi için, ayrıca iş sahibinin **borç ödemekten aczinin** yüklenicinin **alacak hakkını** objektif olarak **tehlikeye düşürmüş olması** da gerekir. Acze düşen iş sahibi yükleniciye önceden söz konusu borç için yeterli şahsî veya aynî teminat vermişse, artık onun alacağının tehlikeye düştüğünden söz edilmeyeceğinden, bu def'i ileri sürülemez⁶³⁰. Yüklenicinin BK m. 82'de düzenlenen **def'iyi ileri sürmesi**⁶³¹, onun **temerrüde düşmesini engeller**⁶³². Zira artık edimin yerine getirilmemesi **borca aykırı bir durum değildir**⁶³³.

⁶²⁷ İş sahibi, uygun süre içinde **gerekli teminatı vermezse**, yüklenici, eser sözleşmesinden dönebilir (BK m. 82) veya inşaat sözleşmeleri bakımından, sözleşmeyi muhafaza etmeyi tercih edip, MK m. 893 b. 3'te düzenlenen ve inşaatçı ipoteği olarak adlandırılan kanunî ipotek hakkını tapu kütüğüne tescil ettirebilir (MK m. 895 f. 1). **Chavanne**, N 672, 673. Tescil için eserin tamamlanmış olması gerekmez. Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunun doğmuş olması yeterlidir. Ancak, eser tamamlanmışsa bu tescil en geç eserin tamamlanmasından itibaren 3 ay içinde yapılmalıdır (MK m. 895 f. 1 ve f. 2).

⁶²⁸ **Chavanne**, N 668; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 834; **Oğuzman/Öz**, s. 277; **Eren**, Borçlar Genel, 957.

⁶²⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 835; **Oğuzman/Öz**, s. 277-278; **Eren**, Borçlar Genel, s. 957.

⁶³⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 958-959.

⁶³¹ Yüklenici, şartları gerçekleştiğinde, BK m. 82'de düzenlenen **def'iyi**, **dava sırasında** ileri sürerek kullanabileceği gibi, **dava dışında**, örneğin, ifadan kaçınma yönündeki iradesini iflâs açılmışsa iflâs idaresine, diğer hallerde ise herhangi bir şekilde tâbi olmaksızın iş sahibine bildirerek de kullanabilir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 959.

⁶³² **Werz**, N 250; **Chavanne**, N 682; **Eren**, Borçlar Genel, s. 959; **Serozan**, İfa, s. 216.

⁶³³ Yüklenici temerrüde düştükten sonra def'i hakkı doğar ve o bu hakkı ileri sürerse bu durumda da temerrüt ortadan kalkar. **Eren**, Borçlar Genel, s. 959.

c. Yüklenicinin Zamanaşımı Def'ini İleri Sürmesi

Zamanaşımı def'i borçluya **sürekli** olarak ifadan kaçınma hakkı tanıyan bir def'idir. Bu itibarla, yüklenicinin bu def'iyi ileri sürmesi, onun **kesin olarak**, yani zaman sınırlaması olmaksızın eseri teslim borcunda temerrüde düşmesine engel olur⁶³⁴.

2. İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdüne Düşmesi

İş sahibi, **haklı bir sebep olmaksızın** yüklenicinin gereği gibi teklif ettiği eseri kabul etmez veya kabulde gecikir ya da eserin meydana getirilmesi için yapması gereken işbirliği fiillerini yerine getirmez yahut geç yerine getirirse, **alacaklı temerrüdüne** düşer (BK m. 90)⁶³⁵. İş sahibinden kendi **faaliyet alanı içinde** kalan ve **bunlar olmaksızın** yüklenicinin **eseri meydana getiremeyeceği** tüm fiilleri yerine getirmesi beklenebilir⁶³⁶. Bu anlamda, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi için **kusurlu** olması gerekmez⁶³⁷. Ancak onun eseri kabul etmemesinin veya kendisine düşen hazırlık fiillerini yerine getirmemesinin objektif olarak **haklı bir sebebe dayanmaması** gerekir. İş sahibi, yükleniciye isnad edilebilen bir sebepten ötürü ifayı kabulden veya gerekli hazırlık fiillerine katılmaktan kaçınmışsa, bu kaçınma haklı bir sebebe dayandığı için, alacaklı temerrüdüne düşmez⁶³⁸. Örneğin sözleşmede iş sahibinin inşaatın temeli atıldıktan sonra temel üstü ruhsatının alınması için yükleniciye temsil yetkisi vereceği kararlaştırıldıysa, iş sahibinin yüklenicinin inşaatı hiç başlamamış

⁶³⁴ **BK-Koller**, Art. 366, N 176; **Schenker**, Verzug, N 238; **Gauch**, Werkvertrag, N 677; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4438.

⁶³⁵ **BK-Koller**, Art. 366, N 161; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 31; **Gauch**, Werkvertrag, N 1325 vd.; **Chavanne**, N 418 vd.; **Werz**, N 251; **Öz**, Dönme, s. 172; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 382; **Ayan**, s. 114.

⁶³⁶ **Chavanne**, N 433.

⁶³⁷ **BK-Koller**, Art. 366, N 161; **Gauch**, Werkvertrag, N 678, 1327; **Chavanne**, N 457; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 841; **Oğuzman/Öz**, s. 283; **Eren**, Borçlar Genel, s. 970, 973.

⁶³⁸ **Werz**, N 666; **Chavanne**, N 487; **Oğuzman/Öz**, s. 283; **Eren**, Borçlar Genel, s. 973.

olması sebebiyle temel üstü ruhsatı için temsil yetkisi vermekten kaçınması haklı bir sebebe dayanmaktadır.

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü haller, iş sahibinin eseri teslim almadığı haller ve eserin meydana getirilmesi için gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmediği haller olmak üzere, iki başlık altında incelenebilir:

a. İş Sahibinin Eseri Teslim Almaması

İş sahibi, eserin **tesliminin gerçekleşebilmesi için kendisinin katılımı gereken hallerde**, haklı bir sebep olmaksızın bundan kaçınırsa, alacaklı temerrüdüne düşer⁶³⁹. Örneğin iş sahibi, teslim tarihinde tamir edilmiş otomobilini tamirhaneden veya boyanmak üzere bıraktığı ayakkabılarını ayakkabıcıdan teslim almazsa, alacaklı temerrüdüne düşer. Eserin tesliminin eserin fiziken karşı tarafa nakledilmesi suretiyle değil, yalnız yüklenicinin iş sahibine yönelttiği **tamamlama bildirim**i ile gerçekleştiği hallerde, eserin teslimine iş sahibinin katılımı gerekmediğinden, **kural** olarak iş sahibinin eseri kabulden kaçınması sebebiyle **alacaklı temerrüdüne** düşmesi söz konusu **olmaz**⁶⁴⁰. Örneğin, yüklenicinin iş sahibinin evindeki bozuk musluğu tamir etmesinde olduğu gibi tamir edilecek şeyin zaten iş sahibinin yedinde bulunduğu durumlarda veya inşa edilen yapının iş sahibine ait arsa üzerinde bulunduğu hallerde, iş

⁶³⁹ **Werz**, N 674; ; **Öz**, Dönme, s. 172. Yarg. 15. HD., 2.11.2004 T., 2004/2290 E., 2004/5557 K.: “Uyuşmazlık konusu işgal ya da otopark bedeli olarak nitelendirilen tazminat davasına gelince; davacı yüklenici, en son Beyoğlu 7. Noterliği aracılığıyla davalıya gönderip 16.8.2002 tarihinde tebliğ olunan 14.8.2002 günlü ve 29121 yevmiye sayılı ihtarnamesiyle aracın onarımının yapıldığını bildirmiş ve on gün içinde 761.991.810 TL onarım bedelinin ödenmesini ve aracın teslim alınmasını istemiştir. Alacaklının temerrüdü genellikle "kabulden kaçınma" şeklinde gerçekleşmektedir (B.K. md. 90). (...) Somut olayda, davalı iş sahibi aracını teslim almada alacaklı temerrüdüne (...) düşürülmüş bulunmaktadır.” (www.kazanci.com).

⁶⁴⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 1326; **Werz**, N 674; **Ayan**, s. 114.

sahibinin kabulden kaçınması gündeme gelmez. Zira bu durumlarda zaten yüklenicinin iş görme faaliyetini tamamlayıp, durumu iş sahibine bildirmesi ile teslim gerçekleşmiş olur. Ancak **istisnaen**, örneğin iş sahibinin arsasında inşa edilen yapının anahtarlarının iş sahibi tarafından teslim alınmaması durumunda iş sahibi bakımından **alacaklı temerrüdünün** gerçekleşebileceği kabul edilmektedir⁶⁴¹.

b. İş Sahibinin Gerekli Hazırlık Fiillerini Yerine Getirmemesi

İş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlaması veya çalışmaya devam edilebilmesi için kendisine düşen **hazırlık fiillerini** haklı bir sebep olmaksızın yerine getirmeyerek veya geç yerine getirerek de alacaklı temerrüdüne düşebilir⁶⁴². Örneğin iş sahibinin malzeme veya araç gereci kendisinin sağlamayı taahhüt ettiği durumlarda bunları sağlamaması⁶⁴³, plân veya projeleri hazırlatarak yükleniciye vermemesi⁶⁴⁴, tamir edilecek eşyayı yükleniciye vermemesi, inşaatın üzerinde yapılacağı arsayı inşaata elverişli biçimde temin etmemesi⁶⁴⁵, duvarları boyanacak olan eve veya inşaatın

⁶⁴¹ **Erman**, İnşaat, s. 65 dn. 26; **Ayan**, s. 114 dn. 89.

⁶⁴² **Gauch**, Werkvertrag, N 1325; **Chavanne**, N 442 vd.; **Werz**, N 665 vd.; **Öz**, Dönme, s. 172.

⁶⁴³ Yarg. 15. HD., 20.9.1989 T., 731 E., 3699 K.: “Taraflar arasındaki uyumsuzluk, davalı idarece temin edilmesi gereken kum ocağının temin edilmemesinden kaynaklanmıştır. (...) temin plânının uygulanmamış olması, yapılan işin temel ham maddesi olan kum ve çakılın, idarenin tutumu ve kusuru ile temin edilmemesinden kaynaklanmıştır. Buna rağmen, sözleşmenin süresi bitmeden önce idarece feshedilmesinde haklı bir yön mevcut değildir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7742-7743).

⁶⁴⁴ Yarg. 15. HD., 14.3.1989 T., 2624 E., 1243 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmede, projelerin yapılmasının ve bunların onaylatılarak inşaat ruhsatının alınmasının hangi tarafa ait bulunduğu hususunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda, söz konusu işlerin arsa sahibi tarafından yaptırılmış olduğunun kabulü zorunludur.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7738).

⁶⁴⁵ Yarg. 15. HD., 22.4.2008 T., 2007/3118 E., 2008/2682 K.: “İnşaata başlanabilmesi için öncelikle inşaat yapılması kararlaştırılan arsanın, arsa sahibince inşaata elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye teslimi gerekir. (...) Somut olayda inşaat yapılması kararlaştırılan davalıya ait arsa üzerinde davalıya ait gecekondulu bulunduğu (...) anlaşılmaktadır. (...) Bu durumda, davalı yüklenici (...) noterden keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip gecekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyerek davacı arsa sahibi arsayı inşaata elverişli ve boş olarak teslim

yapılacağı arsaya yükleniciyi sokmaması⁶⁴⁶ gibi durumlar bu cümledendir⁶⁴⁷. Keza iş sahibinin, işin yapılmasına başlanması, devam edilmesi veya teslimi ile ilgili bir **hukukî işlemleri yapmaktan** (örneğin, inşaat ruhsatı veya inşaat tamamlandıktan sonra kullanma izni alınması için gerekli onayı vermekten veya bu konuda yükleniciye temsil yetkisi vermekten) kaçınması hali de, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine sebep olabilir⁶⁴⁸.

şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediğinden, BK'nun 90. maddesi uyarınca temerrüde düştüğü(nden) (...) fesih davasının reddi gerekir.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 5.5.2004 T., 2003/5372 E., 2004/2508 K.: “Yüklenicinin yüklendiği ediminin ifası doğrultusunda inşaat işinin yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerekmektedir. Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer teslimi iş sahibinin öncelikli edim borcudur (BK m. 81, 90). Bu yasal nedenle, arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlaması istenemez. Somut olayda, yüklenici davacı, (...) davalı arsa sahibine gönderip tebliğ ettirdiği (...) ihtarname ile sözleşme konusu arsa üzerindeki binayı tahliye edip boş olarak teslimini istemiş olmasına karşın, arsa sahibi davalı arsayı ona teslim etmemiştir. (...) arsa sahibinin öncelikli edimi olan arsanın yükleniciye teslim edilmesine ilişkin edimini ifa etmemesi sonucu yüklenicinin temerrüdünün gerçekleşmediği (...) arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunun kabulü gerekir (BK m. 90).” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 7.6.1984 T., 1984/1616 E., 1984/2006 K.: “BK’ nun 90. madde hükmüne göre karşılıklı yükümlülükleri içeren sözleşmelerde borçlunun borcunu ifa edebilmesi için eğer alacaklı kendi tarafından öncelikle yapılması gereken işlemleri icradan kaçınırsa, mütemerrit sayılacağı kabul edilmiştir. Yukarıdan beri açıklandığı üzere davalı banka sözleşmenin 10 ve özel sicilnamenin 9. maddelerinde öngörülen ve kendisi tarafından yapılması kararlaştırılan yeraltı engellerini giderme borcunu yerine getirmemiştir. Alacaklıya düşen bu görev teknik açıdan borcun ifasını engellediği (...) sabittir. Bu durumda davalının değil aksine davacıya sözleşmeden dönme hakkı tanımak BK’nun 94. madde hükmü gereğidir.” (www.kazanci.com).

⁶⁴⁶ Yarg. 15. HD., 31.3.1989 T., 1369 E., 1621 K.: “davacının ihtiyatî tedbir olarak, inşaatın yapımını haksız olarak 19.12.1986 tarihine kadar engellemiş olduğu, reddedilen dava ile saptanmıştır. Bu durumda, ihtiyatî tedbirin kalktığı tarihten 4 gün sonra, 23.2.1986 tarihinde açılan bu davada, davalının inşaata başlamadığı ve sözleşme süresi birinci yılın sonu itibarı ile 21.5.1985 tarihinde işi tamamlayamadığından bahsetmek ve müteahhidi kusurlu görmek mümkün değildir.” (Uygur, Cilt 7, s. 7740).

⁶⁴⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 678, 1330 vd.; **Chavanne**, N 445 vd.; **Öz**, Dönme, s. 172; **Ayan**, s. 115; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 382.

⁶⁴⁸ **Öz**, Dönme, s. 173; **Öz**, İnşaat, s. 133. Yarg. 15. HD., 28.1.2002 T., 2001/4506 E., 2002/384 K.: “Davalı yüklenici 31.12.1998 tarihinde keşide ettiği ihtarnamesinde, cins tashihinin yapılabilmesi ve iskânın alınabilmesi için vekâletname talep ettiği halde; davacılar, BK'nun 81. maddesi uyarınca yerine getirmeleri gereken öncelikli edimlerini ifa etmediklerinden, eserin teslim alınması yönünden temerrüde

Alacaklı temerrüdü için **iş sahibinin kusurunun gerekli olmadığını** belirtmiştik. Gerçekten de iş sahibi, eserin meydana getirilmesi için kendisinin yerine getirmek zorunda olduğu hazırlık fiilleri bakımından, bu fiiller kendi **faaliyet alanında kaldığı** sürece, kusursuz olsa (örneğin, beklenmeyen bir hal sebebiyle hazırlık fiilini yerine getiremese) dahi, kural olarak alacaklı temerrüdüne düşer. İş sahibinin **şahsında** veya **faaliyet alanında** meydana gelen bir **beklenmeyen hal** sonucu ifa geçici olarak imkânsız hale gelmişse, gecikmenin, **BK m. 370 f. 1 hükmüne kıyasen**, iş sahibine isnad edilebileceğine de yukarıda değinmiştik. Örneğin, iş sahibi hastalandığı için birkaç provaya gelemez ve bu yüzden dışçı dış protezini kararlaştıran vadede tamamlayıp teslim edemezse, eserin, yani protezin teslimi iş sahibinin **şahsında** meydana gelen bir beklenmeyen hal sonucunda gecikmiş olur. Bu sebeple de gecikmeden iş sahibi sorumludur. Keza örneğin, iş sahibinin fabrikasında onarım faaliyetini üstlenen yüklenici, bu fabrikada grev yapıldığı için grev süresince fabrikaya sokulmaz ve tamirat bu sebeple gecikirse, beklenmeyen hal, yani grev iş sahibinin **faaliyet alanında** gerçekleşmiştir. Bu durumda da gecikmeden iş sahibi sorumludur. Saydığımız durumların tümünde, **iş sahibi alacaklı temerrüdüne** düşer. Zira tüm bu durumlarda iş sahibi, kusurlu olmasa dahi, haklı, yani yüklenicinin risk alanına giren bir sebep bulunmaksızın ifa için gerekli olan hazırlık fiillerini gerçekleştir(e)memiştir.

düşmüş sayılırlar.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K.: “(...) tapu kaydı davalı üzerinde olduğu için, inşaaata başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir. Davalının, sözleşmeden ve işin mahiyetinde anlaşılan bu edimini yerine getirmemesi halinde mahkemece, davalının iradesi yerine geçmek üzere, bu işlerin ifası için davacıya yetki verilmesine karar verilmesi gerekir.” (www.kazanci.com).

Aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça, **iş sahibinin sağlamayı taahhüt ettiği arsada** yapılacak inşaata ilişkin **idarî izinleri**, iş sahibinin alması gerekir⁶⁴⁹. Bu durumda, idarî izinlerin alınması iş sahibinin yerine getirmesi gereken bir **hazırlık faaliyeti** niteliğindedir⁶⁵⁰. İş sahibinin bu hazırlık faaliyetini yerine getirmemesi kendi kusurundan kaynaklanabileceği gibi, buna tamamen onun kusurundan bağımsız olan bir beklenmeyen hal de sebep olmuş olabilir. Örneğin, bu izinleri iş sahibinin alması gerekiyorken, tarafların kusuru bulunmaksızın, idarî merciler izni vermekte geciktiği için yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim etmekte gecikmişse, burada geniş anlamda beklenmeyen hal kavramı içinde değerlendirilebilen üçüncü kişilerin fiilinin (örneğin, idarenin bir çalışanın ihmalinin) sebep olduğu bir gecikme söz konusudur. **Kanunî risk dağılımı** bakımından, bu tür bir iznin alınamamasından kaynaklanan gecikme de iş sahibinin faaliyet alanından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple, iş sahibi bu izinleri alamadığı takdirde, bunda kusuru bulunmasa dahi alacaklı temerrüdüne düşer.

Bazen, bir eserin meydana getirilmesini **birden çok yüklenici** her biri iş sahibi ile **bağımsız eser sözleşmeleri** akdederek üstlenir. Bu durumda eserin önce meydana getirilmesi gereken bölümünü taahhüt eden yüklenicinin (ön yüklenicinin) edimini geciktirmesi sonucunda sonraki kısmı meydana getirmeyi taahhüt eden yüklenicinin edimi de gecikirse, (örneğin binanın çerçevelerini takacak olan yüklenici ediminin ifasında geciktiği için camları takacak olan yüklenici de kendi ediminin ifasında

⁶⁴⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1331; **Werz**, N 37; **Erman**, İnşaat, s.53; **Ayan**, s. 115 dn. 93; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 383. Yarg. 15. HD., 18.12.1990 T., 4609 E., 5577 K.: “Sözleşmede tevhit ve ruhsat alım işlemlerinin kime ait olduğu açıklanmamıştır. Bu durumda, kural olarak, bu işleri yapmak ve yürütmek arsa sahiplerine ait bir yükümlülüktür.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7736-7737). Yarg. 15. HD., 14.2.1996 T., 641 E., 8 05 K.: “Sözleşmede aksine hüküm bulunmadığı ve bu konuda yükleniciye yetki verilmediği sürece, inşaata başlanabilmesi için zorunlu olan ruhsatın iş sahibi tarafından alınması gerekir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7754-7755).

⁶⁵⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 678; **Werz**, N 37; **Chavanne**, N 445.

gecikirse) durum ne olur? Yahut aynı eser parçası üzerinde önce bu yüklenicilerden biri sonra diğerinin çalışması gerekirken, ön yüklenicinin işi geciktirmesi sonucunda sonraki yüklenicinin edimi de gecikirse, (örneğin, ön yüklenici makinenin montajını tamamlamakta geciktiği için art yüklenici makineyi boyamakta gecikirse) nasıl bir sonuca varılmalıdır? Bu tür durumlarda **iş sahibi**, ön yüklenicinin tutumu sebebiyle **alacaklı temerrüdüne** düşer. Önce gelen edimin ifasındaki gecikme sebebiyle kendi ediminin ifasında geciken yüklenici, borçlu temerrüdüne düşmez⁶⁵¹. Zira iş sahibi, eseri yan yüklenicilere (Nebenunternehmer/co-entrepreneurs) imal ettirdiği durumlarda, onların çalışmaları arasında koordinasyonu sağlamaktan da sorumludur. Bu itibarla da buradaki gecikme iş sahibinin faaliyet alanından doğan bir sebebe dayanmaktadır⁶⁵².

İş sahibinin eseri teslim alma **alacağına temerrüde** düşmesi (BK m. 90), yüklenicinin eseri teslim **borcunda temerrüde** düşmesine engel olur. Zira hiçbir borçludan, alacaklının kendisinin engel olduğu edimi yerine getirmesi beklenemeyeceğinden, bu durumda da yüklenicinin edimindeki **gecikme** objektif olarak **haktır**⁶⁵³. Eserin tesliminin iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle haklı olarak geciktiği bu gibi durumlarda, **teslim süresi**, kural olarak gecikme süresi kadar uzar⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 678; **Corboz**, FJS 459, s. 12; **Henninger**, s. 252; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 382. Bu durumda, sonraki yüklenicinin sözleşmeye aykırı bir davranışı bulunmadığı yönünde, **Seliçi**, İnşaat, s. 82.

⁶⁵² **Gauch**, Werkvertrag, N 1333.

⁶⁵³ **Schenker**, Verzug, N 228 vd.; **Gauch**, Werkvertrag, N 678; **Chavanne**, N 303; **Werz**, N 293; **Serozan**, İfa, s. 216; **Öz**, Dönme, s. 172 dn. 94.

⁶⁵⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 682, 1335; **BK-Koller**, Art. 366, N 162; **Tandoğan**, Cilt II, s. 131; **Öz**, Dönme, s. 172; **Ozanoğlu**, s. 70; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 383-384.

3. İş Değişikliği

İş (sipariş) değişikliği (Bestellungsänderung), yüklenicinin üstlendiği **eser meydana getirme borcunun** başlangıçta eser sözleşmesi ile kararlaştırılmış olan **içeriğinin**, iki taraflı veya tek taraflı hukukî işlemle **değiştirilmesidir**⁶⁵⁵. Bu durum, yüklenicinin eser sözleşmesinde kararlaştırılmış olandan fazla veya eksik iş yapmak veya işi önceden kararlaştırılandan farklı bir tarzda (örneğin, başka malzeme veya yöntemler kullanarak) yapmak zorunda kalması gibi farklı biçimlerde ortaya çıkabilir⁶⁵⁶. Eserin tesliminin iş değişikliği sebebiyle gecikmesi, yüklenicinin **ek iş** yapmak zorunda kalmasından veya ek iş yapmadığı halde **mevcut işin mahiyeti** (örneğin, imalinde kullanılan malzeme veya yöntem) **değiştirdiği** için işin **daha zaman alıcı** hale gelmesinden kaynaklanabilir.

Taraflar iş değişikliği üzerinde anlaşmış veya sözleşme ile taraflardan birine tek taraflı olarak iş değişikliği yapma hakkı tanınmış olmadıkça, **kural** olarak her iki taraf da, karşı tarafın iş değişikliği talebini **kabul etmek zorunda değildir**⁶⁵⁷. Yüklenici, kendisine sözleşme ile tek taraflı olarak iş değişikliği yapma yetkisi tanınmadığı veya iş sahibi iş değişikliğini yasakladığı halde, işin niteliğinin zorunlu kılmadığı bir iş değişikliği yaparak eserin tamamlanmasını daha zaman alıcı hale getirirse, durum ne olur? Örneğin yüklenici, yetkisi bulunmadığı halde, sözleşmede kararlaştırılmayan ek işler yapar, 4 katlı olacağı kararlaştırılan apartmana bir kat daha ilâve ederse, inşaatın teslimindeki gecikmeden kim sorumludur? Bu durumda iş sahibi değişikliğe açık veya örtülü olarak onay vermediği takdirde, yüklenici gecikmeye bizzat kendisi sebep olmuş

⁶⁵⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 768; **Chavanne**, N 303; **Gökyayla**, s. 108.

⁶⁵⁶ **Chavanne**, N 304; **Gökyayla**, s. 108.

⁶⁵⁷ **Seliçi**, İnşaat, s. 13; **Ayan**, s. 123; **Gökyayla**, s. 56.

olur. Gecikme haklı bir gecikme olmayacağından, eserin teslim süresi uzamaz⁶⁵⁸. Ancak iş sahibi farkında olduğu halde bu fazla işe itiraz etmeyip, iş yapılırken sessiz kaldığı takdirde, onun iş değişikliğine örtülü biçimde onay verdiği kabul edilebilir⁶⁵⁹. Bu takdirde, teslim vadesi kendiliğinden uzar⁶⁶⁰.

İş değişikliği yapılması **sözleşme ile kararlaştırılmış** olabileceği gibi, zorunlu sebeplerin varlığı halinde tarafların **farazî iradelerinden** de iş değişikliği talep etme hakkının bulunduğu sonucuna varılabilir⁶⁶¹. İş değişikliğinin **tarafların** bu konudaki **anlaşmaları** ile gerçekleşmesi, iki biçimde karşımıza çıkar: Ya eser sözleşmesi kurulurken taraflardan birine, özellikle iş sahibine, belirli sebeplerin gerçekleşmesi halinde veya iradî olarak iş değişikliği isteme yetkisi tanınmıştır ve o taraf bu hakkını

⁶⁵⁸ Ek süreden yararlanamayan yüklenici, eseri vadede teslim edemezse, borçlu temerrüdüne düşer. **Ayan**, s. 124; **Gökyayla**, s. 329.

⁶⁵⁹ **Akkanat**, Fazla İnşaat, s. 65; **Gökyayla**, s. 84.

⁶⁶⁰ Yargıtay da, sözleşmede kararlaştırılan fazla inşaat yapılması halinde, bu ek işin gerektirdiği sürenin eserin teslim süresine eklenmesi gerektiği görüşündedir. Yarg. 15. HD., 7.4.1989 T., 1988/3316 E., 1989/1827 K.: “Davalı cevaplarında, proje tadilatı yapılarak ilâve kat inşa edildiğini ve bu ilâve kattan davacının da pay aldığı ileri sürmüştür. İlâve kat yapımı nedeniyle inşaatın sözleşmede kararlaştırılan süre içinde bitirilemeyeceği kuşkusuzdur. (...) bu iş için davalıya ne kadar süre uzatımı tanınması gerektiği saptanmalı (...)” (**Kostakoğlu**, s. 336). Yarg. 15. HD., 26.9.1998 T., 4357 E., 2998 K.: “Yüklenici davalılar sözleşmede kararlaştırılan inşaat alanından fazla inşaat yapmış olup, bunun için ayrıca süre isteme hakları bulunduğu anlaşılmış (...)” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7778). Yarg. 15. HD., 28.6.2004 T., 2004/863 E., 2004/3608 K.: “Hükme dayanak bilirkişi raporunda, sözleşmeye göre inşaatın net 95 m2 yapılmasının kararlaştırıldığı, Belediye'den onaylı mimari proje üzerinde yapılan ölçüm sonucunda ise normal kat daire alanının 116 m2'ye çıkartıldığı, böylece normal kattaki her dairede net 21 m2 fazla inşaat alanı bulunduğu ve büyümenin toplam inşaat süresini 199 gün geciktirdiği belirtilmiştir. İnşaat bir bütündür. Gerek yüklenicinin gerekse arsa sahibinin daireleri sözleşmeden büyük yapılmış, inşaatın bütününde genişleme olmuş, sözleşmesine göre tamamlanma süresi de gecikmiştir. Bu nedenle 199 günlük gecikmenin sözleşmede kabul edilen 900 günlük süreye ilavesiyle teslim tarihi saptanmalı (...)” (www.kazanci.com).

⁶⁶¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için, bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 769 vd.; **Gökyayla**, s. 55 vd.

kullanır⁶⁶². Yahut da sözleşme kurulduktan sonra taraflar iş değişikliği üzerinde anlaşılır. Bu anlaşma taraflardan birinin iş değişikliği teklifini diğerinin açıkça veya örtülü olarak⁶⁶³ kabul etmesiyle gerçekleşir⁶⁶⁴. Tarafların **anlaşarak iş değişikliği** yaptıkları durumlarda, iş değişikliği yapılsa dahi sürenin uzamayacağı kararlaştırılmış olmadıkça, sözleşmede süre uzatımına ilişkin bir düzenleme bulunmasa dahi, teslim süresi **kendiliğinden uzar**⁶⁶⁵. Zira başlangıçta belirlenen teslim süresi, işin daha az zahmetli haliyle tamamlanacağı süreye göre belirlenmişti. Şimdi iş, tarafların ortak iradesiyle daha zaman alıcı hale geldiğine göre, bu ortak iradenin aynı zamanda teslim süresinin de bu gecikmeye uygun olarak uzayacağını kapsadığı kabul edilmelidir.

İş değişikliğinin **zorunlu** olduğu durumlarda, taraflar arasında iş değişikliği konusunda bir anlaşma bulunmasa dahi, tarafların her birinin iş değişikliği talep etme yetkisinin bulunduğu sonucuna onların **farazî iradelerinden** yola çıkılarak

⁶⁶² **Gauch**, Werkvertrag, N 776; **Gökyayla**, s. 55.

⁶⁶³ Örneğin iş sahibinin yapımına başlanan eve şömine de ilâve edilmesini talep etmesi üzerine yüklenicinin bir şey söylemeden bu isteği yerine getirmesi halinde, yüklenici iş değişikliğini örtülü olarak kabul etmiş olur. Yahut yüklenici, sözleşmede kararlaştırılmadığı halde dairelerin balkonlarını camla çevirip kapatır, iş sahibi de bunu gördüğü halde ses çıkarmazsa, bu defa iş sahibi iş değişikliğini örtülü olarak kabul etmiş sayılır.

⁶⁶⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 770, 771; **Gökyayla**, s. 56-57.

⁶⁶⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Ayan**, s. 123-124; **Gökyayla**, s. 324. Yarg. 15. HD., 2.4.1992 T., 1991/3103 E., 1992/1729 K.: “Davalı yüklenici dava sonunda davacı arsa sahiplerinin isteği üzerine, inşa edilecek binanın oturma şeklinin değiştirildiğini ve bu sebeple 15.7.1987 tarihli değişiklik ruhsatının alındığını ve gecikmenin de bu sebepten ileri geldiğini savunmuşlardır. (...) anılan değişikliğin arsa sahiplerinin isteği üzerine yapılıp yapılmadığının belirlenmesi, (...)anılan değişikliğin inşaat süresine etkisi (...) saptanarak, hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken (...)” (**Kostakoğlu**, s. 329). Yarg. 15. HD., 24.1.1996 T., 7011 E., 312 K.: “80 adet bağımsız bölüm konut olarak yapılacakken, sonradan gerçekleştirilen proje değişikliği ile bağımsız bölüm adedinin artırıldığı anlaşılmaktadır. (...) davacılar (...) davalının istediği süre uzatımı talebi görüşmeye hazır olduklarını bildirmelerine rağmen, taraflarca ek bir süre kararlaştırılmamıştır. Gecikme tazminatının hesabında, ilâve işle nazara alınarak yeni bir teslim tarihinin belirlenmesi gerekmektedir.” (**Uygur**, Cilt 7, s. 7782).

ulaşılabilir⁶⁶⁶. Bu durumda haklı bir gecikmenin olup olmadığı, iş değişikliğine yol açan **zorunlu sebebin hangi tarafın risk alanından kaynaklandığına** göre tespit edilir. İş daha zaman alıcı hale getiren zorunlu iş değişikliğinin sebebi **iş sahibinin risk alanından** kaynaklanıyorsa, gecikme yüklenici bakımından **haklı bir gecikmedir**. Bu durumda, eserin teslim vadesi ve varsa ilgili ara vadeler, iş değişikliğinin gerektirdiği ek

⁶⁶⁶ Eser sözleşmesinde, taraflardan birinin tek taraflı olarak iş değişikliği talep etme hakkı bulunup bulunmadığına ilişkin her hangi bir düzenleme bulunmayabilir. Bu durumda sözleşmede bir boşluk olduğu kabul edilir. Taraflardan biri, bu yönde bir anlaşma bulunmadığı halde, tek taraflı olarak iş değişikliği talep eder ve bu konuda bir ihtilâf doğarsa, sözleşmedeki bu boşluk tarafların farazî iradelerine göre doldurulur. Böylece, ancak tarafların makul ve dürüst kişiler olarak eser sözleşmesini akdederken boşluk bulunan bu nokta bakımından taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla işi değiştirme hakkını tanyacakları kabul edilebiliyorsa, o tarafın bu yönde bir hakkı bulunduğu sonucuna varılır. **Gauch**, Werkvertrag, 778; **Kaplan**, İnşaat, s. 145; **Baygın**, s. 57; **Gökyayla**, s. 59.

İsviçre inşaat uygulamasında yerleşik olan bir teamüle göre, bir **değişiklik** eserin meydana getirilmesi bakımından **objektif olarak kaçınılmazsa ve yükleniciden de iş değişikliğini yerine getirmesi beklenebilirse**, iş sahibi, kural olarak tek taraflı biçimde yüklenicinin ediminde değişiklik yapma hakkına sahiptir. Bir değişikliğin objektif olarak kaçınılmaz olması, somut olayın şartları içinde hâkimin objektif kriterlere göre takdir edeceği (MK m. 4) bir meseledir. Değişiklik, sözleşmenin kurulmasından sonra idarî mercilerin yaptığı bir düzenlemenin sonucu olarak gerekli hale gelmişse, bu değişikliğin eserin meydana getirilmesi bakımından kaçınılmaz olduğu söylenebilir. Meselâ, garajı olmayan binalara artık iskân ruhsatı verilmeyeceğine ilişkin bir idarî düzenleme yapıldığı takdirde, iş sahibinin projede olmadığı halde inşa edilecek binaya garaj eklenmesi yönündeki iş değişikliği talebi, objektif bakımdan kaçınılmaz bir değişikliğe ilişkindir. Yükleniciden iş değişikliğini yerine getirmesinin beklenip beklenemeyeceği meselesi ise dürüstlük kuralları (MK m. 2 f. 1) çerçevesinde değerlendirilecek bir konudur. Bu bakımdan, yükleniciden ancak taahhüt etmiş olduğu eserin genel karakterini kökten değiştirmeyen değişiklikleri yerine getirmesinin beklenebileceği kabul edilmektedir. Öyleyse, örneğin, villa inşasını taahhüt etmiş olan yükleniciden, iş sahibinin apartman inşası talebini yerine getirmesinin beklenemeyeceği sonucuna varılmalıdır. **Gauch**, Werkvertrag, N 779, 793; **Chavanne**, N 306-308; **Couchepin**, N 1567.

Kanaatimizce, tarafların iş değişikliği yapılması konusunda farazî iradeleri tespit edilirken, yukarıda açıkladığımız İsviçre inşaat uygulamasında **iş sahibinin** tek taraflı olarak iş değişikliği talep etme hakkına ilişkin teamül, aksini gerektiren bir durum bulunmadıkça, iş değişikliği talebi ister **iş sahibinden** ister **yükleniciden** gelmiş olsun, tüm eser sözleşmeleri bakımından göz önünde bulundurulmalıdır. O halde, taraflar arasında iş değişikliği yönünde bir anlaşma bulunmuyorsa ve bir tarafa sözleşme ile tek taraflı iş değişikliği yapma hakkı tanınmamışsa, tarafların farazî iradelerine bakılır. Bu durumda, **iş sahibine** veya **yükleniciye** tek taraflı olarak **iş değişikliği yapma hakkı**, ancak iş değişikliğinin yapılması eserin meydana getirilmesi için **objektif olarak kaçınılmazsa** tanınabilir.

çalışma süresine uygun olarak kendiliğinden uzar⁶⁶⁷. Yüklenici, eseri sözleşmede kararlaştırılan veya işin niteliğine göre belirlenen vadede teslim etmemekle temerrüde düşmez. Özellikle iş sahibi tarafından sağlanan arsa, malzeme veya plândan kaynaklanan zorunlu sebeplerle iş değişikliği yapılması halinde, iş değişikliği sonucu ortaya çıkan gecikmenin iş sahibinin risk alanından doğduğu kabul edilmektedir⁶⁶⁸. Örneğin iş sahibi tarafından sağlanan arazinin altında tarihi kalıntılar bulunması sonucu düz bir hat halinde devam eden tünel kazılarının yönü değiştirilerek zeminin daha fazla kazı çalışması gerektiren bir başka yönden kazılmaya devam edilmesi gerekirse, durum böyledir. Ancak işin uzman tarafı olan yüklenicinin özen borcunun kapsamında, iş sahibi tarafından sağlanan arsanın, malzemenin veya plânın işe elverişliliğini inceleme yükümlülüğü de vardır⁶⁶⁹. Bu sebeple, iş değişikliğine yol açan zorunlu sebebin iş sahibinin risk alanından doğduğunun kabulü için, iş değişikliğinin yüklenicinin kendisinden beklenen inceleme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmesine rağmen tespit etmesi mümkün olmayan bir sebepten kaynaklanmış olması gerekir⁶⁷⁰. Yüklenici başlangıçta yerine getirmesi gereken bu inceleme yükümlülüğünü yerine getirmediyse, arsanın veya malzemenin elverişsizliğini sonradan iş sahibine bildirmekle iş değişikliğine bağlı gecikmenin sorumluluğundan kurtulamaz (BK m. 357 f. 3)⁶⁷¹.

Eserin meydana getirilebilmesi için **iş değişikliği** yapılmasını zorunlu kılan **sebeplerin yüklenicinin risk alanına** dâhil olan bir sebepse, bu iş değişikliğinin sonucu olan gecikme haklı bir gecikme değildir. Örneğin inşaatın projesinin hazırlanmasını üstlenen ve inşaatın yapılacağı araziye kontrol yükümlülüğü bulunan yüklenicinin, bu

⁶⁶⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 790; **Chavanne**, N 310; **Gökyayla**, s. 325.

⁶⁶⁸ **Ayan**, s. 125.

⁶⁶⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 56; **Erman**, İnşaat, s. 35.

⁶⁷⁰ **Ayan**, s. 125; **Gökyayla**, s. 325.

⁶⁷¹ **Seliçi**, İnşaat, s. 104; **Erman**, İnşaat, s. 33.

yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, sonradan araziden su çıktığı için proje değiştirilir ve ek iş yapılması gerekirse, bu ek iş yükleniciye isnad edilebilen bir sebepten doğmuştur⁶⁷². Bu tür bir gecikme, sözleşme süresini uzatmaz ve yüklenicinin eserin teslimi borcunda temerrüde düşmesine engel olmaz.

4. İş Sahibinin Faaliyet Alanında Doğan Diğer Gecikme Sebepleri

İş sahibinin **faaliyet alanında kalan**, ancak eserin meydana getirilmesi için onun tarafından yerine getirilmesi gereken bir **hazırlık faaliyeti ile ilgili olmadığı** için, iş sahibinin **alacaklı temerrüdüne** düşmesine yol açmayan bazı gecikme sebepleri bulunabilir. Bu gecikme sebepleri ek iş yapılmasına yol açmayıp, sadece işin bir süre durmasına yol açmışsa, **iş değişikliği** de söz konusu olmaz. İşte bu tür durumlarda gecikme sebebi, iş sahibinin faaliyet çevresinden, bu itibarla da onun **risk alanından kaynaklandığı için**, gecikme riskine yine de iş sahibi katlanmalıdır. Bunun anlamı, eserin teslim süresinin haklı gecikme süresi kadar uzaması ve sözleşme ile kararlaştırılmış olan vadede eseri teslim edemeyen yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmemesidir.

İş sahibinin **faaliyet alanından** doğan bir **beklenmeyen halin** bulunması durumunda, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi söz konusu olmasa dahi, **BK m. 370 f. 1 hükmüne kıyasen**, gecikme riskine iş sahibi katlanmalıdır⁶⁷³. Zira bu durumda da gecikme sebebi iş sahibinin faaliyet çevresinden ve bu itibarla da onun risk alanından kaynaklanmaktadır. İş sahibinin **sağladığı arsa** üzerinde yapılan inşaatlar bakımından, eser sözleşmesinin kurulmasından sonra **idare** tarafından **yapılan düzenlemelerden** ötürü inşaatın durdurulmasının, iş sahibinin faaliyet alanına dâhil olduğu kabul

⁶⁷² Erman, İnşaat, s. 34.

⁶⁷³ Bu yönde, Couchepin, N 1554.

edilmektedir⁶⁷⁴. Gerçekten de sağladığı arsaya ilişkin olarak alınan idarî kararlara itiraz etme ve gerektiğinde bundan ötürü idareden tazminat talep etme hakkı iş sahibine ait olduğuna göre, bu arsaya ilişkin idarî kararların da kural olarak onun faaliyet alanına dâhil olduğu kabul edilmelidir⁶⁷⁵. İş sahibinin arsası üzerinde yapılacak olan inşaatlarda, bu arsa üzerinde kamu kurumlarınca yapılan idarî bir düzenleme sonucu inşaat geçici bir süre durduğunda, (örneğin önce **kamulaştırma kararı** alınıp veya **inşaat yasağı** koyulup, fakat daha sonra iş sahibinin itirazı üzerine bu karar kaldırıldığında) bu gecikmeden iş sahibi sorumlu tutulabilmelidir. Burada iş sahibi bakımından eser için gerekli hazırlık faaliyetlerinden birini gerçekleştir(e)memek gibi bir durum söz konusu olmadığından, iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmemiştir. İş sadece bir süre için durmuştur, yani ek iş yapılması, bu itibarla iş değişikliği de söz konusu değildir. Ancak beklenmeyen hal, yani kamu kurumlarınca yapılan idari düzenleme iş sahibinin faaliyet alanında gerçekleştiğinden, gecikme riskine iş sahibi katlanmalıdır.

Şu noktayı önemle belirtmek gerekir ki, arsa ile ilgili olduğundan bahisle, yapılacak inşaatla ilgili olarak **idareden kaynaklanan** tüm gecikmelerin riskine iş sahibinin katlanacağı sonucuna varılamaz. Eser sözleşmesinin icrasına yönelik idarî izinleri alma yükümlülüğünün, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, iş sahibine ait olduğuna daha önce değinmiştik. Ancak eser sözleşmesinde, bazı idarî izinleri (örneğin, **temel ruhsatını** veya **iskân ruhsatını**) **almayı yüklenici** üstlenmişse, kanaatimizce, artık bu tür idarî izinlerin alınmasındaki gecikmenin riskini de yüklenici taşımaktadır. Yani **idare** söz konusu izinleri vermeyi **geciktirdiği** takdirde, bunda yüklenicinin bir kusuru olmasa dahi, gecikmenin kural olarak yüklenicinin risk alanına dâhil olduğu

⁶⁷⁴ BK-Koller, Art. 366, N 163; Ayan, s. 117; Gökyayla, s. 325.

⁶⁷⁵ Galante, s. 95.

kabul edilmelidir⁶⁷⁶. Zira kanaatimizce, yüklenici bu tür izinleri almayı sözleşmeyle üstlenirken, bu izinlerin alınmasını kendi faaliyet sahasına dâhil etmiş olmaktadır⁶⁷⁷. İdarenin yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak bu izinleri vermeyi geciktirmesi halinde, eserin teslimi yüklenicinin faaliyet alanında gerçekleşen bir beklenmeyen hal sonucu gecikmektedir. Bu itibarla da gecikmenin riskine yüklenici katlanmalıdır. Yani teslim süresi, kendiliğinden değil, ancak iş sahibinin teslim süresinin uzamasına onay vermesi veya hâkimin BK m. 365 f. 2 hükmüne kıyasen sözleşmeyi uyarlayarak süre uzatımına hükmetmesi halinde uzar. Süre uzatımı gerçekleşmezse, yüklenici, diğer şartlar da gerçekleştiğinde, temerrüde düşer. Ancak yüklenici, temerrüde kusursuz olarak düşmüş olur. Yargıtay ise, bu konuda farklı görüştedir. Yüksek Mahkeme'ye göre, idarî izinlerin belirli bir tarihe kadar alınması zorunluluğu yükleniciye yüklenemez. Bu itibarla da inşaatın teslimi yüklenicinin kusuru bulunmaksızın idarî işlemlerin gecikmesinden kaynaklanıyorsa, yüklenici bu gecikmeden sorumlu tutulamaz. Yargıtay'a göre, yüklenicinin gecikmede kusurunun bulunmadığı bu gibi durumlarda teslim süresinin uzadığı kabul edilir; yüklenici temerrüde düşmez⁶⁷⁸.

⁶⁷⁶ Aksi görüşte: **Ayan**, s. 118. **Ayan**'a göre, sözleşmede idareden alınması gereken izni **yüklenicinin** alacağı kararlaştırılmış olsa dahi, idare izni vermeyi yüklenicinin kusuru olmaksızın olağan süreyi aşan ölçüde geciktirdiği takdirde, bu gecikmenin riskine iş sahibi katlanır. Bu durumda eserin teslim süresi kendiliğinden uzar.

⁶⁷⁷ Taraflar bu idarî izinleri yüklenicinin alacağını kararlaştırmamış olsalardı, kanunî risk dağılımına göre, bu ruhsatların idare tarafından geç verilmesinin riskine iş sahibi katlanacaktı. Ancak, burada, taraflar sözleşme ile kanunî risk dağılımını değiştirip, iş sahibinin sağladığı arsaya ilişkin iznin alınamamasının riskini de yükleniciye yüklemiş olmaktadır.

⁶⁷⁸ Yargıtay, beklenmeyen hallerden kaynaklanan gecikmelerin hangi tarafın risk alanına dâhil olduğuna göre bir ayırım yapmamaktadır. İdarî izinlerin verilmesinin yüklenicinin kusuru olmadan gecikmesini haklı gecikme sebebi olarak görmektedir. Yarg. 15. HD., 27.1.1992 T., 1991/3263 E., 1992/215 K.: "Yüklenicinin bir kusuru olmadan, başvurusuna makul bir sürede idarî işlemler nedeniyle ruhsat verilmemiş ise, (...) bu gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz." (**Kostakoğlu**, s. 330). Yarg. 15. HD., 19.2.1992 T., 1992/607 -712: "Yanlar arasındaki sözleşmenin 7. maddesinde, işin süresi kararlaştırırken, temel ruhsatından itibaren 3 yıllık süre öngörülmüştür. Mahkeme ise, sözleşme tarihi ile dava tarihi arasında geçen 3 yıllık sürede, taşınmazın halen ekili olarak bulunmasını, inşaatın başlanmaması

İş sahibi tarafından **sağlanan arsa** üzerinde meydana gelen miting, gösteri gibi toplumsal hareketler ile terör eylemleri de arsayla ilişkili olmaları sebebiyle iş sahibinin faaliyet alanında gerçekleşen beklenmeyen hallerdir⁶⁷⁹. Örneğin iş sahibinin sağladığı arsada meydana gelen genel nitelikteki gösteri veya eylemlerden ötürü şantiye zarar görür ve bu sebeple eserin teslimi gecikirse, iş sahibinin risk alanından doğan bir gecikme bulunduğundan, gecikme riskine iş sahibi katlanmalıdır⁶⁸⁰. Bu örnekte, zarar gören şantiyenin eski haline getirilebilmesi için yapılan ve fazla iş biçiminde ortaya çıkan zorunlu bir **iş değişikliği** söz konusudur. Buna karşılık, şantiye zarar görmeseydi de, sadece yüklenicinin **çalışması** gösteriler sebebiyle bir süre **dursaydı**, bir iş değişikliği söz konusu olmazdı. Fakat bu durumda da eserin teslimi **iş sahibinin faaliyet alanından doğan sebepten** ötürü geciktiğinden, gecikme yine iş sahibinin sorumlu tutulabileceği, yüklenici bakımından haklı bir gecikme olurdu.

olmasını dikkate alarak fesih kararı vermiştir. (...) Gecikme resmî mercilerin tutumundan, diğer ifade ile davalının elinde olmayan nedenlerle ortaya çıkmışsa, davanın reddi gerekir.” (Kostakoğlu, s. 329-330). Yarg. 15. HD., 17.5.2005 T., 2005/2830 E., 2005/3054 K.: “Sözleşmelerine göre ruhsat alımından itibaren 12 ay içinde inşaatın teslimi gerekmektedir. (...) Ruhsat alımı için yüklenici tarafından zamanında müracaat edilmesine rağmen idari mercilerden kaynaklanan sebeplerle ruhsat alımı gecikmiş ise bu takdirde yüklenicinin gecikmeden dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Yüklenici süresinde müracaatını yapmamış ise bu durumda ruhsatın geç alınması kendisini sorumluluktan kurtaramayacaktır.” (www.kazanci.com). Yargıtay, eser sözleşmesinde yüklenicinin bazı idarî izinleri belirli bir sürede almayı üstlenmiş olması halinde dahi, yüklenicinin, kusuru bulunmadığı takdirde, izni belirlenen sürede alamamaktan ötürü sorumlu tutulamayacağı görüşündedir. Yarg. 15. HD., 7.3.1989 T., 1988/2231 E., 1989/1061 K.: “Her ne kadar, sözleşmede anılan ruhsatın 30.11.1982 tarihine kadar alınması öngörülmüş ise de, bu tarihin temerrüt için yeterli bir sebep sayılması olanaksızdır. Çünkü, inşaat ruhsatı imar mevzuatı gereğince idarî işlem sonucuna bağlı olduğundan, bunun belirli bir süre içinde alınması zorunluluğu müteahhide yükletilemez. Diğer bir deyimle, inşaat ruhsatının alınmasında idarî formaliteler ve imar mevzuatından kaynaklanan gecikmelere uğranması mümkündür. Bundan da yüklenicinin sorumlu tutulması düşünülemez.” (Uygur, Cilt 7, s. 7762).

⁶⁷⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 680, 1199; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 18; **BK-Koller**, Art. 366, N 154; **Kaplan**, Süre Uzatımı, s. 385; **Ayan**, s. 116.

⁶⁸⁰ Örnek için bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 680.

İş sahibi tarafından sağlanan arsanın⁶⁸¹ veya **malzemenin** eserin meydana getirilebilmesi bakımından **elverişsiz** olmasından veya **verilen talimatın**⁶⁸² **hatalı** olmasından dolayı eserin tamamlanması ve teslimi gecikmişse, burada **BK m. 368 f. 3'e kıyasen**, iş sahibinin risk alanında meydana gelen bir gecikme vardır⁶⁸³. Bu durumlarda işin gecikmesinin sebebi iş sahibinin faaliyet alanından doğduğu için, gecikmeden iş sahibi sorumludur. Esasen **iş sahibi**, edimin ifasına elverişli olmayan arsa, malzeme temin etmek veya uygun olmayan talimat vermekle, ifadaki gecikmeye **dolaylı da olsa kendisi sebep olmaktadır**. Örneğin iş sahibine ait binanın boyanması işinde, iş sahibinin **arsasının zemininin zayıf** olmasına bağlı olarak toprakta çökme meydana gelir. Bu sebeple yüklenicinin kurduğu iskele yıkılır ve zeminin kuvvetlendirilip iskelenin tekrar kurulması için harcanan zaman oranında boyama işinin tamamlanması gecikir. Bu durumda gecikme, iş sahibinin sağladığı arsanın işe elverişsiz olmasından kaynaklandığı için, iş sahibine yüklenebilir. Yahut örneğin, iş sahibinin verdiği boya çok düşük kalitede olduğundan renk vermez. Bu sebeple boyanın normalde sürüldüğünden birkaç kat daha fazla sürülmesi gerekir ve işin tamamlanması bu sebeple gecikir. Burada gecikme iş sahibinin **verdiği malzemenin** işe elverişsiz olmasından kaynaklandığı için, bu durumda da gecikmeden iş sahibi sorumlu tutulabilir. Ancak yüklenicinin eser sözleşmesinde işin uzman tarafı olduğu, özen borcunun bir gereği olarak iş sahibi tarafından sağlanan arsa veya malzemenin işe elverişliliğini sözleşmenin başında incelemekle yükümlü olduğu unutulmamalıdır. Buna göre iş sahibi, sağladığı arsanın veya malzemenin işe elverişsizliğinden kaynaklanan gecikmelerden, ancak gecikme yüklenicinin inceleme yükümlülüğünü yerine getirdiği halde bu incelemede

⁶⁸¹ İş sahibini tayin ettiği arazinin ayıplı olması sebebiyle ifanın gecikmesinin iş sahibine isnad edilebilir bir durum olduğu yönünde, **Couchepin**, N 1554.

⁶⁸² İş sahibinin çalışmanın başlamasını veya devamını önemli ölçüde geciktirebilecek talimatlarından kaynaklanan gecikmelerin de iş sahibinin hâkimiyet alanına girdiğini kabul eden, **Henninger**, s. 252.

⁶⁸³ **Gauch**, Werkvertrag, N 1199; **Ramoni**, s. 224; **Couchepin**, N 1554; **Galante**, s. 94; **Ayan**, s. 117.

tespit etmesi mümkün olmayan sebeplerden ileri geldiyse sorumludur⁶⁸⁴. İş sahibinin verdiği **hatalı talimattan** doğan gecikmelere gelince: örneğin, ısmarlanan iş makinelerinin yapımı sırasında iş sahibinin verdiği hatalı talimatın uygulanması sonucunda teknik sorunlar meydana gelir ve bu sorunların giderilmesi sebebiyle eserin teslimi gecikirse, bu gecikmeden iş sahibi sorumlu tutulabilir. Ancak bunun için, iş sahibinin verdiği talimatın hatalı olduğunun işin uzman tarafı olan yüklenici tarafından tespit edilebilir nitelikte olmaması gerekir. Aksi takdirde, yüklenici ancak talimatın hatalı olduğunu zamanında iş sahibine bildirdiği takdirde, gecikmeden sorumlu olmaktan kurtulur (BK m. 357 f. 3).

5. Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması Sonucu Gecikme Riskine İş Sahibinin Katlandığı Durumlar

Yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere, **iş sahibinin şahsından veya faaliyet alanından** doğan beklenmeyen haller, kural olarak yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmesini haklı, diğer bir deyişle objektif olarak borca aykırı olmayan bir gecikme haline getirir. Örneğin iş sahibinin hastalanması ve bu sebeple eserin meydana getirilmesi için gerekli olan provalara gelememesi veya iş sahibinin işçilerinin grev yapması sonucunda yüklenicinin iş sahibinin işyerine bir süre girememesi sebebiyle eserin tamamlanması ve teslimi gecikirse, durum budur.

⁶⁸⁴ **Seliçi**, İnşaat, s. 103-104; **Erman**, İnşaat, s. 33; **Ayan**, s. 117. Yarg. HGK., 28.10.1972 T., 1972/273 E., 1972/883 K.: “Davalının deniz zemininin durumunu inceleyerek, davacının yazdığı mektuptan sonra sözleşmeyi imzaladığının kabulü gerekir TTK.nun 20. maddesi gereğince basiretli bir iş adamından başka türlü davranış beklenemez. Bu bakımdan BK.nun 117. maddesinde yer alan önceden tahmin edilemeyen haller ve mücbir sebep bulunduğu kabulü doğru olmaz. (...) Bilirkişi raporunda deniz kumu altındaki şist tabakası nedeniyle davalıdan sözleşmedeki gibi küçük hacimli bir işte projenin aynı uygulanmasını istemenin uygun olmayacağı açıklanmış ise de bu durum ifanın imkânsızlığı şeklinde yorumlanamaz.” (www.kazanci.com).

Buna karşılık, **yüklenicinin şahsında veya faaliyet alanında** bir beklenmeyen hal gerçekleşir ve eserin teslimi bu sebeple gecikirse, gecikme riski kural olarak yükleniciye aittir. Örneğin yüklenicinin hastalanması veya olağan ölçüyü aşmayan aşırı yağışlar ya da aşırı sıcaklar yahut yüklenicinin işçilerinin greve gitmesi sebebiyle eserin tamamlanması ve teslimi gecikirse, durum böyledir.

Beklenmeyen hal her iki tarafın da şahsına veya faaliyet alanına dâhil olmayan **bağımsız bir sahada** gerçekleştiği takdirde de, beklenmeyen halden kaynaklanan gecikme, iş sahibinin risk alanına giren bir gecikme olmadığından ötürü, yüklenici bakımından haklı bir gecikme değildir. Örneğin, mevsim normallerinin çok üstünde soğuklar veya sıcaklar ya da olağanüstü şiddette yağışlar olması, sadece yüklenicinin veya iş sahibinin işletmesinde değil, ülke çapında genel grev yapılması, olağanüstü hal ilânı, savaş, deprem, yıldırım düşmesi halinde durum budur. Yüklenicinin eserin tesliminde bu sebeplerden ötürü gecikmesi de, kural olarak onun borçlu temerrüdüne düşmesine engel olmaz.

Özetle, **yüklenici**, kural olarak, hem **kendi şahsında ve faaliyet alanında** gerçekleşen **beklenmeyen hallerin** sebep olduğu gecikmelerin, hem de iki tarafın da şahsı ve faaliyet alanı dışında kalan **bağımsız alanda gerçekleşen beklenmeyen haller** sonucunda edimin ifasında meydana gelen gecikmelerin riskini taşır. Ancak acaba kanunî düzenlemeden çıkan risk dağılımına göre, kendi faaliyet alanından doğan veya her iki tarafın da faaliyet alanına dâhil edilmeyen beklenmeyen hallerin sebep olduğu gecikmelerden yüklenicinin sorumlu olacağı ilkesi, **mutlak bir ilke midir?** Beklenmeyen halin sebep olduğu ifa güçlüğü veya geçici ifa imkânsızlığı eser sözleşmesinde tarafların edimleri arasındaki dengeyi aşırı ölçüde bozsa dahi, yine de

yüklenici edimin ifasında gecikirse, temerrüde düşecek midir? Bir görüşe göre⁶⁸⁵, **iş sahibinin risk alanından doğan bir gecikme sebebi bulunmadığından** ötürü, yüklenici bu durumlarda da temerrüde düşer. *Clausula rebus sic stantibus* ilkesinin eser sözleşmesi bakımından özel bir uygulaması niteliğinde olan BK m. 365 f. 2 (İBK m. 373 f. 2) hükmünün **kıyasen** uygulanması yolu ile de süre uzatımı yoluna gidilemez. Buna karşılık, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre⁶⁸⁶, bu tür durumlarda **BK m. 365 f. 2 (İBK m. 373 f. 2) hükmüne kıyasen** ve *clausula rebus sic stantibus* ilkesine dayanarak, hâkim, sözleşmeyi değişen şartlara **uyarlayarak** makul bir süre uzatımına hükmedebilir. Bunun için öngörülmeven veya öngörülebilir olup da tarafların gerçekleşmeyeceğini varsaydığı olağanüstü durumlar sebebiyle yüklenicinin iş yükünün aşırı derecede artmış olması gerekir (BK m. 365 f. 2). Sözleşmenin hâkim tarafından değişen şartlara uyarlanması, ancak yüklenicinin **normal risk çevresini aşan** ve dürüstlük kuralına göre sözleşmede kararlaştırılan vadede eseri teslim etmesinin kendisinden beklenemeyeceği durumlarda söz konusu olabilir⁶⁸⁷. Zira olağan ve ortaya çıkması beklenebilen risklere, yüklenici katlanmalıdır⁶⁸⁸.

O halde, iş sahibinin risk alanı dışında kalan sebeplerden ötürü işin yürütülmesi **geçici olarak imkânsız** hale geldiyse veya **aşırı ifa güçlüğü** söz konusu ise, kural olarak yüklenici borçlu temerrüdüne düşer⁶⁸⁹. Ancak kural olarak gecikme riskine yüklenicinin katlanması gereken bir durumda, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması

⁶⁸⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 1126; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 18.

⁶⁸⁶ **Chavanne**, N 314 vd.; **Werz**, N 244 vd.; **Galante**, s. 148.

⁶⁸⁷ **Seliçi**, İnşaat, s. 58. **Ayan**'ın da haklı olarak ifade ettiği gibi, olağan nitelikteki aşırı sıcak veya soğuk hava, yüklenicinin işçilerinin greve gitmesi, yüklenicinin temin ettiği malzemenin ayıplı olması gibi nedenler yüklenicinin normal risk çevresi içinde kalır. Bu sebeple eserin teslimi bu sebeplerden ötürü gecikirse BK m. 365 f. 2 hükmüne dayanılarak süre uzatımına gidilemez. **Ayan**, s. 131.

⁶⁸⁸ **Seliçi**, İnşaat, s. 58.

⁶⁸⁹ **Quinche**, s. 19.

bağlamında eser sözleşmesinin süresi uzatılırsa (BK m. 365 f. 2 hükmüne kıyasen), yüklenici temerrüde düşmekten kurtulur. Kanaatimizce bu durumda gecikmeye ilişkin kanunî risk dağılımı, hâkim kararıyla değiştirilmiş olur. Zira uyarılama yoluyla sözleşme süresi uzatılarak sözleşmede kararlaştırılan orijinal vadede eseri teslim etmeyen borçlunun temerrüde düşmesi engellendiğinden, eserin teslimindeki gecikmenin olumsuz sonuçlarına iş sahibi katlanmış olmaktadır. Böylece, kural olarak riskine yüklenicinin katlanması gereken bir **gecikme, hâkim kararı ile iş sahibinin risk alanına dâhil edilmiş** olmaktadır.

D. Eserin Tesliminde Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olmamasının Hukukî Sonuçları

Gecikmenin, objektif olarak borca aykırı olduğu var sayılır. Bu sebeple, borçlu temerrüdü hükümlerini bertaraf etmek isteyen **yüklenici**, gecikmenin haklı bir gerekçesi bulunduğunu **ispat etmelidir**⁶⁹⁰. Öte yandan, BK m. 357 f. 3'e göre **yüklenici**, ifanın zamanında gerçekleşmesini tehlikeye düşüren her durumu derhal **iş sahibine bildirmelidir**. Bir yan borç niteliğindeki bu ödevi yerine getirmeyen yüklenici, bunun sonuçlarına katlanır (BK m. 357 f. 3). Yüklenicinin bu yan borcun ihlâli sonucunda katlanmak zorunda kalacağı olumsuz sonuçlardan biri de, borçlandığı edimin ifasında gecikmesi "haklı bir gecikme" olsa dahi, temerrüde düşecek olmasıdır⁶⁹¹. O halde "haklı gecikme", ancak yüklenici gecikmeye yol açabilecek durumu zamanında iş sahibine bildirdiği takdirde, yüklenicinin temerrüde düşmesine engel olur⁶⁹².

⁶⁹⁰ **Chavanne**, N 124.

⁶⁹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 829.

⁶⁹² Bildirim ödevinin ihlâlinin sonuçları hakkında, genel olarak bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 829, 853; **Ayan**, s. 136 vd.

Gecikmenin iş sahibinin risk alanına giren bir sebepten kaynaklanması, diğer bir deyişle “haklı” olması halinde, yüklenici **borçlu temerrüdüne düşmez**⁶⁹³. Ancak eserin meydana getirilerek teslim edilmesi halen **mümkün** olduğu sürece, yüklenicinin edimin ifasındaki gecikmesinin objektif olarak borca aykırı olmaması, **yükleniciyi borcundan kurtarmaz**⁶⁹⁴. Bununla birlikte, meydana gelen gecikme gecikmeyi haklı kılan sebep ortadan kalktığına dahi haklılığını koruyacağından ötürü, yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılmış olan orijinal vadede eseri teslim edebilmek için, çalışmasını hızlandırarak bu gecikmeyi telâfi etmesi de gerekmez⁶⁹⁵. Ancak bu durumda, eserin **teslim süresi**, kural olarak meydana gelen gecikmenin süresinden az olmamak kaydıyla, uygun şekilde **uzar**⁶⁹⁶.

§ 4 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN ŞEKLİ KOŞULU

Yüklenicinin muaccel ve ifası halen mümkün olan eseri teslim borcunu objektif olarak borca aykırı biçimde yerine getirmemesi, kural olarak, onun eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için yeterli değildir. Yüklenici, kural olarak, iş sahibinin kendisine yönelteceği temerrüt ihtarı ile temerrüde düşer (BK m. 101 f. 1). Aşağıda önce temerrüt ihtarı, ardından da bu ihtarın yapılmasının gerekli olmadığı durumlar incelenecektir.

⁶⁹³ **Henninger**, s. 248; 257.

⁶⁹⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 682. Bu yönde BGE 115 II 50=JdT 1989 I 350.

⁶⁹⁵ **Werz**, N 252; **Gauch**, Werkvertrag, N 682.

⁶⁹⁶ **Chavanne**, N 516; **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Galante**, s.147; **Öz**, Dönme, s. 172.

I. İŞ SAHİBİNİN İHTARDA BULUNMASI

BK m. 101 f. 1'e göre, "Muaccel⁶⁹⁷ bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarı ile temerrüde düşer." O halde yüklenici, eseri teslim vadesinde teslim etmediği takdirde, kural olarak kendiliğinden temerrüde düşmez. Yüklenicinin eseri teslim borcunun ifasında gecikmesi, ancak iş sahibi tarafından yapılacak temerrüt ihtarı ile hukuken nitelikli bir hale getirilirse, borçlu temerrüdü gerçekleşir⁶⁹⁸.

İhtar⁶⁹⁹, alacaklının borçluya yönelttiği ve borçludan edimin ifasını talep ettiği tek taraflı bir irade beyanıdır⁷⁰⁰. Eser sözleşmesinde yükleniciyi eserin teslimi borcunda temerrüde düşürmek için yapılan ihtar da, iş sahibinin yükleniciden eserin tamamlanmış olarak teslimini talep ettiği açık bir beyandan ibarettir⁷⁰¹. İhtar ancak, iş sahibi veya

⁶⁹⁷ İhtarın, alacağın **muaccel olmasından önce** yapılıp yapılamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ihtar ancak borç muaccel olduktan sonra geçerli olarak yapılabilir. Bu görüşte: **von Tuhr/Escher**, s. 136 dn. 10; **Oğuzman/Öz**, s. 297. Buna karşılık, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, alacaklı, etkilerini muacceliyet tarihinden sonra doğurmak üzere, muacceliyet tarihi gelmeden önce ihtarda bulunabilir. Zira, alacaklının edimin ifasını talep etmeye ilişkin hakkını önceden kullanmasını engellemek için geçerli bir sebep yoktur. Aksine, ihtarın mümkün olduğunca erken yapılması, borçluya çalışmasını önceden düzenleme olanağı vereceğinden, borçlunun da lehine bir durumdur. Bu görüşte: **Schenker**, Verzug, N 160-163; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2704; **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 19; **Chavanne**, N 94 ve oradaki dn. 64; **Werz**, N 279; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1051; **Havutçu**, s. 27. İsviçre Federal Mahkemesi de doktrinde ileri sürülen bu görüşe katılarak muacceliyet tarihinden önce ihtarda bulunulmasını geçerli kabul etmiştir. BGE 103 II 102 = JdT 1978 I 69. Esasen, **Werz**'in haklı olarak ifade ettiği üzere, BK m. 358 f. 1 hükmü zaten iş sahibinin temerrüde bağlı haklarını teslim vadesinden önce kullanmasına izin veren açık bir düzenleme getirdiğinden, eser sözleşmeleri bakımından bu tartışma fazla önem taşımamaktadır. **Werz**, N 279.

⁶⁹⁸ **Werz**, N 275.

⁶⁹⁹ İhtar, hukukî niteliği itibarıyla bir hukukî işlem değil, hukukî işlem benzeridir. Bunun sonucu, ihtarda bulunan iş sahibi bu sonucu istemiyor olsa dahi, yüklenicinin ihtarla birlikte temerrüde düşmesidir. Ancak, hukukî işleme ilişkin ilkeler, ihtar bakımından da kıyasen uygulama alanı bulabilir. **Bucher**, s. 358; **von Tuhr/Escher**, s. 136; **Schenker**, Verzug, N 145-147; **Tandoğan**, Nullité, s. 71; **Chavanne**, N 92 dn. 58; **Havutçu**, s. 27; **Akkanat**, Temerrüt, s. 21; **Öz**, İnşaat, s. 133; **Ayan**, s. 161 dn. 276.

⁷⁰⁰ **Comment**, s. 54; **Schenker**, Verzug, N 86; **Chavanne**, N 92.

⁷⁰¹ **Werz**, N 276.

onun yetkili temsilcisi tarafından yapılabilir⁷⁰². İhtarda, ifası istenen **borcun konusu açıkça** belirtilmelidir⁷⁰³. İş sahibinin ifayı talep etme niyetini açıkça ortaya koymayan teslim tarihine ilişkin hatırlatmalar, yeterli değildir⁷⁰⁴. Fakat ihtarın, iş sahibinin herhangi bir müracaat yoluna başvuracağı tehdidini içermesi veya yükleniciyi temerrüde düşürmek niyetinde olduğunu belirtmesi gerekmez⁷⁰⁵. Yüklenicinin ihtardan, özel bir araştırma yapmaksızın, kendisinden eserin tesliminin talep edildiğini ve ifa zamanını anlayabilmesi gerekli ve yeterlidir⁷⁰⁶. Eserin teslimi için yükleniciye karşı ifa davası açılması veya ödeme emri gönderilmesi de, iş sahibinin edimin ifasına yönelik talebini yeterince ortaya koyduğundan ötürü, ihtar sayılır⁷⁰⁷.

Temerrüt ihtarı, tacirler arasındaki temerrüt ihtarı hariç, kanunen bir geçerlilik veya ispat **şekline** tâbi tutulmamıştır⁷⁰⁸. Bu sebeple, taraflar ihtarın özel bir şekle uyularak yapılmasını kararlaştırmış olmadıkça⁷⁰⁹, ihtar sözlü olarak hatta bazı durumlarda zımnen⁷¹⁰ dahi yapılabilir. Ancak ispat kolaylığı sağlaması bakımından,

⁷⁰² **Werz**, N 277.

⁷⁰³ Ayrıca, bu ifa talebi, borca miktar ve nitelik bakımından uygun olmalıdır. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1050; **Oğuzman/Öz**, s. 298; **Havutçu**, s. 27.

⁷⁰⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 136; **Schenker**, Verzug, N 126; **Werz**, N 276.

⁷⁰⁵ **von Tuhr/Escher**, s. 136; **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 17.

⁷⁰⁶ **Chavanne**, N 97.

⁷⁰⁷ Ancak, tespit davası ile alacaklı edimin ifasını talep etmediğinden, yükleniciye karşı tespit davası açılması ihtar teşkil etmez. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1051; **Oğuzman/Öz**, s. 298; **Havutçu**, s. 26; **Öz**, Dönme, s. 173.

⁷⁰⁸ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2704; **Schenker**, Verzug, N 155; **Akkanat**, Temerrüt, s. 26-27; **Öz**, İnşaat, s. 133; **Ayan**, s. 161 dn. 276.

⁷⁰⁹ Taraflar, temerrüt ihtarını özel bir şekle tâbi kılmış örneğin iş sahibinin yazılı olarak ihtarda bulunması gerektiğini kararlaştırmışlarsa, ihtar ancak kararlaştırılan bu şekle uyularak yapıldığı takdirde geçerlidir. **Chavanne**, N 94; **Werz**, N 276; **Öz**, İnşaat, s. 133

⁷¹⁰ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2704; **Schenker**, Verzug, N 155; **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 19. Ancak, zımni bir ihtarın geçerli olabilmesi için, yüklenicinin, makul bir insan olarak, iş sahibinin davranışından

yükleniciye yapılacak ihtarın yazılı olarak (örneğin noter kanalıyla) yapılması tavsiye edilir⁷¹¹. Buna karşılık, TTK m. 20 f. 3 uyarınca, tacirler arasında temerrüt ihtarının ancak noter aracılığıyla veya telgrafla ya da taahhütlü mektupla yapılabileceği düzenlendiğinden, hem yüklenici, hem de iş sahibinin **tacir** konumunda olduğu eser sözleşmelerinde, iş sahibi ancak bu usullerden birine uyararak geçerli bir ihtar beyanında bulunabilir⁷¹².

Borçlu temerrüdü, ihtarın **hüküm doğurduğu anda** meydana gelir⁷¹³. İş sahibi ihtarında muaccel olan eserin teslimi ediminin ya **hemen** ya da tespit ettiği **belirli bir zamanda** ifa edilmesini talep eder⁷¹⁴. Bu son durumda, “sürelî ihtar” söz konusudur⁷¹⁵. Sürelî ihtarlarda, ihtar hukukî sonucunu sürenin dolması ile doğuracağından, yüklenici ancak bu süre sonunda halen ifada bulunmamışsa, temerrüde düşer⁷¹⁶. Buna karşılık,

veya sözlerinden onun eserin teslimini talep etme hakkını kullandığını anlayabilecek durumda olması veya anlamasının gerekli olması şarttır.

⁷¹¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 301; **Öz**, İnşaat, s. 133. **von Tuhr/Escher**, s. 136 vd.; **Schenker**, Verzug, N 155 vd. ; **Werz**, N 276. Örneğin, iş sahibinin yükleniciye seçimlik haklarını kullanma tehdidinde bulunması veya eserin tamamlanması ve teslimi için BK m. 106 f. 1’de öngörüldüğü gibi bir ek süre tayin etmesi, BK m. 101 f. 1 anlamında ihtar teşkil eden zımnî bir ifa talebi olarak kabul edilebilir. Örnek için bkz. **Werz**, N 276 dn. 53.

⁷¹² **Öz**, İnşaat, s. 79; **Serozan**, İfa, s. 217; **Ayan**, s. 161 dn. 276.

⁷¹³ **Oğuzman/Öz**, s 297.

⁷¹⁴ **Schenker**, Verzug, N 129; **Havutçu**, s. 26.

⁷¹⁵ Bu konuda bkz. **Schenker**, Verzug, N 129-130.

⁷¹⁶ **Schenker**, Verzug, N 130; **Oğuzman/Öz**, s 299; **Havutçu**, s. 28. İş sahibinin yükleniciye sürelî ihtarında bulunulması durumu ile onun ihtarla birlikte yükleniciye ek süre (BK m. 106 f. 1) tanımış olması durumu birbirinden ayırt edilmelidir. İhtarla birlikte yükleniciye ek süre tanınmışsa, sürelî ihtardan farklı olarak, ihtar etkisini ek sürenin dolduğu anda değil, yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaştığı anda gösterir. Dolayısıyla, yüklenici bu anda temerrüde düşer. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1050; **Havutçu**, s. 28. Örneğin, iş sahibi ihtarında 60 gün içinde eser teslim edilmezse sözleşmeden döneceğini ifade ederse, yükleniciye ihtarla birlikte 60 günlük bir ek süre tanımış olur. 60 gün sonra halen eseri teslim etmemiş olan yüklenici, 60. günün sonunda değil, ihtarın hâkimiyet alanına ulaştığı tarihte temerrüde düşmüş olur. Buna karşılık, iş sahibi ihtarında ihtarın yükleniciye ulaştığı tarihten itibaren 7 gün içinde yüklenicinin eseri teslim

muaccel olan eserin teslimi ediminin **hemen** ifasının talep edildiği, yükleniciye ayrıca edimin ifası için bir sürenin verilmediği ihtarlar bakımından, ihtar, yüklenicinin veya temsilcisinin hâkimiyet alanına ulaştığı anda hüküm doğurur⁷¹⁷. Yüklenici bu anda derhal ifada bulunmazsa, yani eserin teslimi için gerekli fiilleri yerine getirmek üzere harekete geçmezse, temerrüde düşer. Ancak doktrinde, bu durumda da borçlu ihtarla birlikte derhal ifada bulunmaya başladığı takdirde, borçlu temerrüdünün meydana geldiği sonucuna varılmadan önce ona ihtarla uyabilmesi için makul **bir süre** (Reaktionszeit) tanınması gerektiği savunulmaktadır⁷¹⁸. Eser sözleşmesinde yüklenicinin iş sahibinin BK m. 101 f. 1'e göre yaptığı **ihtarla uyması için gerekli olan makul süre**, sadece onun tamamlamış olduğu eseri teslim edebilmesi için gerekli olan ve esasen eserin zilyetliğini geçirmek için ihtiyaç duyduğu süredir. Diğer bir deyişle bu süre, ayrıca eserin tamamlanması için gerekli olan makul süreyi kapsamaz⁷¹⁹.

etmesini talep ederse süreli iharda bulunmuş olur. Bu takdirde, 7 gün içinde eseri teslim etmeyen yüklenici 7. günün sonunda borçlu temerrüdüne düşer.

İş sahibinin yükleniciye ek süre vermesinin tek başına ihtar anlamı taşıyıp taşımadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, alacaklının borçluya yalnız ek süre vermesi ihtar anlamına gelmez. Zira ihtarla borcun ifa zamanı tespit edildiği halde, ek süre tayini ile borcun ifası için yeniden bir ifa zamanı tespit edilmemektedir. Bu görüşte: **Schenker**, Verzug, N 454; **Havutçu**, s. 26. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, ek süre tayini, her zaman ihtar da kapsar. Bu görüşte: **von Tuhr/Escher**, s. 137; **Gauch**, Werkvertrag, N 667. Bu yönde, BGE 103 II 104=JdT 1978 I 69. Kanaatimizce, ikinci görüş benimsenmeli ve ek süre tayininin her zaman ihtar da kapsadığı kabul edilmelidir. Zira iş sahibi, ek süre tayin etmekle de yükleniciden eserin teslimi ediminin ifasını talep ettiğini açıkça ortaya koyarak onu ifaya davet etmektedir.

⁷¹⁷ İhtarın hüküm doğurması için ayrıca içeriğinin yüklenici tarafından öğrenilmesi zorunlu değildir. **Werz**, N 278; **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 19; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1050; **Ayan**, s. 161. Aksi görüşte: İhtarın muhatabın öğrenmesi ile hüküm doğuracağı yönünde, **Oğuzman/Öz**, s 299.

⁷¹⁸ **Schenker**, Verzug, N 93; **Werz**, N 280.

⁷¹⁹ Zira yalnız bir iş görme borcunun değil, bir sonuç borcunun borçlusu olan yüklenicinin, eseri teslim borcu muaccel olduğunda, iş sahibinin ihtar üzerine borçlandığı sonucu yerine getirecek, yani tamamladığı eseri teslim edecek durumda olması gerekir. **Werz**, N 280.

II. İHTAR ŞARTININ ARANMADIĞI DURUMLAR

Borçlunun temerrüde düşmesi bakımından ihtar şartını düzenleyen BK m. 101 f. 1 hükmü, emredici nitelikte değildir. Bu sebeple, kural olarak ihtar gereken bir durum bulunsa dahi, taraflar eser sözleşmesinde temerrüt için ihtarın gerekli olmadığını kararlaştırmışlarsa, yüklenici ihtarsız temerrüde düşürülebilir⁷²⁰. Bu ayrık durum bir yana bırakılırsa, ihtarın gereksiz olduğu aşağıdaki durumlarda da, BK m. 101 f. 1’de öngörülen ihtar şartından vazgeçilebilir:

A. Belirli Vadeli Bir İşlemin Bulunması

Kanun koyucu, BK m. 101 f. 1 hükmüyle borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için aradığı ihtar şartına, aynı hükmün ikinci fıkrası ile bir istisna getirmiştir. Buna göre, borcun ifa edileceği gün taraflarca birlikte belirlenmiş veya taraflardan biri vadeyi sözleşmede kendisine tanınan bir hakka dayanarak karşı tarafa usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, borçlu, o günün geçmesiyle temerrüde düşer (BK m. 101 f. 2). Burada söz edilen durum, sözleşmenin **belirli vadeli** olmasıdır⁷²¹. Belirli bir vade varsa, yüklenici bu vadede borcunu ifa etmediği takdirde, iş sahibinin ihtarında bulunmasına gerek olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşer. Zira

⁷²⁰ **Havutçu**, s. 31.

⁷²¹ Yargıtay bazı kararlarında BK m. 101 f. 2 anlamında belirli vadeyi, kesin vade olarak adlandırılmaktadır. Örneğin bkz. Yarg. 30.5.2008 T., 2008/2117 E., 2008/3502 K.: “Borçlar Kanunu'nun 101. maddesi (...) 2. fıkrası uyarınca da, borcun ödeneceği gün, taraflarca yani alacaklı ve borçlu tarafından oybirliğiyle belirlenmiş veya saklı tutulan bir hakka dayanılarak, iki taraftan birisince yöntemine göre bir ihtarında bulunma yoluyla saptanmış ise, borçlu, sadece bu günün dolması ile borçlu temerrüdüne düşmüş olur. (...) eser sözleşmesinin 12. maddesi hükmü, "kesin vade" olmadığı gibi, davacıya da borcun ödeme gününü belirleyebilme yetkisini vermemektedir. Belirtilen sözleşmenin 12. maddesi hükmü, alacağın istenebilirlik şartıdır.” (www.kazanci.com). Kanaatimizce bu ifade tarzı BK m. 107 b. 3’te değinilen kesin vade ile karıştırılabileceğinden isabetsizdir.

bu durumda yüklenici, iş sahibinin kendisinden eseri ne zaman teslim etmesini istediğini önceden kesin olarak bilmektedir⁷²².

Eserin teslimi edimi bakımından belirli vade, **belirli teslim tarihini** ifade eder. Belirli teslim vadesini, yüklenici ve iş sahibi **birlikte** tespit etmiş olabilirler. Yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmesi gereken belirli vade, taraflarca (örneğin 1.1.2011 günü gibi) bir **takvim günü** olarak kararlaştırılmış olabileceği gibi, (örneğin eser sözleşmesinin kurulmasından altmış gün sonra gibi) sözleşme hükümleri ışığında **kesin olarak hesaplanabilen bir tarih** olarak da belirlenmiş olabilir⁷²³. Belirli vadede eseri teslim etmeyen yüklenici, o günün bitiminde ihtar gerekmeksizin temerrüde düşer⁷²⁴. Eser sözleşmesinde taraflar, yüklenicinin eseri **belirli bir süre içinde** tamamlayarak teslim etmesini de kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde eserin teslim edilebileceği en son tarih kesin olarak hesaplanabiliyorsa, belirli teslim tarihi bulunduğu kabul edilmelidir⁷²⁵. Bunun için, eserin teslim süresinin işlemeye başladığı tarih açık olmalıdır⁷²⁶. Örneğin, eserin eser sözleşmesinin kurulmasından itibaren otuz gün içinde teslim edilmesinin kararlaştırılmış olması halinde durum budur. Bu takdirde yüklenici, sürenin en son gününün bitiminde eseri halen teslim etmemişse, ihtar gerekmeksizin temerrüde düşer⁷²⁷.

⁷²² Werz, N 286.

⁷²³ Gauch/Schlupe, Band II, N 2712; Schenker, Verzug, N 183 vd.; Werz, N 286; Eren, Borçlar Genel, s. 1052; Oğuzman/Öz, s. 300; Havutçu, s. 28.

⁷²⁴ Oğuzman/Öz, s. 300.

⁷²⁵ von Tuhr/Escher, s. 138 vd.; Werz, N 287.

⁷²⁶ Werz, N 287.

⁷²⁷ Oğuzman/Öz, s. 300.

Belirli teslim tarihini tespit etme yetkisi, sözleşme ile **tarafardan birine**, özellikle iş sahibine bırakılmış da olabilir. Kendisine belirli vadeyi tespit etme yetkisi tanınan taraf, yapacağı muacceliyet ihbarı ile belirli vadeyi tespit edip karşı tarafa bildirmişse, bu ihbarla tayin edilen günde eseri teslim etmeyen yüklenici, ayrıca ihtar gerekmeksizin kendiliğinden temerrüde düşer (BK m. 101 f. 2)⁷²⁸.

Eserin teslim süresinin, **sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkacak** ve ne zaman meydana geleceği sözleşme kurulduğu anda belirli olmayan bir olayın gerçekleşmesinden itibaren işlemeye başlayacağı kararlaştırılmışsa, teslim vadesinin belirli vade teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Örneğin eserin inşaat ruhsatının alınmasından itibaren veya malzemelerin yükleniciye tesliminden itibaren altı ay içinde teslim edileceği kararlaştırılmışsa, teslim vadesi belirli vade niteliğinde midir? Bir görüşe⁷²⁹ göre, teslim süresinin işlemeye başlayacağı tarih, sözleşme kurulurken bilinmemekle birlikte, **gerçekleştiğinde** tereddüte yer vermeyecek biçimde **açıkça tespit edilebilecek** bir tarihsel, bu durumda da belirli vade söz konusudur. Bu görüş kabul edildiği takdirde yukarıda verilen örneklerde teslim vadesi belirlidir. Zira eserin teslim tarihi, inşaat ruhsatı alındığı veya malzemeler yükleniciye teslim edildiğinde, bu tarihe altı ay eklenerek, belirsizliğe yer vermeyecek biçimde tespit edilebilecektir. Buna karşılık, bir başka görüşe⁷³⁰ göre, borçlu ancak ifa tarihini sözleşme kurulduğu tarihte

⁷²⁸ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1053; **Oğuzman/Öz**, s. 301; **Havutçu**, s. 29; **Öz**, Dönme, s. 174; **Öz**, İnşaat, s. 134.

⁷²⁹ **Werz**, N 287; **Ayan**, s. 164-165.

⁷³⁰ **BK-Weber**, Art. 102, N 116; **Schenker**, Verzug, N 182; **Barlas**, Temerrüt, s. 55-57; **Öz**, İnşaat, s. 134; **Sarı**, s. 1580-1581. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Yarg. 19.HD., 18.9.2008 T., 2008/ 2642 E., 2008/8549 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmenin 13.2. maddesinde ödemenin faturanın kesilmesini takiben 75 gün içinde yapılacağı belirtilmiş ise de, anılan sözleşme hükmü B.K.'nın 101. maddesi anlamında ödeme gününü kesin olarak belirleyen bir hüküm olarak kabul edilemez. Somut olayda

kesin olarak biliyorsa, diğer bir deyişle teslim tarihi **sözleşme kurulduğu anda belirli** veya **belirlenebilir** ise, belirli vade söz konusudur. Buna göre, eserin teslim süresinin işlemeye başlayacağı tarihin sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelecek olan, ancak ne zaman gerçekleşeceği sözleşme kurulduğu anda bilinmeyen bir olaya bağlandığı durumlarda, belirli vade söz konusu olmaz. Bu görüş kabul edildiği takdirde, yukarıda verilen örneklerde teslim vadesi belirli değildir. Zira yüklenici, eserin teslim tarihini eser sözleşmesi kurulurken kesin olarak bilmemektedir. Kanaatimizce, borçlu temerrüdünün ağır sonuçları göz önünde bulundurularak, bu tür durumlarda vadenin belirli olmadığı kabul edilmeli ve yükleniciyi eseri teslim borcunda temerrüde düşürmek için, iş sahibinin temerrüt ihtarında bulunması koşulu aranmalıdır.

Eser sözleşmesi kurulurken kararlaştırılan **belirli teslim vadesi**, daha sonra **belirsiz** hale gelebilir. Özellikle iş sahibinin risk alanından doğan sebeplerden ötürü tarafların başlangıçta belirlediği teslim vadesinin haklı gecikmeye uygun olarak kendiliğinden uzadığı durumlarda, bu yeni teslim vadesi, taraflarca kararlaştırılmış bir vade olmadığından, artık BK m. 101 f. 1 anlamında bir belirli vade değildir. Örneğin tarafların başlangıçta belirli bir teslim vadesi kararlaştırdıkları eser sözleşmesinde, iş sahibinin verdiği işi daha zaman alıcı hale getiren iş değişikliği emri sonucunda, eserin teslim süresi, iş sahibinin süre uzatımını kabul etmesi gerekmeksizin kendiliğinden iş değişikliğinin yerine getirilmesi için gerekli olan 2 aylık süre kadar uzadığında, durum budur. İş sahibinin risk alanından doğan bir sebeple teslim süresinin kendiliğinden

takipten önce temerrüt ihtarında bulunulduğuna dair bilgi ve belgeye de rastlanmamıştır.” (www.kazanci.com). Bu karar için bkz. ayrıca **Sarı**, s. 1581 dn. 22.

uzadığı bu durumda, iş sahibi yükleniciyi temerrüde düşürmek için temerrüt ihtarında bulunmalıdır⁷³¹.

Eserin teslim süresinin işlemeye başlaması taraflarca **yüklenicinin yerine getireceği bir fiile** (örneğin inşaat ruhsatının alınmasına) bağlanmış olup da yüklenici bu fiili hiç veya makul bir sürede yerine getirmemiş olabilir. Bu takdirde, teslim süresinin makul bir yükleniciden dürüstlük kuralına uygun olarak bu fiili yerine getirmesinin beklenebileceği sürenin sonunda işlemeye başladığının kabul edilmesi gerektiğine ve yüklenicinin eseri teslim etme borcunun bu şekilde belirlenen teslim süresinin bitiminde muaccel olacağına, eserin teslim vadesinin belirlenmesine ilişkin olarak yaptığımız açıklamalarda değinmiştik⁷³². Örneğin taraflar inşaatın teslim süresini yüklenicinin inşaat ruhsatını aldığı tarihten itibaren işlemeye başlayacak olan 36 ay olarak kararlaştırmışlarsa, yüklenicinin inşaat ruhsatını alması için gerekli olan makul süre tespit edilir. Bu makul süre 6 ay ise, yüklenici ister ruhsatı hiç almamış olsun, ister haklı bir sebep olmaksızın makul süreyi aşacak biçimde sözleşme kurulduktan 12 ay sonra almış olsun, eser sözleşmesinin kurulduğu tarihten itibaren hesaplanacak $6 + 36 = 42$. ayın son günü eserin teslimi edimi muaccel olur. Acaba bu durumda yüklenicinin temerrüde düşmesi için temerrüt ihtarı gerekli midir? Bir görüşe⁷³³ göre, bu tür durumlarda yüklenici iş sahibinin ihtarı gerekmeksizin borcun muaccel olduğu tarihte temerrüde düşer. Oysa kanaatimizce burada belirli vade söz konusu değildir. Zira eserin teslim tarihi, sözleşme kurulduğu anda belirli veya basit bir hesaplama yapılarak

⁷³¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 682; **Schenker**, Verzug, N 342; **Werz**, N 290; **Ozanoğlu**, s. 70-71. Aksi görüşte: **Ayan**, s. 166-167. Ayan'a göre, böyle bir durumda iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtarında bulunması gerektiğini kabul etmek menfaatler dengesine aykırıdır.

⁷³² Bkz. yukarıda § 3, I. A. 1.

⁷³³ **Ayan**, s. 166. **Ayan**, aksinin kabulünün, ruhsatı hangi süre içinde alması gerektiğini bilen veya işin uzmanı olarak bilmesi gereken yüklenicinin inşaatı hangi tarihte teslim etmesi gerektiğini bilmediğini kabul etmek ve yükleniciyi kendi davranışından yararlandırmak demek olacağını ifade etmektedir.

belirlenebilir durumda değildir. Temerrüdünün ağır sonuçları da göz önünde tutularak bu durumda da iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtarda bulunması koşulu kural olarak aranmalıdır. Ancak kuşkusuz haklı bir sebep olmaksızın ruhsatı hiç veya zamanında almayan yüklenicinin iş sahibinin ihtarda bulunmadığı gerekçesiyle temerrüde düşmediğini iddia etmesi, somut olayın koşulları içinde, onun kendi hukuka aykırı davranışına dayanarak talepte bulunması olarak nitelendirilebiliyorsa, bu iddia hakkın kötüye kullanması yasağı (MK m. 2 f. 2) çerçevesinde bertaraf edilebilir.

Taraflar, teslim tarihi üzerinde **hiçbir** anlaşmaya varmamışlarsa veya yalnız **yaklaşık** bir teslim süresi ya da teslim tarihi kararlaştırmışlarsa, belirli bir teslim vadesinin varlığından söz edilemez⁷³⁴. Eserin teslim tarihi taraflarca belirlenmediği için teslim borcu BK m. 74 gereği sözleşmenin kurulması ile derhal muaccel olmuşsa veya teslim tarihi taraflarca yaklaşık olarak belirlenmişse ya da yalnız uygun bir tarih olacağı kararlaştırılmışsa, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi için iş sahibinin ihtarda bulunması gerekir⁷³⁵. Örneğin taraflar dikilecek paltonun kış gelince teslim edileceğini kararlaştırmışlarsa, teslim tarihi yaklaşık olarak kararlaştırıldığından, yüklenicinin paltonun tesliminde temerrüde düşmesi için iş sahibinin ihtarda bulunması gereklidir.

Borçlu, BK m. 101 f. 2 hükmü gereği belirli vadeli sözleşmelerde dahi ihtar gerekmeksizin temerrüde düştüğüne göre, bu düzenleme, doktrinde nitelikli belirli vade olarak da adlandırılan BK m. 107 b. 3'te düzenlenen kesin vadeli sözleşmeler⁷³⁶

⁷³⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 300; **Werz**, N 286. Örneğin, eserin sözleşmenin kurulmasından itibaren “15 ilâ 20 gün içinde” teslim edileceği kararlaştırılmışsa, eserin teslim süresi yaklaşık olarak tespit edilmiştir.

⁷³⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 300; **Werz**, N 291.

⁷³⁶ Yüklenicinin temerrüdü ile ilgili olan kesin vadeli eser sözleşmeleri, nisbî kesin vadeli eser sözleşmeleridir. Nisbî kesin vadeli eser sözleşmelerinde yüklenicinin vadeden sonra ifada bulunma imkânı taraf iradeleri ile peşinen ortadan kaldırılmaktadır. Örneğin, inşa edilecek binanın en geç 30

bakımından evleviyetle uygulanır⁷³⁷. Buna göre, tarafların eserin kesin olarak belirli bir vadede veya belirli bir süre içinde teslim edileceğini kararlaştırdıkları **kesin vadeli** eser sözleşmelerinde de, kesin olarak tayin edilen sürenin sonunda veya vadede eseri teslim etmeyen yüklenici, iş sahibinin ihtarına gerekmez, kendiliğinden temerrüde düşer⁷³⁸. Örneğin eserin mutlaka sözleşmenin kurulduğu yılın Kasım ayının 20. günü teslim edileceği kararlaştırılmışsa veya eserin en geç 1 Mart 2011’de teslim edilmesi gerektiği üzerinde anlaşılmışsa, belirtilen tarihlerde eseri teslim etmeyen yüklenici, iş sahibinin ihtarına gerekmez, temerrüde düşer.

B. İhtarın Faydasız Olması

İhtarın yapılmasının hiçbir amaca hizmet etmeyeceği açıksa, ihtarına gerek yoktur⁷³⁹. Yüklenicinin hal ve vaziyeti ihtarın faydasız kalacağını ortaya koyuyorsa, böyle bir durum söz konusudur (BK m. 107 b. 1’e kıyasen). Örneğin, yüklenici eseri

Aralık 2011 tarihinde teslim edilmesi gerektiği kararlaştırıldığında, vadeyi taraf iradeleri kesin hale getirdiğinden, nisbî kesin vadeli bir eser sözleşmesi söz konusudur. Buna karşılık, mutlak kesin vadeli eser sözleşmelerinde, yüklenicinin vadeden sonra ifada bulunma imkânı taraf iradelerinin sonucu olarak değil edimin niteliği gereği ortadan kalkmaktadır. Örneğin, düğün gününün kameraya alınmasına ilişkin bir eser sözleşmesinde düğün günü mutlak kesin vade teşkil eder. Mutlak kesin vadeli eser sözleşmelerinde, yüklenicinin vadede yerine getirmediği edimin ifası edimin niteliği gereği artık imkânsız hale geldiğinden ötürü, borçlu temerrüde değil, imkânsızlık hükümleri uygulanır. Bu konuyu yukarıda eserin teslimi ediminin imkânsız hale gelmesi bahsinde ayrıntılı olarak açıklamıştık.

⁷³⁷ Yarg. 15. HD., 14.7.2006 T., 2006/2611 E., 2006/4438 K.: “Somut olayda yanlar arasında imzalanan tel bükme makinesi protokolü başlıklı sözleşmenin 5. maddesinde eserin teslim süresi sipariştan itibaren 3 hafta olarak kararlaştırılmış ve davalı yüklenicinin borcunu ifa edeceği gün kesin olarak tayin edilmiştir. Davalı yüklenici eseri bu süre sonunda teslim ettiğini (...) kanıtlayamamıştır. Bu nedenle ayrıca süre verilerek yüklenicinin temerrüde düşürülmesine gerek bulunmamaktadır.” (Karataş, s. 167).

⁷³⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 647; **Couchepin**, N 1469 dn. 1307; **Oğuzman/Öz**, s. 247; **Havutçu**, s. 30; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1069.

⁷³⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 659; **Werz**, N 282.

tamamlayıp teslim etmeyeceğini açıkça iş sahibine bildirmişse⁷⁴⁰ veya inşaat sözleşmelerinde işin tamamlanan kısmı bütününe nazaran çok azsa⁷⁴¹ ya da iş sahibi inşaat alanını kesin olarak terk edip gitmişse⁷⁴², eseri vadede teslim etmeyen yüklenici, ihtar gerekmeksizin temerrüde düşer.

C. Yüklenicinin İhtarın Ulaşmasını Kasten Engellemesi

Yüklenici ihtarın kendisine ulaşmasını, diğer bir deyişle ihtarını almayı kasten engelliyorsa, ihtar şartı halen aranmalı mıdır? Bu durumda, şarta bağlı borçlarda, taraflardan birinin dürüstlük kurallarına aykırı biçimde şartın gerçekleşmesine engel olması halinde şartın gerçekleşmiş sayılacağını⁷⁴³ öngören BK m. 154 hükmüne kıyasen, temerrüt için ihtar koşulu aranmamalıdır⁷⁴⁴.

D. İfa Zamanını Yalnız Yüklenicinin Bilebilecek Durumda Olması

İfa zamanını, iş sahibi değil, ancak yüklenici bilebiliyorsa, ihtar gereksizdir⁷⁴⁵. Örneğin yüklenici bir yapının kalorifer tesisatını denetlemeyi ve gerekiyorsa tamirat yapmayı üstlenmişse, tamirat edimi bakımından böyle bir durum söz konusudur.

⁷⁴⁰ **Bär**, s. 11; **von Tuhr/Escher**, s. 141; **Werz**, N 282; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1053; **Oğuzman/Öz**, s. 301; **Havutçu**, s. 30; **Erman**, İnşaat, s. 68-69; **Ayan**, s. 167.

⁷⁴¹ Yarg. 15. HD., 18.4.2002 T., 2002/367 E., 2002/1946 K.: “Somut olayda, vadenin dolduğu 30.8.1998 tarihinde, inşaatın seviyesi %7 olduğuna göre, ifanın gerçekleşmemesi nedeniyle, davalı yüklenici kendiliğinden temerrüde düşmüş sayılır.” (www.kazanci.com).

⁷⁴² **Öz**, İnşaat, s. 134; **Erman**, İnşaat, s. 68-69.

⁷⁴³ Şarta bağlı işlemlerde, şartın gerçekleşmiş sayılması konusunda ayrıntılı bilgileri için, bkz. **Sirmen**, Şart, s. 167 vd.

⁷⁴⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 141; **Gauch/Schluep**, Band II, N 2723; **Werz**, N 283.

⁷⁴⁵ **von Tuhr/Escher**, s. 140; **Werz**, N 284; **Oğuzman/Öz**, s. 301.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİNİN HÜKÜM ve SONUÇLARI

§ 5 YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

Yüklenici, borcuna aykırı olarak eseri teslim vadesi geldiğinde teslim etmezse, ihtar gereken bir durum varsa iş sahibinin ihtar üzerine, ihtar gerekmeyen hallerde ise vadenin geçmesi ile birlikte eseri teslim borcunda temerrüde düşer. Bu durum, onun **aynen ifa yükümlülüğü** üzerinde herhangi bir **etki** yaratmaz. Diğer bir deyişle, temerrüde düşen yüklenici halen eseri tamamlayarak teslim etme yükümlülüğü altındadır; iş sahibi de halen eserin teslimini yükleniciden talep etme hakkına sahiptir⁷⁴⁶. Aynen ifada ısrar eden iş sahibi, yüklenici kusurlu ise ondan gecikme tazminatı (BK m. 102 f. 1) talep edebileceği gibi, kararlaştırılmışsa cezaî şart da (BK m. 158 f. 2) isteyebilir. Öte yandan, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, temerrüt süresince meydana gelecek kazalardan da sorumlu olur (BK m. 102 f. 2). Saydığımız bu sonuçlar, eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olmasından bağımsız olan, kanun koyucunun borçlu temerrüdüne bağladığı genel sonuçlardır.

Aşağıda, öncelikle, kusurun yüklenicinin temerrüdü üzerinde etkisi ve temerrüde düşen yüklenicinin temerrüt süresince meydana gelen kazalardan sorumluluğu ele alınmıştır. Ardından da yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü ile iş sahibinin aynen ifaya bağlı olarak yükleniciye yöneltebileceği talepler incelenmiştir.

⁷⁴⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1055; Tekinay/AkmanBurcuoğlu/Altop, s. 920; Havutçu, s. 37; Ayan, s. 172.

I. YÜKLENİCİNİN KUSURUNUN TEMERRÜDÜN SONUÇLARI İLE İLİŞKİSİ

Borçlu temerrüdünün gerçekleşmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte **kusurlu** olması **gerekmez**⁷⁴⁷. Temerrüdün bazı sonuçları da kusurdan bağımsızdır. Örneğin iş sahibinin yükleniciden aynen ifayı talep etmesi veya aynen ifadan vazgeçerek eser sözleşmesinden dönmesi, yüklenicinin kusurlu olması şartına bağlı değildir⁷⁴⁸.

Buna karşılık, borçlu temerrüdünün bazı sonuçları yüklenici ancak eseri teslim borcunda kusuru ile temerrüde düşmüşse, uygulama alanı bulur. Örneğin,

- İş sahibinin temerrüde bağlı olarak yükleniciden tazminat talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir. Kusur koşulu, temerrüde bağlı tüm tazminat talepleri bakımından aranır. Örneğin, aynen ifa talebine bağlı olan gecikme tazminatı (BK m. 102 f. 1); ifa yerine talep edilen müsbet zarar tazminatı (BK m. 106 f. 2)⁷⁴⁹ ve sözleşmeden dönmeye bağlı menfî zarar tazminatı (BK m. 108 f. 2) talepleri için yüklenicinin kusuru şarttır.

⁷⁴⁷ **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 10; **Schenker**, Verzug, N 248; **Gauch**, Werkvertrag, N 676; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 14; **Ramoni**, N 15; **Oğuzman/Öz**, s. 303; **Tekinay/AkmanBurcuoğlu/Altop**, s. 919; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1054; **Havutçu**, s. 33-34; **Erman**, İnşaat, s. 71; Aksi görüşte: **Gautschi**, Art. 366, N 4d. **Gautschi**'ye göre "İşin gecikmesinde kusuru olmayan yüklenici, sözleşmeye aykırı biçimde davranmış olmaz ve temerrüde düştüğü iddia edilemez."

⁷⁴⁸ **Tekinay/AkmanBurcuoğlu/Altop**, s. 919; **Oğuzman/Öz**, s. 303; **Havutçu**, s. 34.

⁷⁴⁹ Borçlar Kanununda borçlunun müsbet zarar tazminatından sorumlu tutulabilmesi için temerrüde düşmekte kusurlu olması şartına değinilmemiştir. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre burada da kusur şartının aranması gerekir. Zira kusursuz sorumluluk halleri, kanunda ayrıca düzenlenmesi gereken istisnâî durumlar olup, müsbet zarar tazminatı bakımından böyle bir istisnâî düzenleme bulunmamaktadır. **von Tuhr/Escher**, s. 154; **CR-Thévenoz**, Art. 102, N 10; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 14; **Ramoni**, N 15; **Oğuzman/Öz**, s. 303; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074; **Havutçu**, s. 35.

- Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, yüklenici sadece kusuruyla temerrüde düştüğü takdirde, eserin teslimindeki gecikme sebebiyle **cezaî şart** ödemek zorundadır⁷⁵⁰.
- Kusurlu yüklenici, temerrüt süresince eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin **kazaen** imkânsız hale gelmesinden de sorumludur (BK m. 102 f. 1).
- Yüklenicinin kusurunun, iş sahibinin temerrüde bağlı taleplerinin tâbi olduğu **zamanaşımı** süreleri üzerinde de etkisi vardır. Zira BK m. 126 b. 4'e göre, eser sözleşmesinden doğan bütün davalar "(...) müteahhidin **kasıt veya ağır kusuru ile** akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş, bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar **hariç** olmak üzere" **beş** yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Buna karşılık, yüklenicinin eserin teslimindeki gecikme bakımından kastının veya ağır ihmalinin bulunduğu durumlarda, eser sözleşmesinden doğan davaların zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren **on** yıldır (BK m. 125).

Yüklenici eseri vadede teslim etmediğinde, onun bu borca aykırı davranışında kusurlu olduğu, yani kusuruyla temerrüde düştüğü varsayılır (BK m. 96). Bu sebeple, temerrüde düşmekte **kusurlu olmadığını** ispat yükü yükleniciye aittir⁷⁵¹. Yüklenici, eserin vadede teslim edilememesine bir beklenmeyen halin⁷⁵² sebep olduğunu ortaya

⁷⁵⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 697; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 526 vd.; **Chavanne**, N 139; **Werz**, N 339; **Tandoğan**, Cilt II, s. 135; **Aral**, s. 352; **Seliçi**, İnşaat, s. 72; **Öz**, İnşaat, s. 134.

⁷⁵¹ **CR-Thévoz**, Art 97, N 50; **Werz**, N 307; **Chavanne**, N 133; **Öz**, İnşaat, s. 135; **Öz**, Dönme, s. 282.

⁷⁵² Geniş anlamda beklenmeyen hal kavramına, dar anlamda beklenmeyen hallerin, mücbir sebeplerin ve üçüncü kişilerin fiillerinin dâhil olduğuna yukarıda değinilmişti.

koyarsa temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlamış olur⁷⁵³. Örneğin, yüklenicinin inşa ettiği binaya yıldırım düştüğü için binanın çatısı yıkılmış ve çatının tekrar yapılması sebebiyle teslim gecikmişse, yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmede kusurlu olduğu söylenemez.

Yüklenicinin eserin tesliminde temerrüde düşmekte **kusurlu olmasından** anlaşılması gereken, onun, kasten veya ihmalle, eserin zamanında teslimi için gerekli olan tedbirleri almamış veya eksik tedbir almış olmasıdır⁷⁵⁴. Yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru **sözleşmenin kurulmasından önceki döneme** dayanabileceği gibi **sözleşme kurulduktan sonra** da ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, yüklenicinin eseri meydana getirebileceği süreyi azımsayıp gerekenden daha kısa bir sürede eseri teslim etmeyi üstlenmiş olması veya olanaklarının eseri meydana getirmeye yeteceği kuşkulu olduğu halde kayıtsız şartsız bir eserin yapımını üstlenmesi durumlarında yüklenicinin kusuru daha sözleşme kurulurken mevcuttur⁷⁵⁵. Buna karşılık, eserin teslimi, yüklenicinin işi kötü organize etmesi, yeterli sayıda veya vasıfta işçi istihdam etmemesi, BK m. 357 f. 3'e aykırı olarak eserin zamanında teslimini tehlikeye sokan durumları iş sahibine derhal bildirme yükümlülüğünü ihlâl etmesi gibi sebeplerle gecikmişse, yüklenicinin temerrüde düşmekteki kusuru sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkmıştır⁷⁵⁶.

⁷⁵³ Oğuzman/Öz, s. 357; Havutçu, s. 35-36.

⁷⁵⁴ Chavanne, N 133 ve dn. 85.

⁷⁵⁵ Chavanne, N 135 ve dn. 86; Öz, Dönme, s. 278.

⁷⁵⁶ Gauch, N 663; Chavanne, N 135 ve dn. 87; Werz, N 308; Tandoğan, Cilt II, s. 133; Öz, Dönme, s. 280.

Yüklenicinin kusuruyla temerrüde düştüğünün kabulü bakımından onun **kusurunun derecesi** önemli değildir⁷⁵⁷. Yüklenicinin kusuru, kasıt veya ağır ihmal ya da hafif ihmal biçiminde gerçekleşebilir. Yüklenici, eseri meydana getirmek ve vadede teslim etmek için kendisinden beklenen özeni göstermemişse temerrüde düşmekte kusurludur⁷⁵⁸. Yükleniciden beklenen özenin ölçüsü, objektif esaslara ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir⁷⁵⁹. O halde, yüklenicinin söz konusu iş bakımından mesleği gereği sahip olması gereken bilgi ve yetenekler göz önünde tutularak, onun somut olayda ifanın gecikmesini önlemek bakımından kendisinden beklenebilecek özeni gösterip göstermediği tespit edilmelidir⁷⁶⁰.

Yüklenici eserin teslimindeki gecikme bakımından yalnız kendi kusurundan (BK m. 96 f. 1) değil, aynı zamanda yasal temsilcisinin ve başvurduğu **yardımcı kişilerin** (BK m. 100) gecikmeye sebep olan kusurlarından da iş sahibine karşı sorumludur⁷⁶¹. Burada, BK m. 100 anlamında **yardımcı kişi**, yani ifa yardımcısı kavramına kimlerin dâhil olduğu konusu üzerinde durulmalıdır. **Yüklenicinin** eserin meydana getirilmesi ediminin tamamının veya bir kısmının **ifasını** kendilerine **tevdî ettiği** kişiler, onun ifa yardımcılardır⁷⁶². Buna göre, yüklenicinin **hizmet sözleşmesi** ile **istihdam ettiği** kişiler (örneğin, işçi, usta, mühendisler) ve eser sözleşmesi akdederek eserin tamamının veya

⁷⁵⁷ Werz, N 308; Chavanne, N 133; Oğuzman/Öz, s. 355; Havutçu, s. 35. Bununla birlikte, kusurun derecesi, yüklenicinin sorumlu tutulacağı tazminat miktarının belirlenmesinde (BK m. 43 f. 1), tazminattan indirim yapılmasında (BK m. 44 f. 2) ve yüklenicinin borca aykırılıktan sorumluluğunu sınırlayan anlaşmaların geçerliliğinin tespitinde (BK m. 99) önemlidir. Werz, N 308; Oğuzman/Öz, s. 356; Öz, Dönme, s. 276.

⁷⁵⁸ Werz, N 308; Oğuzman/Öz, s. 356; Eren, Borçlar Genel, s. 1018; Öz, Dönme, s. 277.

⁷⁵⁹ Chavanne, N 137 ve dn. 89; Werz, N 308.

⁷⁶⁰ Seliçi, İnşaat, s. 91 vd., 126.

⁷⁶¹ Schenker, Verzug, N 265; Gauch, Werkvertrag, N 663; Gauch, Fristen und Termine, s. 14; Chavanne, N 138; Werz, N 309 dn. 116; Tandoğan, Cilt II, s. 133; Havutçu, s. 35; Öz, Dönme, s. 271.

⁷⁶² Chavanne, N 138; Werz, N 311.

bir kısmının meydana getirilmesi işini tevdi ettiği **alt yükleniciler** (Sub-Unternehmer) onun BK m. 100 anlamında ifa yardımcılardır⁷⁶³. Yüklenicinin ifayı tamamen veya kısmen bıraktığı kişilerin yükleniciden bağımsız olarak iş görmeleri, bu kimselerin BK m. 100 anlamında yardımcı kişi olarak kabul edilmelerine engel değildir⁷⁶⁴. Örneğin, yüklenicinin hizmet sözleşmesi ile çalıştırdığı kimseler bağımlı yardımcı kişiler iken, alt yükleniciler, kural olarak, bağımsız yardımcı kişilerdir⁷⁶⁵. Yüklenici bu kimselerin sebep oldukları gecikmelerden kendisine yüklenebilecek farazî bir kusur bulunduğu takdirde iş sahibine karşı sorumludur. Hatta yüklenici, alt yüklenicinin istihdam ettiği kişilerin veya işin yapılmasında başvurduğu ifa yardımcılarının (Sub-Subunternehmer) eserin tesliminin gecikmesine yol açan davranışlarından da BK m 100 gereği sorumludur⁷⁶⁶. Buna karşılık, **tedarikçiler**, yani yükleniciye malzeme, araç gereç sağlayan kişiler, BK m. 100 anlamında ifa yardımcısı değildir. Zira bu kişiler, eserin meydana getirilmesi ve teslimi işine katılmamaktadırlar⁷⁶⁷.

Alt yüklenici **iş sahibi tarafından seçilmiş** ve bu kişinin ifada bulunması yükleniciye iş sahibi tarafından dikte edilmişse durum ne olur? Yüklenici, bu alt-yüklenicilerin sebep olduğu gecikmelerden ötürü de BK m. 100 çerçevesinde sorumlu tutulabilir mi? BK m. 100 hükmüyle öngörülen ağırlaştırılmış sorumluluğun temelinde yardımcı kişi kullanmanın borçlunun (yüklenicinin) menfaatine bir durum olduğu

⁷⁶³ **Gauch**, Werkvertrag, N 140, 177; **Spiro**, s. 188-189; **Chavanne**, N 138; **Werz**, N 311, 312; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59; **Öz**, Dönme, s. 273. Alt yüklenicin, yüklenicinin BK m. 100 anlamında ifa yardımcısı olduğu yönünde, BGE 116 II 308 = JdT 1991 I 175.

⁷⁶⁴ **Seliçi**, İnşaat, s. 125; **Tandoğan**, Cilt II, s. 94; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s.114-115.

⁷⁶⁵ **Chavanne**, N 138 dn 91; **Öz**, Dönme, s. 273.

⁷⁶⁶ **Spiro**, s. 168 vd.; **Gauch**, Werkvertrag, N 177; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 59-60; **Öz**, Dönme, s. 273.

⁷⁶⁷ **von Tuhr/Escher**, s. 126; **Spiro**, s. 189; **Gauch**, Werkvertrag, N 140; **Tandoğan**, Cilt II, s. 133; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 60.

düşüncesi yatmaktadır⁷⁶⁸. Oysa yardımcı kişinin alacaklı (iş sahibi) tarafından seçildiği durumlarda, bu varsayım geçerliliğini yitirebilir. Bu sebeple, bu tür durumlarda BK m. 100'den doğan sorumluluk mutlak olarak değil, ancak bazı sınırlamalarla uygulanabilir⁷⁶⁹. Şöyle ki, yüklenici, iş sahibi tarafından tayin edilen alt yüklenicilerin üstlendiği edimi zamanında yerine getirebileceğine dair çekinceleri varsa (örneğin, bu kimsenin iş için gerekli meslekî bilgiye, araç gerece veya teknik donanıma sahip olmadığını tespit etmişse) bu durumu derhal gerekçeleriyle birlikte iş sahibine bildirmelidir (BK m. 357 f. 3). İş sahibi, bu bildirime rağmen söz konusu alt yüklenicinin kullanımında ısrar ederse, yüklenici, alt yüklenicinin davranışları sebebiyle eserin tesliminin gecikmesi halinde BK m. 100 gereği sorumlu tutulamamalıdır (BK m. 361'e kıyasen)⁷⁷⁰⁷⁷¹.

Yüklenicinin yardımcı kişilerin davranışlarından doğan sorumluluğu açısından kusur özellik arz eder. Başkasının fiilinden sorumluluğu düzenleyen bir hüküm olan BK

⁷⁶⁸ **Koller**, Haftung, N 28 vd.; **Werz**, N 313.

⁷⁶⁹ **Werz**, N 313. İş sahibinin tek başına seçtiği alt yüklenicilerinin fiillerinden yüklenicinin hiçbir biçimde BK m. 100 uyarınca sorumlu tutulamayacağı görüşünde: **Öz**, İnşaat, s. 51.

⁷⁷⁰ **Werz**, N 313. BK m. 361'e göre, eserin ayıplı olmasına iş sahibinin yüklenicinin açıkça yaptığı bildirime aykırı olarak verdiği talimat sebep olmuşsa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını yükleniciye karşı ileri süremez. Zira, eserdeki ayıba bizzat iş sahibi sebep olmuştur. Bu konuda ayrıntılı olarak bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 2026-2028. Alt yükleniciyi iş sahibinin belirlediği durumlarda da, iş sahibi yüklenicinin uyarısına rağmen alt yüklenicinin işe devamı konusunda ısrar eder ve eserin teslimi bu kişinin edimini ifade gecikmesi sebebiyle vadede gerçekleşemezse, gecikmeye esasen hatalı talimatı ile iş sahibi sebep olmuş olur. Kanaatimizce, kanun koyucunun BK m. 361 hükmüyle korumak istediği yüklenicinin haklı menfaati bu durumda da söz konusudur. Bu sebeple, ayıba karşı tekeffülle ilgili bu hükmün kıyasen edimin ifasındaki gecikme bakımından da uygulanması yerindedir.

⁷⁷¹ Yüklenicinin, iş sahibi tarafından seçilen alt yüklenicilerden ötürü BK m. 100 anlamında sorumlu tutulabildiği durumlarda dahi, BK m. 98 f. 2 hükmü yollaması ile sözleşmeden doğan sorumluluk bakımından da uygulanan BK m. 43 f. 1 hükmü göz önünde tutulmalıdır. Buna göre, alt yüklenicinin iş sahibi tarafından dayatıldığı noktası yüklenicinin tazminat sorumluluğu bakımından indirim sebebi teşkil edebilir. **Koller**, Haftung, N 207; **Werz**, N 313.

m. 100 bakımından aranan kusur “farazî kusur” dur. Buna göre, yardımcı kişinin hareketi veya hareketsizliği, borçlunun kendisi aynı biçimde hareket etmiş ya da hareketsiz kalmış olsaydı, borçlu bakımından kusur teşkil edecek idiyse, borçlu, kendisinin ya da yardımcı kişinin gerçek bir kusuru bulunmasa dahi, yardımcı kişinin davranışından sorumlu tutulmaktadır⁷⁷². O halde, yüklenici ancak borcu bizzat kendisi ifa etse ve yardımcı kişinin borca aykırı davranışında kendisi bulursa idi kusurlu sayılamayacak olduğunu ispatlayarak BK m. 100 hükmüne göre yardımcı kişinin fiilinden sorumlu olmaktan kurtulabilir⁷⁷³. Örneğin, yüklenicinin dış sıva işini verdiği alt yüklenici binayı tümüyle sel bastığı için binanın tamamen kurumasını beklemek zorunda kalmış ve bu sebeple sıva işini geç tamamlamış, buna bağlı olarak da inşaatın teslimi gecikmişse, yüklenici bu durumu ortaya koyduğunda yüklenicinin temerrüde düşmekte kusursuz olduğu kabul edilebilir. Zira yüklenici, işi bizzat yapsaydı o da aynı durumda binanın kurmasını beklemek zorunda kalacak ve eserin teslimi gecikecek ancak yüklenici bu gecikmede kusurlu sayılamayacaktı.

Yüklenici, yardımcı kişinin kusurunun bulunmadığını ispatlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Örneğin bir binanın restorasyon çalışmasını yapmayı üstlenen yüklenicinin el işlemlerini yenilemek konusunda uzman olan işçisi kolu kırıldığı için edimini zamanında yerine getiremez ve bu sebeple işin tamamlanması gecikirse, yüklenici bu

⁷⁷² **Gauch/Schluep**, Band II, N 3039 vd.; **Werz**, N 309; **Oğuzman/Öz**, s. 370-371; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1038; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 210-211; **Öz**, Dönme, s. 272. Yargıtay da BK m. 100’ün uygulanabilmesi için borçluya farazî bir kusur yüklenebilmesini yeterli görmektedir. Yarg. 11. HD., 17.1.1980 T., 1980/1 E., 1980/133 E.: “(...) BK.nun 100. maddesi hükmü uyarınca, yardımcı şahıs sıfatı taşıyan davalı bankanın kusursuzluğu saptansa bile, borçlu (asıl taşıyan) işi yardımcı şahıslara bırakmayarak, bizzat yapmış olsaydı, anılan zarardan kendisi kusurlu sayılabilecek durumdaysa, zarardan, borçlunun sorumlu tutulması zorunludur.”(www.kazanci.com). Bu karar için bkz. ayrıca **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 211 dn. 508.

⁷⁷³ **Werz**, N 309; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1038.

gecikmeden ötürü BK m. 100 uyarınca sorumludur. Burada borcun ihlâli bakımından yardımcı kişinin kusuru bulunmasa da, işin yardımcı kişiye bırakılmasının riskine yüklenici katlanacağından, yüklenici yine de iş sahibine karşı sorumludur⁷⁷⁴. Yüklenici, başkasının fiilinden sorumluluğu düzenleyen BK m. 100 f. 1'deki sorumluluktan kendi kusurunun bulunmadığını ispatlayarak da kurtulamaz⁷⁷⁵.

II. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜT SÜRESİNCE MEYDANA GELEN KAZALARDAN SORUMLULUĞU

Eseri teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici, temerrüt süresince **kazaen** meydana gelecek zarardan da sorumludur (BK m. 102 f. 1)⁷⁷⁶⁷⁷⁷. Buna göre, temerrüt süresince meydana gelen kaza sonucu eserin sözleşmeye uygun biçimde **tamamlanıp**

⁷⁷⁴ **Oğuzman/Öz**, s. 371; **Öz**, İnşaat, s. 51.

⁷⁷⁵ **Koller**, Haftung, N 312; **Werz**, N 309 dn. 119. Bu sebeple, yüklenici, yardımcı kişiyi seçmede, ona talimat vermede ve onu denetlemede gerekli özeni gösterdiğini ortaya koyarak sorumluluktan kurtulamaz. **Gauch/Schlupe**, Band II, N 3041; **Werz**, N 309 dn. 118; **Oğuzman/Öz**, s. 371; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1039; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 203.

⁷⁷⁶ Eser sözleşmesinde eserin tesliminden önce kazaen telef olmasının olumsuz sonuçlarına hangi tarafın katlanacağına dair temel ilke BK m. 368 f. 1 hükmü ile ortaya konmuştur. Bu hükmü göre, eserin tesliminden önce kazaen telef olması halinde, iş sahibi eseri teslim almada temerrüde düşmüş olmadıkça, yüklenici iş sahibinden telef olan eser için hiçbir karşılık talep edemez. Temerrüt sırasında meydana gelen kazalar bakımından durum şu şekilde özetlenebilir. Kusuru ile temerrüde düşen borçluyu kazadan doğan tüm zararlardan sorumlu tutan BK m. 102 f. 1 hükmü ile tüm risk zaten kanunen borçluya yüklendiğinden, riskin taraflar arasında dağılımına ilişkin hükümler özellikle BK m. 368 f. 1 hükmü kural olarak uygulanmaz. Diğer bir deyişle, temerrüde düşen yüklenicinin kazadan sorumluluğu bakımından, eser sözleşmesinde riskin dağılımını düzenleyen BK m. 368 f. 1 hükmü değil, BK m. 102 f. 1 hükmü uygulanır. Ancak, yüklenici BK m. 102 f. 2'de düzenlenen kurtuluş kanıtını getirirse, hasara hangi tarafın katlanacağı BK m. 368 f. 1'e göre belirlenir. **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Galante**, s. 174; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 141.

⁷⁷⁷ BK m. 102 f. 1 hükmü düzenleyici bir hükümdür. Bu sebeple, taraflar diledikleri takdirde temerrüt esnasında meydana gelen kazadan sorumluluk bakımından farklı bir düzenleme de kararlaştırabilirler. Örneğin, yüklenicinin temerrüt sırasında gerçekleşen kazadan sorumlu tutulması için temerrüde kusuru ile düşmüş olması şartını kaldırabilirler. **Gauch**, Werkvertrag, N 664; **Schenker**, Verzug, N 326; **Galante**, s. 116, dn. 359.

teslim edilmesinin tamamen veya kısmen **imkânsız** hale gelmesinin olumsuz sonuçlarına yüklenici katlanır⁷⁷⁸. Yüklenicinin kazadan sorumlu olması, yüklenicinin iş sahibinin kazadan ötürü uğradığı zararı tazmin etmek zorunda olduğu ayrıca tamamlanarak teslimi imkânsız hale gelen eser için veya eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucunda telef olmuşsa telef olan bu kısım için iş sahibinden herhangi bir ücret talep edemeyeceği anlamına gelir⁷⁷⁹.

BK m. 102 f. 1’de sözü edilen **kaza** kavramı, oluşumuna yüklenicinin veya onun yardımcı kişilerinin (BK m. 100) sebep olmadığı, ifayı imkânsız kılan tüm durumları ifade eder⁷⁸⁰. Esasen burada söz konusu olan, yalnız dar anlamda beklenmeyen haller değil, aynı zamanda mücbir sebepleri ve üçüncü kişilerin fiillerini de kapsamına alan geniş anlamda beklenmeyen hal kavramıdır⁷⁸¹.

Yüklenicinin meydana getirmeye başladığı **eser** beklenmeyen hal sonucu **telef olup**, bunun sonucunda **eserin meydana getirilmesi** kısmen veya tamamen **imkânsız** hale gelebilir. Örneğin, yüklenicinin tadilâtına başladığı ancak henüz tadilâtını tamamlamadığı ev temerrüt esnasında çıkan bir yangında yanarsa durum budur. Ancak, beklenmeyen hal sebebiyle eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale gelmesi için yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamış olması ve yapımına başlanan eserin telef olması zorunlu değildir. Bunun dışında, eser telef olmaksızın **beklenmeyen hal sonucunda eserin tamamlanarak teslimi kısmen veya tamamen imkânsız** hale

⁷⁷⁸ **Werz**, N 317; **Galante**, s. 116; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1061.

⁷⁷⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Tandoğan**, Cilt II, s. 132; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 141.

⁷⁸⁰ **CR-Thévenoz**, Art. 103, N 7; **Schenker**, Verzug, N 307; **Gauch**, Werkvertrag, N 661; **Havutçu**, s. 38.

⁷⁸¹ **Schenker**, Verzug, N 307; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1061; **Oğuzman/Öz**, s. 390.

geldiğinde de yüklenici bu beklenmeyen halden BK m. 102 f. 1 gereği sorumludur⁷⁸². Örneğin yüklenici eseri henüz meydana getirmeye başlamamış olsa dahi, temerrüt sırasında eserin meydana getirileceği araziye inşaat yasağı konulması veya arazinin toprak kayması sonucu kısmen yok olması gibi bir beklenmeyen hal söz konusu olursa, eserin telef olması söz konusu olmadığı halde, eserin meydana getirilmesi artık mümkün değildir.

Temerrüt sırasında meydana gelen kaza, iş sahibinin risk alanından doğan bir sebepten ileri gelmiş, örneğin kazaya iş sahibinin sağladığı ayıplı malzeme veya arsa ya da verdiği hatalı talimat yol açmış da olabilir. Bu durumda dahi, temerrüde düşen yüklenici, BK m. 368 f. 3'te tanınan imkândan yararlanamaz, yani eserin telef olan kısmına ilişkin olarak işin değerini ve buna girmeyen masrafını isteyemez. Yüklenici, BK m. 102 f. 2'de düzenlenen kurtuluş kanıtlarından birini getirmediği, iş sahibinin risk alanına giren sebeplerin yol açtığı kazadan dahi sorumludur⁷⁸³.

Temerrüde düşen yüklenicinin **kazadan da sorumlu olmasıyla** kastedilen nedir? Bu soru değişik olasılıklar ayrı ayrı incelenerek cevaplandırılmalıdır:

A. Eserin Meydana Getirilmesinin Tamamen İmkânsız Hale Geldiği Durumlar

Eserin meydana getirilmesi edimi yüklenici temerrüt halinde iken meydana gelen bir beklenmeyen hal sonucu **tümüyle imkânsız** hale gelmiş olabilir. Örneğin

⁷⁸² **Öz**, İnşaat, s. 140. Kanaatimizce de, BK m. 102 f. 2 hükmü temerrüde düşen borçluyu herhangi bir ayırım yapmaksızın, yani edim konusunun beklenmeyen hal sonucu telef olması gibi bir koşul aramaksızın beklenmeyen halden doğan tüm zararlardan sorumlu tutmuştur.

⁷⁸³ **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Tandoğan**, Cilt II, s. 24; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 141.

yüklenicinin yapıyı üzerinde inşa etmeyi taahhüt ettiği arazi, temerrüt sırasında sit alanı ilân edilmiş veya imar mevzuatında yapılan bir değişiklik sonucu bu araziye inşaat yasağı getirilmiş olabilir⁷⁸⁴. Bu durumda artık yapının tamamlanarak teslim edilmesi imkânsız hale geldiği gibi, yapılan kısmının da yıkılması gerektiğinden edimin ifası tamamen imkânsız hale gelmiştir.

Eserin tamamlanarak teslim edilmesi ediminin beklenmeyen hal sonucu tamamen imkânsız hale gelmesi ile birlikte yüklenicinin eseri teslim borcu sona erer (BK 117 f. 1). **İş sahibi** de tamamlanması ve teslimi tamamen imkânsız hale gelen eserin karşılığı olan **bedel ödeme borcundan** kurtulur (BK m. 117 f. 2)⁷⁸⁵. Temerrüt sırasında meydana gelen kazadan sorumlu olan yüklenici, eserin meydana getirdiği ancak telef olan kısma ilişkin olarak iş sahibinden bedel talep edemez. Böylece iş sahibi, yükleniciye ne inşaatın meydana getirilen ancak yıkılacak olan kısmı için, ne de inşaat yasağı sebebiyle artık meydana getirilmesi mümkün olmayan kısmı için bedel ödemek zorundadır.

Temerrüt sırasında meydana gelen kazadan BK m. 102 f. 1'e göre sorumlu olan yüklenici, iş sahibi eserin kazaen telef olması sonucunda bir zarara uğradıysa bu zararı da tazmin etmek zorundadır. Örneğin, yüklenicinin iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ile yapımına başladığı inşaatın, temerrüt sırasında idarece getirilen inşaat yasağı gereği yıkılması gerekse, iş sahibi yapının yıkılan kısmıyla birlikte telef olan inşaat malzemelerinin bedeli kadar bir zarara uğramış olur. İşte, yüklenici **iş sahibinin** meydana gelen kazadan ötürü uğradığı bu **zararı da tazminle** yükümlüdür⁷⁸⁶.

⁷⁸⁴ Örnek için bkz. **Öz**, İnşaat, s. 140.

⁷⁸⁵ **Koller, Jo**, s. 44; **Chavanne**, N 150; **Galante**, s. 127.

⁷⁸⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Galante**, s. 116; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 128-129; **Ayan**, s. 208.

B. Eserin Meydana Getirilmesinin Kısmen İmkânsız Hale Geldiği Durumlar

Kaza sonucu yüklenicinin ediminin ifası tamamen değil, **kısmen imkânsız** hale gelmiş de olabilir. Örneğin yüklenicinin meydana getirmeye başladığı ancak vadede tamamlayamadığı yapı, temerrüt sırasında meydana gelen heyelan sonucu yıkılmış ve toprak kaymasına bağlı olarak binanın ancak bir kısmının yeniden meydana getirilmesi imkân dâhilinde ise kısmî bir ifa imkânsızlığı söz konusudur.

Bu tür bir durumda yüklenici, eserin meydana getirilmesi artık imkânsız olan kısmı bakımından iş sahibinden bedel talep edemez (BK m. 117 f. 2). Buna karşılık, yüklenici, üstlenmiş olduğu sonuç borcuna uygun olarak, **halen ifası mümkün olan edimleri** yerine getirmek zorundadır⁷⁸⁷. İş sahibi de yüklenicinin **eserin yapımı halen mümkün olan kısmını meydana getirmesine**, bu kısım kendisi için kullanılabilir olduğu takdirde, **izin vermek** zorundadır⁷⁸⁸. İşte, iş sahibinden ifası halen mümkün olan edimleri kabul etmesinin makul olarak beklenebileceği bu tür durumlarda, iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan bedelin bu iş görme edimlerine karşılık gelen kısmını yükleniciye ödemek zorundadır⁷⁸⁹.

Eserin meydana getirilen kısmı kaza sonucu kısmen veya tamamen telef olmuş olabilir. Eserin kısmen telef olduğu durumlarda, telef olmayan kısmının akıbeti bakımından bir ayırım yapılmalıdır. Eserin yüklenici tarafından **hali hazırda meydana getirilmiş olan ve kaza sonucunda telef olmayan bölümü** iş sahibi bakımından **kullanılabilir** ise, iş sahibi, bu kısmı **kabul etmek ve bedelini ödemek** zorundadır (BK

⁷⁸⁷ Galante, s. 117-118.

⁷⁸⁸ Galante, s. 127.

⁷⁸⁹ Koller, Jo, s. 25; Galante, s. 118, 127.

m. 371 f. 2'ye kıyasen)⁷⁹⁰. Buna karşılık, yüklenicinin hali hazırda meydana getirmiş olduğu eser kısmı iş sahibi tarafından **kullanılması mümkün değilse**, iş sahibi bu kısmı kabul etmeyi ve bedelini yükleniciye ödemeyi reddedebilir (BK m. 371 f. 2'ye kıyasen)⁷⁹¹.

Yüklenici BK m. 102 f. 1 gereği temerrüt sırasında meydana gelen kazadan sorumlu olduğuna göre, eserin temerrüt sırasında kazaen telef olmasından ötürü iş sahibi zarara uğradıysa, (örneğin, malzemeyi iş sahibi sağlamış olup, malzeme eserle birlikte telef olmuşsa) iş sahibinin bu zararını da tazmin etmelidir.

C. Eserin Yeniden Meydana Getirilmesinin Mümkün Olduğu Durumlar

Yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düştüğü sırada kaza sonucu kısmen veya tamamen telef olan eserin, **yeniden meydana getirilerek** iş sahibine teslim edilmesi **halen mümkün** olabilir. Örneğin yüklenicinin dikimine başladığı ancak vadede tamamlayarak teslim etmediği elbise, temerrüt sırasında yüklenicinin dükkânında çıkan yangında yanmışsa, yüklenicinin aynı nitelikteki bir elbiseyi yeniden dikerek iş sahibine teslim etmesi halen mümkündür. Keza yüklenicinin imaline başladığı bir tezgâh, temerrüt sırasında yüklenicinin iş yerini su basması sonucu kullanılamaz hale gelmişse, yüklenicinin eser sözleşmesinde taahhüt ettiği nitelikte bir tezgâhı yeniden meydana getirmesi halen mümkündür.

BK m. 102 f. 1 hükmü, taahhüt edilen edimin ifasının kaza sonucu **imkânsız** hale geldiği durumlara **doğrudan** uygulanırken, kaza sonucu telef olan eserin yeniden **meydana getirilerek tesliminin** halen **mümkün** olduğu durumlara da **kıyasen**

⁷⁹⁰ Galante, s. 127.

⁷⁹¹ Gauch, Werkvertrag, N 739; Chavanne, N 151; Werz, N 322.

uygulanır⁷⁹². Eserin meydana getirilmesinin halen mümkün olduğu durumlarda, ifa imkânsızlığı söz konusu olmadığına ve temerrüt hali de yükleniciyi sözleşmeden doğan borcuyla bağlılıktan kurtaran bir durum olmadığına göre, yüklenicinin **eseri meydana getirme ve teslim borcu devam** etmektedir⁷⁹³. Telef olan eserin yeniden meydana getirilmesinin gerektirdiği ek masraflara yüklenici katlanır. Bu durum onun telef olan eser sebebiyle bedel talep etme hakkının bulunmamasının bir sonucudur⁷⁹⁴. Bununla birlikte, telef olan eseri yeniden imal ederek iş sahibine teslim eden yüklenici, eser sözleşmesinde kararlaştırılmış olan bedele hak kazanır.

BK m. 102 f. 1 hükmü gereği, temerrüde düşen **yüklenici**, kural olarak temerrüt sırasında gerçekleşen kaza sebebiyle **iş sahibinin** uğradığı **zararları** tazmin etmek zorundadır. O halde iş sahibi, eseri yeniden meydana getiren yükleniciden eserin teslimindeki gecikmeden kaynaklanan müsbet zararının tazminini de talep edebilir⁷⁹⁵. Örneğin iş sahibi, kaza sonucu telef olan eserin yüklenici tarafından yeniden meydana getirilmesi sebebiyle ortaya çıkan gecikmeden ötürü üçüncü kişiye taahhüt ettiği ve ifası bu edime bağlı olan kendi taahhüdünü yerine getirmekte gecikmiş olabilir. İş sahibi bu sebeple üçüncü kişiye cezaî şart ödemişse, bu tutarın tazminini yükleniciden talep edebilir.

D. Kurtuluş Kanıtı

Temerrüde düşen yüklenici, **temerrüde düşmekte** kendisine yüklenebilecek bir **kusur bulunmadığını** kanıtladığı takdirde, temerrüt sırasında meydana gelen kazadan

⁷⁹² **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Galante**, s. 174.

⁷⁹³ **Gauch**, Werkvertrag, N 1203; **Galante**, s. 146; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 142-143; **Ayan**, s. 209.

⁷⁹⁴ **Koller, Jo**, s. 19; **Gauch**, Werkvertrag, N 1204; **Galante**, s. 175.

⁷⁹⁵ **Chavanne**, N 142; **Galante**, s. 149.

sorumlu olmaz (BK m. 102 f. 2). Yüklenici işin ifasında yardımcı kişi (BK m. 100) kullanmışsa, temerrüdün gerçekleşmesinde yüklenicinin başvurduğu bu ifa yardımcılarının yükleniciye izafe edilebilecek farazî bir kusurlarının da bulunmaması gerekir⁷⁹⁶. Yüklenici kendisinin ve yardımcı kişilerin kazanın meydana gelmesinde kusursuz olduklarını ispat ederek kazadan sorumluluktan kurtulamaz⁷⁹⁷. Burada aranan kusursuzluk, temerrüdün gerçekleşmesinde kusurun bulunmamasıdır. Örneğin yüklenici yakalandığı ağır hastalık sebebiyle üstlendiği portre çizme ediminin ifasında temerrüde düşmüşse, temerrüde düşmekte kusursuzdur. Yüklenicinin elleri temerrüt sırasında felç olur ve bu beklenmeyen hal sonucunda edimin ifası tümüyle imkânsız hale gelirse, artık o temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayarak, temerrüt sırasında meydana gelen beklenmeyen halden sorumluluktan kurtulabilir.

Yüklenici **temerrüde düşmeseydi dahi kazanın⁷⁹⁸ iş sahibinin zararına olarak** esere isabet edeceğini ispatlayarak da, kazadan sorumluluktan kurtulabilir (BK m. 102 f.

⁷⁹⁶ Yüklenici, ifa yardımcılarının fiillerinden ötürü sorumluluktan kurtulabilmek için, bu kişilerin iş sahibinin bizzat yükleniciden bekleyebileceği özenle davrandıklarını ispatlamalıdır. **Galante**, s. 175 ve dn. 590.

⁷⁹⁷ **Werz**, N 317; **Oğuzman/Öz**, s. 389.

⁷⁹⁸ Temerrüt süresi içinde gerçekleşen kaza ile yüklenici vadede ifada bulunsaydı dahi esere isabet edeceği ileri sürülen kaza arasında **özdeşlik** bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, yüklenicinin kazadan sorumluluktan kurtulabilmesi için, yüklenici nezdinde meydana gelen kaza ile eser vaktinde iş sahibine teslim edilseydi esere isabet edecek olan kaza **aynı kaza** olmalıdır. Bu görüşte: **Oğuzman/Öz**, s. 390; **Tekinay/AkmanBurcuoğlu/Altop**, s. 928. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, bu kazaların **aynı kaza** olması **şart değildir**. Bu görüşte: **von Tuhr/Escher**, s. 147; **von Büren**, s. 370; **CR-Thévenoz**, Art. 104, N 14; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1062. Gerçekten de, eser yüklenicinin elindeyken meydana gelen kaza ile eser zamanında teslim edilseydi dahi iş sahibinin zararına olarak esere isabet edecek olan kazanın aynı kaza olmadığı gerekçesiyle yüklenici kazadan sorumlu tutulursa, iş sahibi esasen borçlu temerrüdünden bir avantaj elde etmiş olur. Zira yüklenici temerrüde düşmemiş olsaydı dahi, iş sahibi aynı zarara uğrayacaktı. Oysa iş sahibi, eser zamanında teslim edilseydi bulunacağı durumdan ne daha iyi ne daha kötü bir duruma getirilmelidir. Bu konuda bkz. **Schenker**, Verzug, N 315, 319; **Werz**, N 317. Bu sebeple, ifa zamanında gerçekleşseydi dahi **aynı zararın meydana**

2). O halde kanun koyucu kazadan sorumluluk bakımından temerrüt ile kaza arasında hiç değilse tabii bir illiyet bağının bulunmasını aramıştır. Yüklenici eseri zamanında teslim etseydi dahi iş sahibini zarara uğratan kaza gerçekleşecek idiyse, zarar temerrüdün ne doğrudan ne de dolaylı sonucudur⁷⁹⁹. Örneğin yüklenicinin inşasını yarım bıraktığı ahşap yapı temerrüt sırasında yansa, yüklenici yapıyı zamanında tamamlayarak iş sahibine teslim etseydi dahi yapının yangında yanacağını ispatlayarak kazadan sorumluluktan kurtulabilir. İş sahibi, (örneğin eseri kazadan önce sigortalatacağı veya bir başkasına satacağı için) eser vadede teslim edilseydi **kazaya rağmen zarara uğramayacağını** ileri sürüyorsa, bu iddiasını ispatlamalıdır⁸⁰⁰. İş sahibi bu iddiasını ispatladığı takdirde, kazadan yüklenici sorumlu olur.

Yüklenici kurtuluş kanıtı getirdiği durumlarda temerrüt sırasında meydana gelen **kazadan sorumluluktan kurtulur**. Fakat bu defa da **BK m. 368 f. 1'de** yer alan ve eser sözleşmesinde riskin dağılımını düzenleyen hüküm çerçevesinde **eserin** tesliminden önce **telef olmasından sorumlu olmaya** devam eder⁸⁰¹. Bu itibarla, telef

geleceği her durumda, ister bu zarar aynı kazadan ileri gelsin, ister bir başka kazanın sonucu olsun, yüklenicinin kazadan sorumluluktan kurtulduğunu kabul etmek adil bir çözümdür. Örneğin, yüklenicinin tamir etmeyi taahhüt ettiği araba, temerrüt sırasında yüklenicinin tamirhanesini sel basması sonucu sürüklenmiş ve tümüyle kullanılamaz hale gelmiştir. Ancak, yüklenici arabayı iş sahibine vadede teslim etseydi dahi bu defa aracın iş sahibinin park yerinde çıkan yangında yanacağı sabittir. Bu örnekte, gerçekleşmiş olan kaza yani sel ile vaktinde ifa halinde dahi esere isabet edeceği ileri sürülen kaza yani yangın **farklı kazalardır**. Bununla birlikte, sonuç itibarıyla iş sahibinin her iki durumda da **aynı zarara** uğraması söz konusudur. O halde, yüklenici bu durumda da temerrüde düşmeksizin eseri teslim etseydi dahi eserin yine iş sahibinin zararına olarak kazaya uğrayacağını ispat ederek kazadan sorumluluktan kurtulabilmelidir.

⁷⁹⁹ **CR-Thévenoz**, Art. 104, N 14; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1062.

⁸⁰⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 390-391. Aksi görüşte: **von Tuhr/Escher**, s. 145 dn. 17; **Tekinay/AkmanBurcuoğlu/Altop**, s. 928. Aksi görüşteki bu yazarlar, edim konusunun satılmayacağını veya sigorta ettirilmeyeceğini ispat yükünün temerrüde düşen borçluya ait olduğu görüşündedirler.

⁸⁰¹ **Galante**, s. 175; **Altaş**, Eserin Telef Olması, s. 141.

olan eserin bedelini iş sahibinden talep edemez. Ancak, BK m. 102 f. 1’de getirilen düzenlemeden farklı olarak, yüklenici iş sahibinin eserin kazaen telef olmasından ötürü uğradığı zararı tazmin etmek zorunda değildir. Özellikle, telef olan eserde kullanılan malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, yüklenici iş sahibinin malzemenin de eserle birlikte telef olmasından doğan zararını tazmin etmek zorunda kalmaz. Zira kural olarak, eserin tesliminden önce telef olması halinde, telef olan malzeme kime ait idiye malzemenin hasarına da o katlanır (BK m. 368 f. 2).

Yapılmakta olan eserin temerrüt sırasında iş sahibinin risk alanından doğan bir sebepten ötürü de telef olabileceğine yukarıda değinmiştik. Örneğin, iş sahibi tarafından sağlanan ayıplı malzeme veya arsa ya da iş sahibinin verdiği bir talimat eserin temerrüt sırasında telef olmasına yol açabilir. Bu durumda yüklenici BK m. 102 f. 2’de düzenlenen kurtuluş kanıtlardan birini getirerek kazadan sorumluluktan kurtulduğu takdirde, bahsedilen tehlikeleri zamanında iş sahibine bildirmiş olmak kaydıyla, yapımına başladığı ancak telef olan kısmın bedelini iş sahibinden talep edebilir (BK m. 368 f. 3)⁸⁰².

III. AYNEN İFA ve BUNA BAĞLI TALEPLER

İş sahibi eserin tamamlanarak teslimi ediminin aynen ifa edilmesinde ısrar ettiği takdirde, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, ondan ayrıca gecikme tazminatı (BK m. 102 f. 1) ve kararlaştırılmışsa cezaî şart (BK m. 158 f. 2) da talep edebilecektir. Aşağıda önce iş sahibinin aynen ifa talebini, ardından da bu talebe dayalı olarak yükleniciye yöneltebileceği gecikme tazminatı ve cezaî şart taleplerini inceleyeceğiz.

⁸⁰² **Gauch**, Werkvertrag, N 1190; **Altaş**, Eserin Telef Olması, 141; **Ayan**, s. 209.

Son olarak da iş sahibinin aynen ifaya bağlı talep haklarını kullanmayı geciktirip geciktiremeyeceği meselesine değineceğiz.

A. Aynen İfa

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin, onun edimini **aynen ifa** etme yükümlülüğü üzerinde bir etkisi bulunmadığına daha önce değinmiştik. Yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibi, eserin tamamlanarak teslimi ediminin aynen ifasını yükleniciden talep edebileceği gibi, BK m. 97 f. 1 hükmündeki koşullar gerçekleşmişse edimin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi veya bir başka yüklenici tarafından ifa edilmesini, yani ikame ifayı sağlama yoluna da gidebilecektir. Aşağıda önce iş sahibinin aynen ifayı yükleniciden talep edebileceği durumlar incelenmiş, sonra da eserin tamamlanarak teslimini ikame ifa yoluyla sağlayabileceği durumlar ele alınmıştır.

1. İş Sahibinin Yükleniciden Eserin Tamamlanarak Teslimi Ediminin Aynen İfasını Talep Etmesi

İş sahibi, edimin ifası halen **mümkün** olmak kaydıyla, temerrüde düşen yükleniciden edimini aynen ifa etmesini yani taahhüt ettiği eseri tamamlayarak teslim etmesini talep edebilir⁸⁰³. Esasen, iş sahibinin gecikmiş ifayı, diğer bir deyişle aynen

⁸⁰³ Yarg. 15. HD., 5.7.1991 T., 1991/761 E., 991/3514 K.: “Davacı dava dilekçesinde, davalının imal edip monte etmeyi taahhüt ettiği asansörün bedelini tamamen aldığı halde edimini yerine getirmediğini ileri sürerek asansör ve teferruatının teslimini montajının yapılmasını (öncelikle) istemiştir. (...)Davada öncelikle, aynen ifa istenilmiştir. Davalı aynen ifanın mümkün olmadığını savunmadığı gibi bedelin ödenmediğini ve asansörün inşaatın müteahhidine, dolayısıyla davacıya teslim edildiğini ispat edemediğine göre BK.nun 106. maddesi gereğince olayda öncelikle aynen ifaya karar verilmesi mümkün bulunmaktadır.” (www.kazanci.com). İş sahibi aynen ifa talebinde bulunmak için, temerrüde düşen yükleniciye **ek süre** vermek zorunda değildir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen BK m. 106 f. 2’de, değinilen temerrüde düşen borçluya tanınması

ifayı yükleniciden talep edebilmesi, yüklenicinin temerrüde düşmüş olmasının değil, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olmasının bir sonucudur⁸⁰⁴. İş sahibinin ifayı talep hakkının **varlığı** bakımından, yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gerekli olmadığı gibi, şayet temerrüde düşmüşse temerrüde düşmekte **kusurunun** bulunup bulunmaması da önemli değildir⁸⁰⁵.

Yüklenicinin eseri teslim edebilmesi için öncelikle eseri meydana getirmiş olması gerekir. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcu bir **yapma borcudur**. Yapma borçlarında, **borçlunun, aynen ifada** bulunmaya **zorlanıp zorlanamayacağı** konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸⁰⁶, aynen ifaya zorlama ancak verme borçları bakımından söz konusudur. Dolayısıyla, iş sahibinin yapma borcunun borçlusu olan yükleniciden aynen ifayı talep etmesi, ona yönelttiği bir uyarıdan ibarettir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁸⁰⁷, edimin ifasının halen mümkün olması kaydıyla, yapma borçları bakımından da borçlunun aynen ifada bulunmaya zorlanması mümkündür. Bu doğrultuda, iş sahibi, borçlandığı edimi vadede ifa etmeyen yüklenici aleyhine, bir **ifa (eda) davası** açarak onun eseri tamamlayarak teslim etmeye, yani

gereken ek süre, aynen ifanın ve gecikme tazminatı talebinin değil, sadece alacaklının seçimlik haklarını, yani müsbet zararının tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının şartıdır. **Tandoğan**, Cilt II, s. 133; **Erman**, İnşaat, s. 78 dn. 67.

⁸⁰⁴ **Ramoni**, s. 35 N 69; **Ozanoğlu**, s. 72.

⁸⁰⁵ Aynen ifa talebi yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olmasından bağımsızdır. Ancak, yüklenicinin kusurunun, bu **talebin** tâbi olduğu **zamanaşımı süresi** üzerinde etkisi vardır. Yüklenici, kasten veya ağır ihmali ile temerrüde düşmüşse, iş sahibinin aynen ifa talebi, BK m. 125'te düzenlenen on yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi iken, hafif ihmali ile temerrüde düşmesi halinde, bu talep, BK m. 126 b. 4 uyarınca, beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. **Tandoğan**, Cilt II, s. 134; **Ayan**, s. 172.

⁸⁰⁶ **Öz**, İnşaat, s. 135.

⁸⁰⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 921.

aynen ifaya mahkûm edilmesini talep edebilir⁸⁰⁸. Yüklenici, kendisini borçlandığı edimi ifa etmeye mahkûm eden mahkeme hükmüne uyarsa sorun çözülür. Buna karşılık, yüklenici, bu ilâma uymazsa, iş sahibi ilâmın yerine getirilmesini **cebrî icra** aracılığıyla sağlayabilir.

Yüklenici söz konusu ilâma uymadığı takdirde, bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin ilâmların cebrî icrasını düzenleyen **İİK m. 30**'a göre, cebrî icra prosedürü işletilir. İş sahibi, işin yapılmasına, yani eserin temerrüde düşmüş olan yüklenici tarafından tamamlanarak teslimine ilişkin ilâmı icra dairesine vererek takip talebinde bulunur. Takip talebini alan icra müdürü, icra emri düzenleyerek yükleniciye gönderir. Gönderilen bu icra emri ile yükleniciden, ilâmda aynen ifaya mahkûm edildiği işi, icra emrinde belirtilen süre içinde yapmasını, aksi halde ilâmın zorla yerine getirileceğini bildirir⁸⁰⁹. Yüklenici icra emrinde belirtilen süre içinde eseri tamamlayarak teslim etmezse, işin **yalnız borçlu** tarafından yapılabilecek bir iş olup olmadığına göre cebri icra prosedürü farklılık gösterir. Ünlü bir ressam olan yüklenicinin tablo yapmayı taahhüt etmesi örneğinde olduğu gibi, **yalnız o yüklenici tarafından** edimin yerine getirilebileceği işlerde, artık mahkeme hükmünün icra dairesi tarafından yükleniciye aynen icra ettirilmesi mümkün olmaz⁸¹⁰. Ancak, bu durumda, iş sahibine tanınan bir imkân daha vardır. İİK m. 343'e göre, yalnız kendisi tarafından yapılabilecek bir işi, icra emrine rağmen yapmayan veya zamanında bitirmeyen

⁸⁰⁸ Eda davasının açılabilmesi için eserin tamamlanmış olarak teslimi ediminin muaccel ve ifasının halen mümkün olması gerekir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 987.

⁸⁰⁹ İcra emrinde işin yapılması için verilen süre, mahkemenin eda davası sonucu verdiği hükümde işin yapılması için belirttiği süredir. Mahkeme hükmünde böyle bir süre belirtilmemişse, icra müdürü, işin bitirileceği süreyi işin niteliğine göre kendisi belirler ve bu süreyi icra emrinde yükleniciye bildirir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 411 dn. 2.

⁸¹⁰ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 411.

borçlunun, alacaklının şikâyeti üzerine üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Kuşkusuz bu hükme başvuran iş sahibi, kişisel bir yapma ediminin borçlusu olan yükleniciye, aynen ifada bulunması yönünde ancak **dolaylı** bir baskı yapmış olur⁸¹¹.

Eserin tamamlanarak teslim edilmesi edimi, temerrüde düşmüş olan **yüklenici** tarafından yapılması **zorunlu bir iş değilse**, iş sahibi isterse, mahkeme hükmüne konu olan iş icra müdürü tarafından masrafları mütemerrit yükleniciye ait olmak üzere bir başka yükleniciye yaptırılır (İİK m. 30)⁸¹².

2. İkame İfa

Edimin **yalnız borçlu** tarafından yerine getirilebildiği (örneğin, resim, heykel gibi bir sanat eserinin yapımının söz konusu olduğu) hallerde, yüklenici ifada bulunamayacak durumda ise veya ifa etmemekte direnirse, iş sahibi borçluya cibrî icra yoluyla dahi edimi zorla ifa ettiremez. Bu durumda, eserin tamamlanarak teslimi ediminin ifasının imkânsız hale geldiği kabul edilmelidir. Doğrudan ifayı elde edemeyen ve aynen ifadan vazgeçmeyen iş sahibi, yüklenici ifanın imkânsız hale gelmesinde kusurluysa, BK m. 96 f. 1 uyarınca, yükleniciden edimin ifasının imkânsız hale gelmesinden dolayı uğradığı tüm zararın tazminini talep edebilir⁸¹³. Örneğin,

⁸¹¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 992; **Serozan**, İfa, s. 220.

⁸¹² Bu durumda, icra müdürü, işin bir başka yükleniciye yaptırılması için gerekli masrafları bilirkişiye takdir ettirir. İş sahibi bu masrafların daha sonra hükme gerek kalmaksızın mütemerrit yükleniciden tahsil edilerek kendisine verilmesi koşulu ile masrafları peşin olarak ödemeye razı olursa, masraflar iş sahibinden alınarak, iş icra dairesi tarafından bir başka yükleniciye yaptırılır. Buna karşılık, iş sahibi masrafları peşin ödemeye razı olmazsa, icra dairesi, ayrı bir hükme ve icra emrine gerek kalmaksızın mütemerrit yüklenicinin yeter miktarda malını haczederek. Bu mallar paraya çevrilir ve elde edilen para ile icra dairesi işi başka bir yükleniciye yaptırır. (İİK m. 30). Bu konuda bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, İcra, s. 412.

⁸¹³ **Barth**, s. 65; **Tercier**, Obligations, N 1176.

yüklenici keyfi olarak şahsen ifası zorunlu bir edimi ifa etmemekte direniyorsa durum budur.

Bazı edimlerin ise borçlu tarafından şahsen ifa edilmesi zorunlu değildir. Örneğin, bir binanın dış cephesinin boyanması, bir iş makinesinin tamir edilmesi gibi edimler niteliği gereği mutlaka borçlu yüklenicinin yapması gereken edimler değildir⁸¹⁴. İşte, borçlunun **şahsen** ifa etmesi **zorunlu olmayan** edimler bakımından, BK m. 97 f. 1 ile alacaklıya şöyle bir imkân tanınmıştır. BK m. 97 f. 1'e göre, "Bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun **kendisi tarafından** ifasına **izin verilmesini** talep edebilir"⁸¹⁵.

Hükümden de anlaşıldığı üzere, iş sahibi **kendiliğinden** ikame ifada bulunamaz, bunun için hâkim izni gereklidir. Eserin tesliminden önce ayıplı olarak meydana getirileceğinin kesin olarak anlaşıldığı durumlarda, iş sahibine belirli koşullar altında **hâkim izni gerekmeksizin** ikame ifa yoluna başvurma yetkisi tanıyan BK m. 358 f. 2

⁸¹⁴ İnşaat sözleşmelerinde, çoğu halde inşaatın mutlaka sözleşmenin tarafı olan yüklenici tarafından yapılması zorunlu değildir. İş sahibinin menfaati çoğunlukla hangi yüklenici tarafından yapılırsa yapılsın sözleşmede kararlaştırılan niteliklerdeki inşaatın kendisine teslimi ile gerçekleşir. Ancak bu konuda kesin bir kural koymaktan kaçınılmalı ve somut durumun koşulları incelenerek bir çözüme ulaşılmalıdır. Belirli niteliklere sahip bir yapıyı elde etmekten ziyade, yapının belirli bir yüklenici tarafından meydana getirilmesinin önemli olduğu, yani yüklenicinin kişiliğinin ön plânda olduğu inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin şahsen ifada bulunması zorunlu bir yapma edimi söz konusu olduğundan, BK m. 97 f. 1 uyarınca ikame ifa söz konusu olmaz. **Gauch**, Ersatzvornahme, s. 26; **Barth**, s. 64; **Ayan**, s. 174 dn. 15

⁸¹⁵ Hükümün lâfzından, alacaklının yalnız kendisi ifada bulunmak üzere izin isteyebileceği izlenimi uyansa da, bu hüküm, alacaklının edimi bir başkasına ifa ettirmek üzere de izin isteyebileceği şeklinde anlaşılmalıdır. **Gauch**, Ersatzvornahme, s. 26 dn. 15; **Eren**, Borçlar Genel, s. 991; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 192. Zaten YBK m. 112'de de açıkça alacaklının bu durumda edimin "**kendisi veya başkası** tarafından ifasına izin verilmesini" isteyebileceği ifadesine yer verilmiştir.

hükümü⁸¹⁶, eserin tesliminde gecikme bakımından kıyasen de olsa uygulanamaz⁸¹⁷.

Hâkimden ikame ifa **izni almadan** yüklenici yerine ifada bulunan iş sahibi, ancak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanabilir⁸¹⁸.

b. BK m. 97 f. 1 Hükümünün Hukukî Niteliği

Alacaklıya ikame ifa olanağı tanıyan BK m. 97 f. 1 hükümünün **hukukî niteliği** tartışmalıdır. Bu hüküm acaba bir **icra hukuku** hükmü müdür yoksa bir **maddî hukuk** hükmü müdür? Ayrıca, bu hükümle alacaklı **aynen ifayı** mı elde etmektedir, yoksa **bir tür tazminat** mı elde etmektedir?

⁸¹⁶ BK m. 358 f. 2'ye göre "İmal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebi ile ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını katiyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide munasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği halde hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalâta devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir."

⁸¹⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, teslim vadesinden önce eserin ayıplı olacağının kesin olarak anlaşılması durumunu düzenleyen BK m. 358 f. 2 hükmünü, eserin tesliminden sonra iş sahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı (BK m. 360 f. 2) bakımından da kıyasen uygulamaktadır. Federal Mahkeme, böylece, eserdeki ayıbın eserin tesliminden sonra da hakim izni gerekmeden, diğer bir yüklenici tarafından giderilebilmesini sağlamaktadır. Bkz. BGE 107 II 55 vd.=JdT 1981 I 275 vd.; BGE 116 II 314=JdT 1991 I 181. Bu konuda bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 1819 vd; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 189 vd. Fakat, eserin tesliminden önce ayıplı ifanın engellenmesine ilişkin BK m. 358 f. 2 hükmünün, yüklenicinin eserin tesliminde gecikmesi durumu bakımından kıyasen dahi olsa uygulanması yerinde olmaz. Zira, burada ayıplı ifa değil, farklı bir sözleşme ihlâli türü olan gecikmiş ifa söz konusudur. Bu yönde, **Werz**, N 330; **Ayan**, s. 175 dn. 16.

⁸¹⁸ Bu durumda, iş sahibi yaptığı giderleri yükleniciden ancak vekâletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde yüklenicinin iş görme ediminden faydalandığı oranda talep edebilir (BK m. 414). Bu itibarla da, tamamlama masraflarının tümünü veya ifanın gecikmesinden doğan zararlarının tazminini talep edemez. **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 463 dn. 614. Yargıtay da kira sözleşmesine ilişkin bir kararında bu yönde bir tutum sergilemiştir. Yarg. 13. HD., 9.3.1987 T., 1987/1024 E., 1987/1335 K.: "Dava konusu edilen imalat ve tadilatın yapılmasında davalıların rızası olduğu kanıtlanmamıştır. BK. m. 97 gereğince imalat için hâkimden izin de alınmamıştır. Dava konusu bu işlerin davacı kiracının yararına yapıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı, davacının kiralanda yaptığı imalat ve tamiratın yapıldığı tarihteki giderlerinden Borçlar Kanununun gerçek olmayan vekâletsiz tasarrufa ilişkin 414. maddesi uyarınca faydalandığı ve zenginleştiği oranda sorumludur." (www.kazanci.com).

aa. Cebrî İcra Teorisi

Bir görüşe göre⁸¹⁹, bu hüküm yapma borcunun **bir tür aynen ifasını** sağlamaya yönelmiş olan **cebrî icra hukukuna** ilişkin bir hükümdür. **Cebrî icra teorisi** (Vollstreckungstheorie) olarak adlandırılan bu görüşü savunan yazarlara göre, BK m. 97 f. 1 hükmünden yararlanmak isteyen alacaklının, **öncelikle**, borçlu aleyhine ifa (eda) davası açarak, borçluyu **aynen ifaya mahkûm ettiren bir ilâm** elde etmesi gerekir. Alacaklı, ancak borçlu eda hükmüne rağmen yapma edimini yerine getirmezse, BK m. 97 f. 1'e dayanarak, hâkimden borcun bizzat kendisi veya bir başkası tarafından yerine getirilmesi için izin isteyebilir. Ancak, bu görüşü savunan yazarlardan bazıları, görüşü yumuşatarak, alacaklının BK m. 97 f. 1'de düzenlenen ikame ifaya ilişkin talebini, borçluya karşı açtığı ifa (eda) davasında da ileri sürebileceğini kabul etmektedirler⁸²⁰.

bb. İfa Teorisi

Başka bir görüşe göre⁸²¹, BK m. 97 f. 1 hükmü, yapma borcunun **değişik biçimde aynen ifasının elde edilmesine** ilişkin olmakla birlikte, **maddî hukuka** ilişkin bir hükümdür. Bu hüküm bir cebrî icra hukuku hükmü değildir. Zira, BK m. 97 f. 1 hükmü, alacaklıya tanınan ikame ifa izni talep etme hakkının hangi usullere göre kullanılabilmesi veya kullanılmak zorunda olduğu konusunda herhangi bir düzenleme içermemektedir⁸²². **İfa teorisi** (Erfüllungstheorie) olarak adlandırılan bu görüşe göre, bu hükme başvurabilmek için, alacaklının, önceden borçluyu aynen ifaya mahkûm eden bir

⁸¹⁹ von Tuhr/Escher, s. 91; Gauch, Werkvertrag, N 1807; Gauch, Ersatzvornahme, s. 25 vd.; Werz, N 329 vd.; Serozan, İfa, s. 220; Eren, Borçlar Genel, s. 991.

⁸²⁰ Gauch/Schluep, Band II, N 2514; Gauch, Werkvertrag, N 1807; Gauch, Ersatzvornahme, s. 28; Werz, N 330.

⁸²¹ Fellmann, s. 115 vd.; CR-Thévenoz, Art. 98, N 12, 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 922-923; Ayan, s. 178-179; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 75.

⁸²² Fellmann, s. 115.

mahkeme kararı, yani eda hükmü elde etmiş olması zorunlu değildir. Dilerse böyle bir yola başvurma yetkisi olmakla birlikte, alacaklı, isterse **doğrudan BK m. 97 f. 1'e dayanarak açacağı davada**, hâkimden, masrafları borçluya ait olmak üzere, edimin bizzat kendisi veya üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilmesine izin vermesini de talep edebilir⁸²³. Böylece, alacaklı, BK m. 97 f. 1 hükmü ile bir mahkeme hükmüne bağlanmış yapma edimini cebren icra ettirmiş değil, fakat borçludan başka bir kimse tarafından gerçekleştirilmiş olsa da doğrudan doğruya “ifayı” elde etmiş olur.

cc. Tazminat Teorisi

BK m. 97 f. 1 hükmünün **maddî hukuka** ilişkin bir düzenleme olduğunu kabul eden diğer bir görüşe göre⁸²⁴ ise, bu hüküm, aynen ifayı sağlayan bir hüküm değildir. Bu hüküm, alacaklının borçlunun yapma borcunu ifa etmemesinden ötürü uğradığı zararın telâfisine yönelik bir tür **tazminat hükmüdür** (Surrogatstheorie). Bu görüşe göre, borçlunun borçlandığı edimi bizzat ifa etmesi esas olup, alacaklı tarafından BK m. 97 f.1 uyarınca ikame ifanın talep edilebilmesi, ancak borçlunun aynen ifa yükümlülüğünün sona ermesi halinde başvurulabilecek bir yoldur⁸²⁵. Bu itibarla, BK m. 97 f. 1 hükmüne başvurabilmek için, alacaklı, öncelikle, borçluya **ek süre** tayin ederek ondan aynen ifada bulunmasını talep etmelidir. Ek süre içinde de edimi yerine getirmeyen borçluya karşı, alacaklı, derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmelidir⁸²⁶.

⁸²³ Fellmann, s. 116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 923.

⁸²⁴ Oğuzman/Öz, s. 374; Öz, İnşaat, s. 135; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 194.

⁸²⁵ Bu görüş hakkında bkz. Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 194 vd.

⁸²⁶ Bu görüşteki yazarlardan bazıları, borçlunun edimi ifa etmeyeceğinin anlaşılmasını **sübjektif imkânsızlık** olarak görmektedirler. Bu yazarlara göre, sübjektif imkânsızlık borcu ve karşı edimi sona erdirir; böylece borçlunun aynen ifa yükümlüğü de ortadan kalkar. Buna göre, sübjektif imkânsızlık halinde, alacaklı doğrudan BK m. 97 f. 1 uyarınca hâkimden ikame ifa izni talep edebilir. Diğer bir deyişle, alacaklı borçlunun vadede ifada bulunmaması üzerine öncelikle borçluya ek süre verip süre

İşte, alacaklının bu şekilde aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi ile borçlunun aynen ifa yükümlülüğü de sona erer. Bundan sonra, alacaklı, BK m. 97 f. 1 uyarınca masrafları borçluya ait olmak üzere işi bizzat yapmak veya başkasına yaptırmak için hâkimden izin isteyebilir. Yukarıda açıklanan iki görüşte de ikame ifa halinde masrafların borçlu tarafından karşılanması için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması aranmamaktaydı. Buna karşılık, bu görüşe göre, alacaklının, BK m. 97 f. 1 uyarınca açacağı dava bir **tazminat davası** olduğundan, borçlu ancak temerrüde düşmekte **kusurlu** ise, işin başkasına yaptırılma masraflarını ödemeye mahkûm edilir⁸²⁷.

dd. Uygulamadaki Durum

Uygulamada hâkim tarafından alacaklıya tanınan ikame ifa yetkisi için, “nama ifa yetkisi” ifadesi de kullanılmaktadır. **Yargıtay** da, iş sahibine BK m. 97 f. 1 uyarınca, “nama ifa yetkisi” verilmesi için, iş sahibinin öncelikle yüklenici aleyhine bir mahkeme kararı (eda hükmü) almış olmasını aramamaktadır⁸²⁸. Ayrıca, Yüksek Mahkemenin kararlarında nama ifa talebinin aynen ifa talebi niteliğinde olduğuna hükmedilmektedir⁸²⁹. Dolayısıyla, BK m. 97 f. 1 hükmünün hukukî niteliği bakımından,

sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorunda kalmaz. **BK-Koller**, Art. 366, N 89 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 375.

⁸²⁷ **Oğuzman/Öz**, s. 375.

⁸²⁸ Örneğin, Yarg. 15. HD., 4.7.2004 T., 2004/2951 E., 2004/3735 K.: “Eserin teslim süresinin dolmasına rağmen yüklenicinin temerrüde düştüğü (...) dosya içeriğine göre gerçektir. Sözleşmeden ifa beklentisi içinde olan iş sahibi BK.nun 97.maddesinden yararlanarak ifa yerine geçmek üzere eserdeki eksiklikleri üçüncü bir kişiye tamamlattırıp tamamlatma bedelini de yükleniciden talep edebilir.” (www.kazanci.com).

⁸²⁹ Yarg. 15. HD., 3.3.2009 T, 2008/6908 E., 2009/1163 K.: “Eksik ve kusurlu işlerin giderilmesinin istenmesi, Borçlar Kanunu'nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan olan "akdin ifasına" yönelik hakkının kullanılmış olduğunu gösterir. Bu durumda, arsa sahibi ya da sahipleri, eksik ve kusurlu işlerin giderilmesini Borçlar Kanunu'nun 97. maddesi gereğince de talep edebilirler. Çünkü, "nama ifa" sözleşmenin "aynen ifası" kapsamındadır” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 6.4.1989 T, 1988/2909 E., 1989/1783 K.: “(...) davacı arsa sahiplerinin yükleniciler aleyhine açmış oldukları 1985/622 Esas sayılı

uygulamada da cebrî icra veya tazminat teorilerinin değil, **ifa teorisinin** benimsendiği söylenebilir.

ee. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kişisel Görüşümüz

Kanaatimizce, **cebrî icra görüşünün** katı şekilde uygulanması, yani iş sahibinin mutlaka önce ifa davası açıp yükleniciyi aynen ifaya mahkûm ettiren bir ilâm almak zorunda bırakılması ve ancak yüklenici bu ilâma uymazsa BK m. 97 f. 1'e göre hâkimden ikame ifa izni isteyebileceğinin kabul edilmesi **bazı sakıncalara** yol açabilir. Şöyle ki, daha yükleniciye karşı ifa (eda) davası açıldığında safhada, yüklenicinin borcu **ifa etmek istemediği** veya **edemeyeceği** açıkça belli olabilir. Örneğin, yüklenici eseri tamamlayarak teslim etmeyi açıkça reddedebilir. Bu durumda, iş sahibini ikame ifa izni alabilmek için, yüklenicinin eda ilâmına uyup uymayacağını beklemeye ve sonra yeniden bu kez BK m. 97 f. 1 uyarınca dava açmaya zorlamak, süreci gereksiz olarak uzatır. Bu durum, **dava ekonomisi** prensibine de aykırıdır⁸³⁰. Bu sebeple, iş sahibine, yüklenici aleyhine açtığı **ifa (eda) davası** sırasında da, BK m. 97 f. 1'e dayalı **ikame ifa talebini** ileri sürme olanağı tanınmalıdır⁸³¹. Bununla birlikte, ifa davası sırasında, yüklenicinin yapma edimini ifa etmeyeceği veya edemeyeceğinin açık olduğu haller dışında, iş sahibi ikame ifa talebinde de bulunmuş olsa, hâkim öncelikle yüklenicinin şahsen ifada bulunmasına hükmetmelidir⁸³². Örneğin, yükleniciyi edimi yerine getirmeye mahkûm eden kararda, yükleniciye ifada bulunması için belirli bir süre

davada BK 97. madde hükmü doğrultusunda inşaatın kendilerince ikmal edilmesi için izin istemiş olup, mahkemece dava kabul edilmiş(tir). (...) arsa sahipleri açtıkları 1985/622 Esas sayılı dava ile seçimlik haklarını akdin ifası doğrultusunda kullanmış olduklarından (...)” (**Kostakoğlu**, s. 691).

⁸³⁰ Bu konuda, bkz. **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 17.

⁸³¹ Bu yönde, **Gauch/Schluep**, Band II, N 2514; **Gauch**, Werkvertrag, N 1807; **Fellmann**, s. 115; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 17.

⁸³² **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 17.

verilip, bu sürenin sonunda iş sahibinin edimi bizzat ifaya veya başka bir yükleniciye ifa ettirmeye yetkili olacağı belirtilebilir. Zira yükleniciye karşı ifa davası açılmışsa, burada asıl olan, edimin yüklenici tarafından aynen yerine getirilmesidir. İfa davasında, yüklenici aynen ifada bulunmaya hazır olduğu müddetçe, ikame ifanın ancak ikincil derecede başvurulabilecek bir imkân olduğu kabul edilmelidir.

Aynen ifa kavramından, yalnız borçlu tarafından yerine getirilebilecek edimler hariç, alacaklının nitelik itibariyle kendisine borçlanılan edimin aynısını, yani sözleşmede elde etmesi kararlaştırılan ile aynı ifa menfaatini elde etmesi anlaşılmalıdır. Bu sebeple, şahsen ifası zorunlu olan edimler hariç, alacaklı kendisine taahhüt edilen nitelikte edime kavuşmuşsa, edimin borçlu tarafından mı yoksa borçludan başka bir kimse tarafından mı yerine getirildiğine bakılmaksızın, aynen ifanın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Zira kanaatimizce, yalnız borçlu tarafından gerçekleştirilen ifayı aynen ifa kabul etmek, “aynen ifa” ve “şahsen ifa” kavramlarına aynı anlamı yüklemek demektir. Duruma borçlunun aynen ifada bulunup bulunmadığı yönünden değil, alacaklının aynen ifayı elde edip etmediği yönünden bakıldığında, BK m. 97 f. 1 hükmü aynen ifanın sağlanmasına yönelik bir hükümdür. Bu sebeple **tazminat görüşüne** de katılmıyoruz.

İfa teorisinin önerdiği gibi, alacaklının, BK m. 97 f. 1 hükmünce ikame ifayı talep edebilmesi için mutlaka **önce** borçlu aleyhine bir ifa (eda) davası açıp, **eda hükmü** elde etmiş olması şartının **aranmaması** uygun bir çözümdür. Zira, önceden verilmiş bir eda hükmünün varlığı bir cebrî icra hükmü olan İİK m. 30'un uygulanmasının ön şartıdır. İİK m. 30 uyarınca takip yapmak isteyen alacaklı bu yola başvurabilir. Ancak, böyle bir şart BK m. 97 f. 1'de aranmış değildir. Bu nedenle, muaccel hale gelen

edimini yerine getirmeyen yüklenici karşısında, iş sahibi **doğrudan BK m. 97 f. 1 uyarınca açacağı dava ile hâkimden ikame ifa izni** isteyebilmelidir.

c. BK m. 97 f. 1 Hükümünün Uygulanması ve Sonuçları

İş sahibinin BK m. 97 f.1 uyarınca hâkimden ikame ifa izni talep edebilmesi için, yüklenicinin eseri teslim borcunun **muaccel** olması ve henüz **yerine getirilmemiş** olması gerekir⁸³³. Ayrıca, edimin ifası halen **mümkün** olmalıdır⁸³⁴. Yukarıda da belirtildiği üzere, BK m. 97 f. 1 hükmü ile iş sahibi tazminat almamakta, özel bir yolla da olsa aynen ifayı elde etmektedir. Bu sebeple, iş sahibine ikame ifa izninin verilmesi için de, yüklenicinin eseri tamamlatma masraflarına mahkûm edilmesi için de yüklenicinin edimini vadede ifa etmemede **kusurlu** olması şartı aranmamalıdır⁸³⁵.

⁸³³ **Gauch**, Ersatzvornahme, s. 27; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 332; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 10. Aksi görüşte: **Tunçomağ**, Borçlar Genel, s. 784; **Ayan**, s. 176. Bu son zikrettiğimiz yazarlara göre, alacaklının BK m. 97 f. 1 hükmüne başvurabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir.

Kanaatimizce, ikame ifaya başvurabilmek için borçlunun temerrüde düşmesi şartı aranmamalıdır. Çünkü alacaklının hâkimden ikame ifa izni isteyebilmesi, borçlu temerrüdüne özgü bir sonuç değildir. BK m. 97 hükmünün Borçlar Kanunu sistematikteki yerinden de anlaşıldığı üzere, bu hüküm yalnız borçlu temerrüdü halinde değil, örneğin kötü ifayı da kapsamına alan genel olarak borç ilişkisinin ifa edilmemiş olması halinde başvurulabilen bir düzenlemedir. Bu sebeple, alacaklının ikame ifa yoluna başvurabilmesi için, borçlunun temerrüde düşmüş olması koşulu aranmamalıdır. İkame ifa için borcun muaccel olduğu halde yerine getirilmemiş olması yeterlidir.

⁸³⁴ Burada kastedilen edimin ifasının **objektif** olarak mümkün olmasıdır. Edimin ifası objektif olarak imkânsızsa zaten yalnız borçlu değil başka hiç kimse de edimi yerine getiremez. Sübjektif ifa imkânsızlığı ise yalnız mutlaka yüklenici tarafından şahsen ifası gereken edimler bakımından objektif ifa imkânsızlığı ile aynı sonuçları doğurur. Yoksa edimin bir başka yüklenici veya bizzat iş sahibi tarafından ifası mümkün oldukça, edimin yüklenici tarafından ifası sübjektif olarak imkânsız olsa dahi ikame ifa yoluna başvurulabilir. **Gauch**, Ersatzvornahme, s. 26-27; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 10. Örneğin, sözleşme kurulduktan sonra geçirdiği kaza sonucu kolları kesilen yüklenicinin ısmarlanan elbiseyi dikmesi sübjektif olarak imkânsız olsa da bu elbisenin bir başka yükleniciye diktirilmesi yani ikame ifa mümkündür.

⁸³⁵ **Tercier**, Obligations, N 1174; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 11; **Werz**, N 331

İş sahibinin ikame ifa yoluna başvurabilmesi için, yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamış olup olmamasının veya başlamışsa **eserin geldiği seviyenin** önemi yoktur⁸³⁶. Önemli olan, muaccel hale gelen edimin yerine getirilmemiş olması, yani eserin vadede tamamlanmış olarak iş sahibine teslim edilmemiş olmasıdır. Bu bağlamda, Yargıtay'ın, herhangi bir kanunî gerekçe olmaksızın, sadece çok az bir kısmı tamamlanmış olan eserler bakımından ikame ifa izni verme yönündeki içtihadı, doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir⁸³⁷.

Daha önce de belirttiğimiz üzere, iş sahibinin BK m. 97 f. 1 uyarınca hâkimden ikame ifa izni isteyebilmesi için, önceden yükleniciye karşı ifa (eda) davası açarak yükleniciyi ifaya mahkûm eden bir mahkeme kararı elde etmiş olması gerekmez. İş sahibi, muaccel edimin yerine getirilmemesi üzerine, **doğrudan BK m. 97 f. 1 hükmüne dayanarak açacağı dava ile** hâkimden kendisine eseri bizzat tamamlama veya başka bir yükleniciye tamamlatma izni vermesini talep edebilir. Bu davada, iş sahibi sözleşmeye aykırılığın tespitini, ikame ifaya izin verilmesini, yüklenicinin ikame ifa masrafları ödemeye ve gecikmeden dolayı uğradığı zararı tazmin etmeye mahkûm edilmesini birlikte isteyebilir⁸³⁸. BK m. 97 f. 1'in uygulanma koşulları gerçekleşmişse,

⁸³⁶ Ayan, s. 176-177; Gümüş, s. 68.

⁸³⁷ Örneğin, Yarg. 15 HD. T. 16.10.2003 T., 2003/1771 E., 2003/4842 K.: “Eksik ve ayıplı işler bedeli ancak objektif olarak yapılmış ve reddolunmayacak nitelikteki eserin kabul edilebilir hale getirilmesi için istenebilir. Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden, nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili olarak değerlendirilse bile) reddolunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır.” (Kostakoğlu, s. 704). Karar hakkındaki eleştiriler için bkz. Ayan, s. 177; Gümüş, s. 68.

⁸³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 923.

hâkim, iş sahibine eseri bizzat tamamlama veya başka bir yükleniciye tamamlatma izni verir. Bu kararlar birlikte ikame ifanın **masraflarına ve riskine** artık muaccel borcunu yerine getirmeyen ilk yüklenici katlanır⁸³⁹.

aa. İkame İfanın Gerçekleştiği An

İş sahibinin eseri bizzat tamamladığı veya başvurduğu başka yüklenicinin eseri tamamlayarak kendisine teslim ettiği anda, eserin iş sahibine teslimi edimi bakımından **aynen ifa** gerçekleşmiş olur. Teslime bağlı sonuçlar bu anda ortaya çıkacağından, ilk yüklenicinin bedel alacağı da, sözleşmede farklı bir düzenlemeye gidilmemişse, bu anda muaccel olur⁸⁴⁰.

bb. İkame İfa Masraflarının Kapsamı

İkame ifa için yüklenicinin iş sahibine ödemek zorunda olduğu **masraflar**, eserin üçüncü bir kişi tarafından sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için piyasa koşullarında ortalama olarak gerekli olan **makul**⁸⁴¹ miktarı kapsar⁸⁴². Eser

⁸³⁹ Yüklenicinin ikame ifanın riskine de katlanması, onun ikame ifanın kötü yapılmasından veya iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar hariç beklenmeyen hallerden dolayı da sorumlu olmasını ifade eder. Bu bakımdan, ikame ifanın bizzat iş sahibi tarafından gerçekleştirilmesi veya başka bir yükleniciye yaptırılmış olması arasında da bir fark yoktur. **Gauch**, Werkvertrag, N 870, 1810.

⁸⁴⁰ **Ayan**, s. 179. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de yüklenicinin arsa paylarının kendisine devrine ilişkin alacağı, ikame ifa (BK m. 97 f. 1) yoluyla aynen ifanın sağlandığı anda, yani iş bitince muaccel olur. **Erman**, İnşaat, s. 90; **Öz**, İnşaat, s. 136.

⁸⁴¹ Bu masraflar belirlenirken dürüstlük kuralları (MK m. 2) göz önünde tutulmalıdır. İlk yüklenici, şahsen ifada bulunsaydı dahi, eserin meydana getirilmesinin sözleşme kurulurken öngörülenden daha maliyetli olması riskine katlanacaktı. O halde, ikame ifanın gerçekleştirilmesi için gerekli makul masraflar duruma göre ilk yüklenicinin bedel alacağını aşabilir. Ancak, ilk yükleniciden, sözleşmede kararlaştırıldan daha lüks bir eserin meydana getirilmesi için gereken masrafi ödemesi beklenemez. **Gauch**, Werkvertrag, N 871; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 13.

⁸⁴² **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 13; **Ayan**, s. 180. Uygulamada eserin tamamlanması için gerekli bu masraflar, hâkim tarafından dava veya hüküm tarihindeki **piyasa rayiç fiyatlarına göre** hesaplanmak üzere bilirkişilere tespit ettirilmektedir. Örneğin, Yarg. 15. HD., 30.5.2008 T., 2008/1018 E., 2008/3511

sözleşmesinde iş sahibi bedel olarak bir miktar para ödemeyi taahhüt etmişse, yüklenici iş sahibine işi tamamlama masraflarını ödemeye mahkûm edildiğinde, iş sahibi henüz ifa etmemiş olduğu bu bedel borcu ile yükleniciye karşı sahip olduğu ikame ifa masrafı alacağını **takas** edebilir⁸⁴³. Keza, yüklenici de bu durumda, iş sahibine karşı sahip olduğu muaccel olan bir başka para alacağı ile ikame ifa masrafı borcunu takas edebilir⁸⁴⁴. Buna karşılık, iş sahibinin yükleniciye para değil de, arsa payı veya bağımsız bölüm devretmeyi taahhüt ettiği sözleşmelerde, takas edilecek alacaklar aynı türde olmadığından ötürü takas söz konusu olmaz⁸⁴⁵.

İş sahibi, BK m. 97 f.1 uyarınca ikame ifa izni isterken, yüklenicinin ikame ifa masraflarını **peşin**, yani **avans** olarak ödemeye mahkûm edilmesini de talep edebilir⁸⁴⁶.

K.: “Arsa sahibi bu eksikliklerin giderilmesi için nama ifaya izin davası açtığından, eksikliklerin arsa sahibi tarafından yüklenici nam ve hesabına ikmal için BK.nun 97. maddesi uyarınca arsa sahibine izin verilmesi, bu eksikliklerin neler olduğu hüküm fıkrasında gösterilerek eksikliklerin giderilmesi için gerekli bedelin **hükme en yakın tarihteki mahalli piyasa rayıçleri** ile saptanması (...) gerekir.” (www.kazanci.com).

⁸⁴³ **Gauch**, Werkvertrag, N 1809; **Werz**, N 331; **Öz**, İnşaat, s. 136; **Ayan**, s. 180-181.

⁸⁴⁴ **Öz**, İnşaat, s. 136; **Ayan**, s. 181.

⁸⁴⁵ **Öz**, İnşaat, s. 136; **Ayan**, s. 181. Arsa payı karşılığı inşa sözleşmelerinde iş sahibinin işi tamamlatma masrafı alacağı bir para alacağı iken, yüklenicinin arsa payı veya bağımsız bölüm devralma alacağı para alacağı değildir. İki alacak aynı türden olmadığından takas edilemez. Bu konuda bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1227-1228. Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibine BK m. 97 doğrultusunda nama ifa yetkisi verirken, iş sahibinin talebi üzerine, sözleşmeyle yükleniciye devredilmesi taahhüt edilmiş olan bağımsız bölümlerin işi tamamlama masraflarını karşılayacak kısmının üçüncü kişilere satılmasına da izin vermektedir. Böylece işin iş sahibi tarafından tamamlanması için gerekli finansman sağlanmaktadır. Örneğin, Yarg. 15. HD. 09.12.2004, 922/6861 (www.kazanci.com)

⁸⁴⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 91; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 332; **Gauch**, Werkvertrag, N 1816; **CR-Thévenoz**, Art. 98, N 13; **Eren**, Borçlar Genel, s. 992; **Öz**, İnşaat, s. 136; **Ayan**, s.179-180. Aksi görüşte: **Fellmann**, s. 118; **Gümüş**, s. 68. Bu talep uygulamada kabul edilmektedir. Örneğin, Yarg. 15. HD., 22.4.1985 T., 1984/4373 E., 1985/1354 K.: “davacılar (...) kanununun 97. maddesi gereğince inşaatın tamamlanmasına izin verilmesi ile birlikte eksik kalan işler bedelinin de tahsilini dava edebileceklerinden (...)”. (**Kostakoğlu**, s. 689). Yarg. 15. HD., 11.2.2002 T., 2001/4759 E., 2002/656 K.: “Bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; 28.11.2000 tarihli bilirkişi raporunda tespit edilen eksik işler ile

Yüklenici iş sahibine eserin tamamlanması için gerekli masrafları avans olarak ödediği takdirde, iş sahibi işi tamamlattıktan sonra duruma bakılır. İş sahibinin işi tamamlatmak için fiilen yaptığı masraflar yüklenicinin ödediği avanstan daha azsa yüklenici fazla ödediği kısmın iadesini talep edebilir. Buna karşılık, tamamlatma masrafları, iş sahibinin aldığı avansı geçmişse, iş sahibi **farkı** yükleniciden talep edebilir⁸⁴⁷.

cc. İkame İfa Masraflarını Aşan Zararların Tazmini

Eseri bizzat tamamlayan veya başka bir yükleniciye tamamlatan iş sahibi, geciken ifa sebebiyle veya işin borçlu tarafından şahsen yerine getirilmemiş olması sebebiyle, eserin tamamlanması için gerekli olan **masraflar** dışında **başka zararlara** da uğramış olabilir. Örneğin iş sahibi, ısmarladığı tezgâhların imalâtının geç tamamlanmasından

bunların avans niteliğindeki tahmini bedelleri hükmün 1. fıkrasında tek tek gösterilmek sureti ile anılan işlerin ifası için davacı tarafa BK.nun 97. maddesi uyarınca izin verilmesinden ve ifa talebinin avansın tahsilini de içermesi nedeniyle bu bedellerin avans niteliğinde olmak üzere davacıdan tahsiline karar verilmesinden ibarettir.” (www.kazanci.com). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu avans sözleşmede yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlerden birinin satışına karar verilerek sağlanmaktadır. Yarg. 15. HD., 9.12.2004 T., 2004/922 E., 2004/6861 K.: “yapılması gereken iş, bilirkişi raporunda saptanan noksan ve kusurların, bir başka anlatımla, davalı nam ve hesabına ifa edilecek işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplatılmalı, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilenin inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılar yetki ve izin verilmesine karar vermektir.” (www.kazanci.com). İkame ifa halinde alacaklının borçludan masraf avansı talep etme olanağı ile ilgili İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. BGE 130 III 302=JdT 2004 I 191= SJ 2004 I 364; BGE 128 III 416= SJ 2003 I 89.

⁸⁴⁷ **BK-Koller**, Art. 366, N 580; **Gauch**, Werkvertrag, N 871; **Ayan**, s. 182. Yarg. 15. HD., 11.4.2008 T., 2008/1700 E., 2008/2353 K.: “davalı yüklenicinin temerrüdü sonucu arsa sahibi davacıların nama ifa isteminde haklılıkları kabul edilerek eksik işler bedeline hükmedildiğine göre arsa sahibi davacıların inşaatı masrafi yükleniciye ait olmak üzere tamamlayabilme yetkisini elde ettikleri anlaşılmaktadır. Davada kabul edilen miktar 1991 yılı fiyatlarıyla saptandığından ve ilâm 1997 yılında kesinleştiğinden eksiklerin hükmedilen bedelle tamamen karşılanamayacağı açıktır. Esasen hükmedilen tutar, eksiklerin giderilmesi için avans olarak verilmiştir. Avans olarak kabulü da nama ifa kuralının amacına uygun düşer.” (www.kazanci.com).

ötürü fabrikasını geç faaliyete geçirmiş ve bu sebeple kazanç kaybına uğramış olabilir. BK m. 97 f. 1'e göre, ikame ifa izni talep eden alacaklının, "her türlü zarar ve ziyan davası hakkı mahfuzdur". O halde, yüklenici yalnız ikame ifa masraflarını karşılamakla değil, aynı zamanda iş sahibinin bunu aşan zararları varsa bu zararları da tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin, iş sahibinin gecikme tazminatına ve kararlaştırılmışsa cezaî şarta ilişkin talep hakları da saklıdır⁸⁴⁸. Keza, ilk yüklenici eseri meydana getirmiş olsaydı iş sahibi, eseri kendisinin veya başka bir yüklenicinin meydana getirmesine nazaran daha yüksek bir menfaat sağlayabilecek idiyse aradaki bu farkı da ilk yükleniciden talep edebilir⁸⁴⁹.

dd. İkame İfanın Müspet Zararın Tazmini Talebinden Farkları

Bir görüşe göre⁸⁵⁰, **ikame ifa** yoluna başvurmak (BK m. 97 f. 1) iş sahibine **hiçbir avantaj** sağlamamaktadır. Zira işin üçüncü kişiye yaptırılması masrafları, zaten iş sahibinin BK m. 106 f. 2'ye göre aynen ifadan vazgeçerek talep edebileceği müsbet zarar tazminatının içinde yer alan bir kalemdir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise⁸⁵¹, BK m. 97 f. 1'de düzenlenen ikame ifa yoluna başvurmak, **iş sahibine avantaj** sağlayabilir. Örneğin, iş sahibinin müsbet zarar tazminatı (BK m. 106 f. 2) talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerektiği halde, işin üçüncü kişiye yaptırılması yani ikame ifa (BK m. 97 f. 1) bakımından böyle bir şart aranmamaktadır. O halde, iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat edebileceğinden

⁸⁴⁸ **Öz**, İnşaat, s. 136; **Ayan**, s. 182.

⁸⁴⁹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 923.

⁸⁵⁰ **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 332.

⁸⁵¹ **Werz**, N 332.

endişe duyuyorsa, onun BK m. 97 f. 1 hükmüne başvurmakta menfaati vardır. Öte yandan, ikame ifa yolu, iş sahibi bakımından müsbet zararın tazminine nazaran bir **dezavantaj** da teşkil edebilir⁸⁵². Zira ikame ifa yoluna başvuran iş sahibi, yüklenicinin buna ilişkin ödemelerini, eserin tamamlanması dışında başka hiçbir amaç için kullanamaz⁸⁵³. Çünkü burada iş sahibinin bir tazminat elde etmesi değil, aynen ifayı elde etmesi amaçlanmaktadır. Oysa iş sahibi müsbet zarar tazminatı üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir, meselâ isterse bu tazminatı aldığı halde eseri tamamlatmayabilir.

B. Gecikme Tazminatı

1. Genel Olarak

İş sahibi eseri gecikme ile de olsa elde etmiş, fakat bu gecikme sebebiyle zarara uğramış olabilir. İş sahibi, uğradığı bu tür gecikme zararlarının tazminini BK m. 102 f. 1'e dayanarak yükleniciden talep edebilir. Zira, bu hükme göre, temerrüde düşen borçlu, borcun **geç ifa** edilmesinden ötürü alacaklının uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür.

BK m. 102 f. 1 hükmü ile düzenlenen bu durum, temerrüde düşen borçlunun, borcunu temerrüde düştükten sonra aynen ifa etmesine ilişkindir. Burada, eser sözleşmesi muhafaza edilmektedir ve yüklenici halen edimini yerine getirme borcu altındadır. Ancak, iş sahibi yükleniciden eserin meydana getirilmesi ve teslimi, yani **aynen ifa talebine ek olarak** gecikmeden doğan zararının tazminini de talep edebilmektedir⁸⁵⁴. Bununla birlikte, gecikme tazminatının talep edilebilmesi için, aynen ifanın **henüz gerçekleşip gerçekleşmediği** önem taşımaz. Diğer bir deyişle, iş sahibi,

⁸⁵² Werz, N 333.

⁸⁵³ von Tuhr/Escher, s. 91 dn. 53; Gauch, Werkvertrag, N 1817; Werz, N 333.

⁸⁵⁴ Schenker, Verzug, N 266; Chavanne, N 142.

temerrüde düşen yüklenici eseri gecikmeyle teslim etmiş olsa da, henüz fiilen teslim etmemiş olsa da gecikme zararının tazminini talep ve dava edebilir⁸⁵⁵.

2. Koşulları

Tüm zararların tazmininde olduğu gibi, gecikme zararının tazmininde de, borçlunun kusuru, alacaklının bir zarara uğramış olması ve borçlunun davranışı ile alacaklının zararı arasında uyum illiyet bağının bulunması gerekir. O halde, iş sahibinin yükleniciden gecikme tazminatı talep edebilmesi için, yüklenicinin temerrüde düşmekte **kusurlu** olması⁸⁵⁶, gecikmeden ötürü iş sahibinin **zarara** uğramış olması ve gecikme ile zarar arasında **uygun illiyet bağının**⁸⁵⁷ bulunması gereklidir. Kusursuzluğunu ispat yükü yüklenicidedir (BK m. 96 f. 1)⁸⁵⁸. Uğradığı zararın ve illiyet bağının varlığını ispat yükü ise iş sahibine aittir (MK m. 6).

3. Kapsamı

Gecikme tazminatı, bir tür **müsbet zarar** tazminatıdır⁸⁵⁹. Zira, sözleşme halen ayakta tutulmaktadır. Bu tazminatın amacı, iş sahibini, yüklenici şayet borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı, yani eseri tamamlayarak vadede teslim etmiş olsaydı

⁸⁵⁵ Öz, İnşaat, s. 137.

⁸⁵⁶ Yüklenicinin temerrüde düşmekte kendi kusuru bulunmamakla birlikte, eserin teslimi onun için görülmesinde başvurduğu ifa yardımcılarının davranışından ötürü gecikmiş olabilir. Bu takdirde, ifa yardımcılarının davranışı bakımından yükleniciye farazî bir kusur isnad edilebiliyorsa yüklenici gecikmeden ve buna bağlı sonuçlardan sorumlu olur (BK m. 100). Bu sebeple, yüklenicinin BK m. 100 çerçevesinde sorumluluğunun koşulları gerçekleştiğinde, iş sahibinin gecikme tazminatı isteyebilmesi için ayrıca yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmüş olması koşulu aranmaz. Bu yönde, **Werz**, N 325.

⁸⁵⁷ Eserin tamamlanarak teslim edilmesindeki gecikme, olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre, söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli ise, zararın **uygun sebebidir**. **Gauch/Schluep**, Band II, N 2670; **Werz**, N 325.

⁸⁵⁸ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2671; **Ayan**, s. 185.

⁸⁵⁹ **Schenker**, Verzug, N 266; **Chavanne**, N 142; **Gümüş**, s. 69.

bulunacağı duruma getirmektir⁸⁶⁰. Uğradığı zararın kapsamını ispat yükü iş sahibine aittir⁸⁶¹. İş sahibinin gecikme tazminatı adı altında yükleniciden talep edebileceği kayıplar, **fiilî zarar** (*damnum emergens*) ve **yoksun kalınan kazanç** (*lucrum cessans*) olmak üzere iki temel grupta incelenebilir⁸⁶².

a. Fiilî Zarar

İş sahibi, eserin teslimindeki **gecikme sebebiyle**, ikame bir emlak için **kira bedeli** ödemek zorunda kalmış olabilir⁸⁶³. Örneğin, inşaatın teslimi geciktiği için iş sahibi oturduğu evi boşaltamamış ve bu eve kira ödemeye devam etmiş olabilir. Öte yandan, iş sahibinin üretim yapacağı bir eserin imali söz konusu ise, iş sahibi **üretimi** bir başka kişiye **yaptırmak için** masraf yapmak zorunda kalmış olabilir⁸⁶⁴. Meselâ, ısmarladığı dokuma tezgâhları vaktinde kendisine teslim edilmeyen tekstil üreticisi iş sahibi, siparişlerini yetiştirmek için ürünlerini bedelini ödeyerek bir başka fabrikada dokutmak zorunda kalmış olabilir. Yahut iş sahibi **üçüncü kişilere** karşı kendi edimini yerine getirememesi sonucunda **tazminat veya cezaî şart** ödemiş olabilir⁸⁶⁵. Örneğin, iş sahibinin ara parça imal ettirdiği yüklenicinin bu parçaların tesliminde gecikmesi üzerine, iş sahibi üçüncü kişiye karşı imalini taahhüt ettiği ürünleri zamanında tamamlayamamış ve bu sebeple bu kişiye cezaî şart ödemek zorunda kalmış olabilir. İşte, tüm bu masraflar, iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle uğradığı fiilî zararlara örnektir. Ancak, belirtmek gerekir ki, iş sahibinin uğradığı zarar ile eserin

⁸⁶⁰ Schenker, Verzug, N 286; Chavanne, N 142.

⁸⁶¹ Gauch/Schluep, Band II, N 2676.

⁸⁶² Gauch, Werkvertrag, N 665; Werz, N 326; Aral, s. 348.

⁸⁶³ Gauch, Werkvertrag, N 665; Aral, s. 348; Ayan, s. 187; Gümüş, s. 69.

⁸⁶⁴ Aral, s. 348.

⁸⁶⁵ Gauch, Werkvertrag, N 665; Gauch/Schluep, Band II, N 2673; Aral, s. 348; Ayan, s. 187; Gümüş, s. 69.

teslimindeki gecikme arasında uygun illiyet bağı bulunması gerektiğinden, iş sahibi yükleniciden fiilî zarar kapsamında sadece temerrüt gerçekleşmesi idi **yapmayacak olduğu masrafların** tazminini talep edebilir. Yoksa temerrüt gerçekleşmeseydi de zaten yapacak olduğu masrafların tazminini isteyemez⁸⁶⁶.

b. Yoksun Kalınan Kazanç

Eserin teslimindeki gecikme sebebiyle, iş sahibi, teslim zamanında gerçekleşseydi elde edeceği bazı kazançlardan mahrum kalmış olabilir. Bu zararların da gecikme tazminatı kapsamında tazmini gerekir. Örneğin, eser kiraya verilebilecek nitelikte ise, iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle **yoksun kaldığı kira bedelleri** onun yoksun kaldığı kâr kapsamındadır⁸⁶⁷. Yoksun kalınan kira bedellerinden doğan tazminat talebine uygulamada **“kira tazminatı”** da denmektedir. İnşaat sözleşmelerinde tarafların inşaatın tesliminde gecikilen her ay için yüklenicinin ödeyeceği kira tazminatı miktarını sözleşme kurulurken kararlaştırmalarına sıkça rastlanmaktadır. Sözleşmede böyle bir hüküm bulunmadığı takdirde iş sahibinin talep edebileceği kira tazminatı miktarı, tespit edilecek olan rayiçlere göre belirlenmektedir⁸⁶⁸.

İş sahibi eser kendisine vaktinde teslim edilseydi eseri fiilî teslim zamanına nazaran daha yüksek bir bedele satacak veya kiralayacak durumda olduğunu ispatlamak

⁸⁶⁶ **Schenker**, Verzug, N 290 vd.; **Ayan**, s. 187.

⁸⁶⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 134; **Öz**, İnşaat, s. 137; **Ayan**, s. 188; **Gümüş**, s. 69.

⁸⁶⁸ Bu konuda **Yarg.** 15. HD., 15.04.2008 T., 2008/774 E., 2008/2436 K.: “Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin sözleşmeden doğan hakkı, inşaatın zamanında bitirilip teslim edilmesini isteme hakkıdır. Yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi nedeniyle arsa sahibinin gecikmeden kaynaklanan kira tazminatını talep hakkı ise kanundan doğan bir haktır (BK m. 106 f. 1). Yüklenicinin edimini zamanında ifa etmemesi nedeniyle talep edilebilecek olan kira tazminatı, teslimde gecikilen her ay için ödenecek bir miktar paradır. Kira tazminatı miktarı sözleşme yapılırken kararlaştırılabilir, **bu şart geçerlidir**. Sözleşmede **böyle bir şartın bulunmaması halinde** ise talep edilebilecek tazminat miktarı, tespit edilecek olan **rayiçlere göre** belirlenir.” ifadeleri kullanılmıştır. (**Karataş**, s.148).

kaydıyla, kazanç kaybı teşkil etmesi itibariyle aradaki **değer farkının** tazminini de talep edebilir⁸⁶⁹. Öte yandan, iş sahibinin üretimde kullanacağı eserin tesliminin gecikmesi söz konusu ise onun üretim kaybının da tazmini gerekir⁸⁷⁰. Meselâ, bir fabrikada kullanılacak iş tezgâhlarının imali söz konusu ise, tezgâhların tesliminin gecikmesi sonucu iş sahibi bu süre içinde üretilip satabileceği ürünlerden elde edeceği kârdan yoksun kalmıştır.

Üzerinde durulması gereken diğer bir nokta da **salt eserin kullanımından mahrum kalmanın** tazmini gereken bir zarar kalemi olup olmadığıdır. İş sahibi fazladan bir masraf yapmak zorunda kalmadıkça veya bir gelir kaybına uğramadıkça, onun **sadece** yüklenicinin tesliminde geciktiği **eserden** gecikme süresince **yararlanamamış olması** tazmini gereken bir zarar oluşturmaz⁸⁷¹. Bu durumu örneklerle açıklayalım. Meselâ, araba tamirini konu alan bir eser sözleşmesinde, arabanın tamirindeki gecikme sonucunda, iş sahibi, daha pahalı bir ulaşım aracı ile işe gidip gelmek zorunda kalmışsa, **fiilî bir zarara** uğramıştır. Yahut ticarî bir aracın örneğin bir dolmuşun tamiri söz konusu ise, gecikilen her gün için iş sahibi aracın getireceği gelirden yani **kazançtan yoksun kalmıştır**. İşte gerek fiilî zararın gerek yoksun kalınan kârın olduğu bu durumlarda, iş sahibi, zararının karşılanması için temerrüde düşen yükleniciden gecikme tazminatı talep edebilir. Buna karşılık, iş sahibinin iki aracı olup da, gecikme süresince tamirde olmayan aracını kullanmışsa, artık yalnız gecikme süresince tamirdeki aracından yararlanamamış olduğundan bahisle yükleniciden gecikme tazminatı talep edemez.

⁸⁶⁹ Schenker, Verzug, N 279; Gauch, Werkvertrag, N 665; Ayan, s. 188.

⁸⁷⁰ Gauch, Werkvertrag, N 665; Gauch/Schluep, Band II, N 2673; Tandoğan, Cilt II, s. 134.

⁸⁷¹ Gauch, Werkvertrag, N 665; Gümüş, s. 69.

4. Hesaplanması

Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık halinde de uygulandığından (BK m. 98 f. 2), iş sahibinin yükleniciden talep edebileceği gecikme tazminatı **Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri** temelinde hesaplanır⁸⁷². O halde, hâkim tazminatın miktarını belirlerken, yalnız iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle uğradığı **zararın miktarını** değil, bunun yanında **olayın şartlarını**, yüklenicinin gecikmedeki **kusurunun derecesini** de dikkate almalıdır (BK m. 43 f. 1). Ayrıca, iş sahibinin zararın doğumunda **ortak kusuru** varsa bu durum da tazminatın indirilmesine sebep olabilir (BK m. 44 f. 1). Meselâ, iş sahibi bildiği veya bilmesi gerektiği halde, eserin tesliminde temerrüdün gecikme süresi ile orantılı olmayan bir zarara sebep olabileceği konusunda yükleniciyi uyardıysa, bu durum, iş sahibinin ortak kusuru olarak dikkate alınmalıdır⁸⁷³. İş sahibinin sipariş ettiği eser onun üretiminde kilit durumda olabilir. Yüklenici bu durumu bilecek durumda değilse, iş sahibinin eserin teslimindeki çok az bir gecikmenin dahi fabrikanın bütün faaliyetinin kesilmesine yol açacağı konusunda yükleniciyi bilgilendirmemesi, iş sahibinin ortak kusuruna örnek olarak gösterilebilir⁸⁷⁴.

Gecikme tazminatının hesaplanmasında önemli bir nokta da bu tazminatın **hangi zaman dilimi içinde doğan zararları** kapsayacağıdır. İş sahibi, temerrüt süresince, diğer bir deyişle yüklenicinin **temerrüde düştüğü an ile temerrüdün sona erdiği an** arasında kalan süreç boyunca uğradığı gecikme zararının tazminini talep edebilir⁸⁷⁵. Örneğin, temerrüt **ifanın gerçekleşmesi** ile sona ermiş, diğer bir deyişle yüklenici

⁸⁷² **Gauch/Schluep**, Band II, N 2674; **CR-Thévenoz**, Art. 103 N 6.

⁸⁷³ **Schenker**, Verzug, N 269; **Chavanne**, N 146.

⁸⁷⁴ Bu örnek için bkz. **Chavanne**, N 146 dn. 99.

⁸⁷⁵ **Ayan**, s. 188.

temerrüde düştükten sonra ifada bulunmuş veya iş ikame ifa yoluyla bizzat iş sahibi tarafından yapılarak ya da üçüncü kişiye yaptırılarak aynen ifa elde edilmiş olabilir. Bu durumda, iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düştüğü andan aynen ifanın gerçekleştiği ana kadar uğradığı gecikme zararının tazminini yükleniciden talep edebilir⁸⁷⁶.

Öte yandan, temerrüt durumu, borcun ifasının **objektif olarak imkânsız hale gelmesi** ile de sona ermiş olabilir. İşte, eserin meydana getirilmesi veya teslimi yüklenici temerrüde düştükten **sonra imkânsız** hale gelmişse, iş sahibi yükleniciden temerrüt tarihi ile imkânsızlığın meydana geldiği tarih arasında geçen süre için **gecikme tazminatı** isteyebilir⁸⁷⁷. Bu durumda, iş sahibi, imkânsızlık yüklenicinin kusurundan ileri gelmese dahi, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, imkânsızlık sebebiyle borcun ifa edilememesi sonucu uğradığı **müsbet zararın** tümünün tazminini de ayrıca talep edebilir (BK m. 102 f. 1)⁸⁷⁸.

⁸⁷⁶ **Öz**, İnşaat, s. 137; **Ayan**, s. 188. Yarg. 15. HD., 21.3.2002 T., 2002/855 E., 2002/1305 K.: “işin teslimi gereken tarih, 26.11.1998'dir. Davalı yüklenici, 26.11.1998 tarihine kadar inşaatı yapıp teslim etmek zorunda olduğundan, bu tarihten başlamak suretiyle, eseri teslim ettiği tarihe kadar veya dava konusu bağımsız bölüme daha önce kiracı yerleşmişse, kiracının yerleştiği tarihe kadar olan süre için arsa sahibine, talep halinde gecikme tazminatı ödemek zorundadır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 6.3.1994 T., 1994/786 E., 1994/1332 K.: “davacı arsa sahibinin açtığı ilk davanın sonunda inşaatteki eksik ve kusurlu işler bedeline hükmedilmiştir. Davacının BK 106/2. maddesinde belirlenen bu seçimlik hakkını kullandıktan sonra edimin yerine getirilmesini davalıdan beklemeye hakkı yoktur. Artık esik ve kusurlu işleri kendisinin tamamlaması icap eder. Bu nedenlerle (...) eksik işlerin ikmali için gerekli makul sürenin mahkemece belirlenip bu kadar gecikme için kira tazminatına hükmedilmelidir.” (**Kostakoğlu**, s. 717). Yarg. 15. HD., 9.7.2007 T., 2006/2252 E., 2007/4653 K.: “Arsa sahibinin kesinleşen bu davasında eksik ve kusurlu işler bedeli istemi hukuken yüklenici namına ifaya izin verilmesi niteliğindedir (BK m. 97). Arsa sahibi, yüklenici hesabına eksikleri gidermeyi üstlendiğine göre kira ve gecikme tazminatı karşılığı ancak eksik ve kusurların giderilebileceği süre kadar talepte bulunabilir.” (www.kazanci.com).

⁸⁷⁷ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 921; **Öz**, Dönme, s. 160; **Ayan**, s. 189.

⁸⁷⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 921; **Öz**, Dönme, s. 160-161.

5. Zamanaşımı

Gecikme tazminatı aynen ifa talebine bağlı bir talep olduğundan, bu talebin tâbi olduğu zamanaşımı süresi ve bu sürenin başlangıcı, **ifa edilmeyen alacağın**, yani iş sahibinin eser sözleşmesinden doğan teslim alacağının tâbi olduğu zamanaşımı rejimine tâbidir⁸⁷⁹. O halde bu talep, yüklenici gecikmede hafif kusurlu ise, **beş** yıllık zamanaşımına tâbidir (BK m. 126 b. 4). Buna karşılık, yüklenicinin gecikmede ağır ihmali veya kastı varsa **on** yıllık zamanaşımına tâbidir (BK m. 125). Zamanaşımı süresinin başlangıcı ise, iş sahibinin eseri teslim alacağının muaccel olduğu gündür⁸⁸⁰.

C. Cezaî Şart

Eser sözleşmesinde taraflar, yüklenicinin teslim vadesine uymadığı takdirde iş sahibine **cezaî şart** ödeyeceğini kararlaştırmış olabilirler (BK m. 158 f. 2). Bu uygulamaya, eserin **vadede teslim edilmesinin** iş sahibi bakımından **büyük önem** taşıdığı özellikle bina inşasını veya büyük çaplı imalât işlerini konu alan eser sözleşmelerinde sıkça rastlanmaktadır.

1. Cezaî Şartın Tanımı ve Amacı

Cezaî şart; borçlunun mevcut borcunu ihlâl etmesi durumunda alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği **ekonomik değeri** olan bir **edimdir**⁸⁸¹. Cezaî şartın

⁸⁷⁹ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2677; **CR-Thévenoz**, Art. 103, N 15; **Schwander**, s. 88-89.

⁸⁸⁰ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2677; Aksi görüşte: **Schenker**, Verzug, N 271 vd.; **Guggenheim**, s. 295. Bu yazarlara göre, zamanaşımı borçlunun temerrüde düştüğü günden itibaren işlemeye başlamalıdır. **Thévenoz**, haklı olarak, bu tartışmanın pratik öneminin az olduğunu ifade etmektedir. Zira, çoğu halde, alacağın muaccel olduğu gün ile borçlu temerrüdünün gerçekleştiği gün arasında uzun bir zaman bulunmaz. Bkz. **CR-Thévenoz**, Art. 103, N 15.

⁸⁸¹ **Koller**, Konventionalstrafe, N 8; **Loksaier**, s. 47; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 341; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1133; **Oğuzman/Öz**, s. 897. Esasen bu tanım “sözleşme cezası”nın tanımıdır. Cezaî şart ise, bu sözleşme cezasını konu alan sözleşme hükmünü ifade eder. Bu kavram karışıklığının temel sebebi,

amacı, asıl borcu güçlendirmektir⁸⁸². Alacaklının borcun ihlâli halinde zarara uğradığını veya zararın kapsamını ispatlamak zorunda kalmaksızın diğer hukukî imkânlarla ek olarak veya bunların yerine malî bir yaptırıma başvuracağı tehdidi ile borçlunun ifaya ilişkin motivasyonu artırılmaktadır⁸⁸³. Cezaî şartın en önemli fonksiyonu, teminat altına alınan borcu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi için borçlu üzerinde **baskı** oluşturmasıdır⁸⁸⁴. Bu fonksiyon cezaî şartın ifanın elde edilmesine yönelik fonksiyonudur. Sözleşme ihlâli gerçekleştiği takdirde, bu fonksiyona bir de cezaî şartın **tazmin, telâfi edici** özelliği eklenir⁸⁸⁵.

2. Cezaî Şartın Geçerlilik Koşulları

a. Şekli

Eser sözleşmesi bakımından cezaî şart ya asıl borcun yer aldığı **eser sözleşmesinde** düzenlenir ya da sonradan **ayrı bir sözleşme** ile kararlaştırılır⁸⁸⁶. Cezaî şartın eser sözleşmesi içinde düzenlendiği durumlarda, eser sözleşmesi şikle aykırılık sebebiyle batılsa, cezaî şart da geçersizdir. Cezaî şart ayrı bir sözleşme ile kararlaştırılacaksa, bu sözleşme asıl borcun yer aldığı eser sözleşmesinin tâbi olduğu

borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun alacaklıya karşı bir edim yerine getirmeyi taahhüt etmesi kurumunu ifade etmek için mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nun Almanca ve İtalyanca metinlerinde "sözleşme cezası" (Konventionalstrafe; pena convenzionale) kavramı kullanıldığı halde, bu kanunun Fransızca metninde "cezaî şart" (clause pénale) kavramının kullanılmış olmasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Couchepin**, N 23 vd. Ancak, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında bu kullanım artık yerleşik bir hal aldığından, konunun kolay anlaşılması için, çalışmamızda da "cezaî şart" kavramı "sözleşme cezası" kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

⁸⁸² **Werz**, N 336; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1134.

⁸⁸³ **Werz**, N 336; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 342.

⁸⁸⁴ **Couchepin**, N 129; **Oğuzman/Öz**, s. 898. Bu yönde, BGE 122 III 424.

⁸⁸⁵ **Couchepin**, N 140 vd.

⁸⁸⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1135; **Erman**, İnşaat, s. 81.

şekle uyularak yapılmadıkça, cezaî şart geçerli olmaz⁸⁸⁷. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri zamanında teslim etme borcu için ayrı bir sözleşme ile cezaî şart kararlaştırılacaksa, cezaî şartın geçerli olması için, cezaî şartın kararlaştırıldığı sözleşmenin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tâbi olduğu resmî geçerlilik şekline uygun olarak kurulması gerekir.

b. İçeriği

Cezaî şart, genel olarak bir miktar **paranın ödenmesini** içerir. Ancak, bu zorunlu değildir. Yüklenicinin ifa etmeyi taahhüt ettiği malvarlığı değeri taşıyan diğer edimler de cezaî şartın konusunu oluşturabilir⁸⁸⁸. Örneğin, yüklenicinin bir kıymetli evrakin devrini, bir iş görme edimini taahhüt etmesi de cezaî şarta konu olabilir⁸⁸⁹. Cezaî şartın konusunun yüklenicinin bir miktar **para ödemesi** olduğu durumlarda, ödenecek bu tutarın **götürü bir miktar** olarak kararlaştırılması mümkün olduğu gibi, **zamana bağlı artış gösteren**, yani gecikilen gün, hafta veya ay sayısına bağlı olarak artan **bir miktar** olarak kararlaştırılması da mümkündür⁸⁹⁰. Meselâ, bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin, inşaatı vadede teslim etmemesi durumunda iş sahibine 100.000 TL ceza ödeyeceği kararlaştırılmışsa birinci durum; buna karşılık, inşaatın teslimini geciktirdiği her hafta için 1.000 TL ceza ödeyeceği kararlaştırılmışsa ikinci durum söz konusudur.

⁸⁸⁷ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1135; **Oğuzman/Öz**, s. 902; **Ozanoğlu**, s. 75; **Ayan**, s. 197 dn. 122. Yarg. 15. HD., 2.2.1995 T., 1994/2658 E., 1995/480 K.: “(...)uyuşmazlık, tapulu taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat yapılması sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Tapunun devri de öngörüldüğünden sözleşmenin resmi şekilde düzenlenmesi gerekir (...) Davacının dayandığı tarihsiz sözleşme adi yazılı şekilde düzenlendiği için geçersiz olup tarafları bağlamaz.Geçersiz sözleşmede kararlaştırılan cezaî şart dahi geçersiz olup mahkemece bu yönün re'sen gözetilmesi ve cezaî şart talebinin bu nedenle reddine karar verilmesi gerekirken (...)” (**Karataş**, s. 322).

⁸⁸⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 694; **Werz**, N 334; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1134.

⁸⁸⁹ **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 522; **Bentele**, s. 41.

⁸⁹⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 693; **Werz**, N 334; **Couchepin**, N 42-43.

Taraflar, yüklenicinin alacağı **sözleşme bedelinin** eserin teslimi geciktiği takdirde **indirileceğini** kararlaştırmış da olabilir. Örneğin, “eserin tesliminde gecikilen her hafta için yüklenicinin bedel alacağı % 1 indirilir.” gibi bir düzenleme getirilebilir. Burada, yüklenicinin edim taahhüdünde bulunması değil, bir kâr kaybına uğraması söz konusudur. BK m. 158’de düzenlenen cezaî şart kavramına uymayan, atipik bir ceza söz konusu olmakla birlikte, cezaî şarta ilişkin hükümler bu duruma da kıyasen uygulanmalıdır⁸⁹¹.

c. Sınırları

Kanun koyucu, BK m. 161 f. 1 hükmüyle tarafların “cezanın miktarını tayinde serbest” olduklarını ifade etmiş, böylece cezanın miktarı ile ilgili temel ilkeyi ortaya koymuştur. Ancak kanun koyucu, aynı maddenin 3. fıkrasında hâkimin “fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellef” olduğunu belirterek bu ilkeyi sınırlandırmıştır. Buna göre, ceza fahiş miktarda ise, yüklenici hâkimden cezanın indirilmesini isteyebilir. Konumuzla ilgili olarak ceza miktarının **fahiş**, yani aşırı olması, bu miktarın **iş sahibinin** borcun sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmesine, yani eserin tesliminin vaktinde gerçekleşmesine ilişkin **menfaati** ile **tümüyle orantısız** olmasını ifade eder⁸⁹². Ceza miktarının “fahiş” olup olmadığı belirlenirken, yalnız bu miktarın iş sahibinin gecikmeden doğan fiilî zararının ne kadar üzerinde olduğu değil, olayın somut şartları içinde, tarafların ekonomik durumları, yüklenicinin kusurunun ağırlığı gibi unsurlar da dikkate alınarak bir sonuca ulaşılmalıdır⁸⁹³. Bu unsurlar, cezaî şartın kararlaştırıldığı

⁸⁹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 693; **Werz**, N 334; **Koller**, Konventionalstrafe, N 10; **Bentele**, s. 131-132; **Öz**, İnşaat, s. 139.

⁸⁹² **Werz**, N 346.

⁸⁹³ **Werz**, N 346. Cezanın fahiş olup olmadığının tespitinde göz önünde tutulacak unsurlar bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir. Yarg. 13. HD., 11.11.1986 T., 4726 E., 5410 K.: “Ceza koşulunun fahiş olup olmadığı, tarafların iktisadî durumu, özel olarak borçlunun ödeme kabiliyeti ile beraber

andaki duruma göre değil, eserin tesliminde gecikmenin meydana geldiği andaki duruma göre değerlendirilmelidir⁸⁹⁴.

TTK m. 24'e göre, tacir olan borçlu, ceza fahiş olsa dahi indirim talep edemez. Bu sebeple, BK m. 161 f. 3 ile getirilen aşırı cezanın hâkim tarafından indirilmesi olanağından **tacir** konumunda olan **yükleniciler** yararlanamazlar⁸⁹⁵. Eser sözleşmesinde yüklenici taraf çoğunlukla tacir olacağından TTK m. 24 hükmü gereği pek çok durumda yüklenici hâkimden cezanın indirilmesini isteyemeyecektir⁸⁹⁶. Ancak, **Yargıtay**, bir kararında bu kuralı yumuşatarak, ceza miktarının borçlunun ekonomik bakımdan mahvına sebep olacak kadar yüksek olduğu durumlarda, borçlu tacir konumunda olsa dahi, cezanın ahlâka aykırılık (BK m. 20) sebebiyle geçersiz olacağına hükmetmiştir⁸⁹⁷. **Öz**'ün de haklı olarak ifade ettiği gibi, böyle bir durumda, cezanın tümüyle geçersiz sayılması yerine, BK m. 20 f. 2 çerçevesinde yüklenicinin ekonomik mahvına sebep olmayacak düzeye indirilmesi yerinde olur⁸⁹⁸.

borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ve borca aykırı davranışının ağırlığı ölçü olarak tayin edilmeli ve hüküm altına alınacak ceza miktarı hak, adalet ve nasafet kurallarına uygun olarak tespit edilmelidir.” (Uygur, Cilt 4, s. 4353).

⁸⁹⁴ **Werz**, N 346.

⁸⁹⁵ Kooperatif niteliğindeki yükleniciler tacir değildirler. Yarg. 15. HD., 15.12.1998 T., 3956 E., 4735 K.: “Somut olayda borçlu bir yapı kooperatifidir. 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca “teşekkül” olarak tarif edilen kooperatifler, tacir sayılamazlar. Bu nedenle, yapı kooperatifleri hakkında BK.nun 161/son maddesinin uygulanması mümkündür.” (**Karataş**, s. 384).

⁸⁹⁶ **Öz**, İnşaat, s. 138.

⁸⁹⁷ Yarg. 11. HD., 15.6.1982 T., 1982 E., 2887 K.: “TTK'nun 24. maddesi hükmü, BK m. 20 hükmü ile sınırlıdır. Cezaî şartın tahsili cihetine gidilmesi halinde davalı şirketin eskisi gibi ticarî hayatını sürdürmesi mümkün olmayacak, onun iktisadî mahvına sebep olacaksa, o zaman BK m. 20'ye göre, bu seviyedeki bir cezaî şartı ahlâka ve adaba aykırı sayıp, mahkemenin BK m. 161 maddesi hükmünü uygulaması gerekir.” (Uygur, Cilt 4, s. 4351-4352).

⁸⁹⁸ **Öz**, İnşaat, s. 138.

3. Cezaî Şartın Türleri

a. Genel Olarak

Cezaî şartın seçimlik cezaî şart, ifaya ekli cezaî şart ve dönme cezası olmak üzere **üç türü** bulunmaktadır⁸⁹⁹. BK m. 158 f. 1'e göre, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun cezaî şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa, aksi sözleşmede öngörülmedikçe, alacaklı ya sözleşmenin ifasını ya da cezaî şartın ödenmesini isteyebilir. Bu hükümle düzenlenen cezaî şart türü **seçimlik cezaî şarttır**. BK m. 158 f. 2'de ise **ifaya ekli cezaî şart** düzenlenmiştir. Buna göre, sözleşmenin **belirli zamanda** veya yerde **ifa edilmemesi** halinde ödenmek üzere cezaî şart kararlaştırılmışsa, alacaklı, açıkça vazgeçmiş veya ifayı ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin kabul etmiş olmadıkça, **hem** sözleşmenin ifasını **hem** de kararlaştırılan cezaî şartın ödenmesini talep edebilir. **Dönme cezası** ise, BK m. 158 f. 3 hükmüyle düzenlenmiştir. Buna göre, alacaklı ile yaptıkları anlaşmada, borçluya, dilerse alacaklıya sadece cezaî şart ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı tanınmışsa dönme cezası söz konusudur.

b. İfaya Ekli Cezai Şart

Eser sözleşmesinde taraflar eserin tamamlanarak teslim vadesinde teslim edilmemesi halinde yüklenicinin cezaî şart ödeyeceğini kararlaştırmışlarsa, **kural** olarak, **ifaya ekli bir cezai şart** vardır. Zira kanun (BK m. 158 f. 2), asıl borcun belirli zamanda ifa edilmemesi halinde ödenmesi kararlaştırılan cezaî şartın türünün "ifaya ekli cezaî şart" olduğunu varsaymaktadır⁹⁰⁰. O halde kural, **zamanında ifanın gerçekleşmemesi** durumu için kararlaştırılan cezaî şartın **ifaya ekli cezaî şart** olmasıdır. Ancak bu düzenlemeyi getiren BK m. 158 f. 2 hükmü, emredici bir hüküm değildir. Bu sebeple, kuşkusuz taraflar borcun belirli zamanda ifa edilmemesi halinde

⁸⁹⁹ Cezaî şart türleri hakkında bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1136 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 904 vd.

⁹⁰⁰ **Couchepin**, N 1331.

ödenmek üzere **seçimlik bir cezaî şart** da kararlaştırabilirler. Böylece, yüklenicinin eseri vaktinde teslim etmemesi halinde iş sahibine sadece ya aynen ifayı ya da cezayı tercih etme hakkı tanınabilir. Ancak bu duruma eser sözleşmesinde nadiren rastlanır. Zira özellikle inşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı vadede teslim edememesine rağmen çalışmalara başlamış bulunuyorsa, iş sahibi kural olarak inşaatın yapımından vazgeçmek niyeti taşımayacağına göre, bu tür seçimlik bir cezaî şart iş sahibinin menfaatlerine aykırı olur⁹⁰¹. Eser sözleşmesinde en sık karşılaşılan cezaî şart türü olması itibariyle, çalışmamızda da esas olarak “ifaya ekli cezaî şart” ele alınmıştır. Aşağıdaki açıklamalarımız da ifaya ekli cezaî şarta ilişkindir.

4. Cezaî Şart Alacağıının Talep Edilmesi

a. Cezaî Şart Alacağıının Talep Edilmesinin Koşulları

Yükleniciden kararlaştırılan cezaî şartın talep edebilmesi için, bu cezanın bağlandığı asıl borcun geçerli olması, ihlâl edilmiş olması ve iş sahibinin cezaî şart alacağına ilişkin talep hakkından vazgeçmemiş olması gerekir.

aa. Asıl Borcun Varlığı

Cezaî şart, **asıl borca bağlı** olarak ve ancak onun ihlâl edilmesi halinde doğan, asıl borca nazaran **fer’i** nitelikte bir **borçtur**⁹⁰². Asıl borcun geçersizliği, ona bağlı cezaî şartı da geçersiz kılar. Şu halde asıl borç geçerli olarak doğmamışsa, cezaî şart da doğmaz; asıl borç sonradan herhangi bir nedenle sona ererse, cezaî şart da sona erer⁹⁰³. Örneğin, arazideki inşaat yasağı sebebiyle inşaatın yapımı sözleşme kurulurken

⁹⁰¹ Couchepin, N 1332.

⁹⁰² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 342 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1134 Oğuzman/Öz, s. 902; Ayan, s. 193.

⁹⁰³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 344; Eren, Borçlar Genel, s. 1135; Oğuzman/Öz, s. 902; Gümüş, s. 72.

imkânsız olduğu için eser sözleşmesi batılsa, asıl borç olan eserin meydana getirilip teslim edilmesi borcu doğmadığı için, bu borca ilişkin cezaî şart da doğmaz. Yahut eser sözleşmesi kurulduktan sonra arazi üzerinde inşaat yapılması idarece yasaklanırsa, bu defa asıl borç imkânsızlık sebebiyle sona erdiğinden, bu borca bağlı cezaî şart da sona erer.

Borcun **belirli zamanda** ifa edilmemesine ilişkin **cezaî şartın** (BK m. 158 f. 2) bağlı bulunduğu **asıl borç** değişik görünümde karşımıza çıkabilir. Tarafların cezaî şart alacağını bağladıkları asıl borç, yüklenicinin tamamlanmış eseri **teslim vadesinde** teslim etmesi veya kararlaştırılan sürede eseri **meydana getirme faaliyetine başlaması** olabilir. Keza asıl borç, yüklenicinin bir **ara vadede** eserin kararlaştırılan kısmını tamamlaması ya da kısım kısım teslim edilecek eserler bakımından **kısmî teslim vadelerinde** kararlaştırılan eser parçalarını teslim etmesi de olabilir⁹⁰⁴.

bb. Asıl Borcun İhlâli

Cezaî şart, asıl alacağın hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi **geciktirici şartına** (BK m. 149) bağlı bir borçtur⁹⁰⁵. Konumuz bakımından cezaî şart, eserin tesliminde bir **gecikme** meydana gelmesi, yani teslimin vadede gerçekleşmemesi **şartına** bağlıdır. Bu geciktirici şart gerçekleştiğinde, iş sahibinin cezaî şart alacağı **muaccel** olur⁹⁰⁶. Cezaî şart sadece eserin vaktinde teslim edilmemesinin müeyyidesi olarak kararlaştırılmışsa, eser vadede teslim edildiği takdirde, **ayıplı** dahi olsa cezaî şart alacağı muaccel

⁹⁰⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 695.

⁹⁰⁵ **Werz**, N 334; **Couchepin**, N 39; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1135; **Oğuzman/Öz**, s. 898.

⁹⁰⁶ Cezaî şart alacağı, muaccel olduğu andan itibaren fer'i niteliğini kaybeder; diğer bir deyişle asıl borçtan bağımsız bir alacak haline gelir. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1135.

olmaz⁹⁰⁷. Buna karşılık, cezaî şart eserin hem vaktinde ve hem de ayıpsız olarak teslimi için kararlaştırılmışsa, eser vadede teslim edilmiş olmasına rağmen ayıplı ise, cezaî şart alacağı muaccel olur⁹⁰⁸.

cc. Cezaî Şart Alacağına İlişkin Talep Hakkından Vazgeçilmemiş Olması

Eserin kararlaştırılan tarihte teslim edilmemesi durumu için cezaî şart kararlaştırılmışsa, iş sahibi bu hakkından **açıkça vazgeçerse** veya **ihirazî kayıt** ileri sürmeksizin, diğer bir deyişle bu hakkını saklı tutmaksızın eseri **teslim alırsa**, artık yükleniciden gecikme sebebiyle cezaî şart talep edemez (BK m. 158 f. 2 c. son). O halde, cezaî şarta ilişkin hakkından açıkça vazgeçen iş sahibi, cezaî şarta ilişkin hakkını kaybeder. Keza, bu hakkından açıkça vazgeçmemekle birlikte, teslim vadesi geçtikten sonra eseri yükleniciye karşı cezaî şart alacağını saklı tutma beyanında bulunmaksızın teslim alan iş sahibinin de cezaî şart alacağından **örtülü olarak vazgeçtiği** varsayılır⁹⁰⁹. İş sahibi bu durumda da cezaî şart talep etme hakkını yitirir. İş sahibi, cezaî şart alacağından ister açıkça ister örtülü olarak vazgeçmiş olsun, vazgeçme hâkim tarafından re'sen dikkate alınır⁹¹⁰.

⁹⁰⁷ Kuşkusuz, eser teslimi engel olacak kadar ağır ayıplı ise, cezaî şart alacağı, eser ayıplı olduğu için değil ama teslim gerçekleşmediği için yine doğar. Bu yönde, **Couchepin**, N 1349.

⁹⁰⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 699; **Ayan**, s. 198.

⁹⁰⁹ Yarg. 13. HD., 18.02.1993 T., 1993/221 E., 1993//1322 K.: "...borcun yerine getirilmesinin hiçbir ön koşul ileri sürülmemesi kabul edilmesi de vazgeçme anlamına gelir ki, BK m. 158/II bunu apaçık öngörmektedir. Eş deyişle, hiçbir ön koşul ileri sürmeyen alacaklı, ceza koşulunu isteme hakkını kaybetmiş olur ki burada ceza koşulundan **örtülü (zımnî) bir vazgeçme** vardır." (www.kazanci.com). Kararda "ön koşul" ifadesi ile kastedilen "ihirazî kayıt"tır.

⁹¹⁰ **Ayan**, s. 201. Yarg. 13. HD., 18.02.1993 T., 1993/221 E., 1993/1322 K.: "(...) Ön koşul (ihirazî kayıt) alacaklının borçluya karşı yönelttiği bir irade bildiriyle yapılır (...) Ön koşul ileri sürülmezse, ceza isteme hakkı düşer. Hâkim bu yönü görevi gereği **doğrudan gözetir**." (www.kazanci.com)

Cezaî şart alacağını **saklı tutmaya ilişkin bildirim**in geçerliliği, herhangi bir **şekil şartına** tâbi değildir⁹¹¹. Ancak, bu bildirim, yüklenicinin iş sahibinin cezayı talep etmek istediğinden kuşku duymayacağı biçimde yapılmalıdır⁹¹². Örneğin, iş sahibi eseri teslim alırken yükleniciden açıkça cezaî şart alacağını talep ederse veya yükleniciye cezaî şartı daha sonra talep edeceğini bildirirse, cezaî şartı saklı tutma beyanında bulunmuş olur⁹¹³. Keza, henüz eserin bedelini ödemeyen iş sahibinin, **cezaî şart alacağı** ile yükleniciye karşı mevcut bedel ödeme borcunu **takas ettiğini** (BK m. 118) beyan etmesi de saklı tutma bildirimini olarak değerlendirilir⁹¹⁴. Zira bu beyan da, iş sahibinin yükleniciden cezayı talep etmek istediğini açıkça ortaya koymaktadır.

Yükleniciden cezaî şart talep etme hakkını muhafaza etmek isteyen iş sahibi, yükleniciye cezayı talep etmek istediğini **en geç eserin geciken teslimi sırasında** beyan etmelidir⁹¹⁵. İş sahibinin arsası üzerinde inşaat yapımına ilişkin eser sözleşmelerinde olduğu gibi **eserin tesliminin** yüklenicinin iş sahibine **iş tamamlama bildiriminde** bulunması ile gerçekleştiği durumlarda ise, iş sahibi tamamlama bildirimini kendisine ulaştır ulaşmaz en kısa sürede yükleniciye cezaî şart alacağını saklı tuttuğunu beyan etmelidir⁹¹⁶. Bu son durum dışında, eserin **tesliminden sonra** saklı tutma beyanında bulunulması, diğer bir deyişle ihtirazî kayıt ileri sürülmesi, kural olarak, sonuç doğurmaz. Ancak, istisnaen, eserin taraflar arasında düzenlenecek bir protokolle teslim alınması söz konusu ise, iş sahibi, eserin fiilen teslim edilmesinden sonra da teslim alma

⁹¹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 700; **Dirican**, s. 75; **Ayan**, s. 201 dn. 136.

⁹¹² **Gauch**, Werkvertrag, N 700.

⁹¹³ **Dirican**, s. 74; **Ayan**, s. 201 dn. 136.

⁹¹⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 700; **Ozanoğlu**, s. 112; **Dirican**, s. 75.

⁹¹⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 700; **Dirican**, s. 74; **Ayan**, s. 202.

⁹¹⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 701; **Bentele**, s. 105; **Dirican**, s. 77; **Ayan**, s. 202.

protokolü imzalanıncaya kadar, cezaî şarta ilişkin ihtirazî kayıt ileri sürülebilir⁹¹⁷. **Kısım kısım teslim** edilecek bir eser söz konusu ise, her bir kısımî teslim için kararlaştırılmış olan cezaî şart bakımından ihtirazî kayıt, en geç o kısmın teslimi gerçekleşinceye kadar ileri sürülebilir⁹¹⁸. Diğer bir deyişle, bir kısımî teslimde gecikme varsa, iş sahibi ihtirazî kaydı ileri sürmek için eserin tamamının teslimini, yani son kısmın tesliminin gerçekleşmesini bekleyemez.

Bazı durumlarda iş sahibi eseri **ihirazî kayıt ileri sürmeden** teslim olsa da, cezaî şarta ilişkin **talep hakkı** ortadan kalkmaz. Örneğin iş sahibi, **cezaî şart alacağı muaccel** olduktan **sonra** ancak geciken **teslim** henüz gerçekleşmeden **önce** cezaî şarta ilişkin dava açmak suretiyle cezaî şarta ilişkin ihtirazî kayıt ileri sürmüşse, artık onun teslim anında ihtirazî kaydı tekrarlama gerektirmez⁹¹⁹. Keza, taraflar muaccel olan cezaî şart alacağı miktarı ve ödenmesi konusunda **anlaşmışlarsa**, bu durumda da iş sahibinin eseri teslim alırken ihtirazî kayıt ileri sürmesi gerekmez⁹²⁰.

İş sahibi cezaî şarta ilişkin hakkından açıkça vazgeçmekle veya ihtirazî kayıt ileri sürmeden eseri teslim almakla, sadece yükleniciden cezaî şart talep etme hakkını kaybeder. Yoksa yükleniciden **gecikme tazminatı** (BK m. 102 f. 1) talep etme **hakkını**, bu haktan da ayrıca vazgeçmedikçe, **yitirmez**⁹²¹.

⁹¹⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 702.

⁹¹⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 704; **Gauch**, Fristen und Termine, s. 22; **Ayan**, s. 202.

⁹¹⁹ **von Tuhr/Escher**, s. 282; **Gauch**, Werkvertrag, N 705, 706; **Bentele**, s.105 dn. 491. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 18.01.2007 T., 2006/2810 E., 2007/162 K.: “İhtirazî kayıt eser teslim alınırken bildirilebileceği gibi, eserin tesliminden hemen sonra ya da ifanın kabulünden önce de bildirilebilir. Bu hakkın saklı tutulduğu ifanın kabulünden önce dermeyan edilmiş ise artık ayrıca eserin teslimi anında veya teslimden hemen sonra böyle bildirim yapılmasına gerek yoktur.” (www.kazanci.com).

⁹²⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 705; **Ayan**, s. 203.

⁹²¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 707.

Nihayet, belirtmek gerekir ki ihtirazî kayda ilişkin BK m. 158 f. 2 hükmü **düzenleyicidir**⁹²². Bu itibarla, taraflar, iş sahibinin ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin eseri teslim olsa dahi cezaî şart talep etme hakkını kaybetmeyeceği yönünde anlaşmaya varmışlarsa, iş sahibinin teslim sırasında cezaî şart alacağını saklı tuttuğunu beyan etmesi gerekmez⁹²³.

dd. Cezaî Şartın İşlediği Zaman Dilimi

Cezaî şart alacağının muaccel hale gelmesinin, yüklenicinin asıl borcun ifasında temerrüde düşmesine bağlı olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁹²⁴, cezaî şart alacağı, bağlı bulunduğu **asıl borcun vadesinde ifa edilmemesi ile birlikte** muaccel olur. Diğer bir deyişle, cezaî şartın işlemeye başlaması için, eserin teslim vadesi geldiği halde yüklenicinin edimini ifa etmemiş olması, yani eseri teslim etmemiş olması yeterlidir. Yoksa iş sahibinin ihtarda bulunması ve yükleniciyi eseri teslim borcunda temerrüde düşürmesi gerekmez. **Yargıtay** da cezaî şartı işin teslimi gereken tarihten, yani teslim vadesinden itibaren işletmek eğilimindedir⁹²⁵. Diğer bir görüşe göre⁹²⁶ ise, cezaî şart alacağı, aksine anlaşma bulunmadıkça, ancak yüklenicinin **asıl borcun**, yani eserin teslimi ediminin **ifasında temerrüde düştüğü tarihte** muaccel olur. Bu itibarla, temerrüt için ihtar gereken bir durum söz konusu ise, cezaî şart alacağı ancak iş sahibi ihtarda bulunarak yükleniciyi temerrüde düşürdüğü anda işlemeye başlar. Kanaatimizce,

⁹²² **Gauch**, Werkvertrag, N 708.

⁹²³ **Erman**, İnşaat, s. 87; **Ayan**, s. 203.

⁹²⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 280; **Erman**, İnşaat, s. 80; **Ozanoğlu**, s. 106.

⁹²⁵ Yarg. 15. HD., 13.03.1996 T., 1996/665 E., 1996/1346 K.: “(...) gecikmeden dolayı talep edilen cezaî şartın hesabında (...) **işin teslimi gereken tarih** ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezaî şarta hükmedilmesi icap etmektedir.” (**Karataş**, s. 363)

⁹²⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 696; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 526; **Koller**, Konventionalstrafe, N 157; **Werz**, N 338; **Bentele**, s. 82; **CR-Mooser**, Art. 163, N 13; **Couchepin**, N 1517; **Aral**, s. 351; **Ayan**, s. 197; **Gümüş**, s. 74.

bu tartışma, çok büyük bir pratik önem taşımamaktadır. Zira eser sözleşmelerinde, özellikle inşaat sözleşmelerinde, belirli vadenin kararlaştırılmadığı durumlara nadiren rastlanır. Belirli vadeli sözleşmelerde de zaten, vade tarihinde ifade bulunmamakla yüklenici kendiliğinden temerrüde düşeceğinden, vade tarihi ile temerrüt tarihi çoğu kez örtüşür. Buna karşılık, belirli vadenin bulunmadığı hallerde veya iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle sözleşme süresinin uzaması sonucu sözleşmenin kuruluşunda kararlaştırılan belirli vadenin sonradan belirsiz hale geldiği durumlarda, teslim vadesinin kesin olarak tespiti sorunlara yol açabilir⁹²⁷. Cezaî şartın işlemeye başladığı tarih olarak temerrüt tarihinin esas alınması bu gibi sorunları önler. Bu sebeple ikinci görüşün benimsenmesi yerinde olur. Ancak, kuşkusuz, tarafların sözleşme özgürlüğü prensibi çerçevesinde cezanın eserin tesliminin sözleşmede kararlaştırılan vadede gerçekleşmemesi ile birlikte işleyeceğini kararlaştırmaları da mümkündür.

Temerrüt anında işlemeye başlamış olan ifaya ekli cezaî şart, aynen ifanın gerçekleştiği ana kadar işlemeye devam eder. Konumuz bakımından aynen ifa eserin geç de olsa yüklenici tarafından tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesiyle sağlanmış olabilir. Yahut aynen ifa iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi kendisinin tamamlaması veya üçüncü kişiye tamamlatması sonucunda ikame ifa yoluyla da elde edilmiş olabilir. İşte ifaya ekli cezaî şart, eserin **gecikerek** de olsa tamamlanıp **fiilen** iş sahibine **teslim edildiği ana kadarki** süre için istenebilir⁹²⁸. Örneğin, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda, teslim yüklenicinin iş sahibine yönelttiği tamamlama bildirimini ile gerçekleştiğinden, temerrüde düşmüş olan ancak inşaatı

⁹²⁷ Werz, N 338.

⁹²⁸ Öz, İnşaat, s. 140; Ayan, s. 200; Gümüş, s. 71. Yarg. 15. HD., 30.5.2001 T., 2001/1991 E., 2001/2889 K.: “Kural olarak, ifaya ekli ceza, sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden başlayarak işin teslim edildiği tarihe kadar olan süre için ödenir.” (Karataş, s. 363).

gecikmeyle de olsa tamamlayan yüklenici inşaatı tamamladığını iş sahibine bildirerek arsadan çekildiği anda cezanın işleme son bulur⁹²⁹. Nihayet belirtmek gerekir ki, eserde sadece önemsiz eksiklikler varsa, iş sahibi eseri kabulden kaçınarak bu eksikler tamamlanıncaya kadar geçecek süre için de cezaî şart istemeye devam edemez⁹³⁰.

ee. Yüklenicinin Kusuru İle İlişkisi

BK m. 161 f. 2'ye göre “(...) hilâfına mukavele olmadığı halde borcun ifası **borçlunun mes’uliyetini icap etmeyen** bir hal sebebiyle **gayri mümkün** olmuş ise, şart olunan cezanın tediyesi talep edilemez.” Asıl borcun borçlunun sorumlu tutulamayacağı bir sebepten ötürü sonradan imkânsız hale gelmesini düzenleyen bu hükmün, borçlunun cezaî şartın bağlı bulunduğu asıl borcu kusuru olmaksızın yerine getiremediği ifa imkânsızlığı dışındaki diğer durumlara da **kıyasen** uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹³¹. Bu çerçevede, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça, **yüklenici** ancak edimin ifasındaki gecikmede **kusurlu olmadığını** ispat ederek cezaî şart ödemekten kurtulabilir⁹³². Şu halde, kural olarak, cezaî şart borcunun doğumu için yüklenicinin eserin tesliminde kusurlu olarak gecikmiş olması aranır.

⁹²⁹ **Öz**, İnşaat, s. 140.

⁹³⁰ **Seliçi**, İnşaat, s 76. Bu yönde, Yarg. 15. HD. 28.1.1977, 1976/2819 E., 1977/140 K.: “davacıya verilecek kat veya dairelerle ortak yerlerin (...) davacının eseri kabulden kaçınmayacağı hale ne zaman getirildiği mahkemece kuşkuya yer vermeyecek biçimde tespit olunarak cezalı süre sınırı belli edilmelidir. Çünkü eser sahibi yukarıdaki maddede (BK m. 360 f. 2) açıklanan noksan ve ayıplı işlerin tamamen bitirilmesini bekleyerek eseri kabulünden kaçınıp cezaî şart isteyemez.” (www.kazanci.com).

⁹³¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 697; **Chavanne**, N 139; **Bentele**, s. 79; **Aral**, s. 352.

⁹³² **Gauch**, Werkvertrag, N 697; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 526 vd.; **Chavanne**, N 139; **Werz**, N 339; **Bentele**, s. 79; **Tandoğan**, Cilt II, s. 135; **Aral**, s. 352; **Seliçi**, İnşaat, s. 72; **Öz**, İnşaat, s. 138; **Erman**, İnşaat, s. 80; **Ayan**, s 199; **Gümüş**, s. 71. Aksi görüşte: **Gautschi**, Art. 364, N 6g. Yazara göre, eserin teslimi edimindeki gecikme için kararlaştırılan cezaî şart, genel olarak, yüklenicinin herhangi bir kusuruna bağlı değildir.

ff. İş Sahibinin Zararıyla İlişkisi

BK m. 159 f. 1'e göre "Alacaklı zarara düşer olmasa bile ceza lâzım olur." O halde, iş sahibi, eserin zamanında teslim edilmemesi sonucunda **hiçbir zarara** uğramamış olsa dahi, cezaî şartı talep edebilir. Diğer bir deyişle, yüklenici, cezaî şartı, gecikmenin iş sahibi nezdinde **fiilî bir kayba** sebep olup olmamasından **bağımsız** olarak borçlanmaktadır.

Bununla birlikte, tarafların cezaî şart kararlaştırmış olmaları yüklenici bakımından bir sorumluluk sınırlaması da oluşturmaz⁹³³. Bu sebeple, iş sahibi geciken ifa sebebiyle bir zarara uğramış olup da bu **zarar** kararlaştırılan **cezaî şart miktarını aşıyorsa**, bu **fazla kısım** için de yükleniciden **tazminat** talep edebilir (BK m. 159 f. 2). Ancak iş sahibinin böyle bir talepte bulunabilmesi için yüklenicinin gecikmede kusurlu olduğunu ispat etmesi gerekir⁹³⁴. Şu halde, BK m. 159 f. 2 çerçevesinde, iş sahibi ancak gecikmeden doğan zararının cezaî şart miktarını aşan kısmı için gecikme tazminatı isteyebileceğine göre, aksine anlaşma bulunmadıkça⁹³⁵, cezaî şart miktarı, iş sahibinin gecikme sebebiyle yükleniciden talep edebileceği tazminattan düşülür⁹³⁶. Buna göre, iş sahibi gecikme tazminatı kapsamında kararlaştırılan kira tazminatının, kural olarak,

⁹³³ **Werz**, N 343.

⁹³⁴ **Gauch**, Werkvertrag, N 698; **Erman**, s. 88; **Ayan**, s. 199. Eseri teslim ediminin ifasındaki gecikme, yüklenicinin ifa yardımcılarının fiillerinden kaynaklanmış da olabilir. Cezaî şart miktarını aşan zararının tazminini yükleniciden talep eden iş sahibi, bu ihtimalde, yükleniciye isnad edilebilecek bir farazî kusur bulunduğunu ispatlamalıdır. **Gauch**, Werkvertrag, N 698; **Koller**, Haftung, N 350 vd.; **Werz**, N 343.

⁹³⁵ Taraflar hem gecikmeden doğan zararın hem de cezaî şartın ödeneceğini kararlaştırmış olabilirler. Bu takdirde, iş sahibi, muaccel olan cezaî şart alacağını gecikme tazminatına ilâveten yükleniciden talep edebilir. **Karataş**, s. 374; **Gümüş**, s. 74. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 16.09.2002 T., 1563 E., 3909 K. (**Karataş**, s. 374).

⁹³⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 698; **Karataş**, s. 373; **Erman**, İnşaat, s. 88.

ancak cezaî şartı aşan kısmını yükleniciden talep edebilir⁹³⁷. Örneğin, cezaî şartın 15.000 TL. olduğu bir durumda, kira tazminatı 20.000 TL. ise, iş sahibi 15.000 TL. cezaî şart ile birlikte ancak 5.000 TL. kira tazminatı talep edebilir. Bu örnekte kira tazminatı 10.000 TL. olsaydı, cezaî şart talep eden iş sahibi, kira tazminatı yani gecikme zararı cezaî şartı aşmadığından ötürü ayrıca kira tazminatı talep edemeyecekti.

gg. Seçimlik Hakların Kullanılması İle İlişkisi

İnceleme konumuzu oluşturan “ifaya ekli cezaî şart”, aynen ifa ile birlikte talep edilebilir (BK m. 158 f. 2). Bu itibarla, iş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini derhal yükleniciye bildirerek **müsbet zararının** tazminini talep ederse artık aynen ifaya bağlı bir talep olan ifaya ekli cezaî şartı da talep edemez⁹³⁸.

⁹³⁷ Yargıtay da, gecikme zararlarının ancak cezaî şart miktarını aştığı ölçüde tazmini gerektiği görüşündedir. Yarg. 15. HD. 13.03.1996 T., 6740 E., 1323 K.: “(...) zararın cezadan az olması halinde ceza ile birlikte zarar istenmese de, ceza miktarından fazla olan zararın cezayı aşan miktarı talep edilebilir.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 29.06.2002 T., 1996 E., 3366 K.: “(...) Davada hem cezaî şart alacağı, hem de gecikmeden dolayı kira alacağının tahsili istenmiştir. BK 159/II. maddesi uyarınca bu iki talebin birlikte istenebilmesi için alacaklının şart olunan cezadan fazla bir zarara uğraması gerekir. Somut olayda, davacının dava tarihine kadar isteyebileceği kira tazminatı alacağı kararlaştırılan ceza tutarından daha az olduğundan, (...) cezaî şart alacağını aşmadığı halde kira tazminatının da hüküm altına alınması doğru olmamıştır.” (**Karataş**, s. 375). Yarg. 15. HD., 4.11.1988 T., 1988/3278 E., 1988/3583 K.: “sözleşmelerinde, gecikme nedeniyle hem ceza hem de kira tazminatının birlikte ödeneceğini öngören bir hüküm bulunmadığına göre, BK 159. maddesi hükmünce kira tazminatı tutarından, cezayı aşan miktarının talep edilebileceğine (...)” (**Kostakoğlu**, s. 643).

⁹³⁸ **Seliçi**, İnşaat, s. 74; **Aral**, s. 352; **Öz**, İnşaat, s. 138. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Yüklenici davalının borcunu ifa etmemesi sebebiyle somut olayda davacı, Borçlar Yasası'nın 106. maddesinde tanınan haklardan "ifa yerine olumlu zararının" tazminini istemiştir. Borçlar Kanununun 106/2. maddesinde düzenlenen "... akdın icrasından ve tevhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep..." etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi davacılarına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müsbet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve

İş sahibi, aynen ifadan vazgeçerek sözleşmeden **döndüğü** takdirde de, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça⁹³⁹, cezaî şart isteyemez⁹⁴⁰. Buna karşılık, iş sahibi, eser sözleşmesini **feshederse**, fesih beyanı ileriye etkili sonuçlar doğurduğundan ötürü, fesih anına kadar işlemiş olan cezaî şartı yükleniciden talep edebilir⁹⁴¹.

ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez (Y. 15. H.D. 18.03.1998, 1998/93 Esas ve 1998/1059 sayılı kararı).

Eser sözleşmesinde ifaya ekli cezaî şart kararlaştırıldığı halde, iş sahibi yükleniciden ifa yerine müsbet zararının tazminini talep ederse, cezaî şart alacağı muaccel olduğu andan itibaren yani geçmişe etkili olarak mı yoksa iş sahibinin aynen ifa yerine müsbet zarar tazminatını seçtiği andan itibaren mi ortadan kalkar? Bu konu tartışmalıdır. **Öz**'e göre, cezaî şart, iş sahibinin ifa yerine tazminat seçeneğini seçtiği ana kadar işler; bu andan sonra işlemeye devam etmez. **Öz**, İnşaat, s. 138. Buna karşılık, **Gümüş**'e göre, iş sahibinin müsbet zararının tazminini talep etmesi durumunda, aynen ifa talebi geçmişe etkili olarak tazminat talebine dönüştüğünden, cezaî şart alacağı da geçmişe etkili biçimde yani doğduğu andan itibaren ortadan kalkar. **Gümüş**, s. 72. Kanaatimizce de, aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin artık ifaya ekli bir talepte bulunması söz konusu olamayacağından, ifaya ekli cezaî şartın seçimlik hakkın kullanılmasına kadarki dönem için dahi işlediği kabul edilemez. Bu sebeple, ikinci görüşe katılıyoruz.

⁹³⁹ Taraflar, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, iş sahibinin sözleşmeden dönme halinde dahi yükleniciden cezaî şart isteyebileceğini kararlaştırabilirler. **Karataş**, s. 361; **Dirican**, s. 80; **Gümüş**, s. 72. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 9.2.1989 T., 3419 E., 485 K.: “Taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenen ceza, niteliği itibarıyla BK 158/2. maddesinde yer alan ifaya eklenen cezadır. Bunun istenebilmesi için yüklenicinin işin gecikmeyle yerin getirilmesi veya sözleşmesinde akdin feshi halinde dahi istenebileceği hususunda bir kabulün mevcut olması gerekir. Oysa somut olayda BK 158/2. madde hükmüne aykırı bir kural yer almadığı gibi akdin taraflarca feshedildiği anlaşılmaktadır. Böyle olunca (...) davacı artık ifaya eklenen cezayı dava edemez.” (**Karataş**, s. 361).

⁹⁴⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 907; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 350; **Seliçi**, İnşaat, s. 74; **Aral**, s. 352; **Dirican**, s. 78; **Ayan**, s. 193. Yarg. 15. HD., 4.3.1981 T., 1981/414 E., 1981/447 K.: “Borçlar Kanunu'nun 158/2. maddesi uyarınca, temerrüde düşen borçludan hem ifa ve hem de cezai şart istenmelidir ki, burada ifaya eklenen cezai şarttan söz edilir. Eğer davacı ifa istemeyip de, sözleşmeden dönerse kararlaştırılan gecikme cezasının ödetilmesi, artık söz konusu olamaz.” (www.kazanci.com).

⁹⁴¹ **Aral**, s. 352; **Ayan**, s. 193-194 dn. 104; **Gümüş**, s. 73. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 4.6.1998 T., 1998/2081 E., 1998/2403 K.: “akdin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen cezai şarta hükmedileceği, aksi takdirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise cezai şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır.” (www.kazanci.com.).

hh. Zamanaşımı

Cezaî şart alacağı, kural olarak, muaccel olduğu yani yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düştüğü andan itibaren **beş yıllık** zamanaşımı süresine tâbidir (BK m. 126 b. 4). Yukarıda da belirtildiği üzere, cezaî şart götürü bir miktar olarak değil de, zamana bağlı artış gösterecek biçimde de kararlaştırılabilir. Örneğin, taraflar eserin tesliminde gecikilen her hafta veya her ay için yüklenicinin belirli bir miktar para ödeyeceği üzerinde anlaşmış olabilirler. Bu durumda, her biri kararlaştırılan sürecin yani her haftanın veya her ayın sonunda muaccel olan pek çok cezaî şart alacağı söz konusu olabilir. İşte her bir cezaî şart alacağı, bağlı bulunduğu haftanın veya ayın sonundan itibaren işlemeye başlayan beş yıllık süre sonunda zamanaşımına uğrar⁹⁴². Yüklenici eserin teslimindeki gecikme bakımından **ağır kusurlu** ise, diğer bir deyişle gecikmede yüklenicinin kastı veya ağır ihmali varsa, cezaî şart alacağı bakımından zamanaşımı süresi, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren **on yıldır** (BK m. 126 b. 4; BK m. 125).

b. Cezaî Şart Alacağının Talep Edilmesinin Sonuçları

Cezaî şart yüklenicinin eseri vadede teslim etme borcunu ihlâl etmesine bağlanmışsa, yukarıda açıkladığımız koşullar gerçekleştiğinde, iş sahibi bu cezayı eserin teslimi alacağına ilâve olarak talep edebilir (BK m. 158 f. 2). Aşağıda öncelikle, cezanın ifayla birlikte talep edilebileceğine değinilmiş, ardından da yüklenici cezaî şart ödeme borcunu yerine getirmediği takdirde iş sahibinin sahip olduğu imkânlar incelenmiştir.

⁹⁴² **Öz**, İnşaat, s. 140.

aa. Cezanın İfaya Ek Olarak İstenebilmesi

İfaya ekli cezaî şartı düzenleyen BK m. 158 f. 2'ye göre, iş sahibi, eserin tesliminde geciken yükleniciden **hem** edimi ifa etmesini, **hem** de cezaî şart ödemesini birlikte talep edebilir. Örneğin, bir inşaat sözleşmesinde yüklenici inşaatın tesliminde geciktiği her hafta için 10.000 TL ceza ödemeyi taahhüt etmişse, iş sahibi gecikme üzerine yükleniciden hem gecikilen her hafta için 10.000 TL ödemesini hem de inşaatı tamamlamasını talep edebilir.

bb. Cezaî Şart Borcunda Temerrüt

Yüklenicinin cezaî şart borcunun yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğünde muaccel olduğuna yukarıda değinmiştik. Yüklenicinin muaccel olan cezaî şart ödeme borcunda ne zaman temerrüde düşeceği tartışmalıdır. Bir görüşe⁹⁴³ göre, yüklenicinin cezaî şart ödeme borcunda temerrüde düşmesi için onun eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi yeterlidir. Yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğü anda cezaî şart borcu muaccel olur, bu anda yüklenici ayrıca cezaî şarta ilişkin bir ihtar gerekmezsiniz cezaî şart borcunda da temerrüde düşer. Buna karşılık, bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁹⁴⁴, yüklenicinin cezaî şart borcunu ifada temerrüde düşmesi için, iş sahibinin yükleniciye ayrıca cezaî şartın ödenmesine ilişkin olarak **temerrüt ihtarında** bulunması gerekir⁹⁴⁵. Bu tartışmanın pratik önemi şu noktadadır.

⁹⁴³ **BK-Weber**, Art. 102, N 25; **Ayan**, s. 200.

⁹⁴⁴ **Gümüş**, s. 74; **Karahasan**, ÖBİ Cilt 2, s. 588.

⁹⁴⁵ Yargıtay'ın gecikme tazminatına yürütülecek faiz bakımından bu yönde kararları vardır. Yarg. 15. HD., 24.12.2008 T., 2008/6774 E., 2008/7626 K.: "Davada inşaatın teslimi gereken tarihten dava tarihine kadar gecikme tazminatı talep edilerek hüküm altına alınmıştır. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde hükmedilen gecikme tazminatı alacaklarına temerrüt faizi yürütülebilmesi için sözleşmede gecikme tazminatının ödeneceği tarihin başka bir anlatımla kesin vadenin kararlaştırılmış ya da alacaklının yöntemine uygun ihtarıyla borçlunun temerrüde düşürülmüş olması zorunludur. Sözleşmede kararlaştırılan kesin vade bulunmamaktadır. Davacının 18.06.2004 tarihli ihtarnameyi davalıya

İlk görüş kabul edilirse, yüklenicinin cezaî şart borcunda temerrüde düşmesi sebebiyle ödeyeceği **temerrüt faizi**, cezaî şart borcunun muaccel olduğu tarihte, yani yüklenicinin asıl borcu olan **eseri teslim borcunun ifasında temerrüde düştüğü** tarihte işlemeye başlar. Buna karşılık, ikinci görüş kabul edilirse, temerrüt faizi, iş sahibinin **cezaî şart borcuna** ilişkin olarak yükleniciye **iharda bulunduğu** veya bu borca ilişkin olarak daha önce iharda bulunmadıysa cezaî şart alacağını dava ettiği tarihte işlemeye başlar. Zira yüklenici, ancak bu anda cezaî şart ödeme borcunda temerrüde düşmüş olur.

Kanaatimizce, **cezaî şart borcunun** bir kere **muaccel** olduktan sonra, artık fer'i niteliğini yitirip, bağlı bulunduğu asıl borç olan eseri teslim borcundan **bağımsız bir borç** haline geldiği göz önünde tutularak bir çözüme ulaşılmalıdır. Yüklenicinin cezaî şart borcu muaccel olmakla, eseri teslim borcundan bağımsız bir borç haline geldiğine göre, yüklenicinin cezaî şart borcunda temerrüde düşmesi için, onun eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olması yetmez. İş sahibinin yükleniciyi ayrıca bağımsız bir borç haline gelen cezaî şart borcunda da temerrüde düşürmesi, bunun için de

11.08.2004 tarihinde tebliğ edilmiş, ihtarnamede tanınan 20 günlük süre eklendiğinde ihtar tarihine kadar gerçekleşen gecikme tazminatı yönünden temerrüt 01.09.2004 tarihinde gerçekleşmiştir. Dava tarihine kadar başkaca bir ihtar bulunmamaktadır. Bu durumda ihtarnamenin keşide edildiği 18.06.2004 tarihine kadar davacının istemekte haklı olduğu gecikme tazminatı hesaplattırılarak bu miktara 01.09.2004 temerrüt tarihinden, ihtar tarihinden dava tarihine kadar gerçekleşen gecikme tazminatı alacağı için dava tarihinden temerrüt faizi uygulanmasına karar verilmesi gerekirken kira sözleşmesi varmış gibi değerlendirilerek ait olduğu ay sonundan itibaren işlemiş faiz hesabı yapan bilirkişi raporuna itibar edilerek işlemiş faiz alacağına hükmedilmesi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” (www.kazanci.com). Yarg. 16.2.2005 T., 2004/4024 E., 2005/809 K.: “ sözleşme gereğince davacılar(a) (...) verilmesi gereken 6 dairenin inşaatın bitim tarihi olan 30.3.2002 ile dava tarihi olan 15.8.2003 tarihleri arasındaki dönem için kira bedeli olarak bilirkişi tarafından belirlenen 14.625.000.000 liradan davacıların talebi ile bağlı kalarak 1.000.000.000 liranın da davalıdan 10.4.2002 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte tahsiline karar verilmiştir. (...)Dosyada bulunan Beyoğlu 40. Noterliğinin 10.4.2002 tarih 6932 yevmiye numaralı ihtarnamesi ödetme istemini içermediğinden davalıyı temerrüde düşürücü nitelikte olmadığı halde bu ihtar tarihinden itibaren faizin karar altına alınması da yanlış olmuştur.” (www.kazanci.com).

yükleniciye bu borcu bakımından temerrüt ihtarında bulunması gerekir. Bu sebeple yukarıda değindiğimiz ikinci görüşe katılıyoruz.

5. Cezaî Şartın Götürü Tazminatın Ayırt Edilmesi

Eserin tesliminin gecikmesi halinde yüklenicinin iş sahibine ödeme yapacağına kararlaştırıldığı durumlarda, bu **ödemenin, cezaî şart** niteliğinde mi, yoksa **götürü tazminat** niteliğinde mi olduğunun tespit edilmesi gerekir. Cezaî şart hakkında Borçlar Kanunu'nun 158 vd. maddelerinde ayrıntılı düzenlemeler bulunduğu halde, götürü tazminat kanun tarafından düzenlenmiş bir kurum değildir. **Götürü tazminat** (pauschalierter Schadenersatz/l'indemnit  forfaitaire/liquidated damages); tarafların ifanın gecikmesi halinde borçlunun uğrayacağı zararı tahmin ederek, gecikme durumunda onun ödeyeceği tazminat miktarını önceden kararlaştırmaları olarak tanımlanmaktadır⁹⁴⁶. Götürü tazminatın iş sahibi bakımından sağladığı avantaj borç ihlali gerçekleştiği takdirde onu zararın miktarını ispat külfetinden kurtarmasıdır⁹⁴⁷. Özellikle, eserin teslimindeki gecikmenin yol açacağı somut zararın belirlenmesinin güçlük arz edeceği durumlarda, gecikme tazminatı miktarının önceden götürü olarak kararlaştırılmış olması, iş sahibinin tazminat talebini ileri sürmesini kolaylaştırır⁹⁴⁸. Götürü tazminat kararlaştırılması yüklenicinin de yararınadır. Zira, böylece yüklenici

⁹⁴⁶ **Gauch**, Werkvertrag, N 709; **Werz**, N 347; **Bentele**, s. 19; **Ozanoğlu**, s. 89.

⁹⁴⁷ **Couchepin**, N 1035.

⁹⁴⁸ **Gauch**, Werkvertrag, N 709. Bazı durumlarda, eserin teslimindeki gecikmenin iş sahibine bir zarar vereceği açıktır. Fakat ortaya çıkacak bu zararın miktarının belirlenmesinin güçlük arz edeceği de öngörülebilmektedir. Özellikle, teslim edilecek eserin doğrudan ekonomik getirisinin bulunmadığı bu itibarla da teslimdeki gecikmenin yol açacağı zararın net olarak belirlenemediği hallerde durum budur. Örneğin, bir kimsenin bahçesine yol yaptırması söz konusu ise yolun yapımının gecikmesinin iş sahibine vereceği zararın ölçülmesi zordur. **Werz**, N 492.

eserin teslimindeki muhtemel bir gecikmenin kendisine maliyetini önceden bilmekte ve eserin ücretini buna göre belirleyebilmektedir⁹⁴⁹.

Sözleşmede eserin tesliminde geciken yüklenicinin iş sahibine ödemeyi taahhüt ettiği tutarın cezaî şart mı yoksa götürü tazminat mı olduğunun pratik önemi şu noktalarda görülür. Götürü tazminatın söz konusu olduğu durumlarda, iş sahibinin yükleniciden **götürü tazminat** talep edilebilmesi için öncelikle, yüklenicinin **tazminat borcunun doğmuş olması** gerekir⁹⁵⁰. Götürü tazminat kararlaştırılan hallerde, iş sahibi sadece zararın miktarını ispat etme külfetinden kurtulur, iş sahibinin uğradığı fiili zararın kararlaştırılan miktarda olmadığını yüklenici ispat etmelidir⁹⁵¹. Ancak, iş sahibi zararın miktarını ispatlamak zorunda kalmasa da, götürü tazminat talebi, cezaî şarttan farklı olarak, zararın varlığını şart kılar⁹⁵². Öte yandan, cezaî şart talebi için, iş sahibinin

⁹⁴⁹ **Couchepin**, N 1035; **Gauch**, Werkvertrag, N 711; **Ozanoğlu**, s. 85 dn. 114.

⁹⁵⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 709; **Bentele**, s. 19; **Stotz**, s. 153; **Ozanoğlu**, s. 89.

⁹⁵¹ **Werz**, N 347; **Couchepin**, N 1039; **Ozanoğlu**, s. 85.

⁹⁵² Taraflar açıkça götürü tazminatın tazmin edilecek zararın en az miktarını teşkil ettiğini kararlaştırmışlarsa, bu durumda, iş sahibi götürü tazminatı aşan miktarda zarara uğradığını ispatlayarak, yükleniciden bu fazla zararın giderilmesini de talep edebilir. **Gauch**, Werkvertrag, N 709; **Couchepin**, N 1040. Bir görüşe göre, kararlaştırılan götürü tazminatın aşırı yüksek olması halinde, cezaî şartın hâkim tarafından indirilmesine ilişkin BK m. 161 f. 3 hükmünün kıyasen uygulanması ile hâkim götürü tazminatı indirebilir. **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 525; **Gauch**, Werkvertrag, N 711; **Werz**, N 347; **Bentele**, s. 21. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre, cezaî şarta ilişkin hükümler, götürü tazminata kıyasen de olsa uygulanamaz. Götürü tazminata ilişkin çözümler tazminat hukuku kuralları içinde aranmalıdır. **Couchepin**, N 1055 vd; **Stotz**, s. 154; **Ozanoğlu**, s. 91. Yargıtay da götürü tazminattan BK m. 161 f. 3'e göre indirim yapılamayacağı görüşündedir. Yarg. 15. HD., 10.12.2009 T., 2008/7723 E., 2009/6681 K.: "Davacı taraf sözleşmenin 15. maddesinde gecikme halinde ödenecek paranın cezaî şart olduğu şeklinde vasıflandırmada bulunmuş ise de; söz konusu sözleşme hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere gecikme halinde kooperatif tarafından arsa sahiplerine ödenmesi kabul eden para BK'nun 158/II. maddesinde tanımlanan ifaya ekli cezaî şart değil, BK'nun 106/II. maddesinde düzenlenen (maktu kira) gecikme tazminatıdır. Gecikme tazminatının da BK'nun 161/son maddesine göre tenkisi mümkün değildir." (www.kazanci.com).

eseri ihtirazî kayıt ileri sürerek teslim alması gerektiği halde (BK m. 158 f. 2), götürü tazminat bakımından buna gerek yoktur⁹⁵³.

Sözleşme hükmünde götürü tazminatın mı, yoksa cezaî şartın mı kast edildiği tespit edilirken, tarafların sözleşmede kullandıkları “ceza tazminatı”, “cezaî şart” gibi ifadeler yanıltıcı olabilir. Bu sebeple, bu tespit yapılırken, yüklenicinin taahhüt ettiği ödeme bakımından tarafların yaptıkları nitelermeler belirleyici olmamalıdır⁹⁵⁴. Ödemenin kararlaştırıldığı sözleşme yorumlanarak tarafların bu düzenlemeyi getirmekteki gerçek amaçları belirlenmelidir⁹⁵⁵.

Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre⁹⁵⁶, **ifanın sözleşmeye uygun** biçimde gerçekleştirilmesi için borçlu üzerinde bir **baskı unsuru** oluşturma amacı ön plânda ise, **cezaî şart** söz konusudur⁹⁵⁷. Buna karşılık, **zararın miktarını** belirlemek konusunda **ispat kolaylığı** sağlama amacı ön plânda ise, **götürü tazminat** bulunmaktadır.

Diğer bir görüşe göre⁹⁵⁸ ise, eserin teslimindeki gecikme halinde yüklenicinin iş sahibine yapacağı ödeme **açık bir tutar** olarak belirtilmemişse, **cezaî şart** söz konusudur. Buna göre, yüklenicinin teslimin gecikmesi halinde ödemesi gereken paranın miktarı önceden açıkça belirlenmişse, götürü tazminat vardır. Kanaatimizce, yüklenicinin üstlendiği edimin ifasında gecikmesi halinde iş sahibine karşı yapacağı

⁹⁵³ **Ozanoğlu**, s. 86.

⁹⁵⁴ **Ozanoğlu**, s. 89-90; **Gümüş**, s. 69.

⁹⁵⁵ **Ozanoğlu**, s. 90; **Gümüş**, s. 69.

⁹⁵⁶ **Bentele**, s. 20 vd.; **Couchevin**, N 1051; **Gauch**, Werkvertrag, N 710; **Ozanoğlu**, s. 89.

⁹⁵⁷ Özellikle zamanında ifa etmeme, ayıplı ifa gibi farklı sözleşme ihlallerinin tamamı için aynı ceza öngörülmüşse, bu durumun, iş sahibinin amacının yüklenici üzerinde baskı oluşturmak olduğuna dair kuvvetli bir emare teşkil ettiği kabul edilmektedir. **Gauch**, Werkvertrag, N 710.

⁹⁵⁸ **Koller**, Konventionalstrafe, N 152; **Ayan**, s. 207.

ödemenin miktarı açıkça belirlenmişse, kural olarak, cezaî şart değil de, götürü tazminat söz konusudur denemez. Zira yukarıda da açıkladığımız üzere, cezaî şartın zamana bağlı olarak artan bir meblağ olarak belirlenmesi şart olmayıp, götürü bir miktar olarak tespit edilmiş olması da mümkündür. Dolayısıyla, ödenecek miktarın başlangıçta belirli olmaması cezaî şartın varlığına karine teşkil etmez. Bu sebeple, yüklenicinin ifada geciktiği takdirde iş sahibine ödemesi gereken paranın miktarı sözleşmeyle açıkça belirtilmemişse cezaî şartın bulunduğu görüşüne katılmıyoruz.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eserin tesliminde gecikmesi halinde iş sahibine ödemesi kararlaştırılan tutarın götürü tazminat niteliğinde mi yoksa cezaî şart niteliğinde mi olduğu tespit edilirken, tarafların bu konudaki gerçek ortak iradesi araştırılmalıdır (BK m. 18 f. 1)⁹⁵⁹. Bu gerçek iradenin belirlenmesinde, bazı yazarların⁹⁶⁰ haklı olarak ifade ettikleri üzere kararlaştırılan **ödemenin** borcun ihlâli sonucu iş sahibinin **fiilen** uğradığı **zarardan ne kadar farklı** olduğu ölçütü yol gösterici olabilir. Buna göre, yüklenici tarafından ödenmesi kararlaştırılan miktar, iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sonucunda uğradığı **gerçek gecikme zararına az çok yakınsa**, yani gerçek zarardan biraz daha fazla veya biraz daha azsa, **götürü tazminatın** varlığı kabul edilebilir. Zira taraflar yüklenicinin ödeyeceği tutarı önceden hesaplamış olmasalardı dahi, yüklenici zaten BK m. 102 f. 1 gereği iş sahibinin **gecikmeden doğan tüm zararını** karşılamak zorunda kalacaktı. Burada, sadece tazminat miktarı taraflarca önceden kararlaştırılarak, tazminatın hesaplanmasında kolaylık sağlanmış olmaktadır. Buna karşılık, ödenmesi kararlaştırılan miktar, iş sahibinin **fiilî zararından önemli ölçüde yüksekse**, burada tazminatın kapsamının önceden tespit edilmesinden ziyade borca aykırı davranan yükleniciyi cezalandırma

⁹⁵⁹ Karataş, s. 386; Ozanoğlu, s. 90.

⁹⁶⁰ Akkayan-Yıldırım, Cezaî Şart, s. 393; Ozanoğlu, s. 92-93.

amacı ön plânda olduğundan **cezaî şartın** bulunduğu kabul edilebilir. Kararlaştırılan miktarın ne zaman iş sahibinin zararından önemli ölçüde yüksek olduğu ise hâkim tarafından tayini gereken bir takdir meselesidir (MK m. 4).

Yargıtay, yüklenicinin eserin tesliminde geciktiği takdirde iş sahibine **her ay belirli miktarda ödeme** yapmasına yönelik sözleşme hükümlerini genel olarak **cezaî şart** olarak nitelendirmektedir⁹⁶¹. Kanaatimizce, ödenmesi kararlaştırılan bu tutar iş sahibinin gecikmeden kaynaklanan zararının üzerinde ise genel olarak bu yaklaşım doğrudur. Zira böylece, geciktiği her ay için iş sahibinin gecikmeden doğan zararının da üstünde bir miktarı ödemeyi borçlanan yüklenici üzerinde bir an önce işin tamamlanmasına yönelik bir baskı unsuru oluşmaktadır. Yüksek Mahkeme, yüklenicinin inşaatın tesliminde geciktiği her ay bağımsız bölümler için **rayiç kira bedeli** kadar ödemede bulunacağına ilişkin sözleşme hükümlerini, genel olarak, **götürü tazminat** olarak değerlendirmektedir⁹⁶². Buna karşılık, yüklenicinin **rayiç kira bedelinin belirli katları** kadar ödeme yapmayı taahhüt ettiği durumlarda Yargıtay bu düzenlemeyi kimi zaman götürü tazminat kimi zaman da cezaî şart olarak

⁹⁶¹ Yarg. 15. HD., 16.6.1987 T., 1987/411 E., 1987/2665 K.: “Sözleşmenin aynı maddesine göre inşaatın saptanan bu tarihten sonraki gecikmesi halinde her ay için 16.000 lira tazminat ödenmesi kabul edilmiştir. Kararlaştırılan bu maddedeki gecikme tazminatı BK.nun 158. maddesinde açıklanan ceza niteliğinde olmayıp, gecikme tazminatı olması itibarıyla davacılar tarafından her zaman için istenebilir.” (**Karataş**, s. 333-334). Bu konuda bkz. **Gümüş**, s. 70.

⁹⁶² Yarg. 15. HD., 28.05.1988 T., 1797 E., 2279 K.: “(...) bağımsız bölümlerin, 1993 yılı beşinci ayına kadar iskân raporu alınarak anahtar teslimi olarak yapılacağı, aksi halde dokuz dairenin aylık kira bedeli 400.000 TL. den toplam 3.600.000 TL. aylık kira bedeli ödeneceği taraflarca kararlaştırılmıştır. (...) Gecikme halinde ödenmesi öngörülen daire başına 400.000 TL. ise, ifaya ekli cezaî şart olmayıp, kira (gecikme tazminatı)dır. Bu kira, maktu olarak tespit edilmiş olup, daireler teslim edilene kadar arttırma (uyarlama) yapılmadan ödenecek demektir.” (**Karataş**, s. 377).

değerlendirmektedir⁹⁶³. Yargıtay'ın yüklenicinin inşaatın tesliminde geciktiği her ay için iş sahibine **rayiç kira bedeli** kadar ödeme yapması durumunda götürü tazminatın bulunduğu yönündeki tespiti yerindedir⁹⁶⁴. Zira bu ödeme, iş sahibinin gerçek zararına yakındır. Buna karşılık, bazı yazarların⁹⁶⁵ haklı olarak ifade ettiği gibi, yüklenicinin gecikme halinde, **rayiç kira bedelinin belirli katlarını** ödeyeceğinin kararlaştırıldığı hallerde cezaî şartın bulunduğu kabul edilmelidir. Zira kanaatimizce, bu durumda, iş sahibi, eserin tesliminde geciktiği süre boyunca iş sahibinin fiili gecikme zararını fazlasıyla aşan bir miktarı her geçen ay ödemek zorunda kalacak olan yüklenici üzerinde, vaktinde ifada bulunmaya yönelik kuvvetli bir baskı oluşturmaktadır.

Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme gereği kendisine düşen **bağımsız bölümü** üçüncü kişiye temlik eden iş sahibinin, yükleniciden **kira tazminatı talep edemeyeceği**, ancak **cezaî şart** talep edebileceği görüşündedir⁹⁶⁶. Kanaatimizce, bu görüş yerindedir. Zira kendisine düşen bağımsız bölümün mülkiyetini

⁹⁶³ Yarg. 15. HD., 20.01.1995 T., 2613/389: “Davada talep olunan alacak, sözleşmenin 10. maddesine dayandırılmış olup bu madde ile bağımsız bölümlerin süresi içinde teslim edilmemesi halinde rayiç kira bedelinin 2 katı kira bedeli ödenmesi kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi kararlaştırılan bu alacak cezaî şart olmayıp geç teslimden kaynaklanan kira alacağı mahiyetindedir.” (**Karataş**, s. 334). Buna karşılık, Yarg. 15. HD., 3.5.2001 T., 483 E., 2420 K.: “(...) inşaatın bitim süresi 30.4.1995 tarihi olarak kararlaştırılmış, inşaat bu süre içinde tamamlanmadığı takdirde geçen her ay için o yörenin bina kiralari kadar her daire için arsa sahibine kira bedeli ödeneceği, bu müddet 6 ay olup, 6 ay sonunda bitmezse her ay için kira bedelinin 10 katı ücret ödeneceği öngörülmüştür.(...) Davada talep olunup hükme bağlanan 10 kat kira bedeli cezaî şart niteliğindedir.” (**Karataş**, s. 386-387).

⁹⁶⁴ Aksi görüşte: **Ayan**, s. 207. **Ayan**'a göre, gecikme tazminatının miktarı belirlenerek açıkça belirtilmediği sürece, kira tazminatı gibi adlarla ödenmesi kararlaştırılan edimlerin de kural olarak cezaî şart olduğunun kabulü gerekir.

⁹⁶⁵ Bu görüşte, **Dirican**, s. 68 dn. 204.

⁹⁶⁶ Yarg. 15. HD., 10.6.2002 T., 2002/1885 E., 2002//3123 K.: “Taşınmaz üzerinde arsa sahibine isabet eden bağımsız bölümlerin 3. kişilere devri (...) kira tazminatı istemine engel teşkil ederse de, yükleniciye sözleşme ile yüklendiği edimlerini yerine getirmekten ve gecikme halinde cezai şart ödemekten kaçınma hakkı da vermez.” (www.kazanci.com).

üçüncü kişiye devreden iş sahibi, teslim zamanında gerçekleşseydi dahi, bu bağımsız bölümleri mülkiyetlerini kaybettiği için kiraya veremeyecekti. Dolayısıyla, onun kira geliri bakımından zarara uğraması söz konusu değildir. Gecikme tazminatı talebi niteliğinde olan kira tazminatı talebi için, iş sahibinin gecikme sebebiyle fiilî zarara uğraması şart olduğundan, bu durumda iş sahibinin kira tazminatı talep etmesi düşünülemez. Buna karşılık, cezaî şart iş sahibinin gecikme sebebiyle herhangi bir zarara uğrayıp uğramamasından bağımsız olduğundan iş sahibinin cezaî şart talebi söz konusu olabilir.

D. İş Sahibinin Aynen İfaya Bağlı Talep Haklarını Kullanmayı Geciktirmesi

İş sahibi, aynen ifa talebine bağlı talepler olan **gecikme tazminatının** veya **cezaî şartın miktarını artırmak** için, diğer seçimlik hakları olan müsbet zarar tazminatı talep etme veya sözleşmeden dönme haklarını (BK m. 106-108) kullanmayıp **uzun süre** aynen ifayı talep etmeye devam edebilir mi? Diğer bir deyişle, iş sahibinin talep edebileceği gecikme tazminatı veya cezaî şart miktarı bakımından bir **üst sınır** var mıdır? Açıktır ki, cezaî şart bakımından bu durum taraflar cezaî şartı başlangıçta belirli miktarda para olarak yani, götürü şekilde değil de, **gecikme süresine bağlı** olarak artacak biçimde tespit etmişlerse söz konusu olur.

Bir görüşe göre⁹⁶⁷, iş sahibi gecikme tazminatının veya cezaî şartın tutarını artırmak için diğer seçimlik hakları kullanmayarak süresi belirsiz biçimde aynen ifayı talep etmeye devam edemez. Ancak bu netice bakımından farklı hukukî dayanaklar

⁹⁶⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 134; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 550; **Ozanoğlu**, s. 72 dn. 56, s. 102; **Seliçi**, İnşaat, s. 75; **Öz**, Dönme, s. 180-181 dn. 132.

önerilmektedir. Bu görüşü kabul eden bazı yazarlara göre⁹⁶⁸, bu durumda iş sahibinin uzun süren hareketsiz tutumu dürüstlük kuralına aykırıdır (MK m. 2). İş sahibinin zararın artmasına neden olan bu davranışı “ortak kusur” teşkil ettiği için yüklenicinin ödemesi gereken miktardan uygun bir indirim yapılmalıdır (BK m. 44). Bu itibarla **işin tamamlanması için gerekli olan süre kadar** gecikme tazminatı veya cezaî şarta hükmedilmelidir. Yargıtay’ın 15. Hukuk Dairesi de önceleri bu görüşü benimsemekteydi⁹⁶⁹.

Temelde bu görüşü kabul eden bazı yazarlar ise, iş sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanmayı geciktirmesini BK m. 44 anlamında bir “ortak kusur” olarak değerlendirmemekte, meseleye farklı açılardan yaklaşmaktadırlar. **Seliçi**’ye göre yüklenicinin normal bir süre içinde edimini yerine getirmemesi, edimi yerine getirmekten kaçınma olarak değerlendirilmelidir. İş sahibi bu durumda BK m. 96 hükmünde düzenlenen sözleşmenin ifa edilmemesine ilişkin haklarını kullanarak normal bir süre için gecikme tazminatı veya cezaî şart talep edebilmelidir⁹⁷⁰. **Erman**’a göre ise, yüklenici eseri tamamlamayacağını bildirmiş veya işi terk etmişse, iş sahibi BK m. 97 f. 1 uyarınca ikame ifa yoluna başvurabileceğinden, ancak eserin ikame ifa yoluyla bitirilmesi için gereken sürenin sonuna kadar cezaî şart talep edebilmelidir.

⁹⁶⁸ **Tandoğan**, Cilt II, s. 134; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 550; **Ozanoğlu**, s. 72 dn. 56, s. 102.

⁹⁶⁹ Yarg. 15. HD., 29.6.1988 T., 4232 E., 2458 K.: “Yüklenici tarafından sözleşme süresi içinde işin tamamlanmaması üzerine iş sahibinin yüklenicinin zararını artırıcı şekilde davranmaktan kaçınması ve BK.nun 106. maddesindeki seçimlik haklardan birini kullanması gerekmektedir. İş sahibi tarafından 715 gün beklendikten sonra bu hakkın kullanılması ve bu süre için ceza istenmesi BK.nun 98. madde yollaması ile 44. maddesine aykırıdır.” (**Karahasan**, ÖBİ, Cilt 2, s. 610); Bu yönde, Yarg. 15. HD., 2.11.1990 T., 2094 E., 4988 K. (**Karahasan**, ÖBİ, Cilt 2, s. 612).

⁹⁷⁰ **Seliçi**, İnşaat, s. 75.

Buna karşılık, yüklenici işten el çekmedikçe iş sahibi aynen ifadan vazgeçip diğer seçimlik haklarını kullanıncaya kadar cezaî şart işlemeye devam eder⁹⁷¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 1991 yılında verdiği bir kararla⁹⁷², Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin o güne kadarki yerleşik içtihadı ile tamamen aksi yönde bir görüş benimsemiştir. Yargıtay'ın bu kararına göre, iş sahibinin borca aykırılığın gerçekleşmesinden **uzun süre sonra** aynen ifa ve buna bağlı olarak gecikme tazminatı veya cezaî şart talep etmesi, kural olarak⁹⁷³, **hakkın kötüye kullanımı** veya **tazminattan indirim sebebi** (BK m. 44) **teşkil etmez**⁹⁷⁴. Kararda buna gerekçe olarak şu hususlar gösterilmiştir: “Yüklenici bir işi üstlenirken, kendi bilgisinin, uzmanlığının ve parasal gücünün o iş için yeterli olduğunu iyice tartmak ve bunlar yetersiz ise sözleşmeyi yapmaktan kaçınmak zorundadır. Aksi halde özen borcuna aykırı davranmış olur ve borçlu bundan sorumlu tutulur.(...) **Özen borcuna aykırı** davranarak kusurlu durumda bulunan davalı yüklenici teslim gününden itibaren işleyecek cezaî şartı **tam olarak ödemek** zorundadır. Kaldı ki, davacının geç teslim süresince en az kabul edilen

⁹⁷¹ **Erman**, İnşaat, s. 85-86.

⁹⁷² Yarg. HGK., 09.10.1991 T., 1991/15-340 E., 1991/467 K. (YKD, 1992, C. 18, S. 1, s. 33 vd.).

⁹⁷³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sözü edilen kararında, alacaklının uzun süre borcun yerine getirilmemesine göz yumduktan sonra sözleşmenin yerine getirilmesini ve tazminat ödenmesini istemesinin ancak nadir ve olağanüstü durumlarda hakkın kötüye kullanılması olarak nitelenebileceğini kabul etmiştir. Bu nadir rastlanabilecek durumlara da alacaklının uzun süre bekleyerek fiyat dalgalanmalarından yararlanma, borçluyu zarara sokma ve onun durumundan yararlanma kastının bulunduğu halleri örnek göstermiştir.

⁹⁷⁴ Bu görüşte, **Öz**, Dönme, s. 180-181 dn. 132; **Ayan**, s. 191 vd.; **Dirican**, s. 97-98. **Öz**'e göre de, ifada bulunmayacağını bildirmeyen ve işi uzatan kusurlu yüklenici, ifada bulunmadığı sürece cezaî şartın artmasına katlanmalıdır. Ancak, **Öz**, yüklenicinin açıkça **ifada bulunmayacağını bildirmesini**, ifanın **imkânsız** hale geldiği bir durum olarak kabul etmekte ve bu andan itibaren cezaî şartın işlemesinin duracağını kabul etmektedir. Yazar bu görüşüne bağlı olarak da böyle bir durumda, yüklenicinin kusurlu ise sadece iş sahibinin olumlu zararını tazmin edeceği ve ifada bulunmayacağını bildirdiği yani, imkânsızlığın meydana geldiği ana kadar işlemiş olan cezayı ödeyeceği görüşündedir.

cezaî şart kadar zarara uğradığı da bir olgudur. Bu nedenle de davacı **hiçbir indirim** **tâbi tutulmadan** gerçek zararını isteyebilecek durumdadır (BK m. 159/II)⁹⁷⁵.

⁹⁷⁵ Bu karardan sonra Yargıtay'ın Hukuk Daireleri de içtihatlarını Hukuk Genel Kurulu'nun kararı yönünde değiştirmiştir. Örneğin, Yarg. 13. HD., 15.6.1995 T., 1995/5604 E., 1995/5908 K.: “davacının 106/2. maddedeki seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanması, onun yasal hakkı olup, kınanacak bir davranış olarak kabul edilemez. (...)Bu nedenlerle davacının, BK.nun 44. maddesindeki özel hallere ilişkin bir eylemi bulunmadığı gibi yasaya uygun davranışını tazminatın indirilmesinin nedeni (kusur) olarak kabul etmek olanağı da yoktur. Öte yandan, MK.un 2/1. maddesinde anlamını bulan doğruluk ve güven kurallarının somut olayda tartışılması da mümkün değildir.(...)Olayımızda davalılar, satış sözleşmesiyle işin geç tesliminden dolayı ve geç teslim süresinin bütünü için tazminat-cezaî şart ödemeyi kabul ettiklerine göre, bunu ve binadaki eksikliklerden kaynaklanan zararı dava tarihindeki rayiç değerleri ile eksiksiz olarak ödemek zorundadır. Esasen bundan kaçınma sözleşmeye doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırı davranış olur. Davacının gecikme süresini tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde de nitelendirilemez (MK m. 2/2).” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 12.03.1992 T., 1991/4239 E., 1992/1246 K.: “Olayda teslim süresinin uzatılmasını gerektiren sebepler ileri sürülmüş ise de ispatlanamamıştır. İşin gecikmesinde davacının hiçbir kusuru yoktur. Bu nedenle ihtilaflı işte BK.nun 98-44. maddelerinin ve MK.nun 2. maddesinin uygulama alanı da bulunmamaktadır. Davacı iyiniyetle ödemelerini yapmış ve işin teslimini beklemiştir. Kusurlu ve mütemerrit olan davalıdır. Gecikmeden doğan zarar olayda baştan kararlaştırılmış ve günlük (100.000) lira olarak belirlenmiştir. (...) Davalı tarafın tacir olduğu hususunda ihtilaf bulunmadığından cezanın tenkisi de (BK.nun 161/son; TTK. 24) mümkün değildir. Bu durumda yüklenici olan davalının işi zamanında teslim etmemesinden doğan cezaî şartı davacıya hiçbir indirim yapmaksızın ödemesi sözleşmeye, BK.nun 356/1. maddesindeki özen borcuna ve doğruluk ve güven kurallarına uygun düşecektir.” (Karahasan, ÖBİ, Cilt 2, s. 618-619); Yarg. 15. HD.,13.03.1996 T., 665 E., 1346 K.: mahkemece inşaattaki eksiklerin 1,5 ayda tamamlanabileceğinden hareketle bu müddetle sınırlı olarak cezaî şarta hükmedilmiştir. Bu görüş Dairemizin eski içtihatlarına uygun ise de; HGK.'nun 9.10.1991 gün, 1991/15-340 E. 1991/467 K. sayılı kararı ile cezaî şartın bu süreyle sınırlı olarak değil, teslim tarihine kadar indirim yapılmadan ödenmesi gerektiği kabul edilmiş ve Dairece de bu karar benimsenerek eski içtihatlardan dönülmüştür. Bu durum karşısında gecikmeden dolayı talep edilen cezaî şartın hesabında eksik işlerin ikmal için gereken süre kadar değil, işin teslimi gereken tarih ile fiilen teslim edildiği tarihler arasındaki sürede yüklenicinin kusuruna isabet eden gecikme kadar cezaî şarta hükmedilmesi icap etmektedir.” (Karataş, s. 363).

§ 6 YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNÜN TAM İKİ TARAFAYA BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERE ÖZGÜ SONUÇLARI

Borçlar Kanunu'nun 102. maddesi ile alacaklıya temerrüde düşen borçludan edimin aynen ifasını ve borçlu temerrüde düşmekte kusurlu olduğu takdirde gecikme tazminatı talep etme hakkının tanındığına yukarıda değindik. Bu, borçlu temerrüdünün genel sonucuydu. Kanun koyucu, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, temerrüdün her türlü borç ilişkisinde söz konusu olan bu genel sonucunun yanında, alacaklıya, edimin aynen ifasından vazgeçerek, borçludan ifa yerine müsbet zararının tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme olmak üzere iki seçimlik hak daha tanımıştır (BK m. 106-108). Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan ötürü, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibi BK m. 106-108'de düzenlenen bu seçimlik haklardan yararlanabilecektir.

I. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

İş sahibi, yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düştüğünde, ilk olarak edimin aynen ifasında ısrar edip etmeyeceğine karar vermelidir. İş sahibi, aynen ifade ısrar edebilir veya aynen ifadan vazgeçebilir. Aynen ifadan vazgeçtiği takdirde iş sahibini bir başka seçim daha beklemektedir. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, müsbet zararının tazminini talep edebileceği gibi bunun yerine eser sözleşmesinden dönmeyi de tercih edebilir (BK m. 106 f. 2).

A. Seçimlik Hakların Kullanılmasının Ön Şartı Olarak Ek Süre Tayini

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan eser sözleşmesinde, yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibi ona eseri teslim etmesi için uygun

bir **ek süre** tâyin eder veya hâkime tâyin ettirir (BK m. 106 f. 1). Bu ek süre sonunda yüklenicinin eseri teslim etmemiş olması halinde, iş sahibi aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmeye devam edebileceği gibi, **aynen ifadan derhal vazgeçip** eserin teslim edilmemesinden doğan **müsbet zararının tazminini** talep edebilir ya da **eser sözleşmesinden dönebilir** (BK m. 106 f. 2).

Aynen ifa ve gecikme tazminatı borçlu temerrüdünün BK m. 102 f. 1’de düzenlenen genel sonucu olduğundan, iş sahibi, yükleniciye ek süre tayin etmeksizin de temerrüdün bu sonucundan yararlanabilir⁹⁷⁶. Ancak, o, aynen ifadan vazgeçerek kendisine tanınmış diğer iki seçimlik hak olan müsbet zararının tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanmak istiyorsa, kural olarak, yükleniciye ek süre vermek zorundadır. Alacaklının menfaatlerini ona edimin aynen ifasından vazgeçerek ifa edilmeyen edimin ve sözleşmenin akıbetini belirleme yetkisi tanıyarak koruyan kanun koyucu, borçluyu da tümüyle korumasız bırakmamıŐtır. Kanun koyucu, aynen ifadan vazgeçmek isteyen alacaklıyı borçluya ifada bulunması için ek süre vermeye mecbur ederek, borçluyu da aynen ifada bulunarak borcundan kurtulma olanağının beklenmedik bir biçimde sona ermesinden korumuŐtur⁹⁷⁷.

1. Ek Süre Tayini

iş sahibi temerrüde düşmüş olan yükleniciye ek süre tanıyarak, ondan sözleşmede kararlaştırılan eseri **belirli bir süre içinde** tamamlanmış olarak kendisine teslim

⁹⁷⁶ **OĞuzman/ z**, s. 401; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 549. Aynen ifayı talep etme hakkı borçlu temerrüdünün tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü bir sonucu değildir. BK m. 106 f. 2’de edim ek süre içinde ifa edilmediği takdirde alacaklının her zaman aynen ifa ve gecikme tazminatı talep edebileceğine işaret edilerek belirtilmek istenen esasen alacaklının genel hükümlere göre sahip olduğu bu talebin borçluya ek süre verilmesine rağmen sona ermediğidir. **Havutçu**, s 59.

⁹⁷⁷ **Schenker**, Verzug, N 451; **Werz**, N 348.

etmesini talep eder. Diğer bir deyişle, ek süre tayini ile iş sahibi yükleniciyi tıpkı ihtarda olduğu gibi ifade bulunmaya davet etmektedir⁹⁷⁸. Ancak, ihtardan farklı olarak, belirsiz olan ifa tarihi belirli hale getirilmemekte, ifa zamanı belirlenmiş olan **edimin belirli bir tarihe kadar yerine getirilmesi** için yükleniciye son bir imkân tanınmaktadır⁹⁷⁹.

Ek süre tayini, hukukî niteliği itibariyle; tek taraflı, ulaşması gereken, **hukukî işlem benzeri** bir irade açıklamasıdır⁹⁸⁰. Hukukî işlem benzeri olmasının sonucu olarak, kanunun ek süre tayin edilmesine bağladığı sonuçlar kendiliğinden gerçekleşir. Bu itibarla, iş sahibinin ek süre tayin ederken yükleniciyi bu süre içinde eseri teslim etmemesinin sonuçları bakımından uyarması gerekmez⁹⁸¹. Keza, süre sonunda teslim gerçekleşmezse, iş sahibinin bu yönde bir iradesi bulunsun bulunmasın BK m. 106 f. 2 hükmüyle ek süre tayinine bağlanan sonuçlar kendiliğinden doğar⁹⁸².

Borçlar Kanunu'nda ek süre tayini herhangi bir **şekil** şartına tâbi kılınmış değildir⁹⁸³. Ancak, TTK m. 20 f. 3'e göre tacirler arasında ek süre tayininin “noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması” gerektiğinden, iş sahibi de yüklenici de tacirse, iş sahibi ek süre tayin ederken bu usullerden birine uymak zorundadır⁹⁸⁴. Eser sözleşmesi taraflarca belli bir şekle tâbi tutulsa dahi, ek süre tayini, kural olarak, bu şekle tâbi değildir⁹⁸⁵. Bununla birlikte, taraflar, ek sürenin belirli

⁹⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 402; Eren, Borçlar Genel, s. 1066; Havutçu, s. 45.

⁹⁷⁹ Schenker, Verzug, N 454; Havutçu, s. 45; Eren, Borçlar Genel, s. 1068.

⁹⁸⁰ Schenker, Verzug, N 452; Oğuzman/Öz, s. 402; Havutçu, s. 47; Eren, Borçlar Genel, s. 1068.

⁹⁸¹ Schenker, Verzug, N 452; Eren, Borçlar Genel, s. 1068.

⁹⁸² Oğuzman/Öz, s. 402; Havutçu, s. 47; Eren, Borçlar Genel, s. 1068.

⁹⁸³ Schenker, Verzug, N 453; Chavanne, N 178 dn. 136; Werz, N 348; Havutçu, s. 47.

⁹⁸⁴ Oğuzman/Öz, s. 404.

⁹⁸⁵ Kanun koyucunun BK m. 16 f. 1 hükmü ile getirdiği, tarafların kanunen şekle tâbi tutulmamış bir sözleşmenin belli bir şekilde yapılmasını kararlaştırmaları durumunda bu şeklin geçerlilik şekli olduğu

bir şekilde uyularak tayin edileceği konusunda anlaşmışlarsa, iş sahibinin ek süre tayin ederken bu şekilde uyması gerekir⁹⁸⁶.

İş sahibinin ek süre tayini ile ilgili beyanının **içeriğinden**, yüklenicinin eseri **ne zamana kadar** teslim edebileceği **açıkça** anlaşılabilir⁹⁸⁷. İş sahibi, eserin teslim edilebileceği son süreyi belirli bir tarih olarak bildirebileceği gibi, eserin belirli bir zaman süreci içinde teslim edilmesini de isteyebilir⁹⁸⁸. Örneğin, iş sahibi eserin o senenin 30 Kasım gününe kadar kendisine teslimini istediğini veya iki hafta içinde teslimini talep ettiğini yükleniciye bildirebilir. Buna karşılık, iş sahibinin yükleniciye yönelteceği, örneğin, “eserin **makul bir süre** içinde teslimini istiyorum”, “eserin **derhal** teslimini talep ediyorum” biçiminde bir beyan geçerli değildir. Zira, böyle bir beyanda, verilen ek süre **belirli** değildir⁹⁸⁹.

Ek süre, yüklenici temerrüde düşmeden verilemez. Ancak, yükleniciyi temerrüde düşürecek olan **ihtarla birlikte** ek süre verilmesine de engel yoktur⁹⁹⁰. Örneğin, iş sahibi yükleniciye “eseri iki ay içinde teslim edin” biçiminde bir beyanda bulunduğu takdirde, böyle bir ihtar ek süre tayinini de içerir.

yönündeki karine, ek süre tayini bakımından kıyasen de olsa uygulanamaz. Zira, ek süre tayini bir hukukî işlem değildir. **Schenker**, Verzug, N 464; **Chavanne**, N 178 dn. 136.

⁹⁸⁶ Taraflarca kararlaştırılan bu şekil bir geçerlilik şartı ise, iş sahibinin şekilde uymaması ek süre tayinini geçersiz kılar. **Öz**, Dönme, s. 47; **Havutçu**, s. 47.

⁹⁸⁷ **Chavanne**, N 178; **Werz**, N 349.

⁹⁸⁸ **Schenker**, Verzug, N 457-458; **Chavanne**, N 178 dn. 137; **Werz**, N 349; **Havutçu**, s. 45.

⁹⁸⁹ **von Tuhr/Escher**, s. 149; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 368; **Werz**, N 349; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067.

⁹⁹⁰ **Schenker**, Verzug, N 481; **Gauch**, Werkvertrag, N 667; **Werz**, N 349; **Oğuzman/Öz**, s. 403; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067.

Ek süre boyunca yüklenicinin temerrüt durumu devam eder. Bu sebeple, yüklenici, bu ek sürede de gecikme zararlarından ve meydana gelebilecek kazalardan sorumludur (BK m. 102 f. 1)⁹⁹¹. O halde yüklenici, ancak eseri ek süre içinde ve iş sahibinin bu arada uğradığı gecikme zararını da tazmin ederek temerrüt durumunu sona erdirebilir⁹⁹².

İş sahibinin yükleniciye vereceği ek süre, “**uygun**” olmalıdır⁹⁹³. Uygun süre, somut olayın şartları göz önünde bulundurularak, dürüstlük kuralı çerçevesinde ve taraflar arasındaki menfaatler dengesine göre belirlenir⁹⁹⁴. Ek süre hiçbir biçimde ifa faaliyetlerine başlamamış bir yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim etmesi için gereken süre kadar uzun olamaz⁹⁹⁵. Yükleniciye ifada bulunması için uygun bir ek süre verilmesi, yüklenici eserin meydana getirilmesinde ne kadar geri kalmışsa ona o kadar çok süre verileceği biçiminde anlaşılmamalıdır. Zira, böyle bir uygulama, işi fazlaca geciktiren yükleniciyi ödüllendirmek anlamına gelir ve adil olmayan sonuçlar doğurur⁹⁹⁶.

⁹⁹¹ **Werz**, N 348; **Oğuzman/Öz**, s. 403.

⁹⁹² **Oğuzman/Öz**, s. 403.

⁹⁹³ BK m. 106 f. 1’de “münasip bir mehil” ifadesi kullanılmaktadır.

⁹⁹⁴ **Schenker**, Verzug, N 451; **Chavanne**, N 183; **Werz**, N 351; **Oğuzman/Öz**, s. 403.

⁹⁹⁵ **CR-Thévenoz**, Art. 107, N 12. Bu yönde: BGE 43 II 170=JdT 1997 I 583.

⁹⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, s. 403. Aksi görüşte: **Seliçi**, İnşaat, s. 71. Yazara göre, yükleniciye eseri teslim elverişli bir halde tamamlayabilmesi için gerekli süre kadar ek süre verilmelidir. Böylece, yüklenici işinde çok geri kalmışsa, eserin tamamlanması için ona tanınacak uygun süre de o denli uzun olmalıdır. Yazar, bu durumu adaletsiz bulmamaktadır. Buna gerekçe olarak da, iş sahibine BK m. 358 f. 1 hükmü ile işin başlamasında veya icrasındaki gecikme sebebiyle vadeden önce BK m. 106 vd.ndaki hakları kullanma yetkisi tanınmış olmasını göstermektedir. Yazara göre, bu yetkileri vadeden önce kullanmayan iş sahibi, temerrüde düşen yükleniciye işin tamamlanması için gerekli süreyi tanımak zorundadır. Kanaatimizce, iş sahibinin temerrüde bağlı bazı yetkileri BK m. 358 f. 1 çerçevesinde vadeden önce kullanmayı tercih etmemiş olması, onun cezalandırılmasını ve işi fazlaca geciktiren yüklenicinin işi geciktirdiği oranda fazla ek süre elde ederek ödüllendirilmesini haklı kılmaz. Bu sebeple, **Seliçi**’nin bu görüşüne katılmıyoruz.

Uygun ek sürenin hesaplanmasında şu unsurlar dikkate alınmalıdır: iş sahibinin eserin hızlı şekilde teslim edilmesine ilişkin menfaatinin derecesi⁹⁹⁷, eserin niteliği⁹⁹⁸, çalışma temposunun yüklenici tarafından hızlandırılacağı⁹⁹⁹, yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmede kusurunun bulunup bulunmadığı¹⁰⁰⁰, yüklenicinin eserin teslimindeki gecikmesinin sözleşme süresine nazaran uzunluğu¹⁰⁰¹, yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etmek için gereken zamandan yararlanmaya ilişkin menfaati¹⁰⁰². Yükleniciye verilecek olan uygun ek süre, örneğin inşaat işleri gibi uzun süreli çalışmayı gerektiren işlerde, duruma göre birkaç ayı bulabileceği halde, kısa sürede tamamlanabilecek elbise veya ayakkabı tamiri gibi işlerde birkaç saati geçmeyebilir¹⁰⁰³.

Ek süreyi, iş sahibi veya yetkili temsilcisi, yükleniciye veya yetkili temsilcisine tayin edebilir¹⁰⁰⁴. İş sahibi, ek süreyi tayin etmesini **hâkimden** de isteyebilir (BK m.

⁹⁹⁷ Ek sürenin belirlenmesinde bu unsurun ağırlıklı olarak dikkate alınması gerekir. **von Tuhr/Escher**, s. 149; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 368; **Schenker**, Verzug, N 467; **Werz**, N 352; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067; **Havutçu**, s. 46. Bu yönde: BGE 105 II 33. Örneğin, eserin tesliminin gecikmesi, meydana getirilmesi bu eserin teslimine bağlı olan diğer bir eser bakımından iş sahibini zor duruma sokabilir. Bu takdirde, iş sahibinin geciken ifanın mümkün olduğunca çabuk gerçekleşmesinde yüksek menfaati vardır.

⁹⁹⁸ **Chavanne**, N 183; **Werz**, N 352.

⁹⁹⁹ Ek sürenin, yüklenicinin özel bir gayret göstereceği ve çalışma ritmini makul ölçüde artıracığı göz önüne alındığında eseri tamamlayarak teslim etmesine imkân verecek bir süre olması gerekir. **Gautschi**, N 4b zu Art. 366 OR; **Corboz**, FJS 459, s. 11; **Chavanne**, N 183 dn. 142.

¹⁰⁰⁰ **von Büren**, s. 374 vd.; **Werz**, N 352.

¹⁰⁰¹ **Werz**, N 352.

¹⁰⁰² **Chavanne**, N 183. **Chavanne**, borçlunun davranışlarından ek süre vermenin yararsız olacağı anlaşılıyorsa, ek süre vermenin gerekli olmadığını ifade eden BK m. 107 b. 1'in ters anlamından şu sonucu çıkartmaktadır. Borçlunun davranışlarından ona ek süre verilmesinin yararsız olduğu anlaşılmadıkça, borçlunun ifa iradesinin ve ifa imkânının bulunduğu yönünde fiilî bir karine vardır. Yazara göre, yüklenicinin kendisine ifa imkânı veren bir süreye sahip olmaya ilişkin varsayılan bu menfaati de korunmaya değerdir. **Chavanne**, N 183 dn. 141.

¹⁰⁰³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067.

¹⁰⁰⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 150; **Schenker**, Verzug, N 484; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067; **Havutçu**, s. 49.

106 f. 1). Sürenin uygunluğu konusundaki muhtemel ihtilâfları engellemek için, ek sürenin hâkime tayin ettirilmesi tavsiye edilebilir¹⁰⁰⁵.

Ek sürenin “**uygun**” **olmaması** durumunda ne olur? Ek süre uygun süreden **uzunsa**, süreyi kendisi tayin etmiş olan iş sahibi, bu ek süreyle bağlıdır¹⁰⁰⁶. Ek süre uygun süreden **kıysa**, yüklenicinin sürenin kısa olduğuna yönelik iş sahibine bir itirazda bulunması gerekir. Yüklenici herhangi bir itirazda bulunmazsa, onun daha uzun bir süreden vazgeçtiği kabul edilir¹⁰⁰⁷. Tanınan ek sürenin kısa olması halinde, ek süre bildiriminin geçersiz olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹⁰⁰⁸, bu durumda, iş sahibinin ek süre tayini hükümsüz kalmaz. Ek süre objektif bakımdan uygun bir süreye dönüşür. İş sahibi verdiği kısa ek sürenin sonunda değil, işlemeye başlayan bu uygun sürenin bitiminde eser halen teslim edilmemişse aynen ifadan vazgeçebilir. Diğer bir görüşe göre¹⁰⁰⁹ ise, kanun uygun bir sürenin verilmesini aradığına göre, ek süre hiç tayin edilmemiş sayılır. Buna göre, iş sahibi yükleniciye yeniden bu defa uygun bir ek süre vererek BK m. 106’da kendisine tanınan hakları kullanabilir. Kanaatimizce, daha pratik olması bakımından birinci görüş kabul edilmelidir. Böylece, iş sahibinin bir kere daha ek süre tayin etmesi beklenmemiş olur. Ayrıca, ikinci görüş kabul edilirse, iş sahibinin yeni tayin edeceği ek sürenin de kısa olması ihtimali vardır. Bu durumda süreç gereksiz yere uzayabilir.

¹⁰⁰⁵ **Oğuzman/Öz**, s. 403; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1067.

¹⁰⁰⁶ **von Tuhr/Escher**, s. 148; **Schenker**, Verzug, N 477; **Werz**, N 354; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1068.

¹⁰⁰⁷ **von Tuhr/Escher**, s. 150; **Gauch**, Werkvertrag, N 667; **Schenker**, Verzug, N 476; **Oğuzman/Öz**, s. 404; **Öz**, Dönme, s. 176.

¹⁰⁰⁸ **von Tuhr/Escher**, s. 150; **Gauch**, Werkvertrag, N 667; **Chavanne**, N 186; **Werz**, N 354; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 947-948; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1068.

¹⁰⁰⁹ **Schenker**, Verzug, N 476; **Oğuzman/Öz**, s. 404; **Öz**, Dönme, s. 176.

2. Ek Süre Tayin Etmenin Gerekli Olmadığı Durumlar

İş sahibinin aynen ifadan vazgeçebilmesi için, kural olarak, temerrüde düşen yükleniciye eserin teslimi için ek süre vermesi gerekir (BK m. 106). Ancak bu kural mutlak değildir. BK m. 107’de belirtilen istisnaî durumlarda, iş sahibi, yükleniciye ek süre tayin etmeksizin edimin aynen ifasından vazgeçebilir. Fakat bu sadece iş sahibinin sahip olduğu bir yetkidir; iş sahibi dilerse bu yetkiyi kullanmayıp, BK m. 107’de belirtilen durumlarda da yükleniciye ifada bulunması için ek süre tanıyabilir¹⁰¹⁰.

a. Yüklenicinin Davranışlarından Ek Süre Vermenin Yarasız Olduğunun Anlaşılması

BK m. 107 b. 1’e göre, “borçlunun hal ve vaziyetinden” ek süre vermenin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa, alacaklı, ek süre tayin etmeksizin, edimin aynen ifasından vazgeçebilir. Kanun koyucu, böylece, ek süre tanınsa dahi borçlunun ifada bulunmayacağını öngörebilen alacaklıyı, formaliteden ibaret olan bir girişimde bulunmaktan kurtarmıştır¹⁰¹¹.

Özellikle, yüklenicinin **edimi ifa etme iradesinin bulunmadığı** anlaşılıyorsa, ona süre tayin edilmesi bir yarar sağlamaz. Bu iradenin bulunmadığı farklı şekillerde ortaya çıkmış olabilir. Örneğin, yüklenici açıkça eseri tamamlayıp teslim etmeyeceğini iş sahibine bildirmiş olabilir veya bir inşaat sözleşmesi söz konusu ise araziye terk edip gitmiş olabilir¹⁰¹². Keza, inşaat sözleşmelerinde, tekrarlanan taleplere rağmen,

¹⁰¹⁰ Schenker, Verzug, N 508, 514; Chavanne, N 177 dn. 133.

¹⁰¹¹ Schenker, Verzug, N 503, 504; Chavanne, N 189.

¹⁰¹² Chavanne, N 189; Werz, N 356; Havutçu, s. 50.

çalışmamakta veya arazide yeterli sayıda işçi çalıştırmamakta ısrar eden yüklenici de ifada bulunmayı reddediyor demektir¹⁰¹³.

Yüklenici, uygun ek süre içinde **ifada bulunabilecek durumda değilse**, yine ek süre tayini yararsızdır. Örneğin, yüklenici iş sahibine eseri teslim edemeyeceğini bildirmişse, ek süre tayini gerekli değildir¹⁰¹⁴. Yüklenici eseri meydana getirme faaliyetlerinde çok geciktiği için veya araç gereçlerinin yetersizliğinden dolayı uygun ek sürede eseri tamamlayıp teslim edemeyecek durumda ise, bu durumlarda da ona ek süre tayin etmeye gerek yoktur¹⁰¹⁵. Keza, yüklenicinin eserin imalinde kullanmak üzere hazırladığı malzemelerin içine bulunduğu atölye yanmışsa ve yüklenici ekonomik açıdan bu malzemeleri tekrar temin edecek güçten yoksunsa yine ek süre tayini faydasızdır¹⁰¹⁶.

b. Aynen İfanın İş Sahibi İçin Faydasız Hale Gelmesi

İş sahibi, aynen ifa kendisi için faydasız hale gelmişse, artık yükleniciye ifada bulunması için ek süre vermek zorunda değildir (BK m. 107 b. 2). Eserin tesliminin “**faydasız**” hale gelmesi, iş sahibinin artık karşılığında bedel ödeyerek tamamlanmış

¹⁰¹³ **Werz**, N 356.

¹⁰¹⁴ **Schenker**, Verzug, N 505; **Havutçu**, s. 50.

¹⁰¹⁵ **Schenker**, Verzug, N 505; **Werz**, N 356; **Havutçu**, s. 50. Yarg. 15. HD., 18.7.2005 T., 2004/6922 E., 2005/4298 K.:“Davalılar yasal bir engel olmadığı halde dava tarihine kadar inşaat yapımı için girişimde bulunmamışlar, ruhsat dahi almamışlardır. Davanın açılmasından sonra davalılar tarafından 5.7.2000 tarihinde yapı ruhsatı alınmışsa da, inşaatın yapılmadığı anlaşılmaktadır. Sözleşmede inşaatın yapımı için kararlaştırılan süre dolduğu halde, inşaat yapılarak davacıya bağımsız bölümleri teslim edilmediğinden davalıların temerrüde düşüklerini kabul etmek gerekir. Dosyadaki deliller dikkate alındığında, BK.nun 107. maddesindeki şartların gerçekleştiği, ayrıca davalılara ihtarname ile süre tanınmasına gerek olmadığı sonucuna varılmaktadır.” (www.kazanci.com).

¹⁰¹⁶ **Chavanne**, N 191.

eseri almakta menfaatinin bulunmamasını ifade eder¹⁰¹⁷. Ek süre tayin etmek gerekmeyen bir halden söz edebilmek için, ifanın iş sahibi bakımından yararsız hale gelmesi, eserin teslimindeki gecikmenin, yani temerrüdün sonucu olmalıdır¹⁰¹⁸.

Eser sözleşmesinde, eserin tesliminin iş sahibi için faydasız hale gelmesine, özellikle **belirli bir olay** için sipariş edilmiş olan eserlerde rastlanır¹⁰¹⁹. Bunun tipik örneği, terzinin düğün gününden sonra makul hiçbir yararı kalmayacak olan, ölçü üzerine diktirilen gelinliği veya damatlığı düğün gününe yetiştirememiş olmasıdır¹⁰²⁰. Buna karşılık, inşaat sözleşmeleri bakımından vadeden sonra inşaatın tamamlanarak tesliminin iş sahibi bakımından faydasız hale gelmesine nadiren rastlanır. Zira inşaat projeleri, genel olarak, iş sahibinin esere ilişkin menfaatinin teslim tarihinden sonra kaybolacağı biçimde tasarlanmaz¹⁰²¹. Olimpiyat etkinlikleri için bir stadyum veya bir ralli organizasyonu için yarış pisti inşası gibi, **belirli bir tarihte gerçekleşecek olan bir etkinlik** için sipariş edilen bir inşa eseri söz konusu olduğunda dahi, bu inşa eserleri, daha sonra sağlayacakları yarar sebebiyle uzun vadeli yatırımlardır¹⁰²². Bununla birlikte, istisnaen de olsa, inşaat sözleşmelerinde de eserin teslimi iş sahibi için artık faydasız hale gelmiş olabilir. Örneğin, belirli bir tarihte gerçekleşecek olan bir olay için, geçici

¹⁰¹⁷ **von Tuhr/Escher**, s. 150 vd.; **Werz**, N 357.

¹⁰¹⁸ Yüklenicinin temerrüde düşmesinden başka bir sebeple de eserin teslimi iş sahibi için faydasız hale gelebilir. Örneğin, iş sahibi eseri çok daha ucuza imal edecek bir başka yüklenici bulmuş olabilir. Böyle bir durumda, ifanın faydasız kalması temerrüdün sonucu olmadığından, iş sahibi yükleniciye ek süre tanımadan aynen ifadan vazgeçemez. **Werz**, N 357; **Oğuzman/Öz**, s. 421.

¹⁰¹⁹ Esasen, BK m. 107 b. 2'deki düzenlemenin kapsamına giren olaylar, genel olarak, BK m. 107 b. 3'te düzenlenen kesin vadeli işlemler grubuna da girer. **von Büren**, s. 372 vd.; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 371; **Schenker**, Verzug, N 530; **Werz**, N 357.

¹⁰²⁰ Bu örnek için bkz. **Schenker**, Verzug, N 510; **Werz**, N 357; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1069; **Oğuzman/Öz**, s. 421 dn. 688; **Havutçu**, s. 51.

¹⁰²¹ **Werz**, N 357.

¹⁰²² **Werz**, N 357.

nitelikte büyük bir stant inşa edilmesi söz konusuysa, eserin teslim tarihi geçtikten sonra teslim edilmesi artık iş sahibine bir yarar sağlamayabilir¹⁰²³.

Değnilmesi gereken bir diğer nokta da, ek süre tayini gereğinin aranmaması için, **yüklenicinin**, vadeden sonra ifanın, **iş sahibi bakımından faydasız kalacağını bilmesinin** veya makul bir insan olarak bilmesi gerekmesinin şart olup olmadığıdır. Bir görüşe göre¹⁰²⁴, borçlunun vadeden sonra edimin yerine getirilmesinin alacaklı için faydasız hale geleceğini bilmesi veya bilmek zorunda olması şartı mütemerrit borçluyu koruma sonucu doğurur. Bu sebeple böyle bir şart aranmamalıdır. Buna göre, yüklenici eserin vadeden sonra tesliminin iş sahibi bakımından faydasız hale geleceğini öngöremese dahi, ek süre tayinine gerek olmaz. Diğer bir görüşe göre¹⁰²⁵ ise, alacaklının sözleşmede takip ettiği amaç edimle güdülen mutad amaç dışında özel bir amaçsa, borçlu ancak bu amacı biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, ek süre verme zorunluluğu ortadan kalkmalıdır. Kanaatimizce, bu konuda, yükleniciye ek süre verilmesinin amacının ona temerrüdün ağır sonuçlarından kurtulabilmesi için son bir şans tanımak olduğu gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Bu itibarla, ikinci görüşün de savunduğu üzere, yüklenici vadeden sonra eserin tesliminde iş sahibinin menfaatinin kalmayacağını bilemeyecek durumda ise, o öngöremeyeceği bu sebepten ötürü edimini sonradan ifa etme olanağından mahrum edilmemelidir. İş sahibinin amacı o eserin teslimine yönelik mutad amaçsa, zaten yüklenici bunu bilebilecek durumdadır. Örneğin, gelinlik diktiriliyorsa, düğün gününden sonra iş sahibinin gelinliğe ilişkin menfaatinin kalmayacağını yüklenici öngörmelidir. Ancak, iş sahibi eserin vadede tesliminden mutad amaç dışında bir menfaat bekliyorsa, örneğin günlük bir kıyafet diktiriyor ancak

¹⁰²³ Örnek için bkz. **Werz**, N 357 dn. 244.

¹⁰²⁴ **von Tuhr/Escher**, s. 151 dn. 61; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1069.

¹⁰²⁵ **Schenker**, Verzug, N 517; **Werz**, N 357; **Oğuzman/Öz**, s. 421; **Havutçu**, s. 53.

bunu düğünde gelin kıyafeti olarak giymeyi tasarlıyorsa, ek süre verme gereğinin ortadan kalkması için yüklenicinin bu saiki biliyor olması şartı aranmalıdır.

c. Eser Sözleşmesinin Kesin Vadeli Olması

Tarafların iradesi, eserin mutlaka belirli bir tarihte veya belirli bir tarihe kadar teslim edilmesi gerektiği yönündeyse, eser bu kesin vadede teslim edilmediği takdirde, iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmek için yükleniciye ek süre vermesine gerek yoktur (BK m. 107 b. 3)¹⁰²⁶. Burada söz konusu olan, teslim zamanının, taraflar için, eserin tesliminde geciktiği takdirde yüklenicinin aynen ifada bulunma hakkını kaybedeceği şekilde, olmazsa olmaz olduğu “kesin vadeli işlemler”dir (Fixgeschäft)¹⁰²⁷. BK m. 107 b. 3’te ifade edilen kesin vadeli işlemlerin vadeye kesinliğini tarafların iradesinin verdiği “nisbî kesin vadeli işlemler” olduğu eseri teslim borcunun imkânsızlığı bahsinde açıklanmıştı. Buna karşılık, (örneğin, bir güneş tutulmasının kameraya alınması gibi) edimin, mahiyeti icabı vadeden sonra gerçekleştirilemeyeceği, yani vadeye kesinliğini taraf iradelerinin değil, edimin niteliğinin verdiği “mutlak kesin vadeli işlemler” BK m.107 b. 3’ün kapsamına girmez. Zira bu gibi hallerde, yüklenicinin vadede ifada bulunmaması, ifa imkânsızlığı ile temerrüt ayırımının yapıldığı bahiste açıkladığımız üzere, borçlu temerrüdüne değil, ifa imkânsızlığına sebep olmaktadır.

¹⁰²⁶ Yarg. 15. HD.,6.3..2006 T., 2005/947 E., 2006/1248 K.: “BK’nun 107. maddesi uyarınca borcun tayin edilen yer ve zamanda ifa edilmemesi veya borçlunun hal ve vaziyetinden ihtarın tesirsiz olacağının anlaşılması durumunda ayrıca temerrüt ihtarında bulunulmaksızın ve süre verilmeden sözleşmenin feshi ve BK’nun 106. maddesinin ikinci fıkrasındaki seçimlik hakların kullanılması mümkündür. Somut olayda ruhsat alınan parsellerdeki inşaatlar kararlaştırılan sürede tamamlanmadığı, diğer parseller için de uzunca bir süre geçmiş olmasına rağmen ruhsat dahi alınmadığından BK’nun 107. maddesindeki süre verilmeksizin ve ihtar gerek olmaksızın fesih koşulları gerçekleştiğinden, davacı arsa sahiplerinin BK. 106 maddesinin ikinci fıkrasında yazılı seçimlik hakları doğmuştur” (www.kazanci.com).

¹⁰²⁷ Schenker, Verzug, N 519.

Taraflar, sadece eserin teslim zamanını şüpheye yer bırakmayacak biçimde belirlemişlerse, ortada BK m. 101 f. 2 anlamında bir “belirli vade” vardır. Kesin vadeli bir işlemde söz edebilmek için bu yeterli değildir. Tarafların ayrıca eserin mutlaka belirlenen bu zamanda ifa edilmesi gerektiği konusunda da anlaşmış olmaları gerekir¹⁰²⁸. Tarafların süreye uymayı sözleşmenin esaslı bir unsuru haline getirdikleri, eser sözleşmesinden açıkça anlaşılmalıdır¹⁰²⁹. Taraflar, sözleşmede, iş sahibinin yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde gecikmiş ifayı kabul etmeyeceğini nadiren ifade ettiklerinden, teslim tarihinin açıkça kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerin yorumlanmasında, kesin vadenin bulunup bulunmadığının tespiti güçlük arz edebilir. Genellikle, belirli bir teslim tarihi kararlaştırılırken, “en geç şu tarihe kadar ifa...”, “mutlaka şu tarihte teslim”, “tam olarak şu tarihte teslim...” gibi ifadeler kullanılmışsa, kesin vadeli bir işlemin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰³⁰.

B. İş Sahibinin Aynen İfadan Derhal Vazgeçerek Seçimlik Haklarından Birini Kullanması

Aynen ifadan vazgeçme, **yenilik doğuran bir hak**¹⁰³¹. İş sahibi, bu hakkı; tek taraflı, yükleniciye ulaşması gereken, şekle tâbi olmayan bir irade beyanı ile kullanır¹⁰³². Vazgeçme beyanı, yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşmakla iş sahibinin istediği hukukî sonucu doğurur. Bu bildirimle iş sahibinin eserin teslimi ediminin aynen ifasına ilişkin talep hakkı sona erer; yüklenicinin de temerrüde rağmen halen devam

¹⁰²⁸ **Schenker**, Verzug, N 521; **Havutçu**, s. 55; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1069. Böyle bir ek niyetin varlığı arandığından, kararlaştırılan her “belirli vade” (BK m. 101 f. 2), “kesin vade” (BK m. 107 b. 3) olmak zorunda değildir. **von Tuhr/Escher**, s. 152; **Werz**, N 358.

¹⁰²⁹ **Chavanne**, N 195; **Havutçu**, s. 55.

¹⁰³⁰ **Werz**, N 358.

¹⁰³¹ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072; **Havutçu**, s. 60.

¹⁰³² **CR-Thévenoz**, Art. 107, N 16; **Havutçu**, s. 60; **Öz**, Dönme, s. 178.

etmekte olan aynen ifade bulunma yükümlülüğü son bulur¹⁰³³. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, bu beyanın yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaşmasından sonra, kural olarak, artık beyanını geri alamaz¹⁰³⁴.

Edimin aynen ifasından vazgeçen iş sahibi, ifanın gerçekleşmemiş olmasından dolayı tazminat talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (BK m. 106 f. 2). Seçimlik haklar da hukukî nitelikleri itibariyle, **yenilik doğuran haklardır**¹⁰³⁵. İş sahibi seçimlik hakkını tek taraflı, ulaşması gereken, şekle tâbi olmayan bir irade beyanıyla kullanır¹⁰³⁶.

İş sahibi, zorunlu olmamakla birlikte dilerse, seçimlik haklarından hangisini kullandığını, aynen ifadan vazgeçme bildirimini ve yükleniciye ek süre tâyin ettiği

¹⁰³³ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1071; **Havutçu**, s. 61.

¹⁰³⁴ Bir görüşe göre, aynen ifadan vazgeçen taraf, muhatabın rızası ile dahi vazgeçme beyanını geri alamaz. Yenilik doğuran bu hakkın kullanılmasından önceki duruma ancak taraflar sözleşmede borçlandıkları edime ilişkin yeni bir sözleşme akdederek ulaşabilirler. Bu görüşte: **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 372; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, aynen ifadan vazgeçme beyanının geri alınmasına muhatap razı olursa veya muhatap da halen borcunu ifa etmek istiyorsa, aynen ifa beyanı geri alınabilir. Bu görüşte: **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 466; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 184. Bu doğrultuda olmak üzere, iş sahibi aynen ifadan vazgeçme hakkını kullandıktan sonra, aynen ifayı talep etme hakkını yüklenicinin de rızası bulunmadıkça veya aynen ifade bulunmakta yüklenicinin de menfaati bulunmadıkça tek taraflı olarak tekrar canlandıramaz. Kanaatimizce, aynen ifade bulunmak pek çok durumda yüklenicinin de menfaatine olabilir. İş sahibi aynen ifadan vazgeçtiği halde yüklenici aynen ifade bulunmayı arzu edebilir. İşte aynen ifadan vazgeçen iş sahibini bu beyanı geri alarak aynen ifayı talep edebilmek için yüklenici ile tekrar aynı esere ilişkin bir sözleşme akdetmeye zorlamak, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi şekle tâbi olan sözleşmelerde ancak zaman ve masraf kaybına sebep olur.

¹⁰³⁵ **Schenker**, Verzug, N 547; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 550; **Eren**, Borçlar genel, s. 1071; **Havutçu**, s. 97. İş sahibi **müsbet zararının tazminini** tercih ettiğinde, yüklenicinin ediminin muhtevası değişmekte eserin teslimi borcunun yerini tazminat ödeme borcu almaktadır. İş sahibinin **sözleşmeden dönmesi** halinde ise katıldığımız dönüşüm teorisi doğrultusunda sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifasına ilişkin borç ilişkisi artık tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bu itibarla her iki durumda da **değiştirici yenilik doğuran bir hakkın** kullanılması söz konusudur.

¹⁰³⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1071; **Havutçu**, s. 97, 102.

bildirimi **birleştirebilir**. Hatta yükleniciyi temerrüde düşürmek için ihtarın gerekli olduğu durumlarda iş sahibi, yükleniciye ihtar, ek süre tâyin ettiğini ve ek süre içinde eser teslim edilmezse eserin tesliminden vazgeçeceğini ve hangi seçimlik hakkı kullanacağını birlikte bildirebilir¹⁰³⁷. Örneğin, iş sahibi yükleniciye eseri 30 gün içinde teslim etmesini bu süre içinde eser teslim edilmediği takdirde artık eserin teslimini kabul etmeyip sözleşmeden döneceğini bildirirse, ihtar, ek süre tâyini, aynen ifadan vazgeçme beyanı ve seçimlik haklardan hangisinin kullanılacağına ilişkin beyan birleştirilmiş olur.

İş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etme haklarını, zamanaşımı süresi içinde kalmak kaydıyla, her zaman kullanabileceği halde, aynen ifadan vazgeçerek müsbet zararının tazminini talep etmeyi veya sözleşmeden dönmeyi seçecekse seçimlik haklarını derhal kullanmak zorundadır (BK m. 106 f. 2)¹⁰³⁸. Temerrüde düşmüş olan

¹⁰³⁷ **Schenker**, Verzug, N 554; **Werz**, N 361; **Öz**, Dönme, s. 178; **Havutçu**, s. 63, 102. Bu yönde: Yarg. 11 HD. 19.1.1982 T., 5484 E., 139 K.: “Kural olarak BK 101. maddesi gereğince çekilecek ihtarın, 106/1. maddesi gereğince süre verilmesinin 106/2. maddesi gereğince seçimlik hakkının kullanılmasının ayrı ayrı işlemler halinde yapılması gerekirse de, bunların bir arada ve bir kerede yapılması olanak dahilindedir.” (**Karahasan**, Genel Hükümler, Cilt 2, s. 1118). Yarg.HGK., 23.2.2005 T., 2005/15-10 E., 2005/79 K.: “Bilindiği gibi karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde taraflardan birisinin edimini yerine getirmemesi halinde BK.nun 106/1 maddesine göre önce borçluya temerrüt uyarısı gönderilerek akdin ifası için önel verilmesi bu önel içerisinde borç yerine getirilmez ise bu defa BK.nun 106/2 maddesine göre seçimlik haklardan hangisinin kullanıldığının karşı tarafa bildirilmesi gerekmektedir bu nedenle ilk çekilen uyarıda akdin feshedildiği değil süre sonunda fesh edileceği belirtilmektedir. Ancak bu uyarılar ayrı ayrı çekilebileceği gibi aynı uyarıda ikisi birlikte de gönderilebilir. Bu durumda verilen süre içerisinde karşı taraf yükümlülüğünü yerine getirmeyince sözleşme feshedilmiş olup yine aynı uyarıda kullanılacağı belirtilen seçimlik hak kullanılır hale gelmekte ve davacı burada belirttiği haktan vazgeçerek seçimlik hakkını değiştirme imkânını da kaybetmektedir. (...) Olayımızda da davacı her iki uyarıyı birlikte çekmiş ve bu uyarı gerek akdin feshi gerekse temerrüt yönünden sonuçlarını doğurmuş olduğundan (...)” (www.kazanci.com).

¹⁰³⁸ Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Karşılıklı borçlanmayı içeren bir sözleşmede iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, Borçlar Yasası'nın 106. maddesi hükmü, öteki tarafa üç seçimlik hak tanımaktadır. Sözleşmenin direngen olmayan tarafı her zaman edimin ifasını ve

yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etmesini artık arzu etmeyen iş sahibinin seçimlik haklarını nasıl kullanabileceği meselesini, iş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmek için yükleniciye ek süre tayin etmek zorunda olup olmamasına göre bir ayırım yaparak inceleyeceğiz:

1. Ek Süre Vermenin Gerekli Olduğu Durumlarda

BK m. 106 f. 2'de, temerrüde düşen borçlu verilen ek süre içinde borcunu ifa etmemişse, alacaklının **borcun ifasından** ve gecikme tazminatı isteme hakkından **vazgeçtiğini derhal bildirerek**, borcun ifa edilmemesinden doğan zararının tazminini isteyebileceği veya sözleşmeden dönebileceği ifade edilmektedir¹⁰³⁹. O halde, iş sahibi, tayin ettiği ek süre zarfında yüklenici sözleşme konusu eseri kendisine teslim etmemişse, ek ifa süresinin bitiminden sonra **derhal** yükleniciye eserin teslimi ediminin aynen ifasından vazgeçtiğini bildirmelidir. İş sahibinin, ek sürenin bitiminde aynen ifa talebinden vazgeçtiğini yükleniciye **derhal bildirmemesi**, onun **aynen ifada ısrar ettiğine** karinedir¹⁰⁴⁰.

Aynen ifadan vazgeçildiğinin yükleniciye **derhal** bildirilmesinden kasıt, iş sahibinin işlerin olağan akışına ve somut durumun özelliklerine göre koşulların müsait

gecikme nedeniyle oluşan zararının giderilmesini; veya sözleşmenin yerine getirilmesinden ve gecikme nedeniyle ödense isteminden vazgeçtiğini hemen bildirerek, edimin ifa olunmaması ve bu kapsamda borcun ödenmemesinden doğan zararı için ödense isteyebilir ya da sözleşmeyi bozabilir.” (www.kazanci.com).

¹⁰³⁹ Alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya derhal bildirmesinin şart koşulmasının temelde iki sebebi vardır. Bununla, bir yandan borçlunun kendi ediminin akıbetinden haberdar olmaya ilişkin menfaati gerçekleştirilmeye, diğer yandan da alacaklının aynen ifada ısrar edip etmeme yönünde kararını borçlunun ediminin değerindeki artış ve azalışlara göre vermesi engellenmeye çalışılmaktadır. **Schenker**, Verzug, N 450; **Chavanne**, N 176; **Werz**, N 361.

¹⁰⁴⁰ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 955; **Oğuzman/Öz**, s. 405; **Havutçu**, s. 60.

olduğu en kısa sürede yükleniciye bildirimde bulunmasıdır¹⁰⁴¹. Borçlunun alacaklının tercih edeceği seçimlik hakkı derhal öğrenmekte korunmaya değer bir menfaati vardır. Bu sebeple, aynen ifadan vazgeçen alacaklının, **vazgeçme beyanı ile birlikte seçimlik hakları** arasında yaptığı **tercihi** de borçluya ek sürenin bitiminden itibaren derhal bildirmesi gerekir. Aksi halde, aynen ifadan vazgeçen iş sahibi piyasa koşullarındaki değişimi takip ederek kendisi için en elverişli seçimi yapmak üzere seçim hakkını kullanmayı geciktirip yükleniciyi zarara uğratabilir¹⁰⁴².

İş sahibi, semeresiz geçen ek sürenin sonunda, **aynen ifadan vazgeçerek hangi seçimlik hakkını kullandığını** yükleniciye **derhal** yani, vakit geçirmeksizin **bildirmezse** ne olur? Bu durumda, iş sahibi ancak yükleniciye **yeni bir ek süre** tâyin ederek bu ek sürenin sonunda eser halen kendisine teslim edilmemişse “derhal” eserin tesliminden vazgeçerek seçimlik haklarını kullanabilir¹⁰⁴³.

¹⁰⁴¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 955; **Öz**, Dönme, s. 178. Yarg. HGK., 14.3.1984 T., 11-112 E., 224 K.: “Edadan vazgeçmek isteyen alacaklı, bunu gecikmeksizin, yani işin tanzim şekli üzerinde bir karar vermek için hal icaplarına göre lâzım olan bir mehil içinde bildirmek mecburiyetindedir.” (**Uygur**, Cilt 3, s. 3518).

¹⁰⁴² **von Büren**, s. 375; **von Tuhr/Escher**, s. 153-154; **Cherpillod**, s. 77 dn. 53; **Engel**, Traité, s. 494; **CR-Thévenoz**, Art. 107, N 21; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 551; **Oğuzman/Öz**, s. 405-406; **Öz**, Dönme, s. 179. **Schenker** de alacaklının seçimlik haklar arasında tercihini derhal yapmakla yükümlü olduğunu kabul etmektedir. Ancak, yazar alacaklıdan tercih yapmasını istemeyen borçlunun, alacaklının seçimini derhal değil daha sonra yapmasına katlanmak zorunda olduğunu ileri sürmektedir. **Schenker**, Verzug, N 564. Yarg. 13.HD., 4.11.1980 T., 5076 E., 5550 K.: “Alacaklı, edimin yerine getirilmesinden gecikmeden doğan zarar gideriminden **vazgeçtiğini bildirirken** öteki haklarından hangisini kullandığını, yani vazgeçme bildiriminde giderim ya da sözleşmeden dönme yetkisinden **hangisini kullanmış olduğunu** belirtmek zorundadır. Vazgeçme bildirimini ise, belirlenen süre sona erer ermez, yani gecikmeksizin (derhal) yapılmak gerekir.” (**Karahasan**, Genel Hükümler, Cilt 2, s. 1120-1121). Yarg. 13.HD., 22.10.1981 T., 5738 E., 6690 K.: “Alacaklı belirlenen süre sona erince gecikmeksizin (derhal) edimin yerine getirilmesinden vazgeçtiğine ve sözleşmeden döndüğüne ilişkin olarak borçluya ulaştırdığı bildirimle bu seçimlik hakkını kullanır.” (**Uygur**, Cilt 3, s. 3513).

¹⁰⁴³ **Chavanne**, N 175; **Werz**, N 360; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 551; **Havutçu**, s. 62; **Öz**, İnşaat, s. 144. Yarg. 13. HD., 22.10.1981 T., 5738 E., 6690 K.: “(...) davacı, belirlenen süre sona erer ermez, yani

2. Ek Süre Vermenin Gerekli Olmadığı Durumlarda

Borçlar Kanununun 107. maddesinde üç bent halinde sıralanan istisnaî durumlarda alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmek için temerrüde düşen borçluya ek süre tayin etmesinin gerekli olmadığını açıklamıştık. Bu durumlarda alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini borçluya beyan etmesinin gerekli olup olmadığı tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹⁰⁴⁴, BK m. 107’de belirtilen borçluya ek süre vermenin zorunlu olmadığı hallerde dahi, alacaklı borçluya vazgeçme beyanında bulunmak zorundadır. Zira BK m. 106’ya göre vazgeçme beyanında bulunmak, müsbet zararın tazminini talep etme veya sözleşmeden dönme haklarının kullanılmasının zorunlu koşuludur. BK m. 107’de belirtilen durumlarda alacaklı sadece borçluya ek süre tayin etme zorunluluğundan muaf tutulmuştur; ona vazgeçme bildiriminde bulunmaktan muaf tutulmuş değildir. Yargıtay da bu görüştedir¹⁰⁴⁵. Buna göre, iş sahibi müsbet zararının tazminini talep etmek veya sözleşmeden dönmek istiyorsa, ek süre tayin etmek

gecikmeksizin vazgeçme bildiriminde bulunmamıştır. Gelgelelim böyle bir durumda bile alacaklı borçluya yeniden ikinci bir süre belirler ve gecikmiş edim bu süre sonunda yerine getirilmez ise, gecikmeksizin (derhal) edimi aynen istemekten vazgeçtiğine ilişkin bildirimde bulunarak sözleşmeden dönme yetkisini kullanabilme olanağına yeniden kavuşmuş olur.” (Uygur, Cilt 3, s. 3513). Yarg. HGK., 9.6.1982 T., 1979/15-1613 E., 1982/565 K.: “ (...) **vazgeçme** ve dönme **bildiriminin çabucak (derhal) yapılması** yasanın açık hükmünden doğan bir zorunluluktur. O nedenle inşaatın bitim süresinin Aralık 1974 günü olarak belli edilmesinden dolayı, davacının çabucak bildirimde bulunması gerektiği halde 14.12.1976 günlü ihtarı çekerek, bu konuda **gecikmiştir** ki, davacının sözleşmeden dönme hakkını kullanamaması söz konusu olmaktadır. Fakat bu durumda bile alacaklı **borçluya ikinci bir süre belirler** ve gecikmiş edim **bu süre sonunda** yerine getirilmez ise, **çabucak (derhal) edimi aynen istemekten vazgeçtiğine** ilişkin bildirimde bulunarak sözleşmeden dönme yetkisini (hakkını) kullanabilme olanağına yeniden kavuşmuş olur.” (www.kazanci.com).

¹⁰⁴⁴ Wiegand, recht 4/1983, s. 127; Eren, Borçlar Genel, s. 1072.

¹⁰⁴⁵ Yarg. HGK., 14.3.1984 T., 11-112 E., 224 K.: “Edadan vazgeçme bir mehil tayinine tâbi bulunmamış olsa bile edadan vazgeçme beyanının derhal yapılması gerekir.” (Uygur, Cilt 3, s. 3518).

gerekmeyen durumlarda dahi aynen ifadan vazgeçtiğini derhal yükleniciye bildirmelidir.

Diğer bir görüşe göre¹⁰⁴⁶, burada bir ayırım yapılmalıdır. Edimin ifasında alacaklının menfaatinin kalmadığı durumlarda (BK m. 107 b. 2) ve sözleşmede kesin bir vadenin öngörüldüğü hallerde (BK m. 107 b. 3) alacaklının borçluya vakit geçirmeksizin aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmesi gerekmez. Zira, bu hallerde, mütemerrit borçlu zaten geciken ifanın alacaklı tarafından istenmediğinin daha sözleşme kurulurken farkındadır. Buna karşılık, **borçlunun tutumundan süre tayininin faydasız kalacağına ulaşıldığı** hallerde (BK m. 107 b. 1), ek süre tayini gerekmeseye dahi yine de **aynen ifadan vazgeçme bildiriminde** bulunulmalıdır. Çünkü bu durumda, alacaklının yine de aynen ifada ısrar etmekte menfaati olabilir¹⁰⁴⁷.

Bizim de katıldığımız başka bir görüşe göre¹⁰⁴⁸ ise, borçluya ek süre tayin etmenin gerekli olmadığı durumlarda alacaklının derhal **vazgeçme bildiriminde** bulunması da **gereksizdir**. Zira bu durumlarda ya alacaklının edimin sonradan ifasında menfaatinin olmadığını borçlu da bilmektedir ya da borçlu ifa etmeme niyetini kesin biçimde ortaya koyduğundan ona aynen ifadan vazgeçildiğinin bildirilmesi gereksizdir¹⁰⁴⁹. Buna göre, iş sahibi BK m. 107’de zikredilen durumlarda yükleniciye ek süre tayin etmek zorunda olmadığı gibi, aynen ifadan vazgeçtiğini de derhal bildirmeksizin müsbet zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir.

¹⁰⁴⁶ Schenker, Verzug, N 567; Chavanne, N 196; Werz, N 362.

¹⁰⁴⁷ Chavanne, N 196; Werz, N 362.

¹⁰⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 960; Havutçu, s. 65.

¹⁰⁴⁹ Havutçu, s. 64-65.

Belirtmek gerekir ki BK m. 107’de sayılan durumlarda da iş sahibinin **aynen ifayı talep etmekte ısrar etmesi** mümkün olabilir. Böyle bir olasılık, eserin teslimi iş sahibi için artık yararsız hale gelmişse söz konusu olmaz. Ancak, “kesin vadeli bir eser sözleşmesinin”¹⁰⁵⁰ bulunduğu durumlarda veya “yüklenicinin tutumundan ek süre tayininin faydasız kalacağına anlaşıldığı” hallerde, iş sahibinin aynen ifayı talep etmekte halen bir menfaati bulunabilir¹⁰⁵¹. Bu durumda iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunmayıp, değişen şartlara göre yüklenicinin ediminin alacağı değeri dikkate alarak aynen ifayı isteyip istemediğine karar vermesi, yani yüklenici aleyhine spekülasyonda bulunması ihtimali akla gelebilir. Böyle bir durum dürüstlük kuralına (MK m. 2) başvurularak engellenebilir¹⁰⁵².

İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmek için yükleniciye ek süre tayin etmesi gerekmeyen BK m. 107’de 3 bent halinde sayılan durumlarda da yüklenicinin borcunun içeriğinin ve sözleşmenin akıbeti hakkındaki belirsizliğin bir an önce ortadan kalkmasındaki korunmaya değer menfaati göz ardı edilmemelidir. Öte yandan, iş sahibinin müsbet zararın tazmini talebi ile sözleşmeden dönme hakkı arasında uzun süre tercih yapmayarak piyasadaki fiyat hareketlerine göre eserin alacağı değeri takip etmesine de cevaz verilmemelidir¹⁰⁵³. O halde, seçimlik hakların kullanılması için ek süre tayini gerekmeyen hallerde, iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra,

¹⁰⁵⁰ BK m. 107 b. 3’te ifade edilen kesin vadeli işlemlerin, nisbî kesin vadeli işlemler olduğuna ve vadeye kesin olma niteliğini verenin, edimin niteliği değil, tarafların iradesi olduğuna yukarıda değinmiştik. Bu işlemlerde vadeye kesin olma niteliğini veren, tarafların bu yöndeki iradesi olduğuna göre, alacaklı dilerse bu kesinlikten feragat edip vade geçmiş olmasına rağmen ifayı talep edebilir. Bu yönde **Oğuzman/Öz**, s. 424.

¹⁰⁵¹ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 960 dn. 38.

¹⁰⁵² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 960; **Erman**, İnşaat, s. 92.

¹⁰⁵³ **Havutçu**, s. 102.

derhal aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmek zorunda olmasa dahi, **gecikmeksizin** müsbet zararın tazminini talep etmeli veya sözleşmeden dönmelidir¹⁰⁵⁴.

Ek süre tayini gerekmeyen durumlarda, iş sahibi **makul bir süre** içinde seçimlik haklarından hangisini tercih ettiğini **açıklamazsa** ne olur? Bu durumda, Yargıtay uygulamasında olduğu gibi¹⁰⁵⁵, iş sahibinin **aynen ifa ve gecikme tazminatı** istediği kabul edilmelidir. Zira iş sahibi seçimlik haklarını gecikmeksizin kullanarak aynen ifa talebine son vermediğine göre, aynen ifa talebi halen devam etmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, iş sahibi yenilik doğuran bir beyanla müsbet zararın tazminini talep etmedikçe veya sözleşmeden dönmedikçe onun kendiliğinden müsbet zarar tazminatı talep etmiş veya sözleşmeden dönmüş sayılması da mümkün değildir¹⁰⁵⁶.

C. İş Sahibinin Seçimlik Haklarından Birini Kullandıktan Sonra Tercihini Değiştirip Değiştiremeyeceği Meselesi

İş sahibi müsbet zarar tazminatı talep etme veya sözleşmeden dönme haklarından birini tercih ettikten sonra acaba bu seçimini değiştirebilir mi? Bir görüşe göre¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵⁴ **Öz**, Dönme, s. 179; **Havutçu**, s. 102.

¹⁰⁵⁵ Yarg. 15. HD., 27.5.2002 T., 423 E., 2813 K.: “**Kesin vade** geçtikten sonra alacaklının BK 106. maddesinde sözü edilen seçimlik haklardan hangisini **tercih** ettiğini **açıklamaması** durumunda kural olarak **akdin ifasını ve gecikmeden doğan zararlarını** istediğinin kabulü gerekir.” (www.kazanci.com).

¹⁰⁵⁶ Aksi görüşte: **Oğuzman/Öz**, s 424. **Oğuzman/Öz**'e göre BK m. 107'de sayılan durumlarda, borçlu temerrüde düşünce alacaklı sözleşmeden dönme hakkını tercih etmiş sayılmalıdır. Alacaklı ifa yerine tazminat isteyecekse bunu derhal bildirmelidir.

¹⁰⁵⁷ **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 373; **Oğuzman/Öz**, s 407; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072; **Öz**, İnşaat, s. 144. Yargıtay içtihatları da BK m. 106 f. 2'de alacaklıya tanınan seçimlik hakların kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı yönündedir. Örneğin, Yarg. 13. HD., 26.12.1986 T., 5508 E., 6649 K.: “...davacı ...açmış olduğu dava ile BK'nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını kullanarak akitten dönmüş ve satış için verdiği parayı istemiş olduğuna göre artık zarar ziyan talebinde bulunamaz.”(**Uygun**, Cilt 3, s. 3510). Yarg. 11. HD. 19.1.1982 T., 5484 E., 139 K.: “Verilen süre sonunda alacaklının ifadan vazgeçerek tazminat istediğini veya sözleşmeyi feshettiğini bildirmesi, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olup,

yenilik doğuran beyanların geri alınamazlığı kuralı mutlak şekilde uygulanmalıdır. Bu doğrultuda, iş sahibi sözleşmeden dönmüşse artık hiçbir durumda müsbet zararının tazminini talep edemez; müsbet zararının tazmini talep etmişse artık hiçbir durumda sözleşmeden dönemez. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan yazarlardan bazıları da dönmeden tazminata geçişin mantiken mümkün olmadığı gerekçesi ile yapılan seçimin değiştirilmesini reddetmektedirler¹⁰⁵⁸.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁰⁵⁹ ise, muhatabın korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı durumlarda, müsbet zararın tazminatı talebinden sözleşmeden dönmeye veya sözleşmeden dönmeden müsbet zarar tazminatı talebine geçiş (*ius variandi*) mümkün olmalıdır. Zira yenilik doğuran beyanların geri alınamaması prensibi, muhatabın güveninin korunması esasına dayanır. Karşı tarafta yaratılan güvenin sarsılmasının söz konusu olmadığı durumlarda bu ilke dayanağını yitirir¹⁰⁶⁰. Örneğin, iş sahibinin müsbet zarar tazminatı talep etme veya sözleşmeden dönme beyanını geri almasına yüklenicinin rıza gösterdiği veya yüklenicinin gerekli şartların oluşmadığından bahisle iş sahibinin geri almak istediği yenilik doğuran hakkın

böyle bir beyandan sonra alacaklı seçtiği şıkkı değiştiremez, beyanı onu bağlar.” (Karahasan, Genel Hükümler, Cilt 2, s. 1119). İsviçre Federal Mahkemesi’nin önceki içtihadı müsbet zararın tazminini talep etme ve sözleşmeden dönme haklarının bir kez kullanıldıktan sonra artık geri alınamayacağı yönünde idi. Örneğin, bkz. BGE 123 III 17.

¹⁰⁵⁸ Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar s. 455 dn. 36’da zikredilen yazarlar.

¹⁰⁵⁹ **Schenker**, Verzug, N 547; **Glasl**, s. 174; **Serozan**, İfa, s. 230; **Buz**, recht 1997, s. 197 vd.; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 465. İsviçre Federal Mahkemesi de esaslı hata sebebiyle sözleşmenin iptaline ilişkin yeni tarihli bir kararında bu görüşü benimsemiştir. Bkz. BGE 128 III 75 = JdT 2003 I 9. Bu davada alıcı irade sakatlığı sebebiyle sözleşmeyi iptal yönünde yenilik doğuran bir beyanda bulunmuştur. Muhatap ise bu hakkın kullanım şartlarının gerçekleşmediğinden bahisle iptal beyanına itiraz etmiştir. Federal Mahkeme bu çerçevede beyan sahibinin iptal beyanını geri almasına cevaz vermiştir.

¹⁰⁶⁰ **Serozan**, İfa, s. 230; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 448.

kullanılmasına itiraz ettiği durumlarda, iş sahibi önceki beyanını geri alıp diğer seçimlik hakkını kullanabilmelidir. Kanaatimizce, bu noktada, iş sahibinin yüklenicinin ediminin alacağı değeri dikkate alarak yüklenici aleyhine spekülasyonda bulunması¹⁰⁶¹, hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK m. 2 f. 2) ile önlenabilir. Öte yandan, katıldığımız dönüşüm teorisine göre dönme beyanı ile eser sözleşmesi geçmişe etkili biçimde ortadan kalkmayıp, sadece içerik değiştirerek tasfiye ilişkisine dönüşmektedir. Bu sebeple, **Serozan**'ın da haklı olarak ifade ettiği üzere, bu teori kabul edildiği takdirde, dönmeden tazminata geçiş bakımından mantıkî bir imkânsızlık da söz konusu olmaz¹⁰⁶².

D. İş Sahibinin Hangi Seçimlik Hakkı Kullandığının Açık Olmadığı Durumlar

İş sahibinin Borçlar Kanunu'nun 106. maddesine göre sahip olduğu seçimlik haklardan her biri, gerek eser sözleşmesinin, gerek tarafların edimlerinin akıbeti bakımından birbirinden çok farklı sonuçlara yol açmaktadır. Bu sebeple, iş sahibinin hangi seçimlik hakkı kullandığının doğru biçimde tespit edilmesi büyük önem taşır. Bu tespit yapılırken, **iş sahibinin** beyanında kullandığı sözcüklerin kelime anlamı değil, onun **gerçek iradesi** araştırılmalıdır (BK m. 18 f. 1)¹⁰⁶³. İsviçre ve Türk hukukunda,

¹⁰⁶¹ Örneğin, müsbet zararın tazminini talep eden kendi edimini ifa etmiş bulunan iş sahibinin eserin değerinin sonradan düşmesi üzerine sözleşmeden dönmeyi tercih etmek istemesi veya sözleşmeden dönen iş sahibinin eserin değerinin artması sebebiyle müsbet zarar tazminatı talep etmek istemesi, eserin değerindeki artış ve azalışların yüklenici aleyhine kullanılabilmesi durumlarıdır.

¹⁰⁶² **Serozan**, İfa, s. 230.

¹⁰⁶³ **Havutçu**, s. 103; **Öz**, İnşaat, s. 148. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin, Yarg. 11. HD., 19.1.1982 T., 5484 E., 139 K.: “Olayda davacı ihtarnamesinde, bu süre içinde borç ifa edilmezse tüm zararlarını isteyeceğini bildirmişse de bu zararın borcun ifa edilmesinden doğan müsbet zarar mı (BK m. 106 f. 2), yoksa akdın feshinden doğan menfi zarar mı olduğunu (BK m. 108 f. 2) açıkça belirtmemiştir. BK 18 f. 1 maddesi hükmünden yararlanarak davacı alacaklının hakikî maksadını aramak gerekmektedir.” (**Karahasan**, Genel Hükümler, Cilt 2, s. 1119).

irade beyanlarının yorumunda, bugün hâkim olan görüş yeni güven teorisidir¹⁰⁶⁴. Buna göre, muhatabın (yüklenicinin), makul ve dürüst bir kimse olarak, somut olayın tüm şartları göz önünde tutulduğunda, dürüstlük kurallarına göre, beyanda bulunanın (iş sahibinin) beyanına vermesi gereken anlam esas alınmalıdır¹⁰⁶⁵.

İş sahibinin aynen ifa ve gecikme tazminatı istediğini tespit etmek çoğunlukla güçlük arz etmez¹⁰⁶⁶. Bunun için, iş sahibinin beyanından onun halen yüklenicinin işe devam etmesini veya nama ifayı istediği sonucunun çıkarılabilmesi yeterlidir¹⁰⁶⁷. İş sahibi, açıkça yüklenicinin işe devam etmesini istediğini belirtmemekle birlikte,

¹⁰⁶⁴ İsviçre hukukunda: **von Tuhr/Peter**, s. 287; **Gauch/Schluep**, Band I, N 207; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 122 vd. Türk hukukunda: **Eren**, Borçlar Genel, s. 141 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 61.

¹⁰⁶⁵ **Eren**, Borçlar Genel, s. 142; **Serozan**, Dönme, 487-488; **Havutçu**, s. 103; **Buz**, Dönme, s. 298; **Ayan**, s. 212. Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin beyanı gerçek iradesini yansıtmamakla birlikte, yüklenici, iş sahibinin gerçek iradesini biliyorsa güven teorisine başvurulmaz. Bu takdirde, iş sahibi beyanında yanlış ifadeler kullandığı halde, her iki tarafın da beyana verdiği gerçek ve ortak anlam esas alınır. **Gauch/Schluep**, Band I, N 215; **Oğuzman/Öz**, s. 62; **Buz**, Dönme, s. 298.

¹⁰⁶⁶ Ancak, uygulamada nadiren de olsa iş sahibinin hem aynen ifa, hem de sözleşmeden dönme yönünde beyanda bulunmasına rastlanmaktadır. Örneğin, Yargıtay iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmenin feshi talebiyle açtığı bir davadan sonra aynı sözleşmeye dayanarak bu defa geciken ifa sebebiyle kira bedellerinin tahsiline yönelik dava açması karşısında, “Davacılar hem sözleşmenin feshi (sona erdirilmesi) ve hem de ifası gibi birbiriyle çelişen iki ayrı talepte bulunmuşlardır. Bu durumda, davacıların asıl maksatlarına bakmak gerekir (BK m. 18). İnşaatın geldiği seviye ve tarafların yararları göz önünde bulundurulduğu takdirde, asıl amacın, fesih olmayıp sözleşmenin ifası ve geciken ifa dolayısıyla zararın tazmini ve henüz sonuç doğurmamış olan fesih talebinden vazgeçme olduğu açıktır” biçiminde hüküm tesis etmiştir. Yarg. 15. HD., 25.2.1998 T., 497 E., 672 K. (**Uygur**, Cilt 3, s. 3526).

¹⁰⁶⁷ Yarg. 14. HD., 25.3.2008 T., 2008/2451 E., 2008/3912 K.: “Davalı arsa sahipleri her ne kadar 3.11.1999 günlü sözleşmenin feshini davalı yükleniciye ihbar etmiş iseler de, sözleşme ile yükleniciye bırakılmasını kararlaştırdıkları üç adet bağımsız bölüm tapusunu ona vermemiş, bağımsız bölümler yüklenici nam ve hesabına satılarak yapıdaki eksikliklerin giderilmesi için harcandığından arsa sahiplerinin gerçek iradesinin fesih değil, sözleşmenin ifasına yönelik olduğunun kabulü gerekir.” (www.kazanci.com).

yükleniciden gecikme tazminatı ya da cezaî şart talep ediyorsa, bu durumda da onun aynen ifada ısrar ettiği sonucuna varılabilir¹⁰⁶⁸.

İş sahibinin hangi seçimlik hakkı kullandığının tespiti bakımından asıl zorluk ifa yerine tazminat talebi ile sözleşmeden dönme hakları bakımından ortaya çıkar. İş sahibinin beyanında kullandığı ifadeler sebebiyle, onun ifa yerine müsbet zararın tazminini mi talep ettiğinin yoksa sözleşmeden dönmeyi mi seçtiğinin açıkça anlaşılmadığı durumlara uygulamada sıkça rastlanır. Örneğin, “sözleşmeyi feshediyor ve tüm zararımın tazminini talep ediyorum” diyen iş sahibi acaba gerçekten sözleşmeden dönmek mi istemektedir, yoksa ifa yerine tazminat mı istemektedir? Yahut iş sahibi “müsbet, menfi tüm zararımın tazminini talep ediyorum” demişse, bu beyana hangi anlam verilmelidir?

İş sahibi beyanında hem sözleşmeden döndüğünü veya sözleşmeyi feshettiğini bildirmiş hem de işi tamamlatma masraflarını ve eserin teslim edilmemesinden dolayı uğradığı zararın tazminini (örneğin yoksun kaldığı kira gelirlerini) talep etmişse nasıl bir yorum yapılmalıdır? Böyle bir durumda, dönme veya fesih ifadelerine rağmen, iş sahibinin sözleşmeden dönmeyi veya sözleşmeyi feshetmeyi değil, ifa yerine müsbet zararının tazminini talep ettiği kabul edilmelidir¹⁰⁶⁹. Zira, burada iş sahibinin dönme veya fesih ifadesini kullanmaktaki amacı aynen ifa talebinden vazgeçtiğini ve yüklenicinin işten el çekmesini istediğini bildirmektir. Onun asıl iradesi, ifa yerine tazminat talep etmektir.

¹⁰⁶⁸ **Öz**, Dönme, s. 180.

¹⁰⁶⁹ **Öz**, Dönme, s. 181; **Öz**, İnşaat, s. 148.

İş sahibinin sözleşme gereği ifa ettiği edimlerin iadesini talep etmesi ise, onun gerçek iradesinin sözleşmeden dönmek olduğuna işarettir¹⁰⁷⁰. Örneğin, bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibi “yükleniciye devrettiğim arsa paylarının iadesini ve uğradığım müsbet, menfi tüm zararın tazmini istiyorum” diyorsa, bu ifadeden onun sözleşmeden dönüp menfi zararının tazminini istediği anlaşılır. Burada iş sahibi için asıl önemli olan ifa ettiği edimi geri almaktır. Sözleşmeden dönüldüğünde, taraflar açıkça aksini kararlaştırmadıkça, hem müsbet hem menfi zararın tazmininin talep edilmesi de söz konusu olamayacağına göre, iş sahibi gerçek iradesi olan sözleşmeden dönme tercihine bağlı olarak ancak menfi zararının tazminini talep edebilir.

Tüm yorum çabalarına rağmen iş sahibinin gerçek iradesi konusunda halen **şüphe** duyuluyorsa, somut olayın şartları dâhilinde **iş sahibi için en avantajlı çözüm** hangisi ise iş sahibinin onu tercih etmiş olduğu kabul edilmelidir¹⁰⁷¹. Esasen, bu tür bir karışıklık, doktrinde bazı yazarlarca haklı olarak ifade edildiği üzere, hangi seçimlik hakkın kullanıldığının açık olmadığı durumlarda, ilk derece mahkemesi hâkiminin iş sahibine hangi seçimlik hakkı kullanmak istediğini sorup, durumu açıklığa kavuşturması ile daha olayın başında giderilebilir¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, 551; **Buz**, Dönme, s. 298; **Öz**, Dönme, s. 183.

¹⁰⁷¹ **Serozan**, Dönme, s. 491; **Öz**, Dönme, s. 182; **Ayan**, s. 213.

¹⁰⁷² **Glasl**, s. 174; **Buz**, Dönme, s. 299; **Ayan**, s. 214. Yarg. 15. HD., 26.02.2001 T., 4962 E., 1042 K.: “Davacı arsa sahipleri, hem sözleşmenin feshini ve hem de sözleşmenin yürürlükte kalması, anlamına gelip ifaya ekli cezayı istemekte, birbiri ile çelişkili iki ayrı talepte bulunmuşlardır. Başka bir anlatımla, ya sözleşmenin feshi talep edilecek ve dava feshe inhisar ettirilecek ya da sözleşme ayakta tutularak, dava sadece ifaya ekli cezaya hasrettirilecektir. Mahkemece davacı arsa sahiplerinin bu konudaki açık tercihleri tutanağa geçirilip imzalatıldıktan sonra tercih edilen isteme göre davaya devam edilmesi gerekirken, yazılı biçimde davanın sonuçlandırılması doğru olmamıştır.” (www. kazanci.com). Bu karar için bkz. ayrıca, **Ayan**, s. 214. Yarg. 15. HD., 13.10.1994 T., 1994/414 E., 1994/5816 K.: “(...) davalı yana öncelikle sözleşmeyi hangi kanun hükmüne dayanarak feshettikleri açıklattırılmalıdır. (...) davalı arsa

II. İŞ SAHİBİNİN MÜSBET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

Eserin yüklenici tarafından tamamlanarak teslim edilmesinden yani aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, eserin vadede teslim edilmemiş olmasından doğan müsbet zararının tazminini talep edebilir (BK m. 106 f. 2). İş sahibinin müsbet zararın tazminini talep etme hakkı **değiştirici yenilik doğuran bir hak**tır¹⁰⁷³. İş sahibi, müsbet zararının tazminini talep etmeyi seçerse, eser sözleşmesi yürürlükte kalmaya devam eder. Ancak sözleşmenin içeriği değişir; yüklenicinin aslî edim borcu olan eseri meydana getirerek teslim etme borcu, yerini **tazminat ödeme borcuna** bırakır¹⁰⁷⁴.

A. Müsbet Zarar Kavramı

Müsbet zarar (das Erfüllungsinteresse/l'intérêt positif), alacaklının edimin sözleşmeye uygun olarak **ifa** edilmesine ilişkin **menfaatinin gerçekleşmemesi** sebebiyle uğradığı zarardır. Müsbet zarar, alacaklının malvarlığının hali hazırda bulunduğu durum ile borçlu borcunu gereği gibi ifa etmiş olsaydı bulunacağı durum

sahibinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna varılırsa, aynen ifa davasının reddine; aksi halde, yani fesihte ileri sürülen nedenlerin haklı olmadığı ve sözleşmenin feshini gerektirmediği sonucuna varılırsa davanın kabulüne yani sözleşmenin aynen ifasına karar verilmelidir.” (www. kazanci.com).

¹⁰⁷³ **Schenker**, Verzug, N 547; **Havutçu**, s. 97; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 193.

¹⁰⁷⁴ **Chavanne**, N 216; **Werz**, N 365; **Ramoni**, N 72; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1072. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Borçlar Kanunu'nun 106/II. maddesi uyarınca "İfa yerine olumlu zararın" istenmesi durumunda da yanlar arasındaki sözleşme yürürlükte kalır; ancak vazgeçilen asıl borcun yerini "olumlu zarar" tazmini alır.” (**Kostakoğlu**, s. 706-709). Borç ilişkisinin devam etmesinin bir sonucu da, asıl alacak olan eserin tamamlanmış olarak teslim alınması alacağına bağlı olan teminatların, artık iş sahibinin tazminat alacağına teminatı olarak varlığını sürdürmesidir. **Erman**, İnşaat, s. 92.

arasındaki farktan ibarettir¹⁰⁷⁵. O halde, müsbet zararın tazmini ile alacaklıyı sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı duruma getirmek hedeflenmektedir¹⁰⁷⁶.

B. Müsbet Zararın Unsurları

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sonucunda iş sahibinin uğradığı müsbet zarar başlıca iki unsurdan oluşur. Bunlar yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ve iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme sebebiyle uğradığı diğer zararlardır¹⁰⁷⁷.

1. İfa Edilmeyen Edimin Değeri

İfa edilmeyen edimin değeri, iş sahibinin yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle uğradığı müsbet zararın asgarî içeriğini oluşturur¹⁰⁷⁸. Zira, yüklenici taahhüt ettiği edimi yerine getirmiş olsaydı, yani eseri tamamlayarak vadede teslim etmiş olsaydı, sözleşme konusu eserin değeri iş sahibinin malvarlığına dâhil olacaktı.

¹⁰⁷⁵ **Stanislas**, s. 39; **Monod**, s. 162; **Havutçu**, s. 68, **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073. Yarg. HGK., 17.1.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1K.: “Borçlu edayı gereği gibi ve vaktinde yerine getirseydi alacaklının mameleki ne durumda olacak idiye, bu durumla eylemli durum arasındaki fark müsbet zarardır.” (**Kostakoğlu**, s. 468).

¹⁰⁷⁶ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 29; **Tercier**, Obligations, N 1214; **Stanislas**, s. 39; **Monod**, s. 162; **Schenker**, Verzug, N 623; **Ramoni**, N 72; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Alacaklının isteyebileceği olumlu zarar tazminatının konusu, "ifadaki çıkarıdır" yani sözleşmede yüklenilen edimin tümüyle yerine getirilmesi durumunda alacaklının elde edecek olduğu çıkardır.” (**Kostakoğlu**, s. 706-709).

¹⁰⁷⁷ **Schenker**, Verzug, N 651; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073.

¹⁰⁷⁸ **Havutçu**, s. 69.

2. Gecikmeden Doğan Diğer Zararlar

Müsbet zararın tazmini ile amaçlanan sadece alacaklının **edimin ifa edilmesine** ilişkin menfaati olsaydı, bu amaç ifa edilmeyen edimin değerinin tazmini ile elde edilmiş olurdu. Oysa burada amaçlanan, alacaklının sadece edimin ifasına değil, edimin tam ve doğru diğer bir deyişle, **sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine** ilişkin menfaatidir. Bu itibarla, iş sahibi müsbet zararının tazminini talep ettiği takdirde, eseri teslim borcunda temerrüde düşmüş olan yüklenici, sadece ifa etmediği **edimin değerini** değil, buna ek olarak iş sahibinin eserin teslimindeki gecikme yani **temerrüt sebebiyle uğradığı** ve gecikme ile uygun illiyet bağı içinde bulunan tüm **zararları** da tazmin etmek zorundadır¹⁰⁷⁹. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin BK m. 107'ye dayanarak müsbet zararının tazmini kapsamında yükleniciden talep edebileceği “gecikme zararları”, hukukî nitelik itibariyle, onun aynen ifade ısrar ettiği takdirde yükleniciden talep edebileceği BK m. 103'te düzenlenmiş olan “gecikme zararları” ile aynıdır¹⁰⁸⁰.

Eserin teslimindeki gecikmeden ötürü iş sahibinin uğradığı zararlar, fiilî zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kâr (*lucrum cessans*) olmak üzere iki başlık altında incelenebilir:

a. Fiilî Zarar

Fiilî zarar, zarar görenin malvarlığındaki azalmayı ifade eder. Bu azalma, malvarlığının aktifinde bir azalma veya pasifinde bir artış şeklinde meydana gelir¹⁰⁸¹. Örneğin, iş sahibinin seçim hakkını kullanmak için yaptığı giderler, ifa beklentisi içinde

¹⁰⁷⁹ Schenker, Verzug, N 623; Tandoğan, Cilt II, s. 140; Havutçu, s. 69; Öz, İnşaat, s. 146; Erman, İnşaat, s. 93; Ayan, s. 240; Gümüş, s. 76-77.

¹⁰⁸⁰ Schenker, Verzug, N 625; Havutçu, s. 70.

¹⁰⁸¹ Monod, s. 163.

yaptığı harcamalar, dava masrafları, eserin üçüncü kişiye tamamlanmasından kaynaklanan maliyet artışı¹⁰⁸² onun malvarlığının aktifini azaltan unsurlardır¹⁰⁸³. Keza, yüklenicinin edimini ifa etmemesinden dolayı iş sahibi de kendisinin taraf olduğu bir başka sözleşmedeki borcunu yerine getiremediği için o sözleşmedeki muhatabına tazminat veya cezaî şart ödemek zorunda kalmışsa, bu durumda da iş sahibinin malvarlığının aktifi azalmış olur¹⁰⁸⁴. Öte yandan, inşaat sözleşmelerinde iş sahibi yapının vadede teslim edilmemesi sebebiyle başka bir yere kira ödemek zorunda kalmışsa, vade tarihinden sonra muaccel olmak kaydıyla bu kira bedelleri de temerrüde bağlı olarak ortaya çıkan fiilî zarar niteliğindedir¹⁰⁸⁵. İş sahibinin eserin vaktinde teslim edilmemesi sebebiyle uğradığı “fiilî zarar” niteliğinde olan tüm bu kalemlerin müsbet zarar tazminatı çerçevesinde tazmini gerekir.

b. Yoksun Kalman Kâr

İş sahibinin yoksun kaldığı kâr da onun eserin teslimindeki gecikmeden ötürü uğradığı zararlar arasında yer aldığından, bu zararın da müsbet zarar tazminatı

¹⁰⁸² **Koller**, Nachbesserung, s. 168; **Ramoni**, N 474. Yargıtay da satım sözleşmelerinde iki ihale arasındaki farkın müsbet zarar niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Yarg. HGK., 17.1.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1 K.: “Olayımızda davacı idare davalının sözleşme gereği kabul ettiği fiyattan malı alamayınca başkasından ve daha fazla fiyatla almak zorunda kalmıştır. İşte bu iki fiyat arasındaki fark (iki ihale arasındaki fark) onun müsbet zararıdır. Davacının mamelekinde, sözleşme yerine getirilseydi bulunacağı duruma göre bir azalma olmuştur. Davacı idare, 18.750 kg. incir için davalıya 4.757 lira ödeyecekken davalının edimini yerine getirmemesi nedeniyle aynı miktar kuru taciri 7.875 liradan almak zorunda kalmıştır; işte müsbet zarar bu iki bedel arasındaki farktan ibarettir.” (**Kostakoğlu**, s. 466-470). Yarg. 13. HD., 16.2.1999 T., 1999/504 E., 1999/908 K.: “Davacı, (...) teslim edilmeyen malzemenin ikinci ihale sonucunda daha yüksek fiyatla satın alındığını, bu yüzden zarara uğradığını ileri sürerek iki ihale bedeli arasındaki farkın tazminat olarak ödetilmesini istemiştir. Davacının bu isteğinin müsbet zarara ilişkin bulunduğu açıktır.” (www.kazanci.com).

¹⁰⁸³ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 29; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073; **Havutçu**, s. 74-75.

¹⁰⁸⁴ **Stanislas**, s. 40; **ZK-Bühler**, Art.366, N 55; **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 29; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073; **Havutçu**, s. 75.

¹⁰⁸⁵ **Öz**, İnşaat, s. 146.

kapsamında tazmini gerekir¹⁰⁸⁶. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü bakımından iş sahibinin yoksun kaldığı kâr, zarar veren olay yani temerrüt meydana gelmemiş olsa idi, iş sahibinin malvarlığında meydana gelecek olan toplam artışı ifade eder¹⁰⁸⁷. Örneğin, yüklenicinin iş sahibinin fabrikasında yapacağı üretimde kullanmak üzere sipariş ettiği makinenin tesliminde temerrüde düşmesi sebebiyle bu makine ile yapacağı üretimi gerçekleştiremeyen iş sahibinin uğradığı kazanç kaybı bu tür bir zarar kalemidir. Keza inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle kendisine kalacak olan bağımsız bölümler bakımından kira alacağı kaybına uğraması da yoksun kalınan kazanç kapsamındadır¹⁰⁸⁸.

C. Müsbet Zararın Tazmini Talebinin Yüklenicinin Kusuru İle İlişkisi

1. Kusur Şartı

Borçlunun **temerrüde** düşmesi sebebiyle alacaklıya ödemek zorunda olduğu **müsbet zarar tazminatı**, onun **kusurlu** ifa **imkânsızlığı** durumunda alacaklıya ödemek zorunda olduğu müsbet zarar tazminatı müeyyidesi ile aynı esaslara tâbidir¹⁰⁸⁹. Bu

¹⁰⁸⁶ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 29; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073. Yarg. HGK., 17.1.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1K.: “(...) müsbet zarar, sözleşmenin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan zarardır; kuşkusuz kâr mahrumiyetini de içine alır.” (**Kostakoğlu**, s. 466-470).

¹⁰⁸⁷ **Stanislas**, s. 40; **Monod**, s. 163.

¹⁰⁸⁸ **Öz**, İnşaat, s. 146. Yarg. 15. HD., 23.10.2003 T., 2003/1873 E., 2003/4992 K.: “Davacı arsa sahipleri yararına hüküm altına alınan 5.520.000.000 lira ise mahrum kalınan kira alacağıdır. Gecikmeden ötürü kira tazminatı ise müsbet zarar kapsamında kalır ve davacılar BK 106. maddesindeki seçimlik hakkını fesih doğrultusunda kullandığından talep edilemez.” (www.kazanci.com). Ancak, bazı Yargıtay kararlarında müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibinin kira tazminatı talep edemeyeceğine hükmedilmektedir. Örneğin, bkz. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K. : “aynen ifadan vazgeçip olumlu zararın tazmini istendiğinde, (...) arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez.” (**Kostakoğlu**, s. 706-709).

¹⁰⁸⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 409; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074; **Serozan**, İfa, s. 229; **Havutçu**, s. 67. İsviçre Federal Mahkemesi de bu kanaattedir. Örneğin, bkz. BGE 120 III 296; BGE 69 II 245 = JdT 1944 I 136. Esasen, gerek borcun borçlunun kusuru ile sonradan

itibarla, sonraki kusurlu ifa imkânsızlığından kaynaklanan tazminat sorumluluğuna ilişkin hükümler (BK m. 96 vd.) borçlu temerrüdünden kaynaklanan müsbet zararın tazmini talebi bakımından da uygulanır¹⁰⁹⁰.

Her ne kadar alacaklının borçludan müsbet zarar tazminatı talep edilebilmesi için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması gerektiğine BK m. 106 f. 2'de açıkça değinilmemiş ise de, borçlunun tazminat yükümlülüğünün doğması için onun temerrüde düşmekte **kusurlu** olması şarttır¹⁰⁹¹. Zira tazminat sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu esastır ve kanun koyucu tazminat borçlusunu bakımından kusursuz sorumluluk öngördüğü istisnaî durumları kanunda açıkça düzenlemiştir. Borçlu temerrüdüne bağlı müsbet zarar tazminatı bakımından ise böyle bir istisnaî düzenleme söz konusu değildir¹⁰⁹². Sözleşmeye aykırılığı düzenleyen genel hüküm niteliğindeki BK m. 96'da yer alan kusur karinesi, temerrüde bağlı müsbet zarar tazminatı talebi bakımından da geçerlidir. O halde, müsbet zarar tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulmak isteyen yüklenici, temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlamalıdır (BK m. 96 f. 1)¹⁰⁹³. Buna karşılık, temerrüt yüklenicinin kendisinden kaynaklanmıyor, edimin ifası sırasında başvurduğu bir yardımcı kişinin fiilinden kaynaklanıyorsa (BK m.

imkânsız hale gelmesi durumunda gerek borçlunun temerrüde düşmesi sebebiyle alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini beyan etmesi durumunda, borcun ifa edilmemesi sonucunda alacaklının ifa menfaatine ilişkin olarak uğradığı zarar aynıdır. Bkz. **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 29.

¹⁰⁹⁰ **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074; **Serozan**, İfa, s. 229.

¹⁰⁹¹ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 31; **Ramoni**, N 73; **Oğuzman/Öz**, s. 409; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074.

¹⁰⁹² **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 31.

¹⁰⁹³ **Ramoni**, N 73; **Oğuzman/Öz**, s. 409; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Kusuru ile temerrüde düşen borçlu, Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi ve izleyen maddeleri çerçevesinde alacaklının müsbet zararını tazminle sorumlu tutulur. Borçlunun, tazmin sorumluluğundan kurtulabilmesi için borçlu temerrüdüne düşmesinde kusursuzluğunu kanıtlaması gerekir.” (**Kostakoğlu**, s. 706-709).

100), bu durumda yüklenici ancak yardımcı kişinin fiili bakımından kendisine isnad edilebilecek farazî bir kusurun bulunmadığını ispat ederek müsbet zarar tazminatı ödeme yükümlülüğünden kurtulabilir¹⁰⁹⁴.

2. Yüklenicinin Temerrüde Düşmekte Kusursuz Olduğunu İspatlaması

Yüklenici temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispatladığı takdirde tazminat ödemek zorunda kalmayacaktır. Bu durumda ifa yerine müsbet zararının tazminini talep eden iş sahibi, karşılığında tazminat elde edemediği halde kendi edimini ifa etmek zorunda bırakılırsa, onun oldukça olumsuz bir sonuçla karşı karşıya kalacağı açıktır. Bu husus dikkate alınarak doktrinde iş sahibi müsbet zarar tazminatı talep ettiğinde yüklenicinin temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatladığı durumlara ilişkin çeşitli çözümler önerilmiştir:

Bir görüşe göre¹⁰⁹⁵, borçlunun temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlaması üzerine alacaklının müsbet zararın tazmini talebi baştan itibaren ortadan kalkar. Alacaklı bu durumda aynen ifadan vazgeçme beyanı ile bağlı olduğundan, onun için açık kalan **tek yol** BK m. 106 f. 2 (İBK m. 107 f. 2)'de düzenlenen diğer seçimlik hak olan **sözleşmeden dönme** seçeneğidir. Buna göre, iş sahibi temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat eden yüklenici karşısında ancak sözleşmeden dönme hakkını kullanmayı tercih edebilir.

¹⁰⁹⁴ CR-Thévenoz, Art. 107 N 31.

¹⁰⁹⁵ Gauch/Schluep, Band II, N 2790; Koller, Leistungsverzichts, s. 503; Glasl, s. 175 vd.; Chavanne, N 219 dn. 179.

Diğer bir görüşe göre¹⁰⁹⁶ ise, bu durumda BK m. 117 f. 2 (İBK m. 119 f. 2) hükmü kıyasen uygulanmalı ve **alacaklının da karşı edim borcundan kurtulduğu** kabul edilmelidir. Bu görüş kabul edilirse, temerrüde düşmekte kusursuz olan ve böylece müsbet zarar tazminatı ödeme borcundan kurtulan yüklenici karşısında, iş sahibi de bedel ödeme borcundan kurtulmuş olur. Belirtmek gerekir ki, bu görüş, meseleye temerrüt hükümleri çerçevesinde bir çözüm bulma imkânı mevcutken, ifa imkânsızlığı hükümlerine başvurmanın isabetsiz olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁰⁹⁷.

Başka bir görüşe göre¹⁰⁹⁸, müsbet zarar tazminatının, “**ifa edilmeyen edimin değeri**”ne karşılık gelen kısmı için borçlunun **kusurunun varlığı gerekmez**. Diğer bir deyişle borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olması müsbet zarar tazminatının sadece “gecikmeden doğan zararlar”a ilişkin kısmı için aranmalıdır. Buna göre, yüklenici kusursuz olarak temerrüde düşmüş olsa dahi, iş sahibi vadede teslim edilmeyen eserin değerini müsbet zarar tazminatı kapsamında yükleniciden talep edebilir. İş sahibi, kusursuz yüklenici karşısında, sadece gecikme zararlarının tazminini talep edemez. Bu görüş de, Borçlar Kanunu’nun sistematığına aykırı olduğu gerekçesiyle eleştirilmektedir. Şöyle ki, kanun koyucu sonraki kusursuz ifa imkânsızlığı halinde kusursuz borçluyu alacaklıya borçlandığı edimin değerine karşılık gelecek bir tazminat ödemekle yükümlü kılmamıştır. İşte sonraki ifa imkânsızlığı durumunda ifa riskini alacaklıya yükleyen kanun koyucunun iradesi, borçlunun kusursuz olarak temerrüde düşmesi durumunda ifa riskini kusursuz borçluya yüklemek yönünde olamaz¹⁰⁹⁹.

¹⁰⁹⁶ **Lemp**, s. 51; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 373 dn. 172; **Wertz**, N 374.

¹⁰⁹⁷ **Chavanne**, N 219 dn. 179.

¹⁰⁹⁸ **Keller/Schöbi**, s. 276.

¹⁰⁹⁹ **Schenker**, Verzug, N 640; **Chavanne**, N 219 dn. 179.

Bir diğerk görüşe göre¹¹⁰⁰ ise, bu durumda alacaklının müsbet zarar tazminatı talep etmesi, borçlunun kusuru bulunmadığı için göstermelik olan ve aslında var olmayan bir hakkın kullanılması mahiyetinde olduğundan, hukukî durumda değişiklik yaratmaz. Onun aynen ifayı talep etme hakkını ortadan kaldırmaz. Buna göre, iş sahibi, temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispatlayan yükleniciden **aynen ifada** bulunmasını talep edebilir **veya** yükleniciye yeniden ek süre tayin ederek eser sözleşmesinden **dönebilir**. Bu görüşe karşı **Werz** tarafından şu eleştiriler yöneltilmiştir¹¹⁰¹: Aynen ifadan vazgeçme tercihi, müsbet zarar tazminatı ile sözleşmeden dönme arasındaki seçimin ön şartı olmakla birlikte, bu ikinci seçimden bağımsız bir seçimdir. Bu itibarla, borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması durumunda, alacaklın müsbet zararın tazmini talebinin hukukî durumda hiçbir değişiklik yaratmadığı doğru değildir; aynen ifadan vazgeçen alacaklı bu vazgeçme beyanı ile bağılı tutulmalıdır. Ayrıca, aynen ifadan vazgeçen alacaklının, borçlunun gerek müsbet gerek menfî zarar tazminatı ödemekten kurtulabilme riskini de göze almış olması gerekir.

Kanaatimizce, yukarıda değinilen ilk görüş ile son görüş uzlaştırılarak ortalama bir çözüme gidilmelidir. Öncelikle, müsbet zararını tazmin ettirme olanağı ortadan kalkan iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğı kabul edilmelidir. Buna göre, iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuruz olduğunu ispatlaması üzerine, **eser sözleşmesinden dönebilir**. İş sahibi, yüklenici temerrüde düşmekte kusursuz olduğu için menfî zarar tazminatı elde edemez ise de, kendi edimini ifa etmiş bulunuyorsa bunun iadesini yükleniciden isteyebilir. Öte yandan, aynen ifadan vazgeçme beyanının yenilik doğuran bir hakkın kullanımı olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Bu hak alacaklı tarafından bir kere kullanıldıktan sonra artık tek taraflı olarak geri

¹¹⁰⁰ **Schenker**, Verzug, N 646, 647; **Havutçu**, s. 108; **Ayan**, s. 296.

¹¹⁰¹ **Werz**, N 374.

alınamamalıdır. Konumuza ilişkin olarak, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanı üzerine, yüklenici de aynen ifadan vazgeçilmiş olmasına güvenerek, iş gücünü, teknik imkânlarını başka işlere kaydırmış olabilir. Bu halde yükleniciyi aynen ifaya zorlamak adil olmayan sonuçlara yol açabilir¹¹⁰². Ancak borçlunun iradesi ve menfaati de aynen ifada bulunmak yönünde ise, artık yenilik doğuran haklardan kullanıldıktan sonra geri dönülememesi ile amaçlanan karşı tarafın menfaatinin korunması gerekçesi söz konusu olmayacağından, alacaklının borçludan aynen ifayı talep etmesinde sakınca yoktur. Özellikle, eserin tamamlanmasına az kalmışsa ve/veya yüklenici eserin imali için gerekli çalışma kapasitesini, maddî imkânları başka işlere yönlendirmemişse, eseri tamamlamak yani aynen ifada bulunmak, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde daha önce almış olduğu sözleşme bedelini iade etmek zorunda kalacak olan yüklenicinin menfaatlerine de daha uygun düşebilir. Burada artık, iş sahibine sadece sözleşmeden dönme hakkı tanıyarak iki tarafın da menfaatine aykırı bir çözüme gitmeye gerek yoktur. Bu itibarla, yüklenici temerrüde düşmekte kusursuz olduğunu ispat ettiği takdirde, iş sahibine **aynen ifayı talep etme hakkının**, yukarıda değinilen son görüşten farklı olarak **her durumda değil**, ancak **yüklenici** de aynen ifaya **rıza gösterirse** tanınması gerektiğini kabul ediyoruz.

3. Yüklenicinin Temerrüde Düşmekteki Kusurunun Hafif Olması

Borçlunun borca aykırılıktan dolayı sorumluluğunu düzenleyen BK m. 98 f. 2 hükmünde haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır. Kanun'daki bu yollama sebebiyle müsbet zarar tazminatının hesaplanmasında da uygulama alanı bulan **BK m. 43 f. 1** çerçevesinde, yüklenicinin ödeyeceği tazminat miktarında **indirim** yapılırsa durum ne olur? Bu durumda, **iş sahibinin** kendi ediminin yani **sözleşme**

¹¹⁰² **Chavanne**, N 219 dn.79; **Werz**, N 374.

bedelinin tamamını yerine getirmekle yükümlü olmasına karşılık, yüklenicinin ödeyeceği tazminat miktarı çok düşük kalabilir.

Bu konuyla ilgili olarak, doktrinde bir ayırım yapılarak mesele çözülmeye çalışılmaktadır. Buna göre, **iş sahibi** yüklenicinin tazminat yükümlülüğünde yapılan indirimden rağmen, halen hiç olmazsa ifasında temerrüde düşülen edimin yani vadede **teslim edilmeyen eserin değerini** elde edebiliyorsa, müsbet zarar tazminatı miktarının indirilmesi sorun teşkil etmez¹¹⁰³. Fakat iş sahibi yüklenicinin ödeyeceği müsbet zarar tazminatında yapılan **indirim** sonucunda **ifa edilmeyen edimin değerini elde edemeyecek** duruma geliyorsa, ortada bir problem vardır. Bu son ihtimalde, bir görüşe göre¹¹⁰⁴, müsbet zararın tazmini talebinin varlığı ortadan kalkar. Borçlunun temerrüde düşmekte kusursuzluğunu ispatlamış olması ihtimalinde söz konusu olan durum ile aynı sonuçlar ortaya çıkar. Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre¹¹⁰⁵, bu halde, yüklenicinin temerrüde düşmesi sayesinde iş sahibi aleyhine kazanç elde etmesinin önüne geçmek için, iş sahibinin ödemekle yükümlü olduğu **sözleşme bedelinde de** müsbet zarar tazminatındaki indirime uygun bir **indirim** yapılmalıdır. Gerçekten de, yüklenici eseri vaktinde teslim etse idi elde edemeyeceği bir kazancı, eserin tesliminde geciktiği takdirde elde edememelidir. Zaten, tazminatta yapılacak indirim derecesinin belirlenmesi için tarafların menfaatlerinin adil biçimde tartılması gereği (BK m. 43 f. 1) de, ifa edilmeyen edimin yani teslim edilmeyen eserin değerinin altında bir müsbet zarar tazminatına hükmedilmesine engel olur¹¹⁰⁶.

¹¹⁰³ **Schenker**, Verzug, N 648; **Werz**, N 375.

¹¹⁰⁴ **Schenker**, Verzug, N 649.

¹¹⁰⁵ **Werz**, N 375.

¹¹⁰⁶ **Lemp**, s. 202; **Werz**, N 375.

D. Müsbet Zarar Tazminatının Hesaplanması

Müsbet zararın mübadele veya fark teorisine göre tazmin edilmesi konusu aşağıda incelenmiştir. Bu teorilerden hangisi uygulanırsa uygulansın, yüklenici tarafından **tazmini gereken zararın kapsamı değişmez**. İster mübadele ister fark teorisi uygulansın, müsbet zarar, ifa edilmeyen edimin değeri ile gecikme zararlarının toplamından oluşur¹¹⁰⁷. Müsbet zararın **fark** veya **mübadele** teorisine göre tazmin edilmesi, **ne ifa edilmeyen edimin değerinin, ne de gecikme zararlarının hesaplanmasında** herhangi bir **farklılık** yaratır¹¹⁰⁸. Sadece, müsbet zarar tazminatı bakımından fark teorisi uygulandığı takdirde, iş sahibinin karşı ediminin değeri de hesaplanır; ifa edilmeyen edimin değeri ile gecikme zararlarından oluşan toplam müsbet zarardan iş sahibinin karşı ediminin değeri indirilir. Kalan kısım yükleniciden talep edilir. Mübadele teorisi uygulandığında ise, iş sahibi karşı edimini aynen ifa edeceğine göre, bu edimin değerinin hesaplanması gerekmez.

İş sahibinin tazminini talep edebileceği **müsbet zarar, sadece** yüklenici tarafından **“ifa edilmeyen edimleri”** kapsar¹¹⁰⁹. Zira iş sahibi aynen ifadan vazgeçip müsbet zararının tazminini talep ettiğinde, sözleşme ayakta kalmaya devam etmektedir. Ne ileriye etkili olarak sona erdirilmiştir, ne de geçmişe etkili olarak tasfiye sürecine girilmiştir. Sadece yüklenicinin henüz ifa etmediği edimlerin yerini tazminat ödeme borcu almıştır. Burada sözleşmeden dönmeden farklı olarak, sözleşmenin tasfiye edilmesi de amaçlanmamaktadır. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği ana kadar tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesi söz konusu olmadığına göre, aynen ifadan

¹¹⁰⁷ **Havutçu**, s. 114.

¹¹⁰⁸ **Havutçu**, s. 115.

¹¹⁰⁹ **Tercier**, Termes et délais, s.13; **Gauch**, N 661.

vazgeçme anına kadar yüklenici tarafından meydana getirilmiş eser kısmı, kural olarak vazgeçmeden etkilenmemelidir.

Doktrinde, **ifa edilen edimler** bakımından, BK m. 371 f. 2 hükmünün müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibi için de kıyasen uygulanması önerilmektedir¹¹¹⁰. Buna göre, iş sahibi eserin yapılan kısmının kullanılması mümkünse bu kısmı kabul etmeli ve bu kısım ile orantılı sözleşme bedelini ödemelidir. Eserin yapılan kısmının iş sahibi tarafından kullanılabilir olmasından anlaşılması gereken, eserin bizzat iş sahibi veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanabilir olmasıdır¹¹¹¹. Ancak bu kıyasen uygulamadan **iş sahibinin** borcunun sadece yapılan işle orantılı ücret vermek olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. İş sahibi, yapılan kısmın ücretini vereceği gibi, yapılmayan kısmın da ücretini verecektir; yani sözleşmeyle taahhüt ettiği **bedelin tümünü** borçludur. Zira iş sahibinin müsbet zararının tazmini talebi, nasıl yüklenicinin henüz ifa etmediği borcunu sona erdirmeyip, sadece tazminat borcuna dönüştürmekte ise, **iş sahibinin** ifa etmediği **borcunu** da **sona erdirmemektedir**. Nitekim, Yargıtay da bu görüştedir¹¹¹².

Sonuç olarak, iş sahibinin müsbet zararı eserin yapılan kısmının iş sahibi bakımından kullanılabilir olması kaydıyla sadece “ifa edilmeyen edimleri” kapsar. Buna karşılık, yüklenicinin meydana getirdiği kısım **iş sahibi** bakımından **kullanılabilir değilse**, müsbet zarar yüklenicinin o ana kadar ifa ettiği edimleri de kapsar. Örneğin

¹¹¹⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 662; **Tandoğan**, Cilt II, s. 140; **Aral**, s. 348.

¹¹¹¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 763; **CR-Chaix**, Art. 379 N 15; **Ayan**, s. 244 dn. 312.

¹¹¹² Yarg. 15. HD., 29.05.2003 T., 2003/6248 E., 2003/2832 K.: “Davada ifadan vazgeçerek zararının tazminini isteyen davacının bu isteminin BK m. 108 çerçevesinde “müsbet” zarar olarak değerlendirilmesi gerekir. (...). Ancak bu zararın istenebilmesi için **davacının tüm iş bedeli borcunu** davalıya **ödemesi** gerekir.” (**Karataş**, s. 151).

yapının meydana getirilen kısmı imar kanunlarına veya teknik mevzuata aykırı biçimde yapıldığı için yıkılmasından başka çare yoksa yapılan kısım iş sahibi bakımından kullanılabilir değildir¹¹¹³. Keza, yüklenicinin şahsî niteliklerinin önemli olduğu bir sanat eseri söz konusu olup, üçüncü kişinin tamamlaması halinde eser iş sahibinin arzuladığı nitelikte olamayacaksa da durum budur.

Müsbet zararın miktarının hesaplanmasında esas alınacak an, iş sahibinin **aynen ifadan vazgeçtiği andır**¹¹¹⁴. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanına gerek olmayan durumlarda ise müsbet zararın miktarı **temerrüdün gerçekleştiği tarih** esas alınarak tayin edilir¹¹¹⁵.

1. İfa Edilmeyen Edimin Değerinin Hesaplanması

İfa edilmeyen edimin değeri, bir görüşe¹¹¹⁶ göre, **eserin tamamlanmış halinin değeridir**. Örneğin bu değer inşaat sözleşmeleri bakımından bağımsız bölümlerin rayiç satış bedelidir. Yargıtay'ın da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından bu görüş yönünde kararları mevcuttur¹¹¹⁷. Buna karşılık diğer bir görüşe¹¹¹⁸ göre, ifa

¹¹¹³ Örnekler için bkz. **Ayan**, s. 243 dn. 310.

¹¹¹⁴ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 30; **Tandoğan**, Cilt II, s. 140; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962. Yarg. 13. HD., 28.6.1985 T., 1985/1899 E., 1985/4520 K.: “Müsbet zarar hesaplanırken, kaideten alacaklının ifadan vazgeçtiği an esas ittihaz edilir.” (**Karahasan**, ÖBİ, Cilt 2, s. 532).

¹¹¹⁵ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962. Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “Olumlu zarar tutarının belirlenmesinde, yüklenilen edimin yerine getirilmesi gereken tarih esas tutulur. Başka bir anlatımla, zarar, borçlunun temerrüde düşmüş olduğu güne göre hesaplanır. (...) yanlar arasındaki sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür (BK. m. 107/3).” (**Kostakoğlu**, s. 706-709).

¹¹¹⁶ **Erman**, İnşaat, s. 93; **Kostakoğlu**, s. 646.

¹¹¹⁷ Yarg. 15. HD., 18.7.2005 T., 2005/6922 E., 2005/4298 K.: “(...) Davacı BK'nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifadan vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat

edilmeyen edimin değeri, tamamlanmış eserin değerine değil, **işin tamamlanması için gereken masraflara**¹¹¹⁹ tekabül eder. Zira eser tamamlanınca iş sahibi zaten kendiliğinden eserin tamamlanmış halinin değerine sahip olacaktır.

Kanaatimizce, bu konuda karar verirken iş sahibinin ifa edilmeyen edimin değerine ne eksik ne de fazla olarak hangi halde kavuşabileceği somut duruma göre araştırılmalı ve genelleme yapmaktan kaçınılmalıdır. Eser sözleşmesinde ifa edilmeyen edimin değeri, iş sahibinin bu edimi ikame bir işlemle elde edebilmesi için gerekli olan masraflardan ibarettir. Bu işlem kural olarak iş sahibinin üçüncü kişi ile akdedeceği bir eser sözleşmesidir. Yukarıda değinilen tartışmadaki temel yanlış, eserin tesliminde temerrüt halinde iş sahibinin yapacağı **ikame işlemin**, prensip itibariyle, **satım sözleşmesi değil, eser sözleşmesi** olduğunun gözden kaçırılmasıdır. Eserin

olarak kullandığından, birlikişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet **bağımsız bölümün** dava tarihi itibariyle **piyasa rayiç bedellerinin**, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir...” (Kostakoğlu, s. 710-711); Yarg. 15. HD., 14.10.2005 T., 2005/5335 E., 2005/5448 K.: “(...) Arsa sahibi bu nevi durumlarda kendisine düşecek **bağımsız bölümlerin** teslimi gereken tarih itibarıyla **bitmiş haldeki rayiç değerlerini** olumlu zarar olarak talep edebilir...” (Kostakoğlu, s. 706).

¹¹¹⁸ Öz, İnşaat, s. 145; Gümüş, s. 77.

¹¹¹⁹ İfadan vazgeçip müsbet zararının tazminini talep eden iş sahibinin ifa edilmeyen edimin değerine karşılık yükleniciden tazminini talep edebileceği tamamlama giderlerinin kapsamı ile yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle eser sözleşmesini ileriye etkili olarak fesheden iş sahibinin yükleniciden müsbet zarar tazminatı olarak talep edebileceği işi tamamlama masraflarının kapsamı farklıdır. Eser sözleşmesini **fesheden** iş sahibi müsbet zarar kapsamında sadece eserin vadede tamamlanmamış olması sebebiyle yapmak zorunda kalacağı **fazla masrafı** yükleniciden talep edebilecek iken, aynen ifadan vazgeçip **ifa yerine müsbet zarar tazminatı** talep eden iş sahibi, eseri tamamlamak için gerekli **masrafların tümünü** yükleniciden talep edebilecektir. Zira yüklenici, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müsbet zararın tazminini talep etmesi durumunda ifa etmediği edimlerin de tam karşılığını iş sahibinden aldığı halde, fesih halinde sözleşme ileriye etkili olarak sona erdiğinden ifa etmediği edimlerin karşılığını iş sahibinden alamaz. Bu sebeple, fesih halinde, yüklenici kural olarak işin tamamlanma masraflarından sorumlu değildir. Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, ancak eserin zamanında teslim edilmemesi sebebiyle işi daha sonra daha pahalıya yaptırmak zorunda kalırsa masrafın bu fazla kısmını yükleniciden talep edebilir. Öz, Dönme, s. 214. Bkz. aşağıda 3. Bölüm, § 6. III. D. 2. c.

tamamlanmış halinin rayiç bedelini, yani piyasadaki satış bedelini ifa edilmeyen eserin değeri olarak kabul eden **birinci görüş** kabul edilirse, adeta her durumda, iş sahibinin **ifaya ilişkin menfaatini sağlamak** için yapılacak işlemin satın alma işlemi olduğu, bu itibarla akdedilecek sözleşmenin de **satım sözleşmesi** olduğu kabul edilmiş olur. Oysa iş sahibi kural olarak ifaya ilişkin menfaatini, yüklenicinin tesliminde temerrüde düştüğü eseri akdedeceği başka bir eser sözleşmesi ile üçüncü bir kişiye imal ettirerek veya tamamlatarak elde eder. Bazı istisnaî durumlarda, iş sahibinin eser sözleşmesinin konusunu bir üçüncü kişiden satın almak suretiyle de sözleşme konusunu elde etmesi mümkün olabilir. Örneğin bir elbisenin diktirilmesi söz konusu olup da yüklenici elbisenin dikimine hiç başlamamışsa, iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan nitelikte bir elbiseyi başka bir yüklenici ile akdedeceği eser sözleşmesi ile diktirerek elde edebileceği gibi, bir satıcıdan aynı nitelikte bir elbiseyi satın almak yoluyla da elde edebilir. Ancak bu durum genellenmemelidir.

Taşınmaz satım sözleşmesi söz konusu olduğunda, bir **bağımsız bölümün rayiç bedelinin** diğer bir deyişle piyasada geçerli olan satış fiyatının içinde, sadece o bağımsız bölümün herhangi bir yükleniciye imal ettirilme veya tamamlatılma masrafı değil, aynı zamanda bu bağımsız bölüme özgülenen arsa payının da değeri vardır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi aynı zamanda arsa sahibidir. O, temerrüt gerçekleşsin gerçekleşmesin, sözleşme gereği kendisine kalacak olan bağımsız bölümlere özgülenecek arsa paylarının maliki olarak kalmaya devam etmektedir. İş sahibine teslimi gereken bağımsız bölümlere özgülenecek arsa payları zaten iş sahibinin uhdesinde bulunmakta iken, içinde yine bu arsa paylarının değerinin de bulunduğu bağımsız bölümlerin rayiç bedellerini yükleniciye ödetmek, iş sahibine zaten yitirmedeği bir şey olan arsa payının değerini bir de tazminat adı altında vermek olur ki,

bunun da hiçbir dayanağı yoktur. Diğer bir deyişle, iş sahibinin zaten mülkiyetinde olan arsa paylarının değerine ilişkin temerrütle zedelenen bir ifa menfaati yoktur ki, bağımsız bölümlerin rayiç bedelleri kapsamında yer alan bu arsa paylarının değeri de yükleniciden istenebilsin. Tazminatın ön şartı zarar olduğuna göre, iş sahibi kaybetmediği arsa payları bakımından bir zarara uğramış değilken, bu arsa paylarının değerini de müsbet zarar tazminatı adı altında yükleniciden elde edememelidir.

Yukarıda belirtilen ikinci görüşü savunanların haklı olarak belirttiği gibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin “tamamlanma masrafı” tazmin edildiğinde, iş sahibi kendi arsası üzerine inşa edilen bu bağımsız bölümlerin tamamlandıkları anda maliki olur. O, zaten kendiliğinden bu bağımsız bölümleri rayiç bedel üzerinden satabilecek duruma gelir. Kanaatimizce, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlarda, iş sahibine **tamamlanmış yapının piyasa satış bedeli verilecek olursa**, iş sahibi sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirilmiş olur. Zira, yüklenici temerrüde düşmemiş olsa idi arsa payına sahip olan iş sahibi sadece tamamlanmış bir yapıya sahip olacaktı. Buna karşılık, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda, tazminat adı altında iş sahibine “tamamlanmış yapının piyasa satış bedeli” verilecek olursa, arsa payının değeri bu satış bedelinin içinde yer alan bir unsur olduğundan, iş sahibi, arsa payını hiç kaybetmediği halde, zaten sahip olduğu bu arsa payının değeri kadar bir meblağ daha elde etmiş olur. Böyle bir sonuç kabul edilemeyeceğinden, Yargıtay’ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin tamamlanmış bağımsız bölümlerin rayiç bedelini müsbet zarar tazminatı olarak yükleniciden talep edebileceği görüşüne katılmıyoruz.

Zaten Yargıtay da bu olumsuz sonucu telâfi etmek üzere bazı kararlarında bağımsız bölümlerin rayiç bedelini elde edecek olan iş sahibinin sözleşmede kendisine kalacağı kararlaştırılmış olan bu bağımsız bölümlere isabet eden arsa paylarını da yükleniciye devretmesi gerektiğini kabul etmektedir¹¹²⁰. Yani iş sahibi sadece sözleşmede yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını değil, kendisinde kalması kararlaştırılan arsa paylarını da yükleniciye devretmeye zorlanmaktadır. İş sahibi böyle bir tercihte bulunmadığı halde eserin tamamlanmış kısmından mahrum bırakılmaktadır. Satım bedelini elde etse dahi, onun artık dilerse tamamlatarak o yapıyı kullanma olanağı bulunmamaktadır. İş sahibinin arsası ile ilişkisi tümüyle kesilmektedir. Bu bakımında bu çözüm de isabetli değildir.

Bununla birlikte, öyle durumlar olabilir ki, iş sahibi **ifa edilmeyen edimin değerini** ancak **eserin tamamlanmış hali** ile **piyasada arz ettiği satış değeri** kendisine verilirse elde etmiş olur. Örneğin **yüklenicinin arsası üzerinde** yapılan inşaatlar bakımından, sadece inşaatın tamamlanma masraflarını elde etmek, iş sahibine ifa edilmeyen edimin değerini sağlamaz. Burada ifa edilmeyen edim, sadece inşaatın tamamlanması değil, bununla birlikte yapının üzerinde bulunduğu arsa payının iş sahibine tapuda devredilmesidir. Böyle bir durumda, bileşik (kombine) sözleşme niteliğinde bir sözleşme ile hem eser hem de satım sözleşmesine ilişkin karakteristik edimleri birlikte yerine getirmeyi taahhüt etmiş olan yüklenici, sözleşmeye uygun olarak edimlerini yerine getirmiş olsaydı, iş sahibi üzerindeki tamamlanmış yapıyla birlikte arsa payını da iktisap edecekti. İş sahibi, inşaatın **üçüncü bir kişiye**

¹¹²⁰ Örneğin, Yarg. 15. HD., 14.03.2008 T., 2008/240 E., 2008/1632 K.: “(...) ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa olunmaması nedeniyle tazminat talep eden **davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi** gerekir. Zira davacı arsa sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan **bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına** kavuşmuş olacaktır.” (Karataş, s. 152-153)

tamamlattırılması için gerekli masrafları elde etse de, inşaatın üzerinde yapıldığı arsanın değerini elde etmiş olmaz. Bu gibi durumlarda, iş sahibinin yapabileceği ikame işlem, bir satım sözleşmesi ile eser sözleşmesine konu olan nitelikte bir eseri satın almak olabilir. O halde, böyle bir olasılıkta müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibi, ancak “tamamlanmış yapının piyasadaki satış değerini” elde ederse ifa edilmeyen edimin değerine kavuşmuş olur.

İfa edilmeyen edimin değeri, iş sahibinin seçimine göre **somut** veya **soyut** yöntemle hesaplanır¹¹²¹.

a. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Somut Yöntemle Hesaplanması

BK m. 188 f. 2 (İBK m. 191 f. 2)’de ticarî satım sözleşmelerinde satıcının teslim borcunda temerrüdü halinde alıcının fark teorisine göre tazminat talep etmesi durumu bakımından açıkça düzenlenmiş olan **somut yöntem**, ticarî olsun olmasın diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından da uygulanabilir¹¹²². Zira alacaklının ifa menfaatinin tesbiti bakımından satım sözleşmesinde ayrı diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından ayrı yöntem izlenmesi için haklı bir sebep bulunmamaktadır. BK m. 188 f. 2 hükmü fark teorisine göre tazminat talebine ilişkin olarak düzenlenmiştir. Bununla birlikte, bu hükümde öngörülen somut yöntem mübadele teorisi tercih edildiğinde de ifa edilmeyen edimin değerinin tesbiti için uygulanabilir¹¹²³. Çünkü daha önce de belirttiğimiz üzere, fark veya mübadele

¹¹²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 865.

¹¹²² Comment, s. 121; Lemp, s. 172; Barth, s. 155; Schenker, Verzug, N 655; Havutçu, s. 116; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 863.

¹¹²³ Schenker, Verzug, N 655; Havutçu, s. 115.

teorilerinin seçilmiş olması ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesi bakımından herhangi bir değişiklik yaratmaz.

Somut yöntem uygulandığında, iş sahibinin **ikame işlem için yaptığı masraflar hesaplanır**¹¹²⁴. Bu yöntemle göre, ifa edilmeyen edimin değeri, iş sahibinin bu edimi üçüncü bir kişiye ifa ettirmek için dürüstlük kuralına göre ödemesi gereken bedel esas alınarak belirlenir. Diğer bir ifadeyle, ifa edilmeyen edimin değerini, esas olarak, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtikten sonra, aynı eseri bir başka yükleniciye imal ettirmek veya duruma göre tamamlamak için akdettiği yeni eser sözleşmesinde ödemeyi taahhüt ettiği bedel oluşturur¹¹²⁵. Bununla birlikte, eserin makul düzeydeki tüm imal veya tamamlanma giderlerinin tazmini gerektiğinden, örneğin iş sahibinin ikame işlem için katlanmış olduğu yeniden teklif hazırlama harcamaları, üçüncü kişi ile akdettiği bu yeni eser sözleşmesinin kurulma masrafları gibi harcamaların da ikame işlem masrafları içinde bulunduğu göz önünde tutulmalıdır¹¹²⁶.

İş sahibinin ikame işlemle üçüncü kişiye yaptırdığı eser, mütemerrit yüklenicinin taahhüt ettiği eserin niteliklerine uygun olmalıdır. Aksi halde, yükleniciden tazmini talep edilebilecek olan tamamlama masrafları, fiilen gerçekleşen bu ikame işlem bedeli üzerinden değil, iş sahibinden dürüstlük kuralı çerçevesinde yapması beklenebilen bir ikame işlem değeri üzerinden hesaplanır¹¹²⁷.

¹¹²⁴ **Havutçu**, s. 74.

¹¹²⁵ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 54; **CR-Chaix**, Art. 366, N 23; **Chavanne**, N 217 dn. 175. Müsbet zararın somut yöntemle hesaplanabilmesi için, eserin üçüncü kişi tarafından fiilen tamamlanmış olması şart değildir. İş sahibinin bu konuda üçüncü kişi ile bir sözleşme akdetmiş olması yeterlidir. **Havutçu**, s. 117; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 187.

¹¹²⁶ **Werz**, N 367.

¹¹²⁷ **Lemp**, s. 175; **Schenker**, Verzug, N 654; **Havutçu**, s. 118; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 187; **Kaplan**, Eser Sözleşmeleri, s. 8-9.

b. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması

İfa edilmeyen edimin değerinin **soyut yöntem** göre belirlenmesi ise, Borçlar Kanunu'nda ticarî satım sözleşmelerine ilişkin olarak borsa veya piyasa fiyatı bulunan mallar bakımından açıkça düzenlenmiştir (BK m. 188 f. 3). Her ne kadar BK m. 188 f. 3 (İBK m. 191 f. 3) hükmü fark teorisi çerçevesinde düzenlenmişse de, bu hükümde düzenlenen soyut yöntem, mübadele teorisinin tercih edilmesi durumunda da uygulama alanı bulur¹¹²⁸. Zira daha önce de değinildiği üzere, borçlunun ifa etmediği edimin değerinin tespiti bakımından fark ve mübadele teorileri arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre¹¹²⁹, BK m. 188 f. 3 hükmünde düzenlenen ifa edilmeyen edimin değerinin soyut yöntemle hesaplanması yöntemi, sadece ticarî satım sözleşmelerinde değil, genel olarak ticarî olsun olmasın tam iki tarafa borç yükleyen diğer sözleşmeler bakımından da uygulanabilir. O halde, BK m. 188 f. 3'te düzenlenen soyut yöntem, ticarî nitelikte olsun olmasın eser sözleşmeleri bakımından da uygulanabilecektir.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibi yüklenicinin ifasında temerrüde düştüğü edimi ikame ifa yoluyla elde etmeye yetkili ise de buna mecbur değildir¹¹³⁰. İş sahibi, ikame bir edim elde etmemişse, ifa edilmeyen edimin değeri objektif kriterler kullanılarak **soyut yöntem** göre tespit edilir¹¹³¹. İş sahibi eseri üçüncü kişiye tamamlamak niyeti

¹¹²⁸ **Lemp**, s. 176; **Schenker**, Verzug, N 658; **Havutçu**, s. 125.

¹¹²⁹ **Lemp**, s. 176; **Schenker**, Verzug, N 658; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 865; **Havutçu**, s. 122. Aksi görüşte: BK m. 188 f. 3'te düzenlenen soyut yöntemin yalnız ticarî işlerde uygulanacağı yönünde, **Comment**, s. 121-122; **Barth**, s. 163.

¹¹³⁰ **Schenker**, Verzug, N 656.

¹¹³¹ **ZK-Bühler**, Art. 366, N 54; **CR-Chaix**, Art. 366, N 23; **Schenker**, Verzug, N 657; **Chavanne**, N 217 dn. 175.

taşımasa dahi, zararını soyut yöntemle hesaplatmak suretiyle ifa edilmeyen edimin değerini yükleniciden talep edebilir¹¹³².

Soyut yöntemin uygulanması için, edim konusunun borsa veya piyasa fiyatının bulunması gerekir. Piyasa fiyatı, “belirli türden bir malın veya hizmetin, belirli bir ticarî çevrede düzenli yapılan alışverişlerinde ulaştığı belirli fiyat” olarak tanımlanmaktadır¹¹³³. Özellikle inşaat işleri örneğin hafriyat işleri, temel kazma, duvar örme, sıva, badana gibi işler, piyasa fiyatı bulunan işlerdir. Buna karşılık, eser sözleşmesi bakımından **piyasa fiyatı bulunmayan edimler**, fiyatı iş sahibinin eseri elde etme arzusuna veya yüklenicinin kişiliğine, şahsî yeteneklerine göre değişiklik gösteren edimlerdir. Örneğin, resim, heykel yapımı gibi sanat eseri meydana getirme faaliyetleri, fiyatları belirtilen biçimde şekilleniyorsa, piyasa fiyatı bulunmayan edimlerdir¹¹³⁴.

Piyasa fiyatı bulunan bir edim söz konusu olup da soyut yöntem uygulandığında, ifa edilmeyen edimin değeri iş sahibinin makul olarak eseri üçüncü kişilere imal ettirmesi veya tamamlatması için gerekli olan bu piyasa ücreti esas alınarak belirlenir¹¹³⁵. Diğer bir deyişle, ifa edilmeyen edimin objektif değeri, iş sahibinin eseri üçüncü kişiye tamamlatabilmek için aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki piyasa rayicine göre ödemesi gereken masraf tutarıdır¹¹³⁶.

¹¹³² Oysa ifa edilmeyen edimin değerinin “somut yöntem”le hesaplanabilmesi için, iş sahibinin somut olayda ikame bir işlem yapmış olması gereklidir. **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 187-188.

¹¹³³ **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 142; **Havutçu**, s. 125-126. Bkz. BGE 49 II 84.

¹¹³⁴ **Tandoğan**, Cilt I/1, s. 142-143. Bkz. BGE 89 II 214 = JdT 1964 I 60.

¹¹³⁵ **Werz**, N 367; **Ayan**, s. 240.

¹¹³⁶ **Schenker**, N 657; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 188.

c. Yüklenicinin İfa Etmediği Edimin Değerinin Somut veya Soyut Yöntemle Hesaplanmadığı Durumlar

İfa edilmeyen edimin değerinin **somut** veya **soyut yöntemle hesaplanmadığı** durumlar da olabilir. İş sahibi fiilen üçüncü kişi ile eseri imal ettirmek veya tamamlamak üzere ikame bir işlem yapmamışsa ve eser sözleşmesine konu eserin imali ve tamamlanması için gerekli ikame işlem bakımından geçerli belli bir piyasa bedeli de bulunmuyorsa, edimin değeri ne somut ne soyut yöntemle göre hesaplanabilir. Örneğin ünlü bir heykeltıraşa büst yaptırılması söz konusu ise, bu edimin değeri piyasa fiyatlarına göre belirlenemez. Heykeltıraşın kişisel yeteneğinin ön plânda olduğu bir çalışma söz konusu ise eserin ikame işlem yoluyla üçüncü kişiye yaptırılması da mümkün olmadığından, ifa edilmeyen edimin değeri somut yöntemle de hesaplanamaz. Böyle durumlarda, BK m. 98 f. 2’de yapılan yollama çerçevesinde **BK m. 42 f. 2** hükmü olaya uygulanabilir¹¹³⁷. Bu hükme göre, zararın gerçek miktarını belirlemenin mümkün olmadığı durumlarda, hâkim “halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazarı itibara alarak onu adalete tevfikân tayin eder.” Buna göre, örneğin iş sahibinin karşı ediminin yani eser sözleşmesinde kararlaştırılan bedel borcunun miktarı da, ifa edilmeyen edimin değerinin belirlenmesinde bir emare olarak kabul edilebilir.

2. Gecikmeden Doğan Zararların Hesaplanması

İş sahibinin yükleniciden talep edebileceği gecikme zararları, yüklenicinin **temerrüde düştüğü tarihten itibaren** ortaya çıkan ve eserin teslimindeki gecikmeye bağlı olan zararlardır¹¹³⁸. Ancak hangi ana kadar gerçekleşen gecikme zararının

¹¹³⁷ Schenker, Verzug, N 660; Chavanne, N 217 dn. 175; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 865.

¹¹³⁸ Glättli, s. 197; Ayan, s. 241.

yükleniciden talep edebileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre¹¹³⁹, yükleniciden tazmini istenebilecek gecikme zararları, sadece iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarihe kadar ortaya çıkan zararlar değildir. **İşin kalan kısmının** eser sözleşmesine uygun olarak üçüncü bir kişiye **tamamlatılması için gerekli uygun sürenin sonuna kadar** gerçekleşen tüm gecikme zararlarının da yüklenici tarafından tazmini gerekir. Zira ancak bu şekilde iş sahibinin eserin zamanında teslim edilmesine ilişkin menfaati tam olarak karşılanabilir. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre¹¹⁴⁰, iş sahibi temerrüt tarihinden başlayarak **aynen ifadan vazgeçtiği tarihe kadar** uğradığı gecikme zararının tazminini isteyebilir.

Kanaatimizce, burada **borçlu temerrüdünün hangi anda sona erdiği** dikkate alınarak çözüme ulaşılmalıdır. Borçlu temerrüdünün sona erdiği durumlardan biri de, alacaklının BK m. 106 uyarınca ifadan vazgeçtiğini bildirerek ifa yerine tazminat istemesidir¹¹⁴¹. Buna göre, iş sahibi **aynen ifadan vazgeçtiği** andan itibaren yüklenici bakımından **temerrüt** durumu da **sona erer**. Temerrüt sona erince artık temerrüt süresince doğmuş olan sonuçlar, örneğin gecikme tazminatı isteme hakkı, ortadan kalkmaz. Ancak, gecikme tazminatı temerrüdün sona ermesine kadar geçen süreye ilişkin olarak talep edilebilir¹¹⁴². Gecikme tazminatının **temerrüdün bir sonucu** olduğu göz önünde tutulursa, iş sahibinin, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten temerrüdün sona erdiği tarih olan aynen ifadan vazgeçme tarihine kadar gerçekleşen gecikme zararlarını talep edebileceğinin kabulü yerinde olur. Dikkat edilirse, burada, gecikme

¹¹³⁹ **Ayan**, s. 241; **Erman**, İnşaat, s. 94 dn. 92. İşin üçüncü kişiye tamamlatılması için gerekli uygun süre, iş sahibin bu iş için uygun bir üçüncü kişi, yani yeni bir yüklenici bulması için gerekli olan süre ve bu yeni yüklenicinin işi tamamlaması için gerekli makul sürenin toplamından ibarettir. **Ayan**, s. 241.

¹¹⁴⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 409; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 962; **Gümüş**, s. 76-77.

¹¹⁴¹ **Oğuzman/Öz**, s. 304.

¹¹⁴² **Oğuzman/Öz**, s. 305.

tazminatının istenebileceği süre bakımından, iş sahibinin **aynen ifa ve gecikme tazminatı** talep ettiği durumdan **farklı bir sonuca** varılmaktadır. Aynen ifa ve gecikme tazminatı talep eden iş sahibi, ifa gerçekleşinceye, yani eser yüklenici veya üçüncü bir kişi tarafından tamamlanıncaya kadar geçen süre için gecikme tazminatı talep edebiliyordu¹¹⁴³. Ancak, bu fark şaşırtıcı değildir. Zira iş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı talep ettiği takdirde, temerrüt “ifa” ile, yani eserin tamamlanması ile sona erdiği halde, iş sahibi müsbet zararın tazmini şikkını tercih ettiğinde, temerrüt “aynen ifadan vazgeçme” ile sona ermektedir.

Gecikme tazminatı **aynen ifa talebine bağlı** bir sonuçtur. Bu itibarla da iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarihten sonrası için artık gecikme tazminatı talep edilememelidir. BK m. 97 hükmüne dayanarak eserin teslimi ediminin aynen ifasını ikame ifa yoluyla elde etmek isteyen iş sahibi, yükleniciden elde edeceği tamamlatma giderleri ile mutlaka eseri tamamlatmak zorundadır. Buna karşılık, aynen ifadan vazgeçerek müsbet zarar tazminatı talep eden iş sahibi ikame bir işlem yapmayıp müsbet zararını soyut yönteme göre hesaplattığı takdirde, bu tazminat üzerinde dilediği gibi tasarruf edebilir; yani yapımına hiç başlanmamış olan eseri başka bir kişiye imal ettirmek veya yarım kalan eseri tamamlatmak zorunda değildir. Müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibinin **ikame ifa yoluna başvurması zorunlu olmadığından**, yukarıda değinilen ilk görüşün savunduğunun aksine, onun ikame ifanın gerçekleşeceği (makul) ana kadar gecikme zararı talep edebilmesi de yerinde olmaz.

Bu açıklamalar çerçevesinde müsbet zararın tazminini tercih eden iş sahibinin yükleniciden talep edebileceği **gecikme zararı** şöyle hesaplanmalıdır: Örneğin

¹¹⁴³ Bkz. yukarıda, 3. Bölüm, § 5. III. B. 4.

yüklenici iş sahibinin fabrikasında kullanacağı bir makinenin imalinde temerrüde düşmüş, buna bağlı olarak iş sahibi de o makinede üretilecek malların satışından elde edeceği kârdan yoksun kalmış olsun. Bu takdirde, iş sahibi temerrüt tarihi ile aynen ifadan vazgeçme tarihi arasındaki zaman süreci için yoksun kaldığı kârın tazminini yükleniciden talep edebilir. Bir başka örnekte, iş sahibinin zamanında teslim etmediği yapıyı kiraya veremeyen iş sahibi kazanç kaybına uğramış olsun. Bu takdirde de, iş sahibi, temerrüt tarihi ile aynen ifadan vazgeçtiği tarih arasında uğradığı kira kaybının tazminini yükleniciden talep edebilir.

3. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Hesaplanması

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere, sadece müsbet zarar tazminatının fark teorisine göre hesaplandığı durumlarda iş sahibinin karşı ediminin değerinin de tespit edilmesi gerekir¹¹⁴⁴. Müsbet zarar tazminatı fark teorisine göre hesaplandığı takdirde, iş sahibi karşı edimini “aynen” yerine getirme yükümünden kurtulur; bu edim üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Ancak onun aynen ifa etmediği bu edimin “değerinin” müsbet tazminat alacağından mahsubu gerekir. İş sahibinin ifa etmediği edim yükleniciye bir miktar para verilmesi ise sorun yoktur. Fark teorisi çerçevesinde

¹¹⁴⁴ Belirtmek gerekir ki, ister mübadele teorisi, ister fark teorisi uygulansın, iş sahibinin eser sözleşmesinde yükleniciye karşı borçlandığı edim kadar bir miktar (ilk teori uygulanırsa aynen, ikinci teori uygulanırsa bedel olarak) onun malvarlığından eksilecektir. İş sahibinin aynen ifadan vazgeçme anına kadar yüklenici tarafından meydana getirilmiş olan eser kısmı iş sahibi bakımından kullanılabilir ise, iş sahibinin BK m. 371 hükmüne kıyasen bu kısmı kabule zorlanması esas, “iş sahibinin karşı ediminin değerinin” hesaplanması bakımından önemli değildir. Söz konusu kıyasen uygulamanın kabulü, “yüklenicinin ifa etmediği edimin değerinin” hesabında önem taşır. Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eser kısmı iş sahibinin kullanamayacağı onun işine yaramayacak nitelikte de olsa, müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibi, yükleniciye yine karşı ediminin tamamını ifa etmekle yükümlü kalacaktır. Ancak eserin meydana getirilen kısmının iş sahibinin hiçbir işine yaramadığı bu durumda, yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri hesaplanırken, onun hali hazırda meydana getirmiş olduğu eser kısmı dikkate alınmayacak, ifa edilmeyen edimin değerini, örneğin sıfırdan bir eserin yaptırılması için gerekli imalât masrafları teşkil edecektir.

müsbet zarar tazminatından indirilecek olan meblağ zaten bu tutardır¹¹⁴⁵. Ancak iş sahibinin taahhüt ettiği edim paradan başka bir şeyse, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi bazı **arsa paylarının yükleniciye devri** ise, bu karşı edimin **değerinin** hesaplanması özellik arz eder.

“İş sahibinin karşı edimi”nin yükleniciye arsa payı devretmek olduğu durumlarda, yani arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bu karşı edimin değeri **somut** veya **soyut yöntem** göre hesaplanabilir¹¹⁴⁶. “Yüklenicinin ifa etmediği edim”in değerinin somut veya soyut yöntemle hesaplanmasına ilişkin açıklamalarımızın genel olarak burada da geçerli olduğunu hatırlatalım.

a. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Somut Yöntemle Hesaplanması

İş sahibinin arsa payı devretme borcu, satım sözleşmesine özgü tipik edim olan mülkiyeti nakil borcu olduğundan, iş sahibince yapılacak **ikame işlem** de bir **satım sözleşmesidir**. İş sahibi, eser sözleşmesi gereği yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği **arsa paylarını**, satım sözleşmesi ile **üçüncü bir kimseye** devretmişse, yaptığı bu **ikame satım sözleşmesiyle elde ettiği değer**, somut yöntem uygulandığında, onun yükleniciye aynen ifa etmediği karşı ediminin değeri olarak esas alınır. Ancak bunun için iş sahibinin söz konusu arsa paylarını **dürüstlük kuralına uygun** biçimde

¹¹⁴⁵ Yarg. 15. HD., 28.3.1985 T., 1984/4056 E., 1985/1056 K.: “Davacılar aynen teslim yerine daire bedelinin ödenmesine istediklerinden (...) Mahkemece yapılacak iş; davacılar verilmesi gereken 1, 2 ve 3 numaralı dairelerin amaca uygun kullanmaya elverişli duruma getirilmiş haliyle dava tarihindeki değerini saptama, bundan 23.1.1978 tarihli sözleşmenin 1. maddesinde **yükleniciye verilmesi öngörülen 100.000 lira düşülmek**, yine sözleşmede belirtilen teminat senetleri davacılar iade edilmek ve teminat ipotekleri de kaldırılmak suretiyle (...) dava konusu üç adet dairenin bedelinin ödenmesine karar vermek olmalıdır.” (Kostakoğlu, s. 712-713).

¹¹⁴⁶ **Schenker**, Verzug, N 682, 685; **Havutçu**, s. 128. İş sahibi karşı edimin değerinin hangi yöntemle göre hesaplanacağını seçmekte serbesttir. **Schenker**, Verzug, N 688.

kendisine en uygun teklifte bulunan kimseye satmış olması gerekir¹¹⁴⁷. İş sahibi arsa paylarını daha pahalıya satma imkânı varken dürüstlük kuralına aykırı olarak bu olanağı değerlendirmemiş olabilir. Bu takdirde artık iş sahibinin fiilen akdetmiş olduğu satım sözleşmesindeki bedel değil, arsa payı satım sözleşmesi **dürüstlük kuralına uygun olarak yapılıyorsa** böyle bir sözleşmeden iş sahibinin elde edebileceği değer, iş sahibinin karşı ediminin değeri olarak kabul edilir¹¹⁴⁸. Fark teorisi uygulandığında müsbet zarar tazminatından mahsup edilecek olan değer bu değerdir.

b. İş Sahibinin Karşı Ediminin Değerinin Soyut Yöntemle Hesaplanması

İş sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa payları üzerinde henüz tasarruf etmemiş yani üçüncü kişi ile **ikame bir satım sözleşmesi akdetmemişse**, arsa paylarının değeri soyut yöntemle hesaplanır. İş sahibinin dürüstlük kuralı çerçevesinde bu arsa paylarını üçüncü kişiye sattığı takdirde elde edebileceği meblağ onun karşı ediminin değerini oluşturur¹¹⁴⁹. Arsa paylarının piyasada carî fiyatı bulunmaktadır. Buna göre, iş sahibinin sözleşmeyle yükleniciye devretmeyi taahhüt etmiş olduğu arsa paylarının değerine tekabül edecek olan “**piyasa fiyatı**”, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarihte arsa paylarını **elden çıkarabileceği** fiyattır¹¹⁵⁰.

E. İş Sahibinin Borçlandığı Edimin Akıbeti

Daha önce de belirttiğimiz üzere, iş sahibi yükleniciden ifanın vaktinde gerçekleşmemesinden doğan müsbet zararının tazminini talep ettiğinde, yüklenicinin

¹¹⁴⁷ Schenker, Verzug, N 683; Havutçu, s.129.

¹¹⁴⁸ Schenker, Verzug, N 683; Havutçu, s.129.

¹¹⁴⁹ Schenker, Verzug, N 685.

¹¹⁵⁰ Havutçu, s. 129-130.

aynen ifa borcunun yerini tazminat ödeme borcu alır. Bu seçimlik hakkın kullanılması sözleşmeyi sona erdirmez; eser sözleşmesi muhafaza edilir. Buna bağlı olarak iş sahibinin **karşı edim borcu** da varlığını sürdürür¹¹⁵¹.

1. İş Sahibinin Karşı Edimini Aynen Yerine Getirmek Zorunda Olup Olmadığı Meselesi

İş sahibi yüklenicinin ödeyeceği tazminat karşısında **kendi edim borcunu aynen ifa** etmek zorunda mıdır, yoksa kendi **ediminin değerini** müsbet zarar tazminatından **indirip** yükleniciden kalan miktarı yani aradaki **farkı** talep edebilir mi?

Bir görüşe göre¹¹⁵², alacaklı müsbet zararının tazminini talep ettiği takdirde, temerrüde düşmüş olan borçlu edimini aynen ifa etmek yerine tazminat öder; buna karşılık alacaklı da kendi edimini aynen ifa etmek zorundadır (**Mübadele Teorisi**).

Bugün hâkim durumda olan görüşe göre¹¹⁵³ ise, kanun koyucunun BK m. 188 f. 2 ve f. 3 hükümleri ile ticarî satımlar bakımından müsbet zararın hesaplanmasında açıkça kabul ettiği yöntem olan fark metodu, genel olarak tüm tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından uygulanabilir. Buna göre, alacaklı, temerrüde düşen borçlu karşısında karşı edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. O, borçludan talep ettiği

¹¹⁵¹ **Tercier**, Obligations, N 1316; **Chavanne**, N 216; **Ramoni**, N 74.

¹¹⁵² **von Tuhr/Escher**, s. 155; **Oser/Schönenberger**, Art. 107, N 22-24; **Öz**, İnşaat, s. 146; **Gümüş**, s. 407.

¹¹⁵³ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2781-2782; **BaK-Wiegand**, Art. 107, N 18; **CR-Thévenoz**, Art.107, N 33; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 962; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073; **Erman**, İnşaat, s. 93. İsviçre Federal Mahkemesi de fark teorisini uygulamak eğilimindedir. Örneğin, BGE 120 II 296; BGE 104 II 198=JdT 1979 I 80; BGE 65 II 174=JdT 1940 I 105.

müsbet tazminat alacağından, kendi taahhüt ettiği edimin değerini mahsup¹¹⁵⁴ ederek geriye kalan kısmı yani aradaki farkı talep edebilir (**Fark Teorisi**). Fark teorisini savunan yazarların büyük bölümüne göre¹¹⁵⁵, alacaklı kendi edimini yerine getirip getirmemek konusunda seçim yapabilmelidir. Diğer bir deyişle alacaklıya bu **iki teori** arasında **seçim yapma yetkisi** tanınmalıdır. Alacaklı kendi edimini muhafaza etmek istiyorsa fark teorisinin, kendi ediminden kurtulmak istiyorsa mübadele teorisinin olaya uygulanmasını tercih edebilmelidir.

Yargıtay özellikle satım sözleşmelerinde müsbet zarar tazminatının hesaplanmasında genel olarak fark teorisinin uygulanmasını kabul etmektedir¹¹⁵⁶. Yargıtay'ın iş sahibinin bedel borcunun bir miktar para olduğu eser sözleşmelerinde de

¹¹⁵⁴ Burada “takas” değil, “mahsup” teriminin kullanılması yerindedir. Zira, yüklenicinin müsbet zarar tazminatı ödeme borcu karşısında iş sahibinin karşı edimi paradan başka bir şeyin verilmesi de olabilir. Takasın şartlarından biri takasa konu borçların aynı nitelikte olması olduğundan bu takdirde takastan söz edilemez. Bkz. **Gauch/Schluep**, Band II, N 2779; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1074. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi iş sahibi bir miktar para ödemeyi değil, bazı arsa paylarını devretmeyi borçlanmış olabilir. İşte bu tür durumlarda, değeri birbirinden düşülen edimler yani yüklenicinin tazminat ödeme borcu ile iş sahibinin arsa payı devretme borcu aynı nitelikte edimler olmadığından takastan söz edilemez.

¹¹⁵⁵ **Schenker**, Verzug, N 675; **Wiegand**, recht 4/1983, s. 131; **CR-Thévenoz**, Art.107, N 33; **Serozan**, İfa, s. 210; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 962; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1073-1074.

¹¹⁵⁶ Yarg. 13. HD., 12.7.2004 T., 2004/3108 E., 2004/11101 K.: “(...)Doktrinde müspet zararın hesabı ile ilgili, mübadele teorisi ve fark teorisine olmak üzere iki teori vardır (...) Mübadele teorisinde mütemerrit borçlu kendi edimi yerine tazminat ödemek zorunda kalırken, alacaklı kendi edimini aynen yerine getirmek zorundadır. Doktrin ve uygulamada daha fazla benimsenen fark teorisine göre ise alacaklı mütemerrit borçluya karşı borçlandığı kendi edimini aynen ifa etmek zorunda değildir. Bu durumda alacaklı, tazminat alacağından kendi borcunu düşürür ve geri kalan kısmı ister. Özellikle somut dava konusu olayda olduğu gibi, edimini yerine getirmede temerrüde düşen, hatta mali bakımdan acz içerisinde olduğu bilinen borçluya, bakiye satım bedelinin peşinen ödenmesini istemek hakkaniyet ilkeleri ile de bağdaşmaz. Böyle olunca mahkemece, davacının sözleşmeye aykırılık nedeniyle olumlu (müspet) zararını talep edebileceği kabul edilerek, satışa konu edilen aracın, ihtar tarihindeki (...) rayiç değerinin uzman bilirkişi vasıtası ile tespiti ile bundan davacının kalan taksitlerinin mahsup edilmesi ve bakiye zarardan davalıların sorumlu tutulması gerekirken (...).” (www.kazanci.com).

fark teorisini uyguladığı görülmektedir¹¹⁵⁷. Buna karşılık, Yüksek Mahkeme, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yani iş sahibinin yükleniciye arsa payı devretmeyi taahhüt ettiği durumlarda mübadele teorisini uygulamak eğilimindedir¹¹⁵⁸.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin borçlandığı **karşı edimin** bir miktar **para** ödemekten ibaret olduğu eser sözleşmelerinde fark teorisinin mi, yoksa mübadele teorisinin mi uygulanacağına ilişkin bu tartışmalar pratik açıdan fazla **önem taşımaz**. Zira mübadele teorisi uygulandığı takdirde de, yüklenicinin tazminat borcu ile iş sahibinin para borcu takas edilebileceğinden mübadele teorisi veya fark teorisinin uygulanması ulaşılacak sonucu değiştirmez¹¹⁵⁹. Buna karşılık, özellikle alacaklının ediminin **para borcu dışında bir borç** olduğu durumlarda, alacaklının kendi edimini aynen yerine getirmekten kurtulup, bu edim üzerinde serbestçe tasarruf etmekte menfaati olabilmektedir¹¹⁶⁰. İş sahibi yüklenici kendisine müsbet zarar tazminatı ödeyene kadar kendi edimini ifa etmeye hazır olarak beklemek isteyebilir. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibi sözleşmede yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını üçüncü bir kişiye satmayı arzu edebilir.

¹¹⁵⁷ Yarg. 15. HD., 29.5.2003 T., 2003/6248 E., 2003/2832 K.: “135.000.000 TL. olarak kararlaştırılan bedelden 17.500.000 TL. dışındakinin ödendiği çekişmeli değildir. (...) Davada ifadan vazgeçerek zararının tazminini isteyen davacının bu isteminin BK m. 108 çerçevesinde “müsbet” zarar olarak değerlendirilmesi gerekir. (...) mahkemece yapılacak iş (...) davacının müsbet zararını bu tarihe göre hesaplattırmak, bundan iş bedelinden ödenmemiş 17.500.000 TL. düşüldükten sonra kalan alacağa hüküm kurmaktan ibarettir.” (Karataş, s. 151).

¹¹⁵⁸ Yarg. 15. HD., 14.3.2008 T., 2008/240 E., 2008/1632 K.: “(...) Bu durumda, ifaya ilişkin talep hakkı yerine, sözleşmenin ifa olunmaması nedeniyle tazminat talep eden davacının kendi üzerinde bulunan tüm tapu kaydını yükleniciye devretmesi gerekir. Zira davacı arsa sahibi, dava sonunda sözleşmede kendisine verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölümlerin bedelinin tamamına kavuşmuş olacaktır.” (Karataş, s. 152-153).

¹¹⁵⁹ Gauch/Schlupe, Band II, N 2780; Serozan, İfa, s. 210; Havutçu, s. 88.

¹¹⁶⁰ Havutçu, s. 88.

Kanaatimizce, iş sahibinin edimini aynen yerine getirmemekte menfaatinin olduğu durumlarda, kusuruyla edimini ifa etmeyen yüklenici karşısında iş sahibinin bu menfaati korunmaya değerdir. Bu koruma da ancak iş sahibine edimini aynen yerine getirip getirmeme konusunda seçim yapma yetkisi tanınarak sağlanabilir. Bu sebeple, iş sahibine fark teorisinin uygulanmasını talep etme hakkının tanınması yerinde bir çözümdür. Bununla birlikte, **borçların aynen ifası asıl** olduğuna göre, iş sahibi kendi edimini aynen yerine getirip getirmeme konusunda bir tercih yapmamışsa, yani **mübadele veya fark teorisinden hangisini** tercih ettiğini **belirtmemişse, mübadele teorisi** uygulanmalıdır.

2. İş Sahibinin Karşı Edimini Yerine Getirmiş Olması Halinde Durum

Değinilmesi gereken bir diğer mesele de **kendi edimini ifa etmiş olan iş sahibinin** fark teorisi çerçevesinde **edimini geri alıp**, bunun parasal karşılığını müsbet zararından düşüp kalan kısım için tazminat talep edip edemeyeceğidir. Sınırlı fark teorisi olarak adlandırılan ve bugün hâkim durumda olan görüşe göre¹¹⁶¹, fark teorisi alacaklıya önceden ifa ettiği edimin iadesini sağlamaz; sadece henüz ifa etmediği kendi edimini aynen ifa etmekten kurtulma olanağı tanır. Bu bakımından da bu zarar hesaplama yöntemi ancak alacaklının henüz karşı edimini ifa etmemiş olduğu durumlarda uygulama alanı bulur. Buna karşılık azınlıkta kalan bir görüşe göre¹¹⁶², müsbet zararın tazminini talep eden alacaklı kendi edimini ifa etmiş bulunuyorsa bu edimin iadesini talep edip bunun değerini müsbet tazminat alacağından mahsup edebilir. Bu son görüş, aynen ifadan vazgeçtiği takdirde sahip olduğu iki seçimlik haktan biri olan müsbet zararının tazminini talep etmeyi seçen alacaklıya, müsbet zarar tazminatı

¹¹⁶¹ **Comment**, s. 113; **Lemp**, s. 59 ve 74; **Ehrat**, s. 103; **Glasl**, s. 126 vd.; **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 34; **Havutçu**, s. 91-92.

¹¹⁶² **Koller**, *Leistungsverzichts*, s. 500 vd.; **Glättli**, s. 238 vd.

çerçevesinde adeta bir dönme hakkı tanımış olmakla eleştirilmektedir¹¹⁶³. Kanaatimizce de, Borçlar Kanunu'nun sadece sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığı takdirde tanıdığı ifa edilmiş olan edimleri geri alma olanağını alacaklının müsbet zararın tazmini çerçevesinde de elde etmesi kanun koyucunun alternatif iki seçimlik hak ihdas etmesindeki amaca aykırı olur. Bu sebeple bu konudaki hâkim görüşe katılıyoruz.

3. Müsbet Zararın Mübadele Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların Hukukî Durumu

Mübadele teorisi uygulandığında, iş sahibi eser sözleşmesinde yükleniciye karşı borçlandığı karşı edimi aynen ifa eder. **İş sahibin bedel borcu** bir miktar **paranın ödenmesi** ise, o bu tutarı tam olarak yükleniciye öder¹¹⁶⁴. Ancak bu takdirde yüklenicinin ifa etmediği borç tazminat borcuna yani para borcuna dönüşmüş olduğundan, bu iki para borcu iş sahibinin veya yüklenicinin takas beyanı ile tek borca indirilebilir. Takasla birlikte borcu sona eren taraf, diğer taraftan takas sonucunda kalan miktarı talep edebilir. İş sahibinin müsbet zararı, onun yükleniciye ödemeyi taahhüt ettiği bedel borcundan fazla ise, takas sonucu iş sahibinin borcu sona erer, yüklenicinin tazminat borcu ise takas sonucu arta kalan miktarı ödemekten ibaret olur¹¹⁶⁵. Örneğin yüklenici ile 5.000 TL bedel karşılığı bir iş makinesi imali için anlaşılan iş sahibinin eserin vadede teslim edilmemesinden kaynaklanan müsbet zararı 6.000 TL ise, taraflardan birinin takas talebi ile bu iki borç 1.000 TL'ye iner. İş sahibinin borcu sona erer; yüklenici iş sahibine 1.000 TL öder.

¹¹⁶³ Bu eleştiriler için bkz. **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 34; **Havutçu**, s. 91.

¹¹⁶⁴ **Öz**, İnşaat, s. 146; **Ayan**, s. 236; **Gümüş**, s. 76.

¹¹⁶⁵ **Öz**, İnşaat, s. 146.

Yüklenicinin tazminat ödeme borcu yani para borcu karşısında, **iş sahibinin bedel borcu paradan başka bir şeyse**, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi arsa payı devri ise, nitelikleri farklı olan bu iki borç takasa konu olamaz. Bu sebeple, yüklenici müsbet zarar tazminatının tamamını öder; iş sahibi de sözleşmede yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarının tamamının mülkiyetini yükleniciye devreder¹¹⁶⁶. Örneğin 10 daireli bir apartman inşaatında iş sahibine 7, yükleniciye 3 daire kalacağı kararlaştırılmış olsun. Yüklenici kalan işin tamamlanma masrafı ve gecikme zararlarından oluşan müsbet zarar tazminatının tamamını iş sahibine ödeyince, iş sahibinden sözleşmede kararlaştırıldığı üzere arsa paylarının % 30'unun adına tescilini talep edebilir. Yüklenici böylece yapı tamamlandığında, adına tescil edilmiş arsa paylarına bağlı olarak 3 dairenin maliki olur.

İş sahibinin karşı edimin değeri, yani para borcunun miktarı veya sözleşme gereği yükleniciye devretmesi gereken arsa paylarının parasal değeri, **yüklenicinin iş sahibine ödeyeceği** ifa edilmeyen edimin değeri ile iş sahibinin uğradığı diğer gecikme zararının **toplamından fazla** olsa dahi, mübadele teorisi uygulandığında sorun çıkmaz. İş sahibinin borcu para borcu ise, takas sonucu borcu sona eren yüklenici, iş sahibinden takas işleminden sonra arta kalan miktarı talep edebilir. İş sahibinin borcu paradan başka bir şeyse, mübadele teorisi uygulandığında, iş sahibi karşı edimini aynen yerine getireceğinden, örneğin devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarının tümünü yükleniciye devretmek zorunda kalacağından, bu karşı edimin parasal değerinin bir önemi de yoktur. İş sahibi arsa paylarının tamamını yükleniciye devreder; yüklenici de iş sahibine tam tazminat öder.

¹¹⁶⁶ **Öz**, İnşaat, s. 147; **Ayan**, s. 236; **Gümüş**, s. 77.

4. Müsbet Zararın Fark Teorisine Göre Tazmin Edilmesi Halinde Tarafların

Hukukî Durumu

Fark teorisi uygulandığında, müsbet zararın tazminini talep eden iş sahibinin borcu kısmen dahi olsa sona ermemiştir¹¹⁶⁷. Ancak onun kendi edimini “aynen ifa etme” yükümlülüğü bulunmamaktadır. Burada öncelikle, iş sahibinin bedel borcunun (karşı ediminin) değeri tespit edilir. Bedel borcu para ise karşı edimin değeri bu para tutarından ibarettir. Bedel borcu arsa payı devri ise, bu arsa paylarının parasal değeri yukarıda açıklandığı biçimde tespit edilir. Yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ve iş sahibinin gecikme zararlarının toplamı ile iş sahibinin ifa etmediği karşı edimin parasal değeri arasındaki fark bulunur.

İş sahibi, kendi lehine bir fark varsa, bu farkı yükleniciden tazminat olarak talep edebilir. Özellikle, yüklenici işe hiç başlamamışsa veya yaptığı kısım iş sahibi bakımından kullanılabilir nitelikte değilse ya da eserin az bir kısmını meydana getirmişse, yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ile iş sahibinin gecikme zararlarının toplamı, iş sahibinin karşı ediminin değerinden fazla olur. Örneğin yüklenici 5.000 TL bedel karşılığında yapmayı üstlendiği bina tadilatı işine hiç başlamamışsa ve iş sahibin

¹¹⁶⁷ Aksî görüşte: **Ayan**, s. 244-247. **Ayan**'a göre, müsbet zararın fark teorisine göre tazmini halinde, yüklenicinin “kısmî bir bedel alacağı” bulunur. Bu kısmî bedel alacağı da ayıplı ifa halindeki bedel indirimi yöntemine göre hesaplanır. Bu çerçevede, yazar, bahsettiği kısmî bedel alacağını, eserin tamamlanması için gereken tutarı toplam ücretten çıkararak hesaplamaktadır. Oysa, kanaatimizce, burada da yüklenicinin bir kısmî bedel alacağı yoktur, onun bedel alacağı tamdır. Ancak iş sahibi bu tam bedel borcunu “aynen” ifa etmek zorunda değildir. Kaldı ki kısmî bedel alacağı olsa idi dahi bunun ayıplı ifa halindeki bedel indirimi yöntemine göre hesaplanmasının dayanağı yoktur. **Ayan**, BK m. 371 f. 2'nin söz konusu duruma kıyasen uygulanması ile bu sonuca ulaşmaktadır. Bu hükümde iş sahibinin “yaptığı işin kıymetini ve bu kıymete dâhil olmayan masrafını” alacağı belirlendiğine göre, yüklenicinin kısmî bir bedel alacağı olduğu kabul edilseydi dahi, yüklenicinin iş sahibinden talep edebileceği kısmî bedel, sözleşme ücretinin yapılan işle orantılı bölümü, yani orantılı ücret olurdu. **Ayan**'ın bu görüşü hakkında eleştiriler için bkz. **Gümüş**, s 78 dn. 417.

müsbet zararı 6.000 TL ise, iş sahibi bu iki meblağ arasında kendi lehine çıkan fark olan 1.000 TL. yi yükleniciden müsbet zarar tazminatı olarak talep edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından örnek vermek gerekirse, böyle bir sözleşmede yüklenici örneğin işin az bir kısmını tamamlamışken temerrüde düşmüş olsun. İş sahibinin sözleşmede yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarının aynen ifadan vazgeçme tarihindeki değeri 100.000 TL iken, işin tamamlanması için gerekli masraflar ile iş sahibinin gecikme zararının toplamı 250.000 TL olsun. Bu durumda lehine $250.000 - 100.000 = 150.000$ TL. lik bir fark ortaya çıkan iş sahibi, bu tutarı müsbet zarar tazminatı olarak yükleniciden talep edebilir. Dikkat edilse, bu teori uygulandığında, mübadele teorisinden farklı olarak, taraflardan birinin takas beyanında bulunması gerekmez, yüklenicinin tazminat borcu ile iş sahibinin bedel borcu hâkim tarafından kendiliğinden birbirinden düşülmekte, yani mahsup edilmektedir¹¹⁶⁸.

Fark yüklenici lehine çıkarsa ne olur? Diğer bir deyişle, iş sahibinin karşı ediminin, yani eser sözleşmesinde yükleniciye ödemeyi taahhüt ettiği paranın miktarı veya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme gereği yükleniciye devretmesi gereken arsa paylarının parasal değeri, yüklenicinin ödeyeceği ifa edilmeyen işin değeri ve iş sahibinin uğradığı diğer gecikme zararının toplamından fazla ise ne yapılmalıdır? Örneğin yüklenici inşaatın büyük bölümünü tamamlamışken temerrüde düşmüşse, çoğu durumda işin tamamlanma masrafı ile iş sahibinin gecikme zararı toplamı, sözleşme gereği yükleniciye ödenecek bedelden veya ona bırakılacak olan arsa paylarının (ve bağımsız bölümlerin) değerinden az olur. Bu durumda, yüklenici lehine bir fark doğar. Fark teorisi uygulandığı için iş sahibi aynen ifade bulunmak, yani yükleniciye bedel

¹¹⁶⁸ Öz, İnşaat, s. 147.

borcunun tamamını ödemek veya sözleşmede taahhüt ettiği arsa paylarını devretmek zorunda da değildir.

Kanaatimizce, böyle bir durumda iş sahibinin yapması gereken, yüklenici lehine doğan bu farkı yükleniciye ödemekten ibaret olmalıdır. Örneğin iş sahibinin 100.000 TL bedel karşılığı imal ettirdiği bir iş makinesinin % 80'lik bölümünü imal eden yüklenici, eseri teslimde temerrüde düşmüş olsun. İşi tamamlatma masrafı ile iş sahibinin gecikme tazminatı toplamı da 40.000 TL. olsun. Fark teorisi uygulandığında, iş sahibinin bedel borcu (100.000 TL) ile yüklenicinin müsbet zarar tazminatı borcu (40.000 TL) arasında, yüklenici lehine 60.000 TL. lik bir fark doğmuş olur. O halde, kendi karşı edim borcunu ifa etmekten kurtulan iş sahibi, yükleniciye 60.000 TL. ödemelidir. Böyle bir olasılıkta, iş sahibi müsbet zararının tazmini istemekle zarara uğramış da olmaz. Zira iş sahibi sadece 60.000 TL ödeyerek, işin % 80'lik kısmını elde etmiş olur. Aynı şekilde, bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşme gereği yükleniciye kalması kararlaştırılan arsa paylarının, yani iş sahibinin karşı ediminin parasal değeri 100.000 TL olsun. İnşaatın büyük bölümünün tamamlandığını varsayarak, kalan işin tamamlanma masrafları ile iş sahibinin gecikme zararının toplamının 40.000 TL. olduğunu kabul edelim. Yüklenicinin tazminat borcu ile iş sahibinin karşı ediminin parasal değeri arasında, yüklenici lehine 60.000 TL. lik bir fark ortaya çıkmaktadır. Fark teorisi uygulandığında, iş sahibi yine kendi edimini aynen yerine getirmez, yani yükleniciye arsa payı devretmez, ancak ona 60.000 TL öder.

Nihayet belirtmek gerekir ki, **Yargıtay**'ın iş sahibinin yüklenicinin büyük bölümü tamamlanmış yapıyı teslimde temerrüde düşmesi üzerine sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmesi halinde iş sahibinin uğradığı müsbet zararın hesaplanmasında uyguladığı

yönteme¹¹⁶⁹, burada başvurulamaz¹¹⁷⁰. Yargıtay, bu uygulamada, iş sahibinin yükleniciye devredeceği arsa paylarını yüklenicinin fesih sebebiyle iş sahibine borçlu olduğu müsbet zarar tazminatı miktarında azaltmaktadır. Buna göre, örneğin iş sahibinin müsbet zararı yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerden birinin yarısına eşitse, bir bağımsız bölüm üzerinde iş sahibi ve yüklenici arasında paylı mülkiyet ilişkisi kurulmaktadır. Sözleşmede iş sahibine 7, yükleniciye 3 bağımsız bölüm kalacağı kararlaştırılmışsa, iş sahibi 7,5 bağımsız bölüm, yüklenici ise 2,5 bağımsız bölüm elde etmektedir. Yargıtay böylece yasal bir gerekçeye dayanmaksızın iş sahibinin devredeceği arsa paylarında indirim yapmaktadır¹¹⁷¹. Ancak belirtmek gerekir ki, hâkimin kendiliğinden böyle bir çözüm uygulamasının dayanağı yoksa da, iş sahibi ile yüklenicinin aralarında anlaşarak müsbet tazminat yerine yükleniciye verilecek arsa payı oranında indirim yapma yoluna gitmeleri mümkündür¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ Yarg. İçt. Birl. BGK., 25.01.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (YKD., Nisan 1984, s. 501 vd.; RG. 18325 (27.02.1984), s. 17 vd.

¹¹⁷⁰ Esasen sözleşmenin feshi halinde de bu yöneme başvurma hukukî dayanağı bulunmamaktadır. Bkz. aşağıda 3. Bölüm, § 6. III. D. 2. c. bb.

¹¹⁷¹ **Öz**, İnşaat, s. 148; **Gümüş**, s. 77. Aksi görüşte: **Ayan**, s. 250. **Ayan**, Yargıtay'ın iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi halinde benimsediği bu yöntemi yerinde görmekte ve iş sahibi ifadan vazgeçip müsbet zararının fark teorisine göre tazminini talep ettiğinde de bu yola başvurulması gerektiğini ifade etmektedir. **Ayan**, s. 250. Yazara göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi sonucunda varılacak sonuç ile aynen ifadan vazgeçilip müsbet zararın fark teorisine göre tazmini sonucu varılacak sonuç aynıdır. **Ayan**, s. 249, dn. 333. Oysa yukarıda da belirtildiği üzere, fesih halinde iş sahibin uğradığı müsbet zarar ile aynen ifadan vazgeçme halinde uğradığı müsbet zarar aynı değildir. Ayrıca, fesih halinde yüklenici yalnız yaptığı kısımla orantılı ücrete hak kazanırken, ifa yerine müsbet zarar tazminatı talep edilmesi iş sahibinin karşı edim borcunu ortadan kaldırmadığından, yüklenici tazminat borcunu ödemek kaydıyla, sözleşmede taahhüt edilen bedelin tamamına hak kazanmaktadır. Bkz. yukarıda, 3. Bölüm, § 6. II. E.

¹¹⁷² **Öz**, İnşaat, s. 148.

F. Zamanaşımı

Müsbet zararın tazmini edimi yüklenicinin eser sözleşmesindeki aslî edimi olan eseri meydana getirme ediminin yerini almıştır. Bu itibarla, müsbet zarar tazminatı alacağına ilişkin zamanaşımı da, bu aslî edimin tâbi olduğu zamanaşımı süresine tâbidir¹¹⁷³. Eser sözleşmesinden doğan talepler, yüklenicinin temerrüde düşmekte ağır ihmali veya kastı bulunduğu durumlarda 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi iken (BK m. 125), kusursuz olduğu veya hafif ihmalinin olduğu durumlarda 5 yıllık zamanaşımına tâbidir (BK m. 126 b. 4). Yüklenicinin aslî ediminin tâbi oldu bu zamanaşımı süreleri, onun iş sahibinin müsbet zararını tazmin etme edimi bakımından da geçerlidir¹¹⁷⁴. Zamanaşımı süresi, iş sahibinin müsbet zararın tazmini seçeneğini seçtiğini yükleniciye veya yetkili temsilcisine beyan ettiği andan itibaren işlemeye başlar. Zira tazminat alacağı ancak bu anda doğar¹¹⁷⁵.

III. İŞ SAHİBİNİN ESER SÖZLEŞMESİNDEN DÖNMESİ

Aynen ifa talebinden vazgeçen iş sahibi, temerrüde düşen yükleniciden ifa yerine müsbet zarar tazminatı talep edebilir veya bunun yerine eser **sözleşmesinden dönerek** menfî zararının tazminini talep edebilir (BK m. 106 f. 2; BK m.108 f. 2)¹¹⁷⁶.

¹¹⁷³ Glättli, s. 215; Havutçu, s. 135; Ayan, s. 315.

¹¹⁷⁴ Ayan, s. 315.

¹¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 409; Havutçu, s. 135; Ayan, s. 315.

¹¹⁷⁶ BK m. 106 vd. hükümleri anî edimli sözleşmeler esas alınarak düzenlenmiştir. Anî edimli sözleşmeler bakımından, kural olarak sadece ileriye etkileri bulunan fesih hakkı değil, geriye yönelik etkileri de olan sözleşmeden dönme hakkı kullanılır. Bu itibarla, her ne kadar BK m. 106 f. 2’de “fesih” ifadesi kullanılmışsa da, burada kullanılan “sözleşmenin feshi” ifadesi “sözleşmeden dönme” olarak anlaşılmalıdır. Gauch/Schlupe, Band II, N 2793; Tercier, Obligations, N 1318; Chavanne, N 222, dn. 180; Oğuzman/Öz, s. 381 ve s. 411 dn. 632; Serozan, Dönme, s. 120; Öz, Dönme, s. 27-28. Belirtmek gerekir ki, bu kavramsal hata BK m. 106 hükmünün mehz İsviçre Borçlar Kanunu’daki karşılığı olan İBK m. 107’nin Fransızca metninin kenar başlığında da mevcuttur. Orada da “fesih” (Résiliation) ifadesi

Sözleşmeden dönmenin **amacı**, tarafların sözleşme öncesi buldukları durumu (*status quo ante*) yeniden tesis etmektir¹¹⁷⁷.

A. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkını Kullanması

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme hakkı **yenilik doğuran bir hak**¹¹⁷⁸. Bu sebeple, **iş sahibi** şartları gerçekleştiğinde, **tek taraflı** olarak kullanılan, yükleniciye varması gereken,

yer almaktadır. Buna karşılık, maddenin Almanca metninin kenar başlığında isabetli biçimde “dönme” (Rücktritt) ifadesi kullanılmıştır.

¹¹⁷⁷ **CR-Thévenoz**, Art. 107, N 36; **Monod**, s. 147; **Schenker**, Verzug, N 692; **Weber**, s. 643; **Gauch**, Werkvertrag, N 684; **Werz**, N 376; **Serozan**, Dönme, s. 40; **Öz**, Dönme, s. 26-27; **Buz**, Dönme, s. 78. Yarg. 14. HD., 10.4.2007 T., 2007/2982 E., 2007/3949 K.: “Geriye etkili feshin en önemli sonucu da tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki malvarlığına getirilmeleridir.” (**Karataş**, s. 481 dn. 28). Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K.: “Taraflar arasındaki sözleşme geriye etkili olarak feshedilmiştir. Bu şekilde bir fesihle tarafların hukukî durumu ve malvarlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi işleme tâbi tutulacaktır.” (**Kostakoğlu**, s. 878-880).

¹¹⁷⁸ **BK-Weber**, Art. 109 N 27; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2795; **Glasl**, s. 167; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1076; **Öz**, Dönme, s. 31; **Buz**, Dönme, s. 74; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 52; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 49. Acaba, sözleşmeden dönme hakkı yenilik doğuran hak kategorilerinden hangisine dâhildir? Bu soruya verilecek cevap sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem üzerindeki etkisi konusunda kabul edilecek görüşe göre değişir. Dönme hakkının kullanılması ile birlikte, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan klâsik görüşe göre, dönme hakkı var olan bir hukukî ilişkiyi sona erdirdiğinden **bozucu yenilik doğuran** bir hak. **von Tuhr/Escher**, s. 155-156; **Ehrat**, N 10; **Keller/Schöbi**, s. 309; **Oğuzman/Öz**, s. 412; **Öz**, Dönme, s. 34; **Buz**, Dönme, s. 74; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 193. Yargıtay da bu görüştedir. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/4646 E., 2007/7359 K. (**Karataş**, s. 490). Buna karşılık, bizim de katıldığımız dönüşüm teorisine göre, dönme hakkı, bünyesinde bozucu yenilik doğuran unsur ile değiştirici yenilik taşıyan unsuru bir arada taşımaktadır. Bkz. **Suter**, s. 59. Burada meseleye dönmenin hangi etkisi bakımından yaklaşıldığı önemlidir. Sözleşmeden dönme hakkı, kullanılmakla birlikte, sözleşmeden doğan ve henüz ifa edilmemiş aslı edim yükümlülüklerini sona erdirdiği için bu yönüyle **bozucu yenilik doğuran** bir hak. Meseleye bu açıdan yaklaşan, örneğin **Gauch/Schlupe**, Band I, N 72; **Glasl**, s. 167. Ancak dönme hakkının kullanılmasının sözleşme ilişkisinin bütününe yaptığı etki dikkate alınrsa, sözleşmeden dönme ifaya yönelmiş sözleşme ilişkisini bir tasfiye ilişkisi haline dönüştürdüğünden ötürü, bu yönüyle **değiştirici yenilik doğuran** bir hak. **BK-Weber**, Art. 109 N 27; **Suter**, s. 59; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1076; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 49.

herhangi bir geçerlilik şekline tâbi olmayan, kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınamayan bir **irade beyanı ile** eser sözleşmesinden dönebilir¹¹⁷⁹. Buna göre, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanı hukukî sonuçlarını, yüklenicinin kabulü veya mahkemeden bu yönde bir karar almak gerekmeksizin, yüklenicinin hâkimiyet alanına girdiği anda doğurur¹¹⁸⁰. Sözleşme bu anda tasfiye ilişkisine dönüşür ve tarafların karşılıklı iade borçları doğar¹¹⁸¹. Yüklenicinin bu hakkın kullanımına itiraz ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının koşullarının gerçekleşmediği iddiasıyla dava açması durumunda, mahkemenin bu koşulların somut olayda gerçekleştiğini tespit eden kararı da kurucu değil, bildirici niteliktedir¹¹⁸².

Yargıtay, eser sözleşmeleri bakımından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının tek taraflı irade beyanı ile kullanabileceğini genel olarak kabul etmektedir¹¹⁸³. Buna karşılık, Yargıtay son yıllarda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından iş

¹¹⁷⁹ **Glasl**, s. 166-167; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1075; **Öz**, Dönme, s. 31; **Buz**, Dönme, s. 65; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 302; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 48.

¹¹⁸⁰ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 57, 66.

¹¹⁸¹ İş sahibi eser sözleşmesinden dönme hakkını kullanmak için dava açmak zorunda değildir. Ancak yüklenici, iş sahibinin tek taraflı irade beyanı sonucu doğan iade borcunu yerine getirmediği takdirde, iş sahibi sözleşmeden dönme ile birlikte muaccel olan bu iade borcunun ifasını sağlamak için dava ve takip yollarına başvurmak zorunda kalır. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 67.

¹¹⁸² **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 66. Bu yönde, Yarg. 15. HD., 30.5.1994 T., 1993/5917 E., 1994/3378 K.: İş sahibinin yüklenicinin temerrüdü üzerine arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğü bir olayda “Feshin hukukî sonuç doğurması için karşı tarafın kabulüne gerek yoktur. Tek taraflı irade beyanı karşı tarafa ulaştırılınca sözleşme ilişkisi son bulur. (...) Feshin haklı nedenlere dayandığının yapılan yargılama sonunda anlaşılması halinde hukukî sonuçlarını, mahkeme kararının kesinleştiği tarihte meydana getirdiği anlamına gelmez. Çünkü mahkemece verilen karar evvelce meydana gelmiş hukukî sonucunun saptanmasından ibarettir. Mahkemenin bu husustaki kararı (...) tespit kararı niteliğindedir.” (**Kostakoğlu**, s. 959-960).

¹¹⁸³ Bu yönde, Yarg. 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/4646 E., 2007/7359 K. (**Karataş**, s. 490); Yarg. 15. HD., 30.5.1994 T., 1993/5917 E., 1994/3378 K. (**Kostakoğlu**, s. 959-960).

sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ancak yüklenicinin kabulü¹¹⁸⁴ ile yüklenici dönmeye muvafakat etmediği takdirde mahkeme kararıyla kullanabileceğine hükmetmektedir¹¹⁸⁵. Kanaatimizce, Yargıtay’ın bu uygulaması yerinde değildir¹¹⁸⁶. Zira Yüksek Mahkeme böylece, hiçbir kanunî dayanak bulunmaksızın, “**yenilik doğuran bir hak**” olan sözleşmeden dönme hakkını, “**yenilik doğuran dava hakkına**” dönüştürmektedir¹¹⁸⁷. Bunun pratik önemi iş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihin

¹¹⁸⁴ Yargıtay yüklenici iş sahibinin sözleşmeden dönmesine muvafakat etmişse, artık sözleşmeden döndüğünün tespiti için dava açılmasına gerek görmemektedir. Yarg. 15. HD., 14.7.2005 T., 2005/2333E., 2005/4271K.: “Kural olarak, taşınmaz payı temlikini de içerdiğinden kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi, tek taraflı bildirimle istenemez ve feshe mahkemece karar verilmesi gerekir ise de feshin kabulü yönünden taraf iradelerinin birleşmesi durumunda taraflar arasındaki akdî ilişki sona erer.” (Kostakoğlu, s. 760-761). Bu yönde, Yarg. 15. HD., 21.5.1991 T., 1990/5609 E., 1991/2652 K. (Kostakoğlu, s. 760).

¹¹⁸⁵ Yarg. 15. HD., 21.11.2007 T., 2007/4646 E., 2007/7359 K.: “Kural olarak eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekilde bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran hak (sözleşmeden dönme hakkı) kendiliğinden hükmünü icra eder. (...) Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde “düzenleme” şeklinde yapılmasına bağlıdır. Dolayısıyla bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönmeyi kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hâkimin kararına ihtiyacı vardır, yani mahkemede açacağı “sözleşmenin feshi” davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir. Mahkeme, önce fesih isteyen haklı olup olmadığını tartışır; haklı ise feshe karar verir, aksi halde davayı reddederek sözleşmeyi yürürlükte tutar.” (Karataş, s. 490). Bu yönde, Yarg. 15. HD., 18.1.2007 T., 2005/7593 E., 2007/187 K. (Kostakoğlu, s. 759); Yarg. 15. HD., 15.0.2003 T., 2003/1855 E., 2003/4791 K. (Kostakoğlu, s. 765-766). Yargıtay bu kararlarında dönülen sözleşme resmî geçerlilik şekline tâbi bir sözleşme olsa dahi, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının geçerlilik şekline tâbi olmadığı esasını gözden kaçırmaktadır. Örneğin resmî şekilde akdedilen bir taşınmaz satış sözleşmesinden taraflardan her biri dönmenin şartları gerçekleşmişse sözlü bir beyanla da dönebilir. Bkz. Serozan, Dönme, s. 468. Dönme beyanının yazılı olarak yükleniciye bildirilmesi dahi ancak ispat kolaylığı sağlaması bakımından önemlidir. Yoksa bu bildirim yazılı şekilde yapılması da hüküm doğurması için şart değildir. Bkz. Öz, Dönme, s. 31 ve orada dn. 42’de zikredilen Yargıtay kararları.

¹¹⁸⁶ Bu uygulamaya yönelik eleştiriler için bkz. Ayan, s. 253; Gümüş, s. 80.

¹¹⁸⁷ Oysa yenilik doğuran dava hakları sınırlı sayıda olup, kanunda öngörülenlerden ibarettir. Bu konuda bkz. Önen, s. 53; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 186-187. Kanun koyucu borçlu temerrüdü halinde sözleşmeden dönme hakkını da yenilik doğran bir dava hakkı olarak düzenlemek isteseydi buna ilişkin bir kanunî düzenleme yapardı.

belirlenmesinde ortaya çıkar¹¹⁸⁸. Kural olarak sözleşmeden dönme anı iş sahibinin dönme beyanının yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaştığı tarihtir. İş sahibi daha önce yükleniciye tek taraflı olarak sözleşmeden dönmeye ilişkin bir beyanda bulunmadan doğrudan dava açarak sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, sözleşmeden dönme anı davanın açıldığı tarihtir. Oysa Yargıtay'ın bu uygulamasına göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici iş sahibinin sözleşmeden dönmesine muvafakat etmediği takdirde iş sahibi dönme hakkını dava açarak kullanmak zorunda kalacak ve ancak sözleşmeden dönmenin koşullarının gerçekleştiğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte iş sahibi sözleşmeden dönmüş olacaktır.

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte **kusurlu** olması **gerekli değildir**¹¹⁸⁹. Yüklenicinin kusurlu olması, iş sahibinin sözleşmeden dönmeye bağlı olarak yükleniciden menfi zarar tazminatı talep edebilmesi bakımından zorunludur (BK m. 108 f. 2). Ancak Yargıtay bazı kararlarında, iş sahibinin eser sözleşmesini “haklı sebep” bulunuyorsa geriye etkili olarak

¹¹⁸⁸ Sözleşmeden dönme anı birçok açıdan önemlidir. Örneğin, sözleşmeden dönme anı aynı zamanda tarafların iade borçlarının muaccel olduğu andır. Bu andan sonra artık iade borçlusu karşı tarafı iade borcunda temerrüde düşürmek üzere ihtarda bulunabilir. **Hartmann**, N 756; **Ayan**, s. 257. Ayrıca, yapının iş sahibinin arsası üzerinde inşa edildiği inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucu yükleniciye verilmesi gereken yapının arz ettiği objektif değer de iş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarih esas alınarak hesaplanır.

¹¹⁸⁹ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2794; **Schenker**, Verzug, N 697; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1078; **Oğuzman/Öz**, s. 411; **Öz**, Dönme, s. 32; **Buz**, Dönme, s. 110; **Gümüş**, s. 81. **Serozan**, önceleri bu konuya ilişkin Alman hukukundaki o zamanki düzenlemeden esinlenerek borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönme için borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasının şart olduğunu savunmaktaydı. **Serozan**, Dönme, s. 239. Ancak yazar daha sonra bu görüşünü terk ederek kusurun sözleşmeden dönme için gerekli olmadığı sonucuna ulaşmıştır. **Serozan**, İfa, s. 232. Zaten, bugün Alman hukukunda da borçlu temerrüdünde alacaklının sözleşmeden dönebilmesi için borçlunun kusurunun varlığı aranmamaktadır. (§ 323 BGB).

feshedebileceğine (sözleşmeden dönebileceğine) hükmetmektedir¹¹⁹⁰. Bu ifade tarzı yanlış anlaşılmaya elverişli olduğundan isabetli değildir¹¹⁹¹. Zira “haklı nedenle fesih”, burada söz konusu olduğu gibi anî edimli sözleşmelerin çözülme biçimi olan sözleşmeden dönme durumuyla ilgili değil, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesine ilişkin olan ileriye etkili fesih kurumu ile ilgili bir kavramdır. Yargıtay’ın burada asıl kastettiği, sözleşmeden dönme için haklı bir sebebin bulunduğu değil, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının koşullarının olayda gerçekleşmiş olduğudur. Yargıtay bazı kararlarında da **yüklenicinin** gecikmede **kusurlu** olmasının iş sahibinin sözleşmeden dönmesi için “**haklı sebep**” teşkil ettiğini, iş sahibinin buna dayanarak **sözleşmeden dönebileceğini** ifade ederek sözleşmeden dönmeyi adeta borçlunun kusuruna bağladığı izlenimi uyandırmaktadır¹¹⁹². Yüksek Mahkeme’nin bu tutumu da yerinde değildir¹¹⁹³. Kanaatimizce şu nokta gözden uzak tutulmamalıdır: iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının varlığı için gerekli olan husus, yüklenicinin gecikmede kusurlu olması değil, gecikmenin “haklı bir gecikme” olmamasıdır. Haklı gecikme ise, önceki bölümlere açıklandığı üzere, yüklenicinin gecikmede kusursuz olması ile birebir

¹¹⁹⁰ Yarg. 15. HD., 13.10.1994 T., 1994/414 E., 1994/5816 K.: “Davalı arsa sahibinin sözleşmeyi **haklı nedenle feshettiği** sonucuna varılırsa, aynen ifa davasının reddine; aksi halde, yani fesihte ileri sürülen nedenlerin haklı olmadığı ve sözleşmenin feshini gerektirmediği sonucuna varılırsa, davanın kabulüne, yani sözleşmenin aynen ifasına karar verilmelidir.” (Kostakoğlu, s. 960-962).

¹¹⁹¹ Yargıtay’ın iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesini “haklı sebeple fesih” kurumuna dönüştürdüğüne dair haklı eleştiriler için bkz. **Gümüş**, s. 80-81.

¹¹⁹² Yarg. 15. HD., 12.5.1998 T., 1998/525-1942: “Kat karşılığı eser sözleşmesinin arsa sahibince feshi talep edilmiş ve akdin yüklenicinin kusuru ile bozulduğu kabul edilerek karar kesinleşmiştir.” (Kostakoğlu, s. 910-911); Yarg. 15.HD., 6.10.2003 T.,1390/4548: “Gecikmenin haklı ve makul bir nedeni yoktur. Tamamen davalıların kusuruna dayalıdır. O halde fesihte davacı arsa sahiplerinin haklı olduklarının kabulüyle sözleşmenin feshi yerine yazılı gerekçelerle davanın reddi doğru olmamıştır.” (Kostakoğlu, s. 773-774)

¹¹⁹³ Yargıtay’ın yüklenicinin gecikmede kusurlu olmasının iş sahibinin sözleşmeden dönmesini haklı kıldığından bahisle dönmeye cevaz veren uygulaması **Gümüş** tarafından da haklı olarak eleştirmektedir. Bkz. **Gümüş**, s. 81.

örtüşen bir durum değildir. Yüklenicinin gecikmenin meydana gelmesinde hiçbir kusuru bulunmasa dahi, gecikme onun risk alanına giren bir sebepten kaynaklandığı takdirde, “haklı bir gecikme” söz konusu olmaz. Bu durumda gerekli diğer koşullar da gerçekleştiğinde yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşer ve iş sahibi sözleşmeden dönebilir.

2. İş Sahibinin Koşulları Oluşmadığı Halde Sözleşmeden Dönme Hakkını Kullanılması

İş sahibinin yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle kullandığı sözleşmeden dönme hakkının sonuç doğurabilmesi için, bu hakkın kullanılmasının koşullarının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. İfa yerine müsbet zararın tazmini talebinden farklı olarak, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması aranmaz. Bu itibarla, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının koşullarının gerçekleşmemesi örneğin iş sahibinin gerekli olduğu halde yükleniciyi ihtarda bulunarak temerrüde düşürmemiş olması, sözleşmeden dönme beyanından önce yükleniciye ek süre tayin etmemiş olması gibi durumlarda söz konusu olur. Acaba iş sahibinin **sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının koşullarının oluşmadığının** mahkeme önünde açıklığa kavuştuğu durumlarda, iş sahibinin sözleşmeden dönme beyanına nasıl bir hukukî sonuç bağlanacaktır? Bu konu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe¹¹⁹⁴ göre, iş sahibinin **geçerli olmayan sözleşmeden dönme beyanı**, BK m. 369'a (İBK m. 377) göre **tam tazminat karşılığı** eser sözleşmesinin **feshi**

¹¹⁹⁴ **BK-Koller**, Art. 366, N 329; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 40; **Gauch**, Werkvertrag, N 667; **Gautschi**, Art. 366, N 1c; **Gümüş**, s. 86. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Örneğin bkz. BGE 98 II 115 = JdT 1973 I 174.

beyanına **tahvil** edilir. Diğer görüşe¹¹⁹⁵ göre ise, iş sahibinin temerrüt sebebiyle sözleşmeden dönme beyanının (BK m. 106-108) bu hakkın kullanılmasının şartları gerçekleşmediği için eser sözleşmesinin tam tazminat karşılığı feshi beyanına (BK m. 369) **tahvil** edilmesi, iş sahibine istemediği ağır hukukî sonuçlar yüklemek anlamına geleceğinden, **mümkün değildir**. Yargıtay da, BK m. 369 hükmünün ancak iş sahibinin hiçbir sebep göstermeden sözleşmeyi sona erdirmesi halinde uygulanabileceği; iş sahibi örneğin yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gibi bir sebep gösterdikçe bunun koşulları gerçekleşmemiş olsa dahi, BK m. 369'a dayanılmayacağı görüşündedir¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ **Chavanne**, N 249, **Buz**, BK m. 369, s. 217-218; **Öz**, Dönme, s. 142; **Öz**, İnşaat, s. 198-199. **Buz**, geçersiz dönme beyanının ancak durumun koşullarından iş sahibinin ne olursa olsun mutlaka sözleşmeyi sona erdirme iradesinde olduğu anlaşılıyorsa BK m. 369 uyarınca tam tazminat karşı feshe tahvil edilebileceğini kabul etmektedir. **Buz**, BK m. 369, s. 218. **Öz** ise, taraflar arasındaki ilişki fiilen işe devam edilmesi beklenemeyecek kadar kopmuşsa, örneğin iş sahibi arsayı başka bir projeye tahsis etmişse, iş sahibinin BK m. 369 uyarınca fesihte bulunmuş kabul edilebileceği görüşündedir. **Öz**, Dönme, s. 142.

¹¹⁹⁶ Yargıtay BK m. 106-108 çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını şartları gerçekleşmediği halde kullanan iş sahibi yüzünden yüklenicinin uğradığı kâr mahrumiyetini hizmet sözleşmesinde işverenin işi kabulde temerrüdüne ilişkin olarak BK m. 325'te düzenlenen yönetime göre hesaplamaktadır. Yarg. 15. HD., 23.6.1994 T., 1993/5225 E., 1994/4242 K.: "(...) BK'nun 106. maddesi gereğince uygun bir süre tayin edilerek feshin ihbar edilmesi ve bu süre sonunda sözleşmenin feshedilebileceğine davalı arsa sahibinin buna rağmen herhangi bir süre vermeden 7.10.1991 tarihinde sözleşmeyi feshetmek istemesine ve daha sonra yükleniciyi azletmesine, bu nedenle fesihte haklı sayılamayacağına (...) Toplanan kayıtlardan davalı tarafın sözleşmeyi haksız olarak feshettiği, böylece davacının kâr mahrumiyeti isteyebileceği sonucuna varılmıştır. Davalı yanın sözleşmeyi BK' nun 369. maddedeki yazılı koşullar gereğince feshedilmediği anlaşıldığından, kâr mahrumiyeti hesabının BK' nun 325. maddesindeki kesinti yöntemine göre yapılması gerekmektedir. Bu maddedeki yönetime göre, eserin bedelinden, yüklenicinin işi tamamlamaması dolayısıyla sağladığı tasarruf (örneğin, malzeme ve personel giderlerinden tasarruf ettiği miktar) ile boş kalması sonucu başka bir iş bularak elde ettiği kâr ve böyle bir iş bulmaktan kasten kaçınırsa kazanacağı miktar toplamları düşülerek, yüklenicinin iş sahibinden isteyeceği ödence miktarının ortaya çıkarılması gerekmektedir." (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 14.11.1990 T., 1990/2047 E., 1990/4786 K.: "Taraflar arasındaki eser sözleşmesi, davalının (iş sahibinin) 10.6.1988 tarihli ihtarnamesiyle feshedilmiş ve davacı (yüklenici) da davasında aynen ifadan vazgeçerek zararının tazminini istemiştir. (...) Bu durumda akdin bozulmasında kusuru bulunmadığı anlaşılan davacının (yüklenicinin) müsbet zararlarını davalıdan (iş sahibinden) istemek hakkı doğmuştur. Müsbet zararın hesabında keyfi bir fesih söz konusu olmadığından, BK. nun 369. maddesine göre değil, aynı kanunun

Kanaatimizce de, iş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşme dönme beyanının geçersiz olduğu durumlarda, BK m. 369'daki ağır sonuçların sözleşmeyi yükleniciye tam tazminat ödeyerek sona erdirmek yönünde bir iradesi bulunmayan iş sahibine dayatılması uygun değildir. Sözleşmenin her iki tarafının menfaatlerinin dengelendiği yüklenicinin de mağdur edilmediği hukukî çözümler mevcuttur. Dönme hakkının kullanılmasının koşulları gerçekleşmemişse geçersiz olan bu dönme beyanı sözleşme ilişkisini çözmez. Bu durumda **sözleşme** ilişkisi ifaya yönelik olarak **varlığını korur**¹¹⁹⁷. Ancak şu noktaya da işaret etmek gerekir. Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına engel olan durum yüklenicinin temerrüde düşmemiş olması ise (örneğin, iş sahibi gerekli olduğu halde yükleniciye temerrüt ihtarında bulunmamışsa), iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanı da geçersizdir. Buna karşılık, yüklenici temerrüde düşürülmüş, ancak iş sahibinin seçimlik hakları kullanmasının koşulları gerçekleşmemişse (örneğin, iş sahibi gerekli olduğu halde yükleniciye ifada bulunması için ek süre vermemişse), burada aynen ifadan vazgeçme beyanı geçerlidir; sadece sözleşmeden dönme beyanı geçersizdir. O halde bu son ihtimalde iş sahibine yeniden aynen ifayı talep etme hakkı ancak yüklenici buna rıza gösterirse veya bu durum onun da menfaatine ise verilmelidir. Zira yenilik doğuran bir beyan niteliğinde olan iş

325. maddesinde belirtildiği üzere işlem yapılması gerekmektedir.”(Kostakoğlu, s. 848-849) Yargıtay'ın bu son karara yer alan ifadelerinden her ne kadar iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesinin yüklenicinin kusuruna bağlı olduğu intibai uyanısa da burada kastedilen yüklenicinin borcuna aykırı davranmadığıdır.

¹¹⁹⁷ Serozan, Dönme, s. 497; Öz, Dönme, s. 142; Öz, İnşaat, s. 199. Yarg. 15. HD., 13.10.1994 T., 1994/414 E., 1994/5816 K.: “Şayet BK'nun 106. veya 358. maddeleri gereğince haklı nedenlerle sözleşmeyi feshettiklerini iddia ettikleri takdirde, bu maddelerdeki koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda tarafların gösterecekleri deliller toplanarak sonucuna uygun bir karar verilmelidir. Yani daha açık bir deyimle davalı arsa sahibinin sözleşmeyi haklı nedenle feshettiği sonucuna varılırsa, aynen ifa davasının reddine; aksi halde, yani fesihle ileri sürülen nedenlerin haklı olmadığı ve sözleşmenin feshini gerektirmediği sonucuna varılırsa davanın kabulüne yani sözleşmenin aynen ifasına karar verilmelidir.” (www.kazanci.com). Yargıtay'ın bu kararda kullandığı “haklı nedenle fesih” ifadesi ile kastettiği olayda iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının koşullarının gerçekleşmiş olmasıdır.

sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanına güvenen yüklenici, iş gücü ve kaynaklarını başka bir işe kaydırmış olabileceğinden artık onu halen mutlak biçimde aynen ifa ile yükümlü tutmak doğru olmaz¹¹⁹⁸.

Sözleşmeden dönme hakkının koşullarının oluşmadığına ilişkin ortaya çıkan ihtilâf sebebiyle işin ifasında gecikme meydana gelmişse, (örneğin iş sahibi beyanının geçersiz olduğu anlaşılana kadar yükleniciyi araziye sokmamışsa) bu gecikme iş sahibine isnad edilebilen bir gecikmedir. Bu takdirde, eser sözleşmesinin süresi uzar ve yüklenici **gecikmeden doğan müsbet zararının tazminini** iş sahibinden talep edebilir¹¹⁹⁹. İş sahibi işi bu arada bir başka yükleniciye yaptırmış ise, ifayı kusuruyla imkânsız hale getirmiş olur. Kanaatimizce, bu son ihtimalde yüklenici ediminin ifasını kusuruyla imkânsız hale getiren iş sahibinden kendisine yaptığı işle orantılı sözleşme bedelini ödemesini (BK m. 370 f. 1) ve ifanın **imkânsız hale gelmesinden** ötürü uğradığı **müsbet zararı tazmin** etmesini talep edebilir (BK m. 370 f. 2)¹²⁰⁰. Yüklenicinin iş sahibine isnad edilebilen bir sebepten ötürü ifade bulunamadığı böyle

¹¹⁹⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ayrıca, yukarıda müsbet zararın tazmini talebi bahsinde incelediğimiz yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispatladığı durumlarla ilgili kısım. Biz o bahiste de iş sahibinin geçerli biçimde aynen ifadan vazgeçme beyanında bulduktan sonra bu beyanı kural olarak tek taraflı olarak geri alamayacağını kabul etmiştik.

¹¹⁹⁹ **Ayan**, s. 298-299; **Öz**, İnşaat, s. 199.

¹²⁰⁰ Eser sözleşmesinin BK m. 369 uyarınca feshedilmesi halinde de yüklenici iş sahibinden işin tamamladığı kısmının bedelini ve müsbet zararının tazminini talep edebilir. Diğer bir deyişle, iş sahibinin ifayı kusuruyla imkânsız hale getirdiği bu tür durumlarda BK m. 369 veya BK m. 370 hükmünün uygulanması sonuç itibariyle fark yaratmamaktadır. Ancak kanaatimizce olaya doğrudan uygulanabilecek olan BK m. 370 hükmü varken, iş sahibinin geçersiz dönme beyanı tam tazminat karşılığı fesih beyanına tahvil edilerek BK m. 369'un olaya uygulanması yerinde değildir. Farklı görüşte: **Öz**, Dönme, s. 142; **Öz**, İnşaat, s. 199; **Ayan**, s. 298. **Ayan**, iş sahibinin kesin olarak edimi kabul etmeme iradesinin bulunduğu durumlarda; **Öz** ise taraflar arasındaki ilişkinin işe fiilen devam edilemeyecek kadar koptuğu durumlarda, iş sahibinin geçersiz dönme beyanının BK m. 369 uyarınca tam tazminat karşılığı fesih beyanına tahvil edilebileceği görüşündedir.

durumlarda müsbet zararın hesaplanma yöntemi bakımından Yargıtay uygulamasında olduğu gibi BK m. 325’de düzenlenen yöntemin kıyasen uygulanması kabul edilebilir. Zira bu yöntem hem bir başka iş görme sözleşmesi olan hizmet sözleşmesinde iş görenin benzer bir menfaatini tatmin etmeye yöneliktir, hem de pratiktir.

B. İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesinin Sonuçları

1. Genel Olarak

BK m. 108 f. 1’e göre “ Akitten rc eden alacaklı, vaad olunan Şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği Şeyi istirdat edebilir.” Kanun hükmü her ne kadar sözleşmeden dönmenin sonuçlarını sadece alacaklı bakımından ifade etmişse de, borunun da tıpkı alacaklı gibi henüz yerine getirmediği edimler bakımından borçtan kurtulacağına ve önceden ifa etmiş olduğu edimlerin iadesini karşı taraftan isteyebileceğine Şüphe yoktur¹²⁰¹. Buna göre, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borunun temerrüde düşmesi halinde alacaklının sözleşmeden dönmesi **iki temel hukukî sonuç** doğurur: Öncelikle, BK m. 108 f. 1’de “vaad olunan Şeyi vermekten imtina edilebileceği” ifade edildiğine göre, sözleşmenin iki tarafı da taahhüt ettiği edimi ifa etme borcundan kurtulur. Böylece tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar. Bu durum, sözleşmeden dönmenin geleceğe ilişkin sonucudur. Sözleşmeden dönmenin henüz ifa edilmemiş olan borçları sona erdiren borçtan kurtarıcı etkisi konusunda ihtilâf yoktur.

¹²⁰¹ Kanun’da alacaklı bakımından kaleme alınan bu düzenleme, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin niteliği gereği, borunun durumuna adapte edilerek temerrüde düşmüş olan borçlu bakımından da uygulanır. **Gauch/Schluep**, Band II, N 2805, 2806; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 376 dn. 185; **Schenker**, n 694, 695; **von Tuhr/Escher**, s. 155 dn. 98; **Chavanne**, N 224 dn. 181; **z**, Dönme, s. 33-34; **Buz**, Dönme, s. 161.

Sözleşmeden dönmenin diğer hukukî sonucu ise, geçmişe yöneliktir. BK m. 108 f. 1’de yer alan “tediye edilen şeyler istirdat edilebilir” ifadesinden anlaşıldığı üzere, sözleşmeden dönme, iki taraf bakımından da hali hazırda ifa etmiş buldukları edimleri karşılıklı olarak **iade etme borcu** doğurur. Ancak bu iade taleplerinin hukukî niteliği tartışmalıdır. Aşağıda önce sözleşmeden dönmenin dönülen sözleşmenin geçerliliğine ve bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemlerine etkisine ilişkin görüşlere yer verilmiş, daha sonra tasfiye ilişkisi ele alınmıştır. Zira iade borçlarının hukukî niteliği ve kapsamı, sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemleri üzerinde etkisi bakımından kabul edilecek görüşe göre tespit edilecektir.

2. Dönmenin Sözleşmenin Geçerliliği Üzerinde Etkisi

Sözleşmeden dönmenin taraflar arasındaki borçlandırıcı işlem üzerinde ne tür bir etkisi olduğu tartışmalıdır. Bu etkinin belirlenmesi, **iade borcunun** hukukî temelini ve kapsamının tespit edilmesi için çözümlenmesi gereken bir **ön mesele**dir. Bu konudaki görüşlerin ayrıntılı olarak incelenmesi çalışmamızın kapsamı dışında olduğundan, aşağıda teorilerin kısaca tanıtılması ile yetinilmiştir.

a. Doktrindeki Görüşler

aa. Klâsik Dönme Teorisi

Klâsik teoriye göre, alacaklının sözleşmeden dönmesi ile birlikte geçerli olarak kurulmuş olan sözleşme, kurulduğu andan itibaren, yani geçmişe etkili olarak (*ex tunc*) ortadan kalkar. Diğer bir deyişle, sözleşme hiç kurulmamış sayılır. Bu ortak ön kabulden yola çıkan ancak tarafların iade borçlarını farklı hukukî temellere dayandıran başlıca üç görüş mevcuttur.

aaa. Sebepsiz Zenginleşme Görüşü

Sebepsiz zenginleşme görüşüne¹²⁰² göre, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması ile önceden ifa edilen edimlerin hukukî sebebi sona ermiş olur. Artık geçerli bir hukukî sebep bulunmadığından, BK m. 61'deki ifadeyle “vücudu nihayet bulmuş olan bir sebebe” (*condictio ob causam finitam*) dayanılarak daha önce ifa edilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesi gerekir. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme borçlandırıcı işlemi, yani sözleşmeyi ortadan kaldırır. Ancak bu durum dönülen borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik olarak yapılmış olan tasarruf işlemleri üzerinde etkili değildir¹²⁰³. Bu sebeple dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri ile kazanılan aynî haklar kendiliğinden bu hakkı devreden tarafa geri dönmez. Tarafların önceden geçerli olarak ifa ettikleri ancak artık sebebi sona eren edimlerin iadesine ilişkin talepleri, aynî değil, şahsî taleplerdir¹²⁰⁴. Bu görüş kabul edildiği takdirde, ifa edilmiş olan edimlerin iadesine ilişkin talep hakkı hukukî temelini sebepsiz zenginleşmede bulduğundan BK m. 66'daki bir yıllık **zamanaşımı** süresine tâbi olur¹²⁰⁵.

bbb. Kanunî Borç İlişkisi Görüşü

Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlemi, yani sözleşmeyi ortadan kaldırdığını kabul eden yazarlardan bazıları¹²⁰⁶, iade taleplerinin hukukî temelini, sebepsiz zenginleşme değil, sözleşmeden dönme üzerine taraflar arasında doğan kanunî borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönme üzerine,

¹²⁰² von Tuhr/Escher, s. 156; Comment, s. 142 vd.; von Büren, s. 380 N 82 s. 380 dn. 82; Engel, Traité, s. 734; Stanislas, s. 23-24, 80; Oğuzman/Öz, Borçlar Genel, s. 415; Karataş, s. 453.

¹²⁰³ von Tuhr/Escher, s. 156; Stanislas, s. 23.

¹²⁰⁴ Stanislas, s. 23.

¹²⁰⁵ von Tuhr/Escher, s. 156; Stanislas, s. 27, 80.

¹²⁰⁶ Becker, Kommentar, Art. 109, N 4; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 968; Gümüş, s. 78-79.

tarafların iade talepleri doğrudan Borçlar Kanunu'nun 108. maddesine dayanır. Bununla birlikte dönme üzerine açılacak iade davası, sözleşmeden doğduğu için BK m. 125'te öngörülen on yıllık **zamanaşımına tâbidir**¹²⁰⁷. **İade borcunun kapsamı ve masraflara** ilişkin talepler ise, bu duruma kıyasen uygulanan sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenir¹²⁰⁸. İade taleplerinin kapsamının da sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlendiği bu görüş, söz konusu talepleri on yıllık uzun zamanaşımı süresine tâbi tutmak dışında, sonuçları bakımından sebepsiz zenginleşme görüşüne nazaran herhangi bir fark içermemektedir¹²⁰⁹.

ccc. Aynî Etkili Dönme Görüşü

İstihkak teorisi olarak da adlandırılan bu görüşe¹²¹⁰ göre, tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı ilkesinin bir sonucu olarak, sözleşmeden dönme ile borçlandırıcı işlemin ortadan kalkması, buna bağlı olarak yapılmış olan tasarruf işlemlerini de etkiler. Bu sebeple, dönülen sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynî hakların devralana hiç geçmediği kabul edilir. Bu görüş, sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlemi başlangıçtan itibaren ortadan kaldırdığını kabul eden diğer görüşlerden farklı olarak, sözleşmeden dönmeye aynî bir etki tanımaktadır. Bu görüş kabul edildiği takdirde, önceden yerine getirilmiş olan edimlerin iadesi, taşınırlar bakımından “istihkak davası” (MK m. 683) ile talep edilir. İade, sözleşmeden dönmeden önce mülkiyeti karşı tarafa

¹²⁰⁷ **Becker**, Kommentar, Art. 109, N 4.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 968. Doktrinde, kanunî borç ilişkisi görüşünün, esasen sözleşmeden dönme halinde söz konusu olan iade taleplerini sebepsiz zenginleşme hükümlerinin BK m. 66'da düzenlenen bir yıllık kısa zamanaşımı süresinden kurtarıp, Borçlar Kanunu'nun 125. maddesinde düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmak amacıyla ileri sürüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. **Öz**, Dönme, s. 35-36; **Buz**, Dönme, s. 120.

¹²⁰⁸ **Becker**, Kommentar, Art. 109, N 6; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 968; **Gümüş**, s. 79.

¹²⁰⁹ Bu yöndeki eleştiriler için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 414; **Öz**, Dönme, s. 36.

¹²¹⁰ **Keller/Schöbi**, s. 277-278; **Ehrat**, s. 156 vd.; **Knellwolf**, s. 409-410; **Öz**, Dönme, s. 40; **Buz**, Dönme, s. 134 vd., 151.

geçirilmiş taşınmazlar bakımından, hukukî sebebin sonradan ortadan kalkması ile yolsuz hale gelen tescil “tapu kaydının düzeltilmesi davası” (MK m. 1025) ile düzeltilerek sağlanır¹²¹¹. İyiniyetli üçüncü kişilerin iktisapları ile aynen iadenin mümkün olmadığı iş görme ve kullandırma gibi edimler bakımından iade ise, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilir¹²¹². İstihkak davası ve tapu kaydının düzeltilmesi davası **zamanaşımına** tâbi değilken, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin talepler bir yıllık **zamanaşımına** tâbidir (BK m. 66)¹²¹³. İade yükümünde eşyadan elde edilen **yararlar** ile eşyaya yapılan **masrafların** durumunun ise, temel olarak haksız zilyedin iade borcunu düzenleyen MK m. 993 vd. hükümlerine tâbi olacağı kabul edilmektedir¹²¹⁴.

bb. Dönüşüm (Yeni Dönme) Teorisi

Alman doktrininde¹²¹⁵ ortaya çıkan, İsviçre doktrininde¹²¹⁶ hâkim görüş olan ve Türk doktrininde¹²¹⁷ de çok sayıda yazar tarafından benimsenen dönüşüm (yeni dönme) teorisine (Umwandlungstheorie) göre, sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi ortadan kalmaz; sadece **içerik değiştirir**. Sözleşmenin konusunu artık sözleşme ile kararlaştırılmış olan borçların ifası değil, bunların yerini alan sözleşmeyi tasfiye etme

¹²¹¹ **Buz**, Dönme, s. 172-173.

¹²¹² **Keller/Schöbi**, s. 278; **Öz**, Dönme, s. 39 vd. ; **Buz**, Dönme, s. 121-122.

¹²¹³ **Keller/Schöbi**, s. 278; **Öz**, Eleştiri, s. 238; **Buz**, Dönme, s. 122.

¹²¹⁴ **Öz**, Eleştiri, s. 155-158; **Buz**, Dönme, s. 223-231.

¹²¹⁵ Bu teori ilk defa Alman hukukunda **Stoll** tarafından ortaya atılmıştır ve Alman doktrininde hâkim görüşü teşkil etmektedir. Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 69.

¹²¹⁶ **BaK-Wiegand**, Art. 109, N 5; **Wiegand**, recht 1/1984, s. 13-14; **Wiegand**, Rückabwicklung, s. 711-712; **CR-Thévenoz**, Art. 107, N 36, Art. 109, N 6; **Gauch/Schuep**, Band II, N 2806; **Gauch**, Rücktritt, s. 124, 128; **Schwenzer**, s. 453; **Monod**, s. 161; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 378; **Piotet**, s. 12; **Schenker**, N 702-704; **Glasl**, s. 90 vd.; **Chavanne**, N 286.

¹²¹⁷ **Serozan**, Dönme, s. 73 vd.; **Serozan**, İfa, s. 231-232; **Serozan**, Sözleşme İlişkisini Çözülmesi, s. 199; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1077; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 208 vd.; **Seliçi**, İnşaat, s. 77; **Havutçu**, s. 66; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 48.

borcu oluşturur. Bir başka deyişle, dönülen sözleşmeden doğan borçların yerini, dönmeden önce elde edilen edimleri iade etme, yani **geri verme borçları** alır.

Bu görüşe göre dönülen sözleşme ilişkisi içerik değiştirerek varlığını koruduğu için, dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemleri ve bu işlemlerle kazanılan aynî haklar geçerlidir¹²¹⁸. Bu sebeple, sözleşmeden dönülmeden önce geçerli olarak kazanılan aynî hakların kendiliğinden bunları devreden kişiye dönmesi söz konusu değildir. Fakat taraflar, sözleşmeden dönme sonucunda ortaya çıkan tasfiye ilişkisi çerçevesinde, kazandıkları aynî hakları karşılıklı olarak iade etme borcu altına girerler. Bu iade borcu **sözleşmeden doğan bir borçtur**. Tarafların ifa ettikleri edimlerin iadesine ilişkin talep hakları, aynî değil, sözleşmeden doğan bir borcun ifasına yönelik **şahsî taleplerdir**¹²¹⁹. Devredilen hak eski sahibine ancak devralan iade borcunu yerine getirdiğinde geri döner¹²²⁰. O halde örneğin dönülen sözleşmeye dayanarak mülkiyet hakkı kazanan kişi taşınırlarda eşyanın zilyetliğini devredene nakletmedikçe veya taşınmazlarda aynî hakkın devreden lehine tescilini talep etmedikçe, aynî hak devredene dönmez. Devreden, devralan iadeye yanaşmadığı takdirde, taşınırlarda cebri icra yoluyla eşyanın zilyetliğini kazandığı anda, taşınmazlarda ise tescile zorlama davası (MK m. 716) sonucunda hâkim mülkiyetin kendisine aidiyetine karar verdiği anda mülkiyet hakkını tekrar kazanır¹²²¹. Bu görüşe göre, BK m. 108'den doğan tüm talepler dönülen sözleşmeden doğmaktadır. Bunun sonucu olarak da, gerek iade talepleri, gerek menfî tazminat talebi BK m. 125'de düzenlenen on yıllık **zamanaşımı** süresine

¹²¹⁸ **Piotet**, s. 11; **Serozan**, Dönme, s. 91; **Serozan**, İfa, s. 235; **Serozan**, Sözleşme İlişkisini Çözülmesi, s. 199-200.

¹²¹⁹ **Gauch/Schuep**, Band II, N 2807; **Schenker**, Verzug, N 700; **Serozan**, Dönme, s. 95.

¹²²⁰ **Piotet**, s. 12; **Serozan**, Dönme, s. 93-94.

¹²²¹ **Piotet**, s. 12; **Serozan**, Dönme, s. 95. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. **Öz**, Eleştiri, s. 136-137.

tâbidir¹²²². **Masraflardan** sorumluluk bakımından BK m. 64'ün kıyasen uygulanacağı kabul edilmektedir¹²²³. **Yararlar** konusunda ise, satım sözleşmesinden ayıp sebebiyle dönülmesi durumunu düzenleyen BK m. 205 hükmünün kıyasen uygulanması önerilmektedir¹²²⁴.

b. Uygulamadaki Durum

aa. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi, önceleri sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren ortadan kaldırdığını savunan **klâsik teoriyi** kabul ediyordu¹²²⁵. Federal Mahkeme eski kararlarında iade taleplerinin “**kanundan kaynaklanan talepler**” olduğundan ve sebepsiz zenginleşme talebi olarak kabul edilemeyeceğinden bahisle, bu talepleri İBK m. 127'de (BK m. 125) yer alan on yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutmuştur¹²²⁶. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında da, sözleşmeden dönmeden doğan iade talebinin, iade konusu şeyin mülkiyetinin geçerli bir hukukî sebebin bulunmamasından ötürü karşı tarafa geçmemiş olduğu gerekçesiyle, İMK m. 641 f. 2 (MK m. 683 f. 2) temelinde bir **istihkak talebi** olduğuna hükmetmiştir¹²²⁷. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi daha sonraki kararlarında

¹²²² **Gauch/Schuep**, Band II, N 2806; **Weber**, s. 642 ve oradaki dn. 29; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1079.

¹²²³ **Schenker**, Verzug, N 713; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1078.

¹²²⁴ **Schenker**, Verzug, N 713. **Schenker**, ayrıca iade alacaklısı eşya kendisinde kalmış olsaydı iade edilen yarardan daha fazlasını elde edebileceği iddiasında ise, onun aradaki farkı BK m. 108 f. 2 (İBK m. 109 f. 2) çerçevesinde menfi tazminat kapsamında talep edebileceğini ifade etmektedir.

¹²²⁵ Ancak yine de, Federal Mahkemenin, çok eski tarihli bir kararında, İBK m. 107 f. 2 (BK m. 106 f. 2) çerçevesinde sözleşmeden dönmenin, sözleşmenin başlangıçtan itibaren (*ab initio*) sona ermesini gerektirdiği görüşünü reddettiği de belirtilmelidir. BGE 29 II 517. Bu karar için bkz. **Werz**, N 377 dn. 298.

¹²²⁶ BGE 60 II 27 = JdT 1934 I 183; BGE 61 II 255 = JdT 1936 I 143; BGE 63 II 252 = JdT 1938 I 2.

¹²²⁷ BGE 109 II 26 = JdT 1983 I 260. Bu karar doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmıştır. Bkz. özellikle, **Piotet**, s. 12 vd.

sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi başlangıçtan itibaren ortadan kaldırdığına ilişkin içtihadından vazgeçerek, dönüşüm teorisini benimsemiştir. Federal Mahkeme'ye göre, sözleşmeden **dönme** sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; sadece sözleşmenin **etkilerini dönüştürür**. Sözleşmeden dönme, edimlerin ifasına yönelik taahhütleri sona erdirirken, ifa edilmiş edimlerin iadesine yönelik yeni borçlar, yani bir tasfiye ilişkisi doğurur¹²²⁸.

bb. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay klâsik teoriyi yani sözleşmeden dönme ile sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir¹²²⁹. Yargıtay bazı kararlarında tarafların sözleşmeden dönme sonucunda doğan karşılıklı iade yükümlülüklerinin hukukî temelini **sebepsiz zenginleşme** olduğunu ifade etmiştir¹²³⁰. Yüksek Mahkeme diğer bazı kararlarında ise, edimlerin iadesinin **kanundan yani BK m. 108 f. 1 hükmünden kaynaklanan bir borç** olduğunu ifade etmiş; iade borçlarının sözleşmeye dayanan borçlar olduğundan hareketle, iade taleplerini BK m. 125'te düzenlenen on yıllık zamanaşımına tâbi tutmuştur¹²³¹. Başka bir deyişle, Yargıtay bu kararlarında iade

¹²²⁸ BGE 114 II 152 = JdT 1988 I 523; BGE 123 III 16 = JdT 1999 I 99; BGE 132 III 233 = SJ 2006 I 321.

¹²²⁹ Örneğin bkz. Yarg. 13. HD. 3.2.1981 T., 1981/7134 E., 1981/692 K.: “Sözleşmeden dönmekle bu sözleşme ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır. Dönme hakkı bozucu yenilik doğuran haklardandır. Gerçekten bu hakkın (yetkinin) kullanılması, var olan bir hukuksal ilişkiyi ortadan kaldırır.” (Karahasan, ÖBİ Cilt II, s. 539 dn. 138).

¹²³⁰ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD, 5.11.1990 T., 1990/1352 E., 1990/4599 K.: “Davalılar, davacının sözleşmeye aykırı davranışı sonucu akdi feshetmişlerdir. Davacı yaptığı hafriyat bedelini de istemiştir. (...) Borçlar Kanunu'nun 61. maddesine göre **vücudu nihayet bulmuş bir sebebe** müsteniden ahzolunan şeyin iadesi gerekir.” (Kostakoğlu, s. 854).

¹²³¹ Örneğin bkz. Yarg. HGK. 2.2.1955 T., 1955/15 E., 1955/14 K.: “Diğer tarafın temerrüdü sebebiyle akdin feshedilmesi halinde evvelce akde müsteniden yapılmış olan edanın geri verilmesi, Borçlar Kanunu'nun 61-66. maddelerinde tanzim olunan sebepsiz mal edinme halinden doğan geri verme borcu sayılamaz. Bu, akdin bozulmasına **kanunen terettüp eden** bir borçtur ve bu sebeple de on senelik zamanaşımına tâbidir.” (Karahasan, ÖBİ Cilt II, s. 541 dn. 142); Yarg. HGK. 17.10.1962 T., 1962/14 E., 1962/35 K.: “Davacı işveren, aylığı peşin almış olan hizmetlinin işe gelmemesi sebebiyle Borçlar

taleplerinin hukukî dayanağı olarak kanun hükmünü göstermekle, esasen kanunî borç ilişkisi görüşünü benimsemiştir¹²³². Bununla birlikte Yargıtay, iadenin hukukî sebebini ister sebepsiz zenginleşme, ister kanundan doğan bir borcun ifası olarak kabul etsin, iadenin kapsamını **sebepsiz zenginleşme** hükümlerine göre belirlemektedir¹²³³. Yargıtay genel olarak iade taleplerine sebepsiz zenginleşme hükümlerini uyguladığına göre, bu taleplerin **şahsî talepler** olduğunu kabul etmektedir. Buna karşılık, son yıllarda **arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine** ilişkin bazı kararlarında iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte önceden yükleniciye devredilen

Kanunu'nun 107. maddesi gereğince akdi feshetmiş ve peşin aylığı geri istemiştir. Bu istek, hukukî nitelikçe **Borçlar Kanunu'nun 108. maddesinin 1. fıkrası hükmüncü öngörülen bir ödeve** dayanmaktadır; bu özel hüküm, sebepsiz mal edinmenin geri verilmesi hükmü olmayıp **ortadan kalkan akdin doğurduğu bir sonuçtur** ve sebepsiz mal edinme esasından ayrı olarak kanuna konulmuştur. Bu yüzden geri alma alacağı **akde dayanan bir alacaktır** ve zamanaşımı süresi, 125. madde uyarınca on yıldır.” (Karahasan, ÖBİ Cilt II, s. 540). Yarg. 15. HD., 2.12.1975 T., 1975/4486 E., 1975/4747 K. (YKD, 1976/2, s. 242 vd.) Bu kararlarda dönüşüm teorisi zikredilmiş değildir. Yargıtay her ne kadar sözleşmeden dönme ile sözleşmenin baştan itibaren ortadan kalktığını kabul ediyor olsa da, yine de onun bu kararlarla iade taleplerinin sözleşmeden doğan talepler olduğunu kabul etmiş olması, dönüşüm teorisi ile uyumludur.

¹²³² Bu konuda bkz. **Buz**, Dönme, s. 131.

¹²³³ Örneğin bkz. Yarg. HGK. 26.3.1997 T., 1996/15-818 E., 1997/234 K.: “Eser sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda, kural olarak geriye yürütülür (ex tunc) sonuç doğuracak biçimde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin sonucu olarak, yükleniciden ne'şet eden bir nedenle sözleşmenin feshi halinde, yüklenici ve dolayısıyla ondan bağımsız bölüm satın alanlar, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, tescile hak kazanamazlar. Yüklenici, sadece o aşamaya kadar yaptığı işin bedelini, **sebepsiz iktisap kurallarına** göre arsa sahiplerinden istemekle yetinmek zorundadır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K.: “Bu şekildeki (geriye etkili) bir fesihle tarafların hukukî durumu ve malvarlıkları sözleşmenin yapıldığı tarihe dönecek, benzetmek gerekirse yanlar hiç sözleşme yapılmamış gibi bir işleme tabi tutulacaktır. Feshin doğal sonucu olarak da tafraların malvarlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların **sebepsiz zenginleşme hükümleri** uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici artık sözleşmeye dayanarak yaptığı işin bedelinin arsa payı suretiyle ödenmesini değil, para olarak ödenmesini isteyebilir.” (Kostakoğlu, s. 879).

taşınmaz mülkiyetinin kendiliğinden eski malike döneceğine hükmeden Yargıtay'ın, bu sözleşmeler bakımından **aynî etkili dönme teorisini** uyguladığı söylenebilir¹²³⁴.

c. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Sözleşmede dönmenin sözleşmenin geçerliği üzerinde etkisi meselesi ile ilgili olarak **Kanun'un sistematığıne ve koyduğu temel prensiplere en uygun düşen teorinin** tercih edilmesi gerekir. Klâsik teorinin sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı görüşü, dönülen sözleşmenin başlangıçta geçerli olarak kurulduğu ve bir süre hüküm ve sonuç doğurduğu gerçeği ile bağdaşmamaktadır¹²³⁵. Bu görüş kabul edildiği takdirde, hiç kurulmamış sayılan sözleşmenin sözleşmeden döndükten sonra hiçbir sonuç doğuramaması gerekir. Oysa BK m. 108 f. 1'de söz edilen sözleşmeden dönme hakkını kullanan alacaklının, kusurlu borçludan aynı maddenin 2. fıkrası çerçevesinde talep edebileceği **menfi zarar tazminatı talebinin sözleşmeden doğan bir talep** olduğu ihtilâfsız olarak kabul edilmektedir¹²³⁶. Sözleşme hiç kurulmamış sayılıyor ve bu varsayım tüm sonuçlarıyla kabul ediliyorsa, hiç kurulmadığı varsayılan bu sözleşmenin ihlâlinden dolayı sözleşmeden doğan bir tazminat yükümünün doğması da mümkün değildir¹²³⁷.

¹²³⁴ Örneğin bkz. Yarg.15. HD. 21.4.1993 T., 1993/3812 E., 1993/1871 K. (**Karahasan**, ÖBİ Cilt II, s. 718-719); Yarg. 15.11.1993 T., 1993/6469 E., 1993/4599 K. (**Karahasan**, ÖBİ Cilt II, s. 719-720). Buna karşılık, Yargıtay'ın arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde tarafların karşılıklı iade taleplerine sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanacağına hükmettiği kararları da vardır. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 14.6.1979 T., 1979/989 E., 1979/1469 K.; Yarg. HGK. 6.10.1982 T., 1982/15-356 E., 1982/817 K. (**Karahasan**, ÖBİ Cilt II, s. 727).

¹²³⁵ **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 369.

¹²³⁶ Örneğin, **von Büren**, s. 380, N 83; **von Tuhr/Escher**, s. 157; **Piotet**, s. 12; **Rochat**, N 791. Bu yönde, BGE 107 II 161 vd.=JdT 1981 I 582 vd.

¹²³⁷ **Gauch**, Rücktritt, s. 126 ve dn. 40; **Schenker**, Verzug, N 704; **Piotet**, s. 12. Bu eleştiriye klâsik görüş yanlılarının verdiği yanıtlar için bkz. **Öz**, Dönme, s. 41; **Öz**, Eleştiri, s. 169-170; **Buz**, Dönme, s. 149. **Buz**, dönme hakkının da, menfi zararın da kaynağının “borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmesi” olduğuna

Kanunî borç ilişkisini savunan yazarların dönme üzerine ortaya çıkan taleplerin dayanağını kanun olarak gösterdikten sonra, iade borcunun sözleşmeden doğduğunu ifade etmeleri çelişkilidir. Zira kanun ve sözleşme (hukukî işlem) farklı borç kaynaklarıdır¹²³⁸. Bir borcun kaynağı aynı anda hem kanun, hem sözleşme olamaz. Ayrıca zaten kanundan doğan borçlar özel bir zamanaşımı süresi düzenlenmediği takdirde, genel zamanaşımı süresi olan BK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacağından, bu hükmü uygulamak için borcun kaynağını sözleşme olarak göstermek zorunlu değildir.

Sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi baştan itibaren ortadan kaldırdığını kabul eden bazı yazarların savunduğu aynî etkili dönme görüşü ise, **eşya hukukunun bazı temel prensiplerine aykırıdır**¹²³⁹. Öncelikle **aynî hakların aleniliği** prensibi ve bu prensibin bir sonucu olan mülkiyet hakkının geçişinin kural olarak taşınırlarda zilyetliğin nakli ile taşınmazlarda ise tapu siciline yapılacak tescille gerçekleşmesi ilkesi geçerli bir sözleşmeye dayanılarak kazanılmış aynî hakkın kendiliğinden eski sahibine

işaret etmektedir. Yazar, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalkmasının da sözleşmenin ihlâlinin bir yaptırımı olan sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının sonucu olduğunu ifade etmektedir. Bu itibarla, sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona ermesinin, tazminat talebinin sözleşmeden doğan bir talep olma niteliğine mani olmayacağını savunmaktadır. Kanaatimizce, burada gözden uzak tutulmaması gereken nokta sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile menfî zarar tazminatı talebinin borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının birbirinden bağımsız sonuçları olmadığıdır. Alacaklının menfî zararın tazminini talep edebilmesi için, borçlunun sözleşmeye aykırı davranmış olması yeterli değildir; buna ek olarak alacaklının sözleşmeden dönme hakkını da kullanmış olması gerekir. Dolayısıyla ancak sözleşmeden dönen alacaklı menfî zarar tazminatı talep edebildiğine göre, dönme hakkının kullanılmasının hem sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırması, hem de “sözleşmeden doğan bir talep” olarak menfî zarar tazminatı talep etme imkânı doğurması arasındaki çelişki açıklanmış olmamaktadır.

¹²³⁸ Borçların kaynakları hakkında genel olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 31-32; **Eren**, Borçlar Genel, s. 7.

¹²³⁹ Dönme beyanına aynî etki tanınmasına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Aybay/Hatemi**, s. 96-97.

dönmesine engeldir¹²⁴⁰. Öte yandan, sözleşmeden dönmeye aynî bir etki tanıyarak sözleşme gereği devredilen aynî hakların sözleşmeden dönme üzerine kendiliğinden önceki sahiplerine geri döneceği görüşü, aynî hakkı tapu sicilinden terkinle kaybeden bir kişinin aynî hakkı sicil dışı olarak yeniden kazanmasını sağlar. Böylece kanunda sayılan haller dışında bir sicil dışı aynî hak iktisabı durumu meydana getirilmiş olur. Bu durum taşınmaz mülkiyeti bakımından geçerli olan sicil dışı, yani tescilsiz iktisapların ve bildirici tescillerin sınırlı sayıda olduğu kuralını¹²⁴¹ da ihlâl etmektedir¹²⁴². Ayrıca, sözleşmeden dönmeye aynî etki tanınması hukukumuzdaki mülkiyeti muhafaza kaydı sistemi ile de bağdaşmamaktadır¹²⁴³.

Sözleşmeden dönmeye aynî etki tanınması, üçüncü kişilerin aynî hak kazanımları bakımından da sakıncalar yaratabilir. Yukarıda da açıklandığı üzere, sözleşmeden dönmeye aynî etki tanıyan görüş, dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılan taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin tescillerin **yolsuz tescil** haline geldiğini ileri sürmektedir. İade konusu taşınmaz üzerinde üçüncü bir

¹²⁴⁰ **Piotet**, s. 12. Bu prensipler hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 21-22; **Aybay/Hatemi**, s. 29-30.

¹²⁴¹ Taşınmaz mülkiyetinin tescille kazanılması prensibinin istisnalarının kanunda yer alanlarla sınırlı olduğu hakkında ayrıca bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 320.

¹²⁴² **Aybay/Hatemi**, s. 100, 187.

¹²⁴³ Taşınır satımında satıcı, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi akdederek alıcıya teslim ettiği mal üzerinde satış bedelinin kendisine ödenmesi şartı gerçekleşinceye kadar mülkiyet hakkına sahip olmaya devam edebilmektedir. Bu sözleşme hakkında bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 577 vd. Taşınırlar bakımından MK m. 765'te düzenlenen mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi sözleşmeden dönme halinde devredilen aynî hakkın kendiliğinden devredene dönmeyeceğini, bu itibarla aynî bir talebin söz konusu olamayacağını teyit etmektedir. Zira sözleşmeden dönme ile aynî haklar zaten kendiliğinden devredene dönecek olsaydı, mülkiyeti saklı tutma anlaşması gibi bir sistemin getirilmesine gerek olmazdı. **Piotet**, s. 11; **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 200. Aksi görüşte: MK m. 765'te yalnız taşınırlar bakımından düzenlenmiş olan mülkiyeti saklı tutma anlaşmasının, dönmenin aynî etkisi olmadığına değil, taşınır mülkiyetinin sebepten soyutluğuna delil teşkil edebileceği yönünde, **Öz**, Eleştirisi, s. 146-147; **Buz**, Dönme, 145-146.

kimse aynî hak kazanmışsa, **üçüncü kişi** adına yapılan bu tesciller de dönme ile birlikte yolsuz hale gelmektedir¹²⁴⁴. Bununla birlikte, bu görüşe göre yolsuz tescile güvenerek iade borçlusundan aynî hak devralan üçüncü kişilerin iktisapları, bu kişiler iyiniyetli oldukları takdirde, MK m. 1023 uyarınca geçerli sayılır; böylece iyiniyetli üçüncü kişilere yeterli koruma sağlanır¹²⁴⁵. Oysa MK m. 1023'ün uygulanabilmesi için, üçüncü kişinin aynî hakkı kazandığı anda iyiniyetli olması gerekir. Üçüncü kişinin, aynî hak iktisabından sonra gerçekleşecek bir durumu yani sözleşmeden dönüleceğini ve aynî etkili dönme görüşünün kabul ettiği üzere bunun sonucunda aynî hakkı devreden kişinin tasarruf yetkisinin geçmişe etkili olarak sona ereceğini, iktisap anında bilmesi veya bilmemesi söz konusu olamayacağından, esasen burada iyiniyet veya kötünüyetten söz edilemez¹²⁴⁶. Bu itibarla, sözleşmeden dönmeye aynî etki bir etki tanınıp dönülen sözleşmesinin ifası için yapılan tescillerin yolsuz hale geldiği bir an için kabul edilse dahi, üçüncü kişilerin bu yolsuz tescile iyiniyetle güvendiklerinden bahisle iktisaplarının MK m. 1023 çerçevesinde korunabileceği şüphelidir¹²⁴⁷.

Sözleşmeden dönmenin borçlandırıcı işlem üzerindeki etkisi hakkında ileri sürülen görüşlerin **zamanaşımı** süreleri bakımından değerlendirilmesine gelince şöyle bir durum ortaya çıkmaktadır: Sebepsiz zenginleşme görüşü kabul edildiği takdirde, tarafların BK m. 108 f. 1'e göre sahip oldukları iade talepleri BK m. 66 f. 1'deki bir

¹²⁴⁴ Dolayısıyla, dönülen sözleşme gereği bir aynî hak devretmiş olan iade alacaklısı, sözleşmenin karşı tarafından veya bu kimse de aynî hakkı üçüncüye bir kişiye devrettiği takdirde aynî hakkı devralan üçüncü kişiden MK m. 1025'te düzenlenen tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ile yolsuz tescilin düzeltilmesini sağlayarak taşınmazın mülkiyetini tekrar elde edebilmektedir. **Öz**, Eleştiri, s. 149-150; **Öz**, İnşaat, s. 152; **Buz**, Dönme, s. 172.

¹²⁴⁵ **Öz**, Eleştiri, s. 150-151; **Öz**, İnşaat, s. 152; **Buz**, Dönme, s. 141.

¹²⁴⁶ Bu yönde: **Aybay/Hatemi**, s. 100.

¹²⁴⁷ Burada yolsuz tescilden de söz edilemeyeceği için MK m. 1023'ün uygulama alanı bulamayacağı yönünde **Karahasan**, **ÖBİ**, Cilt II, s. 724.

yıllık zamanaşımı süresine tâbi olacaktır. Oysa sözleşmeden dönen alacaklının BK m. 108 f. 2'ye göre kusurlu borçluya yöneltebileceği ve sözleşmeden doğan bir talep olduğunda tereddüt olmayan menfî zarar tazminatı talebi, BK m. 125'te düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Sözleşmeden dönme halinde, tazminat talebi on yıllık zamanaşımına tâbi iken, iade taleplerinin bir yıllık zamanaşımına tâbi olması tutarsızdır¹²⁴⁸. Ayrıca bir yıllık zamanaşımı süresi oldukça kısa bir süredir¹²⁴⁹. Tarafların iade taleplerinin tâbi olduğu zamanaşımı süreleri bakımından uyumsuzluk aynı etkili dönme görüşü benimsendiğinde daha da belirginleşir. Zira bu görüş kabul edildiği takdirde, taşınır ve taşınmazlara ilişkin istihkak talepleri zamanaşımına tâbi değilken, iadesi sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre istenecek edimler bir yıllık (BK m. 66), alacaklının menfî zarar tazminatı talebi ise on yıllık zamanaşımına tâbi olacaktır (BK m. 125).

Doktrinde **dönüşüm teorisine** karşı da çeşitli **eleştiriler** yöneltmiştir. Bir görüşe göre¹²⁵⁰, sözleşmeden dönme hakkını kullanan kişi artık sözleşme ilişkisi içinde olmak istemediğini açıkça beyan etmektedir. Bu sebeple, dönüşüm teorisinin savunduğu gibi onu halen sözleşme ilişkisi içinde tutmak uygun değildir. Kanaatimizce, sözleşmeden dönen alacaklının amacının sözleşme ilişkisinden kurtulmak olduğu ifadesi yanıltıcıdır. Burada **alacaklının amacı** sözleşme kurulmadan önceki duruma (status quo ante) tekrar kavuşmak, yani ifa ettiği edimler varsa bunları geri almak, henüz ifa etmediklerini ise

¹²⁴⁸ Bu konudaki eleştiriler için bkz. **Rochat**, N 791. İsviçre Federal Mahkemesi, dönüşüm teorisini kabul etmeden çok önceleri de iade taleplerini İBK m. 127 (BK m. 125)'te düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutarak, bu uyumsuzluğu gidermeye çalışmıştır. Örneğin bkz. BGE 60 II 27 = JdT 1934 I 183 vd.; BGE 61 II 255 = JdT 1936 I 143; BGE 63 II 252 = JdT 1938 I 2.

¹²⁴⁹ Bu teori sebepsiz zenginleşme taleplerinin tâbi olduğu zamanaşımı süresinin kısalığı sebebiyle pek çok eleştiriye maruz kalmıştır. Örneğin bkz. **Monod**, s. 159; **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 199.

¹²⁵⁰ **Buz**, Dönme, s. 134; **Ayan**, s. 270.

ifa etmekten kurtulmaktır. Sözleşmeden dönen alacaklının bu **amaca hangi yöntemle** yani sözleşme ilişkisi içinde mi, yoksa sözleşmenin hiç kurulmamış sayıldığı gibi bir varsayımla mı **ulaşılacağına** ilişkin herhangi bir ısrarından söz etmek oldukça güçtür. Yeter ki kullanılan yöntem alacaklıyı bu amaca ulaştırsın. O halde, sözleşmeden dönen alacaklının tasfiye ilişkisinin içerik değiştiren sözleşme ilişkisi içinde gerçekleşmesini istemediği yönünde bir iradesinin bulunduğundan da söz edilemez.

Dönüşüm teorisine karşı, bu teorinin ters dönerek iade borcuna dönüşmesi mümkün olmayan edim borçlarının akıbetini açıklayamadığı eleştirisi de yöneltilmiştir. Dönüşüm teorisini sırf verme borçlarını açıklayabildiği gerekçesiyle eleştiren yazarlara göre, örneğin konser verme, duvar örme gibi edimlerin ters dönmüş hali imkânsız değil, fakat mantık dışı bir borcu ifade etmektedir¹²⁵¹. Oysa dönüşüm teorisinin mahiyeti icabı aynen iadeye konu olamayacak edimlerin de aynen iadesini sağlamak gibi bir iddiası yoktur. Zaten hiçbir teorinin de böyle mantık dışı bir iddiası olamaz. Dönüşüm teorisi de, tıpkı klâsik teori gibi, mahiyeti gereği aynen iade edilemeyen edimlerin parasal değerinin iade edileceğini savunmaktadır. Bu bakımdan diğer teoriler dönüşüm teorisine nazaran üstün bir çözüm sunmamaktadır. Bu sebeple biz dönüşüm teorisine mahsus olmayan bu durumu, bu teorinin bir eksikliği olarak görmüyoruz.

Kanaatimizce, İsviçre-Türk ve Alman doktrinlerinde bugün ağırlıklı görüşü teşkil eden ve İsviçre Federal Mahkemesi tarafından halen uygulanmakta olan **dönüşüm teorisi**, Borçlar Kanunu'nun bütünü göz önünde bulundurulduğunda **sistemle en uyumlu olan teoridir**. Dönüşüm teorisinin **üstün yanları** şu şekilde özetlenebilir: Öncelikle bu görüş, klâsik teorinin savunduğu tamamen geçerli olarak kurulmuş bir

¹²⁵¹ **Öz**, Eleştirisi, s. 166-168; **Öz**, Dönme, s. 39.

sözleşmenin dönme üzerine hukuk önünde hiç var olmamış sayılması yönündeki zorlama varsayımı reddetmektedir. Bu itibarla da, çözülen sözleşmenin geçerli olarak kurulduğu ve bu sözleşmeden taraflar bakımından haklar ve borçlar doğduğuna ilişkin **hayat gerçeği ile uyumludur**¹²⁵². Bu görüş ayrıca sözleşmeden dönmeye aynî bir etki tanımadığından, **eşya hukukuna hâkim prensiplerle de uyum** içindedir. Dönüşüm teorisine göre iade taleplerinin aynî değil, şahsî nitelikte olması, aynî hakların aleniliği prensibinin bir uygulaması olan mülkiyet hakkının geçişinin kural olarak taşınırlarda aynî sözleşmenin bir unsuru olan zilyetliğin nakli ile taşınmazlarda ise tapu siciline yapılacak tescille gerçekleşmesi ilkesine ve sicil dışı iktisapların kanunda sayılanlardan ibaret olduğu, yani sınırlı sayıda olduğu kuralına uygundur. Sadece tarafların değil, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmeye dayanılarak yapılan tasarruf işlemiyle yaratılan görünüme güvenip gerçek malikten aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerin menfaatleri de dönüşüm teorisi çerçevesinde daha iyi korunmaktadır. Sicile itimat prensibinin gereği de budur.

BK m. 108 f. 1’de değinilen iade taleplerinin sözleşmeden doğduğunun kabulü, alacaklıya borçlunun temerrüde düşmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı tanıyan Borçlar Kanunu’nun 108. maddesinin **sözleşmeden doğan sorumluluğu düzenleyen hükümler** arasında yer almasıyla da uyumludur¹²⁵³. Yukarıda da değinildiği üzere BK m. 108 f. 2 hükmüyle sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan menfî zarar tazminatı talebinin sözleşmeden doğan bir talep olduğunda tereddüt yoktur. O halde, sözleşmeye aykırılığın sonuçlarını düzenleyen hükümler arasında yer alan BK m. 108’in iki

¹²⁵² **CR-Thévenoz**, N 11 ad Art. 109 CO; **Schenker**, Verzug, N 702; **Wiegand**, recht 1/1984, s. 13; **Gauch**, Rücktritt, s. 125; **Rochat**, N 799; **Hatemi/Serozan/Arpacı**, s. 369; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 210.

¹²⁵³ Bu konuda bkz. **Öz**, Eleştirisi, s. 170; **Buz**, Dönme, s. 149 dn. 113.

fıkrasındaki taleplerin de sözleşmeden doğduğunun kabul edilmesi Kanun'un sistematığı ile de uyumlu bir sonuçtur¹²⁵⁴.

Sözleşmenin tasfiyesinin içerik değiştirerek tasfiyeye yönelmiş olan **sözleşme ilişkisi içinde** gerçekleşmesi bunun doğurduğu pratik sonuçlar yönünden de **pek çok avantaj** sağlamaktadır. Bu görüş önceden ifa edilmiş olan edimlerin **iadesinin** gerek iade alacaklısı, gerekse de iade borçlusu bakımından **aynı ilkelere** yani sözleşmeye ilişkin hükümlere **göre gerçekleşmesini** sağlar. Dönüşüm teorisi kabul edildiği takdirde, aslı edim yükümleri ortadan kalktığı halde, sözleşmeye ilişkin yorum kuralları, sadakat ve koruma yükümleri gibi yan borçlar, sözleşmeyle ilgili def'iler ve sözleşmeden doğan taleplerin tâbi olduğu zamanaşımı süresi iade ilişkisi bakımından da uygulanabilecektir¹²⁵⁵. Bu teori, iki tarafın iade borcunu da sözleşmeden doğan borçların tâbi olduğu on yıllık zamanaşımı süresine (BK m. 125) tâbi tuttuğundan, bir tarafın iade talebi zamanaşımına uğradığı halde diğer tarafın iadeyi talep edebilmesinin de önüne geçilmektedir.

Dönüşüm teorisi kabul edildiği takdirde, dönülen sözleşmede yer alan ve bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların hangi yöntemle çözüleceğine veya sözleşmeye uygulanacak hukuka ilişkin sözleşme hükümleri de muhafaza edilmiş olur¹²⁵⁶. Örneğin eser sözleşmesinde bir tahkim klozu bulunduğunu veya bu sözleşmeden doğan uyuşmalıklara uygulanacak hukukun sözleşme ile kararlaştırıldığını düşünelim. Klâsik teorinin iddia ettiği gibi sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi baştan itibaren ortadan

¹²⁵⁴ **Gauch**, Rücktritt, s. 126; **Schenker**, Verzug, N 703; **Rochat**, N 799.

¹²⁵⁵ **Gauch**, Rücktritt, s. 126; **Glasl**, s. 110; **Rochat**, N 799; **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 199.

¹²⁵⁶ **CR-Thévenoz**, N 13 ad Art. 109 CO.

kaldırıldığı kabul edilirse, sözleşmeden dönme üzerine hiç kurulmamış sayılan sözleşmede yer alan bu hükümlerin de ortadan kalktığını kabul etmek gerekir. Oysa böyle bir sonuç tarafların sözleşmeden doğacak olan muhtemel ihtilâfların çözümü konusundaki iradelerine aykırıdır.

Dönüşüm teorisi kabul edildiği takdirde, iade borçlusu, sebepsiz zenginleşme görüşü kabul edildiği takdirde dayanabileceği “sebepsiz zenginleşmenin artık mevcut olmadığı” savunması (BK m. 63 f. 1) ile aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde ileri sürebileceği “iade konusunun kaybedilmesinden, yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu olmadığı” savunması (MK m. 993 f. 2) da ileri sürülemeyecektir¹²⁵⁷.

Nihayet belirtmek gerekir ki, özel hukukun uyumlaştırılması projesi kapsamında hazırlanan Unidroit Prensipleri’nde ve uluslararası ticarî satım sözleşmelerine ilişkin Viyana Satım Sözleşmesi’nde de sözleşmeden dönme halinde dönüşüm teorisine uygun tasfiye biçimleri kabul edilmiştir¹²⁵⁸. Bu düzenlemeler pratiklik, taraf menfaatlerinin en

¹²⁵⁷ **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 199, 207.

¹²⁵⁸ Sözleşmeden dönme sonrası taraflar arasında meydana gelen tasfiye ilişkisi için bkz. Unidroit Prensipleri m. 7.3.5, m. 7.3.6. Unidroit Prensipleri’nin hazırlık çalışmaları sırasında klâsik teorinin savunduğu sözleşmeden dönme ile sözleşmenin baştan itibaren hiç kurulmamış sayılacağı görüşü açıkça reddedilmiştir. Bu konuda bkz. **Eberhard**, s. 136 dn. 386. Viyana Satım Sözleşmesi olarak adlandırılan 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin 81. maddesinin 2. cümlesine göre, sözleşmeden dönmenin, uyumsuzlukların çözümüne veya dönme halinde tarafların sahip olacağı hak ve borçlara ilişkin düzenleme getiren sözleşme hükümleri üzerinde hiçbir etkisi yoktur. Bu konuda bkz. **Rouiller**, s. 733. Bu durum, sözleşmeden dönme üzerine sözleşmenin baştan itibaren hiç kurulmamış sayılmayacağına, dönülen sözleşmeden doğan edim yükümleri dışındaki borçların halen hüküm ifade ettiğine işaret etmektedir. Benzer bir hüküm Unidroit Prensipleri’nde de yer almaktadır. Bkz. Unidroit Prensipleri m. 7.3.5. b. 3. Özel hukukun uyumlaştırılmasına ilişkin metinlerde yer alan düzenlemelerde sözleşmeden dönmeye sözleşmeyi geriye etkili olarak sona erdiren bir etki tanınmadığına ilişkin olarak bkz. ayrıca, **Atamer**, s. 344 vd.

iyi biçimde dengelenmesi ve adil tasfiyenin sağlanması gibi uluslararası ticaretin gerektirdiği unsurlar göz önünde tutularak hazırlanmıştır. Bu sebeple, bu metinlerde de dönüşüm teorisine paralel düzenlemeler yapılmış olması, bu görüşün diğer görüşlere nazaran üstünlüğünü ortaya koymaktadır.

3. Eser Sözleşmesinin Tasfiyesi

a. Henüz İfa Edilmemiş Borçların Sona Ermesi

Sözleşmeden dönme ile tarafların henüz ifa etmedikleri borçları karşılıklı olarak ortadan kalkar (BK m. 108 f. 1). Bu durumda, iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi ile birlikte, iş sahibi henüz ödemediği takdirde bedel ödeme borcundan kurtulur; yüklenicinin de eseri meydana getirme ve teslim borcu sona erer. İş sahibi dönme hakkını kullandıktan sonra artık yüklenicinin teklif edeceği ifayı kabul etmek zorunda da değildir¹²⁵⁹. Zira dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme artık ifa amacına değil, tasfiye amacına yönelmiştir.

b. İfa Edilmiş Olan Edimlerin İadesi

İş sahibi eser sözleşmesinden döndüğünde, her iki taraf da dönme hakkının kullanılmasından önce birbirlerine verdikleri şeyler varsa bunların iadesini karşı taraftan talep edebilir (BK m. 108 f. 1). Tarafların iade talepleri katıldığımız dönüşüm teorisine göre sözleşmeden doğan taleplerdir. Sözleşmeden dönen iş sahibi yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin hazırlık faaliyetleri sırasında bir değer elde etmiş bulunuyorsa, yüklenici bunun iadesini iş sahibinden talep edebilir. Buna karşılık, iş sahibi de yükleniciye sözleşme bedelini tamamen veya kısmen ödemiş bulunuyorsa,

¹²⁵⁹ Sözleşmeden dönen iş sahibi yüklenicinin dönmeden sonra teklif ettiği ifayı reddetmekle alacaklı temerrüdüne düşmez. **Öz**, Dönme, s. 33.

bunun iadesini yükleniciden talep edebilir. Edimler, kural olarak, **aynen** iade edilir¹²⁶⁰. Ancak örneğin iş görme edimlerinde olduğu gibi aynen iadenin edimin niteliği gereği mümkün olmadığı durumlarda, iade bu edimin **parasal değeri** (Wertersatz) üzerinden gerçekleştirilir¹²⁶¹.

İade borçlarının yerine getirilmesi bakımından, Borçlar Kanunu'nun borçların ifası ile ilgili genel düzenlemeleri (BK m. 67 vd.) uygulama alanı bulur¹²⁶². **İade edimleri** bakımından ifa sırası belirlenirken veya taraflardan biri iade borcunun ifasında temerrüde düştüğünde ise, Borçlar Kanunu'nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere özgü düzenlemeleri (örneğin ifa sırasını düzenleyen BK m. 81 hükmü, temerrüdün sonuçlarına ilişkin BK m. 106-108 hükümleri) uygulanır¹²⁶³.

aa. İş Sahibinin İade Borcu

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü, zaten tanım itibariyle **eserin** vadede **tamamlanmış olarak teslim edilmemesinin** bir sonucu olduğuna göre, çoğu zaman iş sahibinin elinde iadeye konu olacak bir şey de bulunmaz. Ancak tamamlanmış olmamakla birlikte, eserin bir kısmının veya bazı parçalarının iş sahibinin fiilî ve hukukî

¹²⁶⁰ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2807; **Schenker**, Verzug, N 712; **Werz**, N 378; **Öz**, Dönme, s. 249.

¹²⁶¹ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2807; **Werz**, N 378; **Öz**, Dönme, s. 249 vd.; **Buz**, Dönme, s. 219.

¹²⁶² İade borcunun iade borçlusu tarafından şahsen ifa edilmesinin gerekip gerekmediği, iade alacaklısının kısmî iadeyi kabul etmek zorunda olup olmadığı, iadenin yeri ve zamanı gibi meseleler bu genel hükümler çerçevesinde çözülür. **Koller, S.**, Werkvertrag, s. 51 vd.

¹²⁶³ Bu hükümlerin doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabileceği yönünde: **Glasl**, s. 195; **Koller, S.**, Werkvertrag, s. 66, 83. Bu yazarlara göre, iade edimlerinin mübadelesi, tam iki taraflı sözleşmesinin “ifası”na değil, bu sözleşmenin “tasfiyesi”ne yönelik olduğu için, söz konusu hükümler bu duruma ancak kıyasen uygulanabilir.

hâkimiyetine girmiş olduğu durumlarda, iade meselesi gündeme gelir¹²⁶⁴. İş sahibinin iade borcunun kapsamı, eser sözleşmesinin konusunun, taşınır eser, bağımsız varlığı bulunmayan bir çalışma sonucu, fikrî eser veya taşınmaz eser olmasına bağlı olarak değişiklik gösterir:

aaa. Taşınırlarda

Yüklenicinin kendi malzemesi ile bir taşınır eser meydana getirmeyi taahhüt ettiği durumlarda, yani taşınır eser teslimi sözleşmelerinde, iade meselesi kural olarak söz konusu olmaz. Örneğin yüklenici kumaşını da kendi sağladığı bir elbise dikmeyi üstlenmiş, işe başladığı halde elbiseyi vadede tamamlamamışsa, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde, tamamlanmamış bu taşınırın (örneğimizde yarım kalan elbisenin) **mülkiyeti yüklenicide** kalır. Yüklenici eseri tamamlamış ancak iş sahibine vadede teslim etmemişse sonuç yine aynıdır. Burada iş sahibine verilen bir şey olmadığına göre, yükleniciye iade edilecek bir şey de yoktur. Ancak örneğin terzi malzemesini kendisinin sağladığı elbisenin tümünü değil de, yakasını veya kuşağını tamamlayıp bunları iş sahibine vermiş fakat elbisenin tamamının tesliminde temerrüde düşmüşse, eser sözleşmesinden dönen iş sahibi kısmî ifa da teşkil etmeyen bu eser parçalarını yükleniciye iade etmelidir.

Eserde kullanılan **malzemenin iş sahibine ait** olduğu durumlarda ise, eserin **mülkiyeti** eserin yapımı aşamasında da **iş sahibine aittir**¹²⁶⁵. Diğer bir ifadeyle, yüklenici iş sahibine ait malzemeyi kullanarak yapımına başladığı halde tamamlamadığı

¹²⁶⁴ Bu eser parçalarını iade etme borcu aranacak bir borçtur (BK m. 73 f. 2 b. 2). Bu sebeple iş sahibinin eser bölümlerini bunları almaya gelecek olan yükleniciye iade etmek üzere hazır tutması yeterlidir. İş sahibi bu parçaları yükleniciye götürmek veya yollamak zorunda değildir. **Gauch**, Werkvertrag, N 1541.

¹²⁶⁵ **Öz**, Dönme, s. 236.

esere iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce de malik olmamıştır. Burada, yüklenici bakımından iade borcu söz konusu olur. Yüklenicinin, elinde bulunan eser parçasını, malzeme sahibi olması itibariyle bunun maliki olan iş sahibine vermesi gerekir. İş sahibi böylece, sözleşme gereği yükleniciye vermiş olduğu malzemeyi geri almış olur. Bu durumda yüklenici de **esere harcadığı emeğin** parasal değerini iş sahibinden talep edebilir¹²⁶⁶.

bbb. Bağımsız Cismanî Varlığı Bulunmayan Eserlerde

Bir eser meydana getirmekten söz edebilmek için mutlaka önceden var olmayan bir şey yaratmak gerekmediğini daha önce açıklamıştık. Mevcut bir taşınır veya taşınmaz eşya üzerinde değişiklik yapılarak da (örneğin iş sahibine ait bir taşınır tamir edilerek, bir bina boyanarak da) eser meydana getirilebilir. Böyle durumlarda, eseri teşkil eden çalışma sonucunun yani tamirat, boyama gibi faaliyetlerin, üzerinde gerçekleştikleri taşınır veya taşınmazdan ayrı **bağımsız maddî varlıkları bulunmaz**. İş sahibi bu iş görme ediminin vadede tamamlanmaması üzerine sözleşmeden döndüğünde, yüklenici kısmen de olsa iş görme faaliyetinde bulunmuş olabilir. İşte böyle bir durumda, yüklenicinin kısmen yerine getirdiği edim bir **iş görme ediminden** ibaret olup, iş görme edimlerinin yükleniciye **aynen iadesi**, bu edimlerin **niteliği gereği**

¹²⁶⁶ **Öz**, Dönme, s. 236. **Öz**, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı yönündeki klâsik görüşe katılmaktadır. Yazara göre, bu görüş doğrultusunda, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte, yüklenici geçerli bir hukukî sebebe dayanmaksızın başkasının malını işleyerek yeni bir şey ortaya çıkarmış sayılacağından, burada “işleme” yani hukukî taşıyir müessesesinden yararlanılarak bir ayırım yapılması gerekir (MK m. 775). Buna göre, yeni şeyin (tamamlanmamış eserin) mülkiyeti, kullanılan malzemenin değeri çoksa iş sahibine, harcanan emeğin değeri çoksa yükleniciye ait olur. **Öz**, Dönme, s. 236-237. Bizim katıldığımız dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaz; sadece onun muhtevasını değiştirir. Buna göre iş sahibi sonradan sözleşmeden dönse dahi, yüklenici malzemeyi kullandığı sırada geçerli bir hukukî sebebe dayanmaktadır. Bu itibarla katıldığımız dönüşüm teorisi doğrultusunda “işleme” diğer bir deyişle hukukî taşıyir müessesesi uygulama alanı bulmaz.

mümkün değildir. Bu eksik çalışma iş sahibi için bir ekonomik değer ifade ettiği takdirde, iş sahibinin iş görme faaliyetinin **parasal değerini** yükleniciye iade etmesi gerekir¹²⁶⁷.

Burada yükleniciye iadesi gereken tutar, yüklenicinin kısmen gerçekleştirdiği iş görme faaliyetinin piyasa rayıçlerine göre arz ettiği objektif değer, diğer bir deyişle maliyet bedelidir¹²⁶⁸. Bu tutar, **işçilik bedeli** ile malzemenin de yüklenici tarafından sağlandığı durumlarda **malzeme bedelinin** toplamından ibarettir¹²⁶⁹. Yükleniciye iade edilecek parasal değer hesaplanmasında esas alınacak an ise yüklenicinin edimi yerine getirdiği tarihtir¹²⁷⁰.

ccc. Fikrî Eserlerde

Entelektüel ve sanatsal faaliyetin sonucunun (örneğin bir mimarın veya mühendisin plân veya proje hazırlaması durumunda olduğu gibi) maddî bir şey üzerinde somutlaştığı durumlarda, eseri teslim borcunda temerrüt zaten fikrî çalışmanın üzerinde somutlaştığı belge, kayıt gibi materyalin iş sahibine teslim edilmemiş olmasından kaynaklanır. Buna göre, kural olarak yüklenicinin temerrüdü halinde bir değer elde etmiş olmayan iş sahibinin yükleniciye iade etmesi gereken bir şey de bulunmaz¹²⁷¹. Ancak fikrî eser **birden çok materyalde** yer almakta olup da, bunlardan **bazıları** iş

¹²⁶⁷ **Schenker**, Verzug, N 716; **Öz**, Dönme, s. 227, 250; **Buz**, Dönme, s. 216 vd. Sözleşmeden dönme halinde, iş görme edimlerinin parasal değerinin iade edileceği konusunda, sebepsiz zenginleşme görüşü ile dönüşüm teorisi arasında bir fark yoktur. **Chavanne**, N 277 dn. 232.

¹²⁶⁸ **Werz**, N 379; **Öz**, Dönme, s. 250.

¹²⁶⁹ **Öz**, Dönme, s. 250.

¹²⁷⁰ **Schenker**, Verzug, N 717; **Chavanne**, N 277; **Werz**, N 379; **Öz**, Dönme, s. 251. Farklı görüşte: Maddî varlığı bulunmayan edimlerin değerinin hesaplanmasında **iade anının** esas alınması gerektiği yönünde, **Buz**, Dönme, s. 220-221.

¹²⁷¹ **Öz**, Dönme, s. 227.

sahibine verilmişse, böyle bir durumda fikrî eserin kısmen vücut bulduğu iş sahibinin elindeki bu tür materyalin yükleniciye iade edilmesi gerekir¹²⁷². Örneğin bir yapımcı şirket bir şarkıcı ile belirli bir tarihte tamamlanmak üzere bir albüm çalışması yapmak konusunda anlaşmış olsun. İş sahibi konumundaki yapımcı şirket, şarkıcının başladığı ses kayıtlarını tamamlamak üzere stüdyoya gelmemesi, buna bağlı olarak albümün kararlaştırılan tarihte tamamlanmaması sebebiyle bu fikrî eser sözleşmesinden döndüğünde, elinde provalarda yapılmış ses kayıtları varsa, bunları şarkıcıya iade etmesi gerekir. Yine, mimarî proje hazırlamaya yönelik bir eser sözleşmesinde, projenin belirli kısımlarına ilişkin eskizler iş sahibine verilmişse, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde, bunlar yükleniciye iade edilmelidir.

Maddî bir varlık üzerinde somutlaşıp sürekli bir nitelik kazanmayan (örneğin, konser verme, tiyatro sunumu gibi) fikrî eserlerde ise, yüklenici edimini yerine getirmeye hiç başlamadıysa iş sahibinin ona iade edeceği bir şey yoktur. Buna karşılık, yüklenici tamamlamadığı edimi bir süre yerine getirmiş ve iş sahibi bu edimden belli ölçüde de olsa bir fayda elde edebilmişse, niteliği icabı aynen iadesi mümkün olmayan bu iş görme ediminin parasal değerinin yükleniciye iadesi gerekir¹²⁷³. Burada iş görme ediminin parasal değerini bu edimi niteliğini ve somut olayın tüm koşullarını göz önünde tutarak hâkim tayin etmelidir.

¹²⁷² Öz, Dönme, s. 227.

¹²⁷³ Sözleşmeden dönme üzerine, aynen iadesi edimin niteliği icabı mümkün olmayan edimlerin parasal değerinin iade edileceği yönünde: **Schenker**, Verzug, N 717; **Glasl**, s. 136; **Öz**, Dönme, s. 220.

ddd. Taşınmazlarda

Taşınmaz eserin ya yükleniciye ait arazide inşa edilip, mülkiyetinin sonradan iş sahibine geçirilmesi kararlaştırılır ya da eser doğrudan iş sahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilir. Bu iki durum ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

i. Yüklenicinin Arsası Üzerinde İnşa Edilen Yapılarda Durum

İnşaatın yükleniciye ait arsa üzerinde yapılması ve tamamlandığında mülkiyetinin iş sahibine devredilmesi kararlaştırılmışsa, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi hiçbir şey elde etmediği için iade meselesi söz konusu olmaz. Zira yüklenici eseri meydana getirmeye başlamış bulunuyorsa, eserin meydana getirdiği kısmı zaten kendi arazisinin madde itibariyle muhtevasında olup, onun mülkiyetinde kalmaktadır (MK m. 718 f. 2)¹²⁷⁴.

ii. İş Sahibinin Arsası Üzerinde İnşa Edilen Yapılarda Durum

İş sahibine ait arsa üzerinde yapılan inşaatlarda, meydana getirilecek olan yapının taşınır inşaat veya taşınmaz inşaat olmasına göre bir ayırım yapılmalıdır¹²⁷⁵. İş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat (örneğin, bir baraka veya prefabrike yapı gibi) bir **“taşınır inşaat”** ise, bu yapı, üzerinde inşa edildiği arazinin mülkiyetine tâbi değildir; malzeme sahibi kimse onun mülkiyetindedir¹²⁷⁶. Taşınır inşaatlarda iş sahibinin iade borcu bakımından, yukarıda açıkladığımız iş sahibinin taşınırlara ilişkin iade borcuyla ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz. Ancak şunu belirtelim ki, malzeme sahibi yüklenici ise, eser teslim edilene kadar taşınır yapının mülkiyeti ona aittir. Bu sebeple, iş sahibi

¹²⁷⁴ **Öz**, Dönme, s. 210; **Ayan**, s. 257 dn. 358.

¹²⁷⁵ Taşınmaz inşaat ile taşınır inşaat arasındaki ayırım için bkz. **Öz**, İnşaat, s. 15.

¹²⁷⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 381. Taşınır yapı MK m. 728’de tanımlanmıştır. Bu hükme göre, “Başkasının arazisi üzerinde kalıcı olması amaçlanmaksızın yapılan kulübe, büfe, çardak, baraka ve benzeri hafif yapılar, onların malikine aittir. Bu tür yapılar taşınır mal hükümlerine tâbi olur.”

yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünde, yüklenici halen maliki olduğu taşınır yapıyı iş sahibinin arsasından sökerek geri alabilir¹²⁷⁷.

İş sahibinin arsası üzerinde yapılacak olan inşaat apartman, villa, site gibi bir “**taşınmaz inşaat**” ise, bu yapı, inşasına başlandığı andan itibaren üzerinde bulunduğu arazinin, yani iş sahibinin arsasının madde itibariyle muhtevasına girer ve o arazinin maliki olan iş sahibinin mülkiyetine dâhil olur (MK m. 718 f. 2). Yapıda kullanılan malzemeyi yüklenicinin sağladığı durumlarda, yapının iş sahibinin mülkiyetine girmesi ile birlikte yüklenici yapıda kullandığı malzemenin mülkiyetini de kaybeder¹²⁷⁸. İş sahibi yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünde, tarafların sözleşme gereği aldıkları edimleri karşılıklı olarak iade etmeleri gerekir (BK m. 108 f. 1). Yüklenicinin yapımına başladığı ancak tamamlamadığı yapının “aynen” iadesi, yani tamamlanmamış inşaatın topraktan kaldırılıp yükleniciye verilmesi, kural olarak aşırı zarara yol açacağından, “makul” değildir. Zaten, genelde yapılan kısmın topraktan sökülmesinde ne iş sahibinin ne de yüklenicinin menfaati vardır. İşte yükleniciye ifa ettiği edimin aynen iade edilmesinin “makul” olmadığı bu gibi durumlarda, ne iş sahibi aynen iadeyi teklif edebilmeli ne de yüklenici aynen iadeyi talep edebilmelidir¹²⁷⁹. Yükleniciye ifa ettiği edimin “**aynen**” iade edilemediği bu tür durumlarda, iade, bu “**edimin objektif değeri**” (objektiven Wert der Leistung) tutarında bir miktar paranın yükleniciye verilmesi ile gerçekleştirilir¹²⁸⁰. Ancak istisnaen, inşaatın

¹²⁷⁷ Öz, İnşaat, s. 15.

¹²⁷⁸ Öz, İnşaat, s. 15.

¹²⁷⁹ Bu sonuç hem dürüstlük kurallarının bir gereğidir, hem de “yaratılmış olan değerlerin korunması ilkesi”ne uygundur. **Werz**, N 378.

¹²⁸⁰ Bu sonuç bakımından, iade talebinin bir sebepsiz zenginleşme talebi olduğunu savunan klâsik görüş ile iade talebinin sözleşmesel bir talep olduğunu savunan dönüşüm teorisi arasında fark yoktur. Zira her

yapılan kısmı iş sahibine **hiçbir yarar** sağlamıyorsa (örneğin yapılan kısmın ağır ayıplı olması veya imar mevzuatına aykırı olması gibi bir sebeple **yıkılması gerekiyorsa**), iş sahibi yüklenicinin ediminin objektif değerini iade etmek zorunda değildir¹²⁸¹. Zira yıkımı gereken tamamlanmamış bir yapının, ekonomik olarak bir değer arz ettiğinden söz edilemez¹²⁸². Böyle istisnaî bir durumda hem iş sahibi, hem de yüklenici mevcut yapının topraktan kaldırılmasını talep edebilir¹²⁸³. Bu gibi durumlarda, iş sahibi, sadece hiçbir işine yaramayan tamamlanmamış bu yapı yıkıldıktan sonra bunun kalıntılarını yükleniciye iade etmek zorundadır¹²⁸⁴.

iki görüşe göre de iade borçlusunun iade yükümlülüğü sona ermiş olmadıkça, **aynen** iade edilemeyen **edimin objektif değeri** iade alacaklısına verilir. **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 377; **Schenker**, Verzug, N 717; **Glasl**, s. 136; **Chavanne**, N 250; **Werz**, N 379; **Hartmann**, N 302, 303; **Öz**, Dönme, s. 220; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Ayan**, s. 259 dn. 367.

¹²⁸¹ **Öz**, Dönme, s. 251; **Ayan**, s. 259; **Karataş**, s. 453. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 15. HD., 11.5.2005 T., 2004/5000 E., 2005/2920 K.: “Kaçak olarak yapıldığı anlaşılan dava konusu binanın yıkılması gerekeceğinden, ekonomik değerinin bulunmaması nedeniyle davacı karşı davalının bedele yönelik talebinin tümünden reddi gerekir.” (**Kostakoğlu**, s. 934-935); Yarg. 19.2.2007 T., 2009/70 E., 2007/1022 K.: “Somut olayda, davalı arsa sahipleri, yapılan imalâtın işe yaramadığını ve yıkılması gerektiğini savunduklarına göre, bu hususta bir araştırma yapılması gerekirken (...)” (**Kostakoğlu**, s. 915-916). Bu yönde; Yarg. 15. HD., 6.11.2003 T., 2003/1884 E., 2003/5280 K. (**Karataş**, s. 451); Yarg. 15. HD., 9.2.2004 T., 2004/3637 E., 2004/538 K. (**Karataş**, s. 453-454); Yarg. 15. HD., 13.2.2006 T., 2005/8012 E., 2006/653 K. (**Kostakoğlu**, s. 930-931).

¹²⁸² Yarım kalan eser üçüncü bir kişi yani bir başka yüklenici tarafından tamamlanabilir nitelikte ise, bu eksik yapının iş sahibine ekonomik bir değer sağladığından söz edilebilir. **Öz**, Dönme, s. 251; **Buz**, Dönme, s. 218.

¹²⁸³ **Werz**, N 378.

¹²⁸⁴ Yapının iş sahibinin arsasından kaldırılma ve uzaklaştırılma **masraflarından** mütemerrit yüklenici sorumludur. **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 368, N 29; **Gauch**, Werkvertarg, N 1545; **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4617; **Hartmann**, N 216; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 55; **Ayan**, s. 257 dn. 360. Ancak **yüklenicinin** yapıyı iş sahibinin arsasından kaldırmakla **yükümlü olup olmadığı** meselesi tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, **yüklenici** yarım kalan inşaatı iş sahibinin arazisinden kaldırmaya yetkili ise de, bununla **yükümlü değildir**. Yarım kalan yapı arazisinin bütünleyici parçası haline gelen iş sahibi, mülkiyet hakkına dayanarak yarım kalan yapıyı masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi araziden kaldırmak veya üçüncü bir kişiye kaldırtmak hakkına sahiptir. Bu durumda iş sahibi eseri arazisinden kaldırma çalışmalarını yükleniciye en az zarar verecek şekilde özenle yürütmek zorundadır. İş sahibi ayrıca eserin kaldırılmasından arta kalanları, yani demir ve moloz yığımından oluşan

Yükleniciye ifa ettiği **edimin objektif değerinin** verileceği durumlarda iş sahibinin iade borcun kapsamı acaba nasıl tespit edilmelidir? Bu durumda iş sahibi tarafından yükleniciye verilmesi gereken tutar, tamamlanmamış **inşaatın** mevcut halinin **yapım değeri**, diğer bir deyişle bu eksik yapının **imalât bedelidir**¹²⁸⁵. Yükleniciye verilmesi gereken yapım değerine, proje, ruhsat, kazı, nakliye giderleri, **işçilik ücretleri**, malzeme yüklenici tarafından sağlandığı takdirde **malzeme masrafları** dâhildir¹²⁸⁶.

enkazı, bunları almak için gelebilecek olan yüklenici için hazır bulundurmak ve yüklenici bunları teslim almak için geldiği takdirde ona teslim etmek zorundadır. **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 368, N 29; **Gauch**, Werkvertrag, N 1543 vd.; **Hartmann**, N 215. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu yöndeki kararı için bkz. BGE 98 II 118 = JdT 1973 I 274. Aksi görüşte: **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4617; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 55. Bu yazarlara göre, eseri iş sahibinin arazisinden kaldırmak **yüklenici** bakımından yalnız bir yetki değil, aynı zamanda da bir **yükümlülüktür**. Bu görüş de yüklenicinin bu borcunu yerine getirmemesi halinde iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere eseri arazisinden kaldırabileceğini veya üçüncü bir kişiye kaldırtabileceğini kabul etmektedir. Bu ikinci görüşe göre, ilk görüş kabul edildiği takdirde kaldırma masraflarını önce iş sahibi ödemek zorunda kalacak ve bu masrafları yükleniciden ancak daha sonra talep edebilecektir; bu durum da iş sahibinin menfaatine aykırıdır. Ancak kanaatimizce yüklenici yarım kalan yapıyı araziden kaldırmamakta direndiği sürece, hangi görüş kabul edilirse edilsin, iş sahibi ancak masrafları sonradan yükleniciden tahsil edilmek üzere yapıyı kaldırtabilir. Bu sebeple de, yüklenici yapıyı kaldırmamakta direndiği takdirde, ikinci görüş de masrafları ilk önce iş sahibinin karşılamasını önleyemez. Yüklenici kendisi yarım kalan yapıyı iş sahibinin arazisinden kaldırdığı takdirde ise zaten hangi görüş kabul edilirse edilsin mesele yoktur. Şu halde, eserin iş sahibinin arazisinden kaldırılmasının yüklenici bakımından bir yükümlülük olduğunu kabul eden ve etmeyen bu görüşler arasında sonuç bakımından pratik bir fark yoktur.

¹²⁸⁵ **Seliçi**, İnşaat, s. 78; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Akkayan-Yıldırım**, s. 82; **Gümüş**, s. 81. Yarg. 15. HD., 19.12.2005 T., 2004/7707 E., 2005/6899-6924 K.: “Fesih sonucu için tasfiyesi gerekeceğinden davacı yüklenici sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre dava tarihi itibarıyla gerçekleştirdiği arsa sahiplerinin yararlanabileceği ekonomik değeri olan ve malvarlıklarında artış sağlayan **imalât bedelini** isteyebilir.” (**Kostakoğlu**, s. 938-939).

¹²⁸⁶ **Öz**, İnşaat, s. 151; **Akkayan-Yıldırım**, s. 82. Yarg. 13. HD., 25.2.1997 T., 11384-1392: “Geri verilecek olan cepten çıkıp da karşı tarafın mal varlığına giren miktar olduğuna göre, bu değer (...) proje, ruhsat, kazı, malzeme, nakliye, işçilik vs. gibi (kâr hariç) maliyet giderleri tutarından ibaret olduğu kendiliğinden anlaşılacaktır.” (**Kostakoğlu**, s. 898-899).

Tamamlanmamış yapının yapım değeri, **objektif** olarak, yani **piyasa koşullarında geçerli olan rayiç bedellere** göre tespit edilmelidir¹²⁸⁷. Diğer bir deyişle, bu değer yapı için sözleşmede kararlaştırılan bedelden bağımsız biçimde hesaplanmalıdır. Bazı yazarların¹²⁸⁸ savunduğunun aksine, taraflar sözleşmede **götürü ücret** belirlemiş olsalar da, yapının değerinin hesaplanmasında bu ücret göz önünde tutulmaz¹²⁸⁹. İşin tamamlanma oranı, götürü ücrete uygulanarak, yükleniciye **orantılı bedel** verilemez. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da sonuç aynıdır. Yani iş sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğünde de, onun iade borcu, tamamlanmamış inşaatın yapım bedeline karşılık gelen bir miktar parayı¹²⁹⁰ yükleniciye ödemekten ibarettir¹²⁹¹. Zira yükleniciye yaptığı kısım ile orantılı ücret veya arsa payı

¹²⁸⁷ Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3668-4766: “Mahkemece yapılması gereken husus (...) davacı yükleniciye iadesi gereken değer (kâr hariç) -**serbest piyasa rayicine** göre- ne olabileceği (...) saptanmasıyla belirlenecek bu miktara hükmetmekten ibarettir.” (Kostakoğlu, s. 899-900); Yarg. 15. HD., 13.2.2006 T., 2005/8012-2006/653: “Yapılan imalâtın bedeli feshin kesinleştiği 15.7.1999 tarihindeki **piyasa rayiçlerine** göre saptanarak hüküm altına alınmalıdır (...).” (Kostakoğlu, s. 930-931).

¹²⁸⁸ Bir görüşe göre, yüklenicinin ediminin objektif değerinin belirlenmesinde, **bedelin götürü** olarak kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin karşılığı olarak belirlenmiş olan bu götürü bedel esas alınmalıdır. Buna göre, eksik inşaatın toplam işe nazaran tamamlanma oranı, sözleşmede yükleniciye verilmesi taahhüt edilen miktara uygulanmalıdır. Yani yükleniciye sözleşmede kararlaştırılan ücretin işin tamamladığı kısmıyla orantılı bölümü verilmelidir. Örneğin bu görüşe göre, eser sözleşmesinde yükleniciye yapacağı inşaat karşılığı 800.000 TL verilmesi kararlaştırılmışsa, iş sahibi sözleşmeden döndüğünde yüklenici inşaatın % 10'unu tamamlamışsa, ona işin objektif değeri olarak 80.000 TL verilmelidir. **Hartmann**, N 323; **Ayan**, s. 260-261.

¹²⁸⁹ **Gümüş**, s. 83-84. **Gümüş**, haklı olarak, işin tamamlanma oranının götürü bedele uygulanarak yapı değerinin hesaplanmasını hukuka aykırı bulmaktadır.

¹²⁹⁰ Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492-1152: “(Geriye etkili) feshin doğal sonucu olarak da tarafların mal varlıklarında karşılıklı giren değerler varsa bunların sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici artık sözleşmeye dayanarak yaptığı iş bedelinin **arsa payı** devri suretiyle ödenmesini değil, **para** olarak ödenmesini isteyebilir” (Kostakoğlu, s. 879-880).

¹²⁹¹ Aksi görüşte: **Ayan**, s. 265. **Ayan**, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönüldüğünde de yükleniciye yaptığı kısmın imalât bedelinin değil, yaptığı kısım ile orantılı ücret verilmesi gerektiği görüşündedir. Yazara göre, **arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri** götürü bedelli sözleşme niteliğinde kabul edilmeli ve iş sahibinin iade borcu şu şekilde hesaplanmalıdır: Öncelikle sözleşme gereği

verilmesi, sözleşmeden dönme, Yargıtay'ın deyişiyile de geriye etkili fesih durumunda değil, ancak ileriye etkili fesih durumunda söz konusu olabilecek bir durumdur¹²⁹².

yükleniciye kalması kararlaştırılan arsa paylarının ve buna bağlı bağımsız bölümlerin sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla mevcut eksik hallerinin taşıdığı objektif piyasa değeri belirlenmelidir. Bu tutar, iş sahibinin toplam bedel borcu yani götürü bedeldir. Daha sonra işin toplam işe nazaran tamamlanma oranı belirlenerek, bu tamamlanma oranı toplam bedel borcuna uygulanmak suretiyle iş sahibinin iade borcu bulunmalıdır. Buna göre, örneğin yükleniciye bırakılması kararlaştırılan tüm bağımsız bölümlerin tamamlanmamış halleriyle arz ettiği piyasa değeri 50.000 TL, inşaatın tamamlanma oranı ise % 10 ise, iş sahibinin iade borcu 5.000 TL.dir. **Ayan**, s. 265. Görüldüğü gibi yazarın geriye etkili fesih yani sözleşmeden dönme bakımından benimsediği bu sonucun, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak feshedilmesi halinde söz konusu olacak durumdan farkı kalmamaktadır.

¹²⁹² Götürü ücret kararlaştırılan işlerde, sözleşmeden dönen iş sahibinin, yükleniciye işin tamamlanma oranının götürü ücrete uygulanması suretiyle bulunacak tutarı yani “yaptığı kısımla orantılı ücreti” vermesi gerektiğini savunan **Ayan**'a göre, bu çözüm sadece iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesinden ibarettir. Yazara göre, bu çözüm dönme hakkının sınırlanması ya da dönmenin feshe tahvili değildir. **Ayan**, s. 264. Kanaatimizce bu savunma yerinde değildir. İş sahibi sözleşmeden döndüğünde, iş sahibinin arsasında yapımına başlanan ancak tamamlanmayan inşaatın objektif değeri, sözleşmenin tasfiyesi çerçevesinde ifa edilen edimin iadesi amaçlanarak, yükleniciye verilmektedir. Yoksa ileriye etkili fesih olduğu gibi, bu edim geçerliliğini koruduğu, yani kısmî bir ifa teşkil ettiği için değil. Bu itibarla, ileriye etkili feshin aksine, sözleşmeden dönüldüğünde, yani geriye etkili fesih, dönme anına kadar ifa edilmiş edimlerin geçerliliği koruması, bu itibarla yüklenicinin yaptığı kısımla orantılı ücret alması söz konusu olamaz. **Ayan**'ın katıldığı görüşte, iş sahibinin iade borcu bakımından ileriye etkili feshin sonuçları benimsenmekte, oysa iş sahibi tazminat talebi bakımından sözleşmeden dönmeyen, yani geriye etkili feshin sonuçlarına tâbi kılınmaktadır. Bu görüş kabul edildiğinde, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde, yüklenici, ancak iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshettiği durumlarda alabileceği gibi orantılı ücret almaktadır. Üstelik iş sahibi sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetseydi bulunacağı durumdan da daha kötü bir duruma sokulmaktadır. Zira ileriye etkili fesih halinde iş sahibi yükleniciden, hiç değilse (kural olarak menfî zarar tazminatından daha yüksek olan) müsbet zarar tazminatı talep edebilecektir. Oysa **Ayan**'ın savunduğu görüş kabul edilirse, sözleşmeden (geriye etkili olarak) dönen iş sahibi, hem yükleniciye yaptığı kısımla orantılı ücret vermek zorunda kalacak, hem de yükleniciden sadece (kural olarak müsbet zarar tazminatından daha düşük tutarda olan) menfî zarar tazminatı talep etmekle yetinecektir. Borcunu ihlâl ederek sözleşmenin tasfiye aşamasına gelmesine sebep olmuş yüklenicinin menfaatlerinin herhangi bir borç ihlâlinde bulunmamış iş sahibinin menfaatlerinin bu denli aleyhine olacak biçimde korunması yerinde değildir.

Esasen **Ayan**, inşaat sözleşmelerinin anî edimli olduğunu kabul etmektedir. **Ayan**, s. 46. Öyleyse inşaat sözleşmesinde ifa yani eserin teslimi bir anda ve eserin tümü tamamlandığında gerçekleşeceğine göre, yüklenicinin iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından önce meydana getirdiği eser kısmı “kısmî bir ifa” olarak değerlendirilemez. Kanaatimizce kısmen dahi olsa ifada bulunmuş sayılmayan

Bazı yazarların¹²⁹³ savunduğunun aksine, yükleniciye verilecek olan edimin objektif değerinin içinde yüklenicinin **kârı**, yaptığı iş oranında dahi, yer almaz¹²⁹⁴. Zira yüklenicinin yaptığı işten kâr elde etmesi, onun ifada bulunduğu takdirde hak kazanabileceği, sözleşmesinin ifasına ilişkin bir menfaattir. Oysa sözleşmeden dönme, sözleşme gereği gibi ifa edilseydi tarafların bulunacağı durumu tesis etmeyi, yani tarafların ifaya ilişkin menfaatlerini sağlamayı değil, tarafları sözleşme öncesi buldukları duruma döndürmeyi hedefler¹²⁹⁵. Sözleşme kurulmamış olsaydı yüklenici de kâr elde edememiş olacaktı.

İş sahibinin yükleniciye iade etmesi gereken edimin değerinin hesaplanmasında **esas alınacak an** ise, yarım kalan inşaatın meydana getirildiği tarih değil, iş sahibinin

yükleniciye ancak kısmî ifanın karşılığı olarak değerlendirilebilecek bir biçimde “yaptığı kısım ile orantılı sözleşme ücretinin” verilmesini anlamak güçtür.

¹²⁹³ Bazı yazarlar, iş sahibinin kendi arsasında bulunan tamamlanmamış inşaat bakımından yükleniciye iade borcunu hesaplarken, bu iade borcunun kapsamına **yüklenicinin kârını** da dâhil etmektedirler. Bu görüşe göre, yüklenicinin alacağı **bedelin** sözleşmede **belirlenmediği** veya **yaklaşık** olarak belirlendiği hallerde, iş sahibinin iade borcunun miktarı, iş sahibinin yarım kalan bu inşaatı mütemerrit yükleniciye değil de, başka bir yükleniciye imâl ettirseydi bu yarım imalât için ödenmek zorunda kalacağı bedeldir. Bunun içinde bu başka yüklenicinin **kâr payı** da yer almaktadır. Yukarıda ifade edildiği gibi bu görüşe göre, **götürü bedelli** işlerle de, yükleniciye sözleşmede belirlenen götürü ücretin yaptığı kısım ile orantılı kısmı verilmelidir. Götürü ücretin içinde yüklenicinin kârı da yer alacağından, bu görüş kabul edildiği takdirde, yüklenici götürü ücretli işlerde de yaptığı işten meydana getirdiği kısım ile orantılı olarak **kâr** elde etmektedir. **Hartmann**, N 323; **Ayan**, s. 260-261, 263-264.

¹²⁹⁴ **Schenker**, Verzug, N 717; **Glasl**, s. 137; **Werz**, N 379; **Öz**, İnşaat, s. 151; **Erman**, İnşaat, s. 99 ve oradaki dn. 107. Yargıtay da bu görüştedir. Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3668-4766: “Sözleşmeden dönülmesinde haksız olan taraf (borçlu) ise, bu inşaat için cebinden sarf ettiği paradan, sadece, karşı tarafın malvarlığına girenini, sebepsiz iktisap kurallarına göre geri isteyebilir. Bu kuraldan da anlaşılacağı üzere, borçlunun cebinden çıkan paranın içerisinde kâr olmadığı için, müspet zarar kapsamında kalan ve ileriye dönük özellik taşıyan **kâr**, geri verilecek miktarın içerisinde yer alamaz.” (**Kostakoğlu**, s. 898-899).

¹²⁹⁵ **Schenker**, Verzug, N 717; **Werz**, N 379.

sözleşmeden dönme hakkını kullandığı tarihtir¹²⁹⁶. Bu itibarla, yarım inşaatın objektif değeri, iş sahibinin **sözleşmeden döndüğü tarihte** piyasada carî olan fiyatlara göre hesaplanmalıdır.

¹²⁹⁶ Aslında kural olarak aynen iade edilmeyen edimlerin objektif değerinin **edimin ifa edildiği tarih** itibariyle hesaplanması gerekir. **Hartmann**, N 303; **Schenker**, Verzug, N 717; **Glasl**, s. 136; **Werz**, N 379. Ancak inşaat sözleşmelerinde böyle bir uygulama, yapılan işin maliyet bedelinde işin yapıldığı tarihten sonra meydana gelen artışlar karşısında iade alacaklısı konumundaki yükleniciyi mağdur eder. Yargıtay ülkemizde gerek malzeme, gerek işçilik ücretleri bakımından inşaat maliyetlerinin sabit kalmadığını, aksine gün geçtikçe enflasyon sebebiyle az ya da çok arttığını göz önünde tutarak, inşaat sözleşmelerinde maliyet bedelinin hesaplanacağı an olarak iş sahibinin **sözleşmeden dönme hakkını kullandığı tarihi** esas almaktadır. Yarg. 15. HD., 10.11.1997 T., 1997/3668-4766: “Ülkemizde yaşanan enflasyon nedeniyle inşaatın, yapıldığı tarih itibariyle değerinin tespiti, adalete karşı var olması gereken güvenin sarsılmasına ve kamu vicdanında haklı eleştirilere sebep olabilir. (...) Denkleştirici adalet ilkesinden hareket edilecek olursa, iadesi gereken paranın, inşaatın yapıldığı tarihteki alım gücüne ulaştırılması ve o şekilde iadeye karar verilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. (...) Burada önemli olan husus, inşaat tarihindeki alım gücüne ulaştırma hesabının, hangi tarih itibariyle yapılmasının gerektiğidir. Bu tarih, sözleşmenin ifasının istenmediği tarih olmalıdır. (...) Sözleşmenin ifasının istenmediği tarih ise, eser sözleşmelerinde bozucu yenilik doğuran **dönme iradesinin**, karşı tarafa **(yükleniciye) vasıl olduğu tarihtir.**”(Kostakoğlu, s. 898-899). Yargıtay’ın bu yaklaşımı doktrinde de kabul görmektedir. Örneğin bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 142; **Ayan**, s. 262; **Gümüş**, s. 81 dn 433. Kanaatimizce de Yargıtay’ın bu tutumu yerindedir. Zira sözleşmeden dönme ile tarafların sözleşme öncesi buldukları hale getirilmeleri amaçlandığına göre, iade alacaklısı konumundaki yükleniciyi de bu duruma en çok yaklaştıran yaklaşım benimsenmelidir. Yaşanan fiyat artışları karşısında, yükleniciye işin yapıldığı tarihteki imalât maliyeti bedelinin verilmesi onu sözleşme öncesi bulunduğu duruma getirmeyi sağlayamaz.

Yargıtay, herhangi bir yasal dayanağı bulunmamakla birlikte, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını ancak dava yoluyla kullanabileceğini kabul etmektedir. Bu sebeple de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönme ile ilgili bazı kararlarında yarım kalan yapının imalât bedelinin belirlenmesinde **dava tarihini** veya dava sonucu alınan **fesih (dönme) kararının kesinleşme tarihini** esas almaktadır. Yarg. 15. HD., 4.11.1999 T., 2965/3899: “Fesih iradesinin karşı tarafa ulaştığı dava tarihi itibarıyla arsa sahiplerinin malvarlığına geçen imalâtın mahalli rayiç değerinin tayini ve bunun hüküm altına alınması gerekir. (**Karataş**, s. 474); Yarg. 15. HD., 6.11.2003 T., 1884/5280: “Şayet mevcut inşaatlar arsa sahiplerinin işine yarayacaksa, bunların bedeli, fesih iradesinin ulaştığı tarihe, dava açmak için geçecek makul bir süre ilâvesiyle bulunacak tarihe göre hesaplatılmalıdır.” (**Karataş**, s. 451); Yarg. 19.2.2007 T., 2009/70-2007/1022: “Sözleşme geriye etkili feshedilince, yüklenicinin arsa sahipleri yararına yaptığı bir kısım imalât varsa, bu imalâtın bedeli, fesih kararının kesinleştiği tarihteki serbest piyasa rayicine göre hesaplanır.” (**Kostakoğlu**, s. 915-916).

bb. Yüklenicinin İade Borcu

Yüklenicinin iade borcunun kapsamı, eser sözleşmesinde iş sahibinin yükleniciye bedel olarak bir miktar para vermeyi veya taşınmaz (arsa payı) mülkiyeti nakletmeyi taahhüt etmiş olmasına göre değişir.

aaa. Sözleşme Bedelinin Para Olarak Kararlaştırıldığı Durumlarda

Yüklenicinin alacağı sözleşme bedelinin bir miktar para olarak kararlaştırıldığı eser sözleşmelerinde, iş sahibi sözleşmeden dönmeden önce yükleniciye bedelin tamamını veya bir kısmını ödemiş olabilir. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullandığında, peşinen ödediği bu bedeli kendisine faizi ile birlikte (BK m. 205 f. 2 hükmüne kıyasen) iade etmesini yükleniciden talep edebilir (BK m. 108 f. 1)¹²⁹⁷.

bbb. Sözleşme Bedelinin Arsa Payı Devri Olarak Kararlaştırıldığı Durumlarda

İş sahibine ait arsa üzerinde inşaat yapımını konu alan sözleşmelerde, iş sahibi yükleniciye bir miktar para vermek yerine kendisine ait arsa paylarından bazılarını temlik etmeyi taahhüt edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak adlandırılan bu tür sözleşmelerde, iş sahibi çoğunlukla arsa paylarını yüklenici henüz inşaatı tamamlamadan yani edimini yerine getirmeden önce yükleniciye temlik etmektedir. Bu sayede yüklenici iş sahibinin kendisine temlik ettiği arsa paylarını üçüncü kişilere satarak inşaatın yapımı için gerekli finansal kaynağı bulmaktadır. İşte iş sahibinin inşaat tamamlanmadan önce sözleşme gereği yükleniciye kalacak olan arsa paylarının tamamını veya bir kısmını tapuda yüklenici adına tescil ettirdiği hallerde, yüklenici

¹²⁹⁷ **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4615; **Schenker**, Verzug, N 713; **Koller, S.**, Werkvertrag, s. 125; **Gauch**, Werkvertrag, N 1535; **Ayan**, s. 266.

inşaatı vadede bitiremeyip temerrüde düşer ve buna bağlı olarak iş sahibi sözleşmeden dönerse, devredilen bu arsa paylarının akıbeti ne olacaktır?

Katıldığımız dönüşüm teorisi uyarınca, sözleşmeden dönme ne borçlandırıcı işlemi, ne de tasarruf işlemi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırır. Bu sebeple, iş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce geçerli olarak yükleniciye naklettiği arsa paylarının mülkiyeti sözleşmeden dönme ile birlikte kendiliğinden iş sahibine dönmez¹²⁹⁸. Sözleşmeden dönen iş sahibi daha önce ifa ettiği edimin iadesini tasfiye amacına yönelerek mahiyet değiştiren ancak halen ayakta kalan sözleşme ilişkisine dayanarak yükleniciden talep edebilir. Buna göre, iş sahibinin önceden yükleniciye devrettiği arsa paylarının tekrar adına tesciline diğer bir deyişle “iade”sine yönelik talep hakkı, sözleşmeden doğan, şahsî nitelikli bir haktır¹²⁹⁹.

Öyleyse burada, iş sahibi sözleşmeden döndüğünde, iş sahibinin sözleşme gereği yükleniciye devrettiği arsa paylarının mülkiyeti iş sahibine kendiliğinden dönmez. Mülkiyetin nakli gerçekleştiği anda **gerçek malikten kazanım** söz konusu olduğundan ve sözleşmeden dönme sonucunda sözleşmenin hiç yapılmamış sayılması gibi bir varsayım kabul edilmediğinden, tescilin de sonradan yolsuzlaşması söz konusu değildir. Yolsuz tescil durumu söz konusu olsaydı, taşınmaz mülkiyetinin iadesi için açılacak dava, aynî hakka dayalı istihkak davası mahiyetinde olan “tapu sicilinin düzeltilmesi davası” (MK m. 1025) olacaktı. Burada ise, iş sahibinin yükleniciye temlik etmiş olduğu **arsa paylarının iadesine yönelik olarak açacağı dava şahsî bir hak olan iade talebinin yerine getirilmesine yönelik “tescile zorlama davası”**dır (MK m. 716)¹³⁰⁰.

¹²⁹⁸ Serozan, Dönme, s. 91.

¹²⁹⁹ Serozan, Dönme, s. 94-95; Seliçi, İnşaat, s. 78.

¹³⁰⁰ Serozan, Dönme, s. 94-95; s. 572.

İade alacaklısı konumundaki iş sahibi, mülkiyeti devir borcu altında olan yüklenicinin haksız olarak tescil talebinde bulunmaktan kaçındığı durumlarda açacağı bu dava ile hâkimden arsa paylarının mülkiyetinin kendisine hükmen geçirilmesini talep eder. İş sahibi arsa paylarının mülkiyetini, ancak hâkimin bu dava sonucunda vereceği mülkiyetin iş sahibine geçirildiğini belirten hükmün kesinleşmesiyle yeniden kazanır¹³⁰¹.

Yargıtay ise birçok kararında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönüldükten sonra tarafların birbirine yönelttiği iade taleplerini sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebi olarak nitelendirmiştir¹³⁰². Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre aynî haklar sözleşmeden dönmeden etkilenmediğinden, sözleşme, dönme hakkının kullanılması ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalksa dahi, bu sözleşmeye dayanılarak devredilen taşınmaz mülkiyeti eski sahibine kendiliğinden dönmez. O halde bu görüş kabul edildiği takdirde de iade için açılacak dava “yolsuz tescilin düzeltilmesi davası” (MK m. 1025) değil, sebepsiz zenginleşmenin iadesi talebine dayanan “tescile zorlama davası” (MK m. 716) olmalıdır¹³⁰³. Buna karşılık Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin yükleniciye başlangıçta tapuda yaptığı arsa payı devirlerini “avans” olarak nitelendirmekte ve yüklenicinin ancak edimini ifa ettiği takdirde mülkiyete hak kazanacağına hükmetmektedir. Yargıtay, bunun sonucu olarak

¹³⁰¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 322.

¹³⁰² Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 6.11.2003 T., 1884 E./5280 K.: “Tasfiyeden amaç; şayet yüklenicinin arsa sahiplerinin malvarlığına geçirdiği bir değer varsa, bunun iadesinin sağlanması (somut olayda yapılan inşaat bedeli) buna karşılık arsa sahipleri de yükleniciye bir kısım tapu devretmişlerse bunların saptanarak arsa sahiplerine geri verilmesinin teminidir. Zira iş tasfiyeyle sonuçlanacağından bunlar karşı tarafın malvarlığında kaldığı sürece **sebepsiz zenginleşmeye** neden olur.” (Karataş, s. 471 dn. 20). Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K.: “Feshin doğal sonucu olarak da tarafların malvarlıklarına karşılıklı giren değerler varsa bunların **sebepsiz zenginleşme** hükümleri uyarınca yekdiğerine iadesi gerekir.” (Kostakoğlu, s. 879).

¹³⁰³ Bu konuda bkz. Öz, Dönme, s. 241; Gümüş, s. 84.

da, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen iş sahiplerinin arsa paylarının mülkiyetinin iadesine ilişkin olarak açtıkları “yolsuz tescilin düzeltilmesi davalarını” (MK m. 1025) kabul etmektedir¹³⁰⁴.

Yüklenici sözleşmeden dönen iş sahibinin arsa paylarının mülkiyetini bu şekilde tekrar elde etmesinden önce arsa paylarını **üçüncü kişilere temlik etmişse** durumun ne olacağı meselesi, aşağıda sözleşmeden dönmenin üçüncü kişiler bakımından sonuçları bahsinde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu sebeple bu konuda o bölüme atıf yapmakla yetiniyoruz.

cc. İade Konusundan Elden Edilen Yararların ve İade Konusu İçin Yapılan Masrafların Durumu

İade borçlusuna iade konusu edimi elde ettiği andan iade anına kadar bu edimden bazı yararlar elde etmiş olabileceği gibi, bu edim için bazı harcamalarda da bulunmuş olabilir. Sözleşmenin tasfiyesi aşamasında bu yararların ve harcamaların durumunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. İş sahibi, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde kural olarak bir şey elde etmiş olmayacağından, bundan yarar elde etmesi veya masraf yapması da söz konusu olmaz. Bu sebeple, yarar ve masraf meselesi daha ziyade sözleşmede kararlaştırılan bedeli tamamen veya kısmen elde etmiş olması mümkün olan yüklenici bakımından söz konusu olacaktır.

¹³⁰⁴ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 24.6.1998 T., 2147 E., 2779 K. (**Karataş**, s. 482-483); Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K. (**Kostakoğlu**, s. 879); Yarg. 4.12.2006 T., 2006/13714 E., 2006/14348 K. (**Kostakoğlu**, s. 951).

aaa. Elde Edilen Yararların Durumu

İade borçlusuna iade konusu edimi bu edimden elde ettiği **yararlarla (semerelele)** birlikte iade etmek zorundadır (BK m. 205 f. 1'e kıyasen)¹³⁰⁵. Bu durum daha çok yükleniciye sözleşme bedeli olarak arsa payı devrinin taahhüt edildiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde söz konusu olur. Zira sözleşmede kararlaştırılan inşaatın tümü tamamlanmadığı halde, bazı dairelerde fiilen oturuluyor olabilir. Örneğin yapılacak üç bloklu bir sitede bir bloktaki bağımsız bölümlerin yükleniciye bırakılması kararlaştırılmış, arsa payları yükleniciye peşinen devredilmiş olsun. Yüklenici sadece kendisine kalacak bloğu tamamlamış, diğer blokları vadede tamamlamadığı için temerrüde düşmüş, iş sahibi de sözleşmeden dönmüş olsun. İşte yüklenici kendisine peşinen devredilmiş arsa paylarına bağlı bağımsız bölümleri kiraya vermişse veya bunlardan birinde kendisi oturarak bağımsız bölümlerden bir yarar sağlamışsa, bu yararları da iş sahibine iade etmesi gerekir.

İade borçlusuna karşı taraftan sözleşme bedeli olarak aldığı bir miktar **parayı** iade ederken de bu tutarı **faizi** ile birlikte iade etmekle yükümlüdür (BK m. 205 f. 2'ye kıyasen)¹³⁰⁶. Buna göre, yüklenicinin iş sahibinden bedel olarak para aldığı eser sözleşmelerinde, iş sahibi sözleşmeden döndüğü takdirde, sözleşme bedelinin tamamını

¹³⁰⁵ BK m. 205 (İBK m. 208) hükmü, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül kapsamında alıcının sözleşmeden dönmesinin sonuçlarını düzenleyen bir hükümdür. Bu hükme göre satım sözleşmesinden dönen alıcının satım konusu eşyayı satıcıya eşyadan elde etmiş olduğu yararlarla birlikte iade etmesi gerekir (BK m. 205 f. 1). Bu hükmün diğer sözleşmeden dönme hallerinde de kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir. **Tercier**, Contrats spéciaux, N 4616; **Schenker**, Verzug, N 713; **Koller, S.**, Werkvertrag, s. 112; **Gauch**, Werkvertrag, N 1535; **Serozan**, Dönme, s. 552; **Buz**, Dönme, s. 224. Kanaatimizce iade konusundan elde edilen yararların da iadesi gerektiğini ifade eden bu hüküm, tarafları tüm sözleşmeden dönme hallerinde sözleşmenin kurulmasından önceki duruma yani "status quo ante"ye ulaştırmaya elverişli bir düzenleme getirmektedir. Bu sebeple bu hükmün eser sözleşmesinden yüklenicinin temerrüdü sebebiyle dönme halinde de kıyasen uygulanması uygun bir çözümdür.

¹³⁰⁶ **Schenker**, Verzug, N 713; **Gauch**, Werkvertrag, N 1535; **Serozan**, Dönme, s. 552; **Ayan**, s. 266.

veya bir kısmını almış olan yüklenicinin, bunu iş sahibine faizi ile birlikte iade etmesi gerekir.

İade alacaklısı, iade konusu edimden kendisi iade borçlusunun elde ettiğiinden **daha fazla yarar** elde edecek idiyse, aradaki **farkı**, yoksun kalınan kâr olarak **menfi zarar** tazminatı çerçevesinde iade borçlusundan talep edebilir (BK m. 108 f. 2) ¹³⁰⁷.

bbb. Yapılan Masrafların Durumu

İade borçlusu iade anına kadar iade konusu edime ilişkin olarak zorunlu veya yararlı masraflar yapmışsa, bunların tazminini iade alacaklısından talep edebilir (BK m. 64'e kıyasen) ¹³⁰⁸. Örneğin yüklenici, daha önce mülkiyeti kendisine devredilmiş olup da, artık sözleşmeden dönen iş sahibine iadesi gereken arsa paylarına bağlı bağımsız bölümler için bazı bakım ve tamirat giderleri yapmış olabilir. Bu takdirde, iade borçlusu yüklenici, bu masraflar bağımsız bölüm bakımından zorunlu veya yararlı olduğu ölçüde bunların kendisine ödenmesini iş sahibinden talep edebilir.

dd. İade İmkânsızlığı

Nitelikleri gereği aynen iade edilme imkânı olmayan bağımsız maddî varlığı bulunmayan (örneğin bir şeyin boyanması, tamiri gibi) edimler ile maddî bir varlık üzerinde somutlaşmayan fikrî çalışmalar bakımından iadenin, bu iş görme edimlerinin parasal değerlerinin iade alacaklısına verilmesi ile gerçekleşeceğine daha önce değinmiştik. Buna karşılık, sözleşmeden dönme halinde tarafların sözleşme gereği birbirlerine vermiş oldukları **maddî varlığı bulunan** edimleri karşılıklı olarak ve **aynen**

¹³⁰⁷ **Comment**, s. 143; **Schenker**, Verzug, N 713.

¹³⁰⁸ **CR-Thévenoz**, Art. 109, N 12; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 377; **Schenker**, Verzug, N 713; **Glasl**, s. 162.

iade etmeleri gerekir (BK m. 108 f. 1)¹³⁰⁹. Ancak maddî varlığı bulunmayan edimlerden farklı olarak maddî varlığı olan bir edimin nitelik itibariyle aynen iadeye elverişli olduğu halde (örneğin, bu şeyin telef veya tahrip olması, hasara uğraması ya da iade borçlusu tarafından üçüncü bir kişiye temlik edilmiş olması gibi sebeplerle) **aynen iadesinin imkânsız** hale gelmesi mümkündür. Alacaklı borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünde BK m. 108 f. 1 gereği ortaya çıkan karşılıklı iade borçları bakımından iade konusu maddî edimlerin hasara uğramasının riskine hangi tarafın katlanacağı meselesi, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Doktrinde genel olarak tarafların birbirlerine verdikleri maddî edimlerin aynen iadesinin tamamen veya kısmen imkânsız hale gelmesi meselesi, sözleşmeden döndükten sonraki yani iade borçlarının doğduğu andan **sonraki** dönem ile sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan yani henüz tarafların karşılıklı iade borçları doğmadan **önceki** dönem bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır.

Acaba, **sözleşmeden dönme hakkı** kullanıldıktan **sonra**, yani tarafların karşılıklı iade borçları doğduktan sonraki dönemde, iadeye konu olan maddî edimin iade edilmesi imkânsızlaşırsa ne olur? Bu çalışmada, tarafların sözleşmeden dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan karşılıklı iade borçlarının, dönülen **sözleşmeden doğan borçlar** olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple, bu soruya sözleşmeden doğan borcun ifasının sonradan imkânsız hale gelmesini düzenleyen genel hükümler çerçevesinde cevap vermek gerekir. Buna göre, edimin iadesinin imkânsız hale gelmesinde iade borçlusunun **kusuru bulunuyorsa** BK m. 96 hükmü uygulanır¹³¹⁰. Örneğin yüklenici mülkiyeti peşinen kendisine devredilen, ancak iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine iş

¹³⁰⁹ Schenker, Verzug, N 712; Öz, Dönme, s. 249; Buz, Dönme, s. 165.

¹³¹⁰ Gauch/Schluep, Band II, N 2807; Schenker, Verzug, N 723; BK-Weber, Art. 109, N 74 vd.; Eren, Borçlar Genel, s. 1078.

sahibine iade etmesi gereken arsa payını, iş sahibi sözleşmeden döndükten sonra üçüncü kişiye temlik etmişse, arsa payının iadesi borcunu kusuruyla imkânsız hale getirmiş olur. Bu durumda iade borçlusu konumundaki yüklenici, iade alacaklısı iş sahibinin iadenin gerçekleşmemesinden ötürü uğradığı tüm zararı gidermek zorunda kalacaktır (BK m. 96). O halde yüklenici, iadesi imkânsız hale gelen edimin parasal değerini iş sahibine ödeyecektir. Buna karşılık, elde ettiği edimin iadesinin sözleşmeden döndükten **sonra** imkânsız hale gelmesinde, iade borçlusuna isnad edilebilecek herhangi bir **kusur yoksa**, BK m. 117 f. 1 gereği iade borçlusunun iade borcu sona erer¹³¹¹. Ancak bu durumda iade borçlusu da kendi iade alacağını karşı taraftan talep edemez (BK m. 117 f. 2)¹³¹². Örneğin sözleşmeden dönen iş sahibine iadesi gereken arsa paylarının iadesi, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra meydana gelen bir toprak kayması sonucu arazi ortadan kalktığı için imkânsız hale gelmişse, yüklenici arsa paylarının mülkiyetini iş sahibine iade etme borcundan kurtulur. Ancak bu durumda iade borcundan kurtulan yüklenici de, kendi iade alacağı olan iş sahibinin arsası üzerine yaptığı inşaatın objektif değerini iş sahibinden talep edemez.

Doktrinde **Ayan**, dönüşüm teorisi kabul edildiği takdirde, iş sahibinin arsası üzerindeki yarım inşaatın iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinden sonra beklenmeyen hal sonucu yok olması durumunda, yüklenicinin iade borcunun ortadan kalkacağını ileri sürmektedir¹³¹³. Kanaatimizce bu tespit doğru değildir. Dikkat edilirse arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin iade borcu onun iş sahibinden devraldığı arsa paylarının iadesidir, yoksa arazi üzerine

¹³¹¹ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2807; **Schenker**, Verzug, N 725; **BK-Weber**, Art. 109, N 74 vd.; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1078.

¹³¹² **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2807; **Schenker**, Verzug, N 725; **Wiegand**, Rückabwicklung, s. 712 vd.

¹³¹³ Bu görüş için bkz. **Ayan**, s. 271-272.

yaptığı inşaatın iadesi değildir. Zira inşaat yüklenicinin iş sahibinden aldığı bir şey olmayıp, aksine iş sahibine kazandırdığı bir şeydir. Burada yüklenicinin iade borcunun konusu yarım inşaat değil, arsa paylarıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra yüklenicinin arsa paylarını iade etme borcunun ifası, kural olarak (örneğin yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye temlik etmesi durumunda olduğu gibi) yüklenicinin kusuru sonucunda, istisnaen de (örneğin toprak kayması ile arazinin ortadan kalkması gibi) bir beklenmeyen hal sonucunda imkânsız hale gelebilir. İş sahibi, birinci durumda yükleniciden iadesi imkânsız hele gelen arsa paylarının parasal değerini talep eder (BK m. 96); ikinci durumda ise kendi iade borcundan örneğin arsa payı üzerinde yarım kalan inşaat bulunuyorsa bunun değerini yükleniciye ödemekten kurtulur (BK m. 117 f. 2). Görüldüğü gibi dönüşüm teorisi iade imkânsızlığı bakımından da adil çözümlere ulaştırmaktadır.

Sözleşme gereği karşı taraftan alınmış olan maddî edimin aynen iadesini imkânsız hale getiren durum, **sözleşmeden dönme hakkı** kullanılmadan **önceki** dönemde meydana geldiyse, bu durumda BK m. 96 ve BK m. 117 hükümleri uygulanmaz. Zira bir borcun ifasının imkânsız hale gelmesi ve bu hükümlerinin uygulanabilmesi için, öncelikle borcun varlığı gerekir. Konumuz bakımından bu borç “iade borcu” olup, sözleşmeden dönülmeden önceki dönemde böyle bir borcun varlığından söz edilemez¹³¹⁴. Bir görüşe¹³¹⁵ göre, edimin aynen iadesi sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasından önce meydana gelen bir sebepten ötürü imkânsız hale gelmişse, eşyanın uğrayacağı hasarın riskine “*casum sentit dominus*” (beklenmeyen halin sonuçlarına malik katlanır) ilkesi gereği, hasarın gerçekleştiği anda eşyanın maliki konumunda olan iade borçlusu katlanır. Buna göre, iade imkânsızlığı sözleşmeden

¹³¹⁴ Schenker, Verzug, N 726.

¹³¹⁵ Gauch/Schluep, Band II, N 2807; Glasl, s. 150; Schenker, Verzug, N 737.

dönülmeden **önce** meydana gelmişse, iade borçlusunu, karşı tarafa iadesi mümkün olmayan edimin parasal değerini öder¹³¹⁶. Oysa *casum sentit dominus* ilkesi, sözleşmeden dönmeden önce meydana gelen imkânsızlıkta dahi iade borçlusunu iadesi imkânsız hale gelen edimin parasal değerini vermeye zorlayamaz. Zira bu ilke sözleşmeden doğan iade borcu bakımından bir anlam ifade etmez¹³¹⁷. Öte yandan, bu görüş kabul edildiğinde, iade borçlusunu mutlak biçimde iade borcuyla sorumlu tutulmakta; iade borcunun kapsamı ne sözleşmeye, ne sebepsiz zenginleşmeye, ne de haksız zilyetliğe ilişkin hükümlerle sınırlanabilmektedir. İade borçlusunun aynen iadenin mümkün olmadığı her halde mutlak biçimde edimin parasal değerini vermeye zorlanması da, hiçbir sorumluluk temeline dayanmamaktadır¹³¹⁸. Nihayet, bu görüşün kabul ettiği biçimde sözleşmeden dönme hakkı kullanıldıktan **sonra** meydana gelen imkânsızlıkta iade borçlusunun imkânsızlığın meydana gelmesinde kusursuz olduğu takdirde iade borcundan kurtulduğunu kabul edip, sözleşmeden dönmeden **önce** meydana gelen imkânsızlık bakımından iade borçlusunu mutlak biçimde edimin değerini iade ile sorumlu tutmak çelişkilidir. Zira sözleşmeden dönülmeden önce teorik olarak herhangi bir sınırlama olmaksızın elde ettiği edim üzerinde tasarrufta bulunma hakkı bulunan iade borçlusunun sorumluluğunun, sözleşmeden dönüldükten sonra edimi

¹³¹⁶ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2807; **Schenker**, Verzug, N 737; **Glasl**, s. 150. Türk hukukunda bu görüşte, **Eren**, Borçlar Genel, s. 1078.

¹³¹⁷ **Buz**'un ifade ettiği gibi, "*Casum sentit dominus*" ilkesi herhangi bir sözleşme ilişkisine konu olmayan bir eşyanın kaza sonucu hasara uğraması halinde malikin bu hasara katlanacağını ve eşya üzerinde mülkiyet hakkını kaybedeceğini ifade eder. Bu sebeple bu ilke sözleşmeden doğan edimin iadesi borcu bakımından uygulanamaz. **Buz**, Dönme, s. 215. Ayrıca, sözleşme ilişkisine konu olan bir edimin kazaen hasara uğraması halinde "*periculum est creditoris*" (eşyanın kazaen hasara uğramasının riskine alacaklı katlanır) ilkesi carîdir. Bu ilkeye göre edimin kaza sonucu uğradığı hasara, yani edimin ifasının borçlunun kusuru olmaksızın imkânsız hale gelmesine, iade borçlusunu değil, iade alacaklısını katlanır. **CR-Thévenoz**, Art. 109 N 7; **Petitpierre**, s. 535.

¹³¹⁸ **CR-Thévenoz**, Art. 109 N 7; **Petitpierre**, s. 535.

iade etmek zorunda olduğunu bilen iade borçlusuna nazaran daha ağır olmasını açıklamak güçtür¹³¹⁹.

Esasen, **iade borcunun kapsamı** bakımından sözleşmeden dönmeden önce gerçekleşen imkânsızlık ile döndükten sonra gerçekleşen imkânsızlık arasında fark yaratmaya **gerek yoktur**. Ancak, bu kapsamı belirleyen yasal dayanak farklı olabilir. İş sahibi yüklenicinin temerrüdü sebebiyle **sözleşmeden dönmeden önce** henüz elde edilen edimlerin iadesi borcu doğmadığından, borca aykırılığa ilişkin sözleşme sorumluluğu hükümleri (BK m. 96 vd.) uygulama alanı bulmaz. İş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkını kullanmasıyla birlikte sözleşme içerik değiştirerek tasfiye ilişkisine dönüştüğü anda iade imkânsızlığı mevcutsa, tasfiyeye yönelmiş olan sözleşmenin konusu olan iade borcunun aynen ifası daha başlangıçta imkânsız olduğundan **BK m. 20 f. 1** uygulama alanı bulur. Bu takdirde, iade borcu başlangıçta imkânsız olan yüklenicinin, iş sahibinin ifa etmiş olduğu edimi iş sahibine **sebepsiz zenginleşme** hükümlerine göre iade etmesi gerekir¹³²⁰. Ancak burada sebepsiz zenginleşme hükümlerine, sözleşmeden dönmenin özellikleri göz önünde tutularak buna uygun biçimde anlam verilmelidir. Buna göre, yüklenici edimini tümüyle ifa etmediği sürece her iki taraf da sözleşmeden dönülme ihtimali bulunduğunu göz önünde

¹³¹⁹ **Glasl**, s. 151; **CR-Thévenoz**, Art. 109 N 7; **Petitpierre**, s. 534; **Buz**, Dönme, s. 211.

¹³²⁰ BK m. 20 f. 1'in uygulanma şartları gerçekleştiğinde verilenlerin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iadesinin talep edilebileceği yönünde: bkz. **CR-Guillod/Steffen**, Art. 20, N 95; **Gauch/Schluep**, Band I, N 681; **Eren**, Borçlar Genel, s. 302. **Petitpierre** ise, sözleşmeden dönmeden önce aynen iadesi imkânsız hale gelmiş olan edimler bakımından BK m. 20 f. 1 hükmünün uygulanabileceğinden bahsetmemektedir. Ancak yazar, sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamını düzenleyen hükümlerin bu duruma kıyasen uygulanabileceği görüşündedir. **Petitpierre**, s. 535. **Thévenoz** da, iade imkânsızlığının sözleşmeden önce veya sonra gerçekleşmiş olmasına göre bir ayırım yapmaksızın, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin iade imkânsızlığı durumuna iade borçlarının özelliği dikkate alınarak uygulandığı takdirde adil sonuçlar vereceğini vurgulamaktadır. **CR-Thévenoz**, Art. 109 N 7.

bulundurmalı ve muhtemel iade borcunu dikkate alarak elde ettiği edime gerekli özeni göstermelidir¹³²¹.

Kanaatimizce burada sebepsiz zenginleşenin kötüniyeti, iade borçlusunun muhtemel iade borcuna uygun davranmayıp, edimin muhafazası için gerekli özeni göstermemesi biçiminde yorumlanmalıdır¹³²². İade borçlusu elde ettiği edimin muhafazası için gerekli özeni gösterdiği halde, edim örneğin kaza sonucu telef olduğu için iade imkânsız hale geldiyse, iade borçlusu **iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin** iade yükümünün kapsamına göre, ancak elinde kalan değeri iade alacaklısına vermekle yükümlü tutulmalıdır (BK m. 63 f. 1). Örneğin yüklenici, toprak kayması sonucu arazi ortadan kalkıp tapu sicilinden terkin edildiği için iş sahibinden devraldığı arsa paylarının mülkiyetini iade edemiyorsa, bu imkânsızlığı gerekli özeni gösterse dahi önleyemeyeceğinden, iyiniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamına uygun olarak iade borcundan kurtulmalıdır. Buna karşılık, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce meydana gelen imkânsızlık iade borçlusu edimin muhafazası için gerekli özeni göstermediği için gerçekleşmişse, artık **kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin** iade borcunun kapsamı dikkate alınır ve iade borçlusu iade alacaklısına sadece iade talep edildiği sırada elinde kalanı vermekle yetinemez. O, iade alacaklısına iadesi imkânsız hale gelen edimin parasal değerini vermek zorundadır (BK m. 63 f.

¹³²¹ **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 695; **Pichonnaz**, Impossibilité, N 1154; **Petitpierre**, s. 534-535.

¹³²² Sebepsiz zenginleşenin kötüniyetli olması, esasen zenginleşmesinin geçerli bir hukukî sebebe dayanmadığını biliyor veya bilebilecek durumda olmasıdır. **Oktay**, s. 974. Bu kriter sözleşmeden dönme bakımından uygulanacaksa, sözleşmeden dönmenin özelliği dikkate alınarak yorumlanmalıdır. Borçlu henüz edimini tamamen ifa etmedikçe taraflar sözleşmeden dönülebileceğini ve iade borçlarının doğabileceğini bilmediklerini iddia edemezler. İşte buradan iade borçluları bakımından muhtemel iade borcunu göz önünde tutarak edimin muhafazasına özel bir özen gösterme yükümünün doğduğu kabul edilebilir. **Pichonnaz**, Impossibilité, N 1154; **Petitpierre**, s. 534-535.

2)¹³²³. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici iş sahibinin kendisine peşinen devrettiği arsa paylarını henüz ediminin tamamını ifa etmeden üçüncü kişilere temlik etmişse, bu temlik sözleşmeden dönülmeden önce gerçekleşse de, yüklenici muhtemel iade yükümü karşısında edimin muhafazası için gerekli özeni göstermemiş demektir. Kötüniyetli sebepsiz zenginleşenin iade borcunun kapsamı göz önüne alındığında, yüklenici bu durumda üçüncü kişilere temlik ettiği için iadesi imkânsız hale gelen arsa paylarının parasal değerini iş sahibine vermelidir.

İade imkânsızlığı bakımından kabul ettiğimiz sistemde, iade borçlusunun **iade borcunun kapsamı**, imkânsızlığı doğuran olayın iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından önce veya sonra meydana gelmesine göre değişmemektedir. İmkânsızlık ister sözleşmeden dönmeden önce, ister sonra gerçekleşsin, iade borçlusunun iade konusu edimin uğradığı hasardan sorumluluğu mutlak değildir. İade borçlusu, ancak bir **sorumluluk sebebi** gerçekleştiyse, yani edimin aynen iadesinin imkânsız hale gelmesi bakımından kendisine isnad edilebilen bir **özen eksikliği**, bir **kusur** varsa, iade imkânsızlığından sorumlu tutulmakta ve iade borcu edimin parasal değeri üzerinden devam etmektedir; aksi halde ise iade borcundan kurtulmaktadır. Buna karşılık, iadenin kapsamı belirlenirken uygulanan **yasal dayanak** imkânsızlığın sözleşmeden dönülmeden önce veya sonra gerçekleşmiş olmasına göre farklılık göstermektedir. Sözleşmeden dönmeden önce meydana gelen iade imkânsızlığı bakımından BK m. 20 f. 1 hükmü ve buna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaktadır. Buna karşılık, sözleşmeden döndükten sonra meydana gelen imkânsızlıkta artık sözleşmeden doğan bir iade borcu ortaya çıktığından, iadenin

¹³²³ **Petitpierre**, s. 534-535.

kapsamının belirlenmesinde hukukî dayanağı, sözleşmeden doğan borcun imkânsız hale gelmesini düzenleyen genel hükümler (BK m. 96, BK m. 117) teşkil etmektedir.

Yargıtay'ın iade imkânsızlığı konusundaki uygulamasına gelince: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri hariç, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile birlikte tasfiyenin **sebepsiz zenginleşme** hükümlerine göre yapılacağını kabul eden Yargıtay, iadesi gereken edimin **aynen** iade edilmesi mümkün değilse, iade borçlusunun bu edimin **değerini** ödemesi gerektiğine hükmetmektedir¹³²⁴. Buna karşılık, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından **aynî etkili dönme** görüşüne yaklaşan Yargıtay, daha önce de değindiğimiz üzere, yükleniciye peşinen devredilen arsa payları veya bağımsız bölümleri yüklenicinin üçüncü kişiye devretmesi halinde, üçüncü kişileri hiçbir zaman iyiniyetli kabul etmemekte; bu kişilerin mülkiyet hakkını kazanmadığına hükmetmektedir. Yargıtay uygulamasına göre, iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi halinde üçüncü kişinin sözleşmeden dönülmeden önce yükleniciden devraldığı taşınmazlar, iş sahibine aynen iade edilmektedir. Bu itibarla, yüklenicinin iş sahibinden edindiği edimin aynen iadesinin mümkün olmaması, uygulamada sık rastlanan bir durum değildir. Esasen, aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde¹³²⁵ de, iyiniyetli üçüncü kişilerin, arsa payları veya bağımsız bölümler

¹³²⁴ Yarg. 15. HD., 22.9.1975 T., 2041 E., 3798 K.: “Davalının eser sözleşmesini ifadaki temerrüdü yüzünden davacı MEB sözleşmeden dönmüştür. (...) Şayet sözleşmeden sonra bir edada bulunmuş ise, o şey borçlu elinde aynen durması halinde geri alınır. Aksi takdirde borçluya parası ödetilir. Ne var ki, nakit ödeme mükellefiyeti şeyin değerine eşit olmalıdır.” (Karahasan, Genel Hükümler, Cilt 5, s. 592)

¹³²⁵ Aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde, iade borcunun imkânsızlığı bakımından durum şöyle özetlenebilir: **Aynî etkili dönme görüşüne** göre sözleşmeye dayanılarak kazanılan aynî haklar sözleşmeden dönmeyle birlikte baştan itibaren eski sahiplerine döndüğünden, iade borçlularının sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren **haksız zilyet** konumuna geldiği kabul edilir. Kural olarak, iade borçlusu, dönme hakkının kullanılmasından önce iyiniyetli; sözleşmeden döndükten sonra ise kötüniyetli haksız zilyettir. Buna göre, iş sahibinin dönme beyanından önce kural olarak **iyiniyetli** olduğu kabul edilen iade borçlusu, iade konusu şeyi varlığına inandığı hakka uygun olarak kullanması sonucu

üzerindeki mülkiyet hakkını yükleniciden geçerli bir biçimde kazandığı kabul edilmelidir.

Buraya kadarki açıklamalar, yürürlükteki kanun hükümleri ve katıldığımız dönüşüm teorisi çerçevesinde yapılmıştır. Durum, olan hukuk (de lege lata) bakımından böyle olmakla birlikte, olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından sözleşmeden dönme halinde, iadenin kapsamına ve iade edilecek edime ilişkin hasara hangi tarafın katlanacağına dair Alman hukukundaki gibi ayrıntılı bir düzenlemenin Borçlar Kanunu'nda da yer alması en isabetli çözüm olacaktır¹³²⁶

iade talebinde bulunan kişiye karşı herhangi bir tazminat ödemek zorunda olmadığı gibi, şeyin yok olmasından veya hasara uğramasından sorumlu değildir (MK m. 993). Varlığına inandığı hak mülkiyet hakkı olan iade borçlusu, şeyi tüketmek, temlik etmek hakkına sahip olduğundan, iade anında elinde kalan miktarla sorumlu olur. İyiniyetli haksız zilyedin iade borcunun kapsamı hakkında bkz. **Oktay**, s. 965 vd. O halde, örneğin yüklenici iş sahibinin kendisine peşinen devrettiği arsa paylarını iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce iyiniyetli üçüncü kişiye temlik ederse, üçüncü kişinin mülkiyeti kazanması sebebiyle arsa paylarının iş sahibine iadesi imkânsız hale gelir. Aynî etkili dönme teorisi kabul edildiğinde, böyle bir durumda iyiniyetli haksız zilyet olan yüklenici, ancak satış bedelinden iade talep edildiği sırada elinde kalan kısmı iş sahibine ödemek zorunda kalır. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, aynı dönme görüşünü savunan bazı yazarlar iyiniyetli haksız zilyedin iade borcunun kapsamını genişleterek, iyiniyetli iade borçlusunun da edimi aynen iade etmesi mümkün değilse edimin parasal değerini iade etmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Örneğin bkz. **Buz**, Dönme, s. 202 vd.; **Ayan**, s. 271 dn. 418.

Aynî etkili dönme görüşü kabul edildiği takdirde, iade borçlusu, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasından sonra **kötüniyetli haksız zilyet** konumuna gelmektedir. Bu sebeple, edimin iadesi dönme hakkının kullanılmasından sonra imkânsız hale geldiği takdirde, iade borçlusu edimin parasal değerini iade alacaklısına ödemelidir (MK m. 995). Kötüniyetli haksız zilyedin iade borcunun kapsamı hakkında bkz. **Koç**, s. 602, 603; **Buz**, Dönme, s. 215. Örneğin, yüklenici iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden sonra sözleşmeden dönüldüğünden habersiz olan iyiniyetli üçüncü kişiye arsa payı devrederse, onun yaptığı bu temlik sebebiyle arsa paylarının iş sahibine iadesi imkânsız hale gelecektir. Bu durumda, kötüniyetli haksız zilyet konumundaki yüklenici, iş sahibine bu arsa paylarının parasal değerini vermelidir.

¹³²⁶ Alman Medenî Kanunu'nda sözleşmeden dönme halinde iade borcunun kapsamı ve iade imkânsızlığının sonuçları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Buna göre, iade borçlusu, gerek edimin niteliği gereği aynen iade edilemediği, gerekse de edimin aynen iadesinin edimin tüketilmesi, temlik edilmesi, başka bir şeye dönüştürülmesi, kötüleşmesi veya telef olması sebebiyle artık mümkün olmadığı hallerde

c. Sözleşmenin Tasfiyesinin Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, her iki taraf o ana kadar karşı taraftan bir kazanım elde etmişse bunu iade etme borcu altına girer. Böylece hem iş sahibi, hem de yüklenici o ana kadar yerine getirdikleri edimler açısından “iade alacaklısı”, iktisap etmiş oldukları edimler bakımından da “iade borçlusunu” konumuna gelir. Acaba, “**iade konusu şey**” üzerinde sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler **aynî** ya da **şahsî bir hak kazanmışlarsa** durum ne olacaktır? Aynen iadeye konu olmayan, sadece bedel olarak veya misli ile iade edilebilen edimler bakımından, üçüncü kişilerin iade konusu

edimin parasal değerini iade alacaklısına vermekle yükümlüdür (§ 346 (2) BGB). O halde edimin iadesinin imkânsız hale geldiği durumlarda, iade borçlusunu kural olarak edimin sözleşmede kararlaştırılan değerini karşı tarafa vermek zorundadır. Ancak bu kural mutlak değildir. İade borçlusunu, iade imkânsızlığına bizzat iade alacaklısı sebep olmuşsa veya sözleşmeden dönen alacaklı gerekli tüm özeni gösterdiği halde edim hasara uğramışsa ya da edim iade alacaklısı nezdinde bulunsaydı dahi hasara uğrayacak idiyse, aynen iadesi mümkün olmayan edimin parasal değerini iade alacaklısına vermek borcundan kurtulur. Bu istisnâî durumlarda iade borçlusunu sadece elinde kalan zenginleşme değerini iade alacaklısına vermek zorundadır (§ 346 (3) BGB).

Dikkat edilirse Alman hukukundaki bu düzenleme, aynen iade borcunun edimin parasal değerinin iadesi borcuna dönüşmesi bakımından, iade imkânsızlığının alacaklının sözleşmeden dönmesinden önce veya sonra meydana gelmiş olmasına göre bir ayırım yapmamaktadır. Öte yandan, iade borçlusunun iade borcu da mutlak bir hale getirilmemekte; ister sözleşmeden dönen alacaklı, ister sözleşmeyi ihlâl eden borçlu olsun, iade borçlusunu olan taraf davranışları ile iade imkânsızlığı arasında illiyet bağı koştugu takdirde iade borcundan kurtulmaktadır. Borcunu ihlâl etmeyen taraf konumundaki sözleşmeden dönen alacaklının iade borcu, aynen iade kendisine isnad edilebilen hiçbir kusur olmadan imkânsız hale geldiği takdirde de sona ermektedir. Müttemerrit borçluya tanınmayan ancak sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan bu imkân da taraf menfaatlerini dengelemektedir. Bu sebeplerle, de lege ferenda bakımından, Borçlar Kanunumuza iade imkânsızlığı halinde taraf menfaatlerini dengeleyen böyle bir düzenlemenin eklenmesi temenni edilebilir. Türk hukukunda **Serozan** da Alman Medenî Kanunu'na iade imkânsızlığı bakımından getirilen yeni düzenlemenin Türk hukuku bakımından yönlendirici olabileceğine işaret etmektedir. **Serozan**, İfa, s. 235 ve oradaki dn. 23; **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 200. İsviçre hukuku bakımından benzer görüşte: **CR-Thévenoz**, Art. 109, N 8. **Buz** da, iade imkânsızlığı durumunda kural olarak bedel üzerinden iadeyi temel alan bir tasfiye düzeninin getirilmesi gerektiği görüşündedir. **Buz**, Tasfiye, s. 652 vd. Fakat belirtmek gerekir ki, 6098 s.lı Yeni Borçlar Kanunu'nda da borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmeye bağlı tasfiye ilişkisi ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir. Bkz. YBK m. 124.

şey üzerinde hak kazanması sorunu söz konusu olmaz¹³²⁷. Buna karşılık, iade talebinin, iade borçlusunun “aynen iade etmesi” gereken taşınır veya taşınmazlar üzerinde üçüncü kişilerin kazandığı haklar üzerinde nasıl bir etkisinin bulunduğu meselesi ayrıca incelenmelidir¹³²⁸.

aa. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Edindiği Aynî Haklara Etkisi

aaa. Genel Olarak

Daha önce de belirttiğimiz gibi, katıldığımız dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme, dönülen sözleşmeye dayanılarak gerçekleştirilen **tasarruf işlemlerini geçersiz kılmaz**. İade borçlusunun sözleşmeden dönülmeden önce iade alacaklısından kazandığı aynî haklar, sözleşmeden dönme ile birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz, diğer bir deyişle kendiliğinden eski sahibine dönmez. Bunun sonucunda da, kazanım anında gerçek malik konumunda bulunan iade borçlusundan iade konusu taşınır ya da taşınmaz üzerinde **aynî hak iktisap** eden üçüncü kişinin bu kazanımı, **geçerliliğini** korur. Burada, üçüncü kişilerin aynî hak kazanımları bakımından iyiniyetli veya kötüniyetli olması meselesi de söz konusu değildir¹³²⁹. Dolayısıyla burada taşınırlar

¹³²⁷ Örneğin, iş sahibinin yükleniciye karşı maddî varlığı bulunmayan eserler bakımından iade borcunda olduğu gibi ancak değeri iade edilen edimler veya yüklenicinin sözleşme bedeli olarak aldığı bir miktar parayı iş sahibine iade etme borcunda olduğu gibi aynen değil ancak mislen iadesi söz konusu olan edimler bakımından durum budur.

¹³²⁸ Örneğin, iş sahibinin sözleşmeden dönmeden önce yükleniciden almış olduğu eser parçaları gibi iadesi gereken **taşınırlarda** ya da yüklenicinin kendi edimini yerine getirmeden iş sahibinden devralmış olduğu ve iade edilmesi gereken arsa payı gibi **taşınmazlarda** iadeye konu bu eşyalar üzerinde üçüncü kişiler aynî veya şahsî hak elde etmiş olabilirler.

¹³²⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, haklı olarak, geçerli olarak yapılmış ve aynî hakkı kazandırmış olan **tescilden sonra**, aynî hak kazanımının dayanağını oluşturan borçlandırıcı işlemde yani **sözleşmede meydana gelen değişikliklerin**, tescili yolsuz hale getirmeyeceğini ifade etmektedirler. Sözleşmeden dönme ile sadece iade borcu doğar, yoksa dönülen bu sözleşmeye dayanılarak yapılan tesciller yolsuz hale gelmez. Burada taşınmazların üçüncü kişiler tarafından kazanılması bakımından iyiniyet meselesi söz konusu olmaz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 196 ve dn. 646.

bakımından emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle aynî hak kazanımının (MK m. 988), taşınmazlar bakımından ise yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynî hak kazanımının (MK m. 1023) tartışılmasına gerek yoktur.

Daha önce de belirttiğimiz gibi, aynî etkili dönme görüşünü kabul eden yazarlar hariç, klâsik görüş taraftarları da, sözleşmeden dönmenin önceden kazanılmış olan aynî hakların geçerliliği üzerinde etkisi bulunmadığını, tarafların sözleşmeden dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan karşılıklı iade taleplerinin şahsî nitelikte talepler olduğunu kabul etmektedirler. Katıldığımız dönüşüm görüşüne göre de, tarafların sözleşmeden dönme üzerine birbirlerine yöneltebilecekleri karşılıklı iade talepleri şahsî taleplerdir. Burada sözleşmeden doğan “**nisbî talepler**” söz konusudur. Diğer bir deyişle, bu talepler ancak dönülen sözleşmenin karşı tarafına karşı ileri sürülebilir. Bu itibarla, iade alacaklısı konumundaki iş sahibinin, kural olarak iade konusu taşınır ya da taşınmaz eşya üzerinde “**aynî hak**” kazanmış olan üçüncü kişilere karşı ileri sürebileceği herhangi bir talep yoktur¹³³⁰. İade alacaklısı konumundaki iş sahibi, şahsî nitelikteki iade talebini, üçüncü kişinin iade konusu üzerinde geçerli biçimde aynî bir hak kazanmış olması halinde, üçüncü kişiye değil, ancak iade borçlusu olan yükleniciye yöneltebilir. İş sahibi, artık aynen iadesi mümkün olmayan iade konusunun **bedelinin iadesini** yükleniciden talep edebilir. Bununla birlikte, **Serozan**'a göre, burada üçüncü kişi iade alacaklısını **zarara uğratma kastı** ile hareket etmişse, iade alacaklısı, bir kimseyi zarara uğratma kastıyla ahlâka aykırı davranışta bulunan kişiyi tazminatla yükümlü kılan **BK m. 41 f. 2** hükmüne dayanarak, **üçüncü kişiden** aynen tazmin çerçevesinde, **eşyanın aynen iadesini** de talep edebilir¹³³¹.

¹³³⁰ **Serozan**, Dönme, s. 568-569.

¹³³¹ **Serozan**, Dönme, s. 569. **Serozan**'ın bu görüşüne karşı, BK m. 41 f. 2 hükmünün iade alacaklısına yeterli bir koruma sağlayamayacağı yönünde eleştiriler yöneltilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. **Öz**, Dönme,

bbb. Sözleşmeden Dönmenin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Üçüncü Kişilerin Aynî Hak Kazanımlarına Etkisi

Üçüncü kişi, sözleşmeden dönülmeden önce, iade konusu üzerindeki aynî hakkı yükleniciden kazanmış olabileceği gibi, bizzat iş sahibinden de edinmiş olabilir:

i. Üçüncü Kişinin Arsa Payı Üzerinde Aynî Hakkı Yükleniciden Kazandığı Durumlar

Katıldığımız dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönme, dönülen sözleşmeye dayanılarak yapılmış olan aynî hakkı karşı tarafa nakleden tasarruf işleminin **geçerliliğini etkilemez**. Bu sebeple, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişiler ile bu kişinin de arsa paylarını başka kimselere temlik etmiş olması halinde ondan arsa paylarını devralan diğer kişiler, gerçek malikten aynî hak iktisap etmiş olurlar. Bu itibarla da arsa paylarının mülkiyetini geçerli olarak kazanırlar. Yukarıda da değindiğimiz üzere, bu kimselerin **aynî hak** kazanmaları bakımından **iyiniyet veya kötünüyetin araştırılmasına** da gerek yoktur. Zira MK m. 3 anlamında iyiniyet meselesi, ancak bir hakkın doğumuna engel bir durum varsa, yani hak geçerli olarak doğmamışsa söz konusu olur. Kanun'un bir hakkın kazanılmasında iyiniyete sonuç

s. 260-261 dn. 159; **Buz**, Dönme, s. 142-144. Kanaatimizce bu eleştiriler yerindedir. Gerçekten de üçüncü kişi çoğunlukla kendisi kârlı bir iş yapmak için arsa paylarını yükleniciden devralır. Yoksa iş sahibi ile aralarında husumetin bulunabileceği fevkalâde istisnaî durumlar hariç, üçüncü kişinin bu iktisaptaki gayesi iş sahibini zarara uğratmak değildir. Bu itibarla, BK m. 41 f. 2'deki şartların tümünün birlikte gerçekleşmesi hem nadir olarak mümkün olabilir, hem de ispatı oldukça güçtür. Bununla birlikte, acaba iade alacaklısının bu durumda iade konusu şeye **aynen değil de bedelen kavuşmasında** büyük bir **sakinca var mıdır?** **Serozan**, iade alacaklısının sözleşmeyi akdederken karşı tarafa mülkiyetini geçireceği eşyanın kendisini (aynını) zaten gözden çıkardığını, onun karşılığı olan **bedele yöneldiğini** ifade etmektedir. Bu sebeple, iade alacaklısının neticede temlik ettiği eşyanın aynını değil, bedelini elde etmesinde bir sakınca yoktur. **Serozan**, Dönme, s. 96. Kanaatimizce de, iade alacaklısı, eşyanın aynen iade edilmemesinden dolayı bir zarara uğramışsa, eşyanın bedelinin yanında, sözleşmeden kaynaklanan iade borcunun ihlâlinden ötürü uğradığı bu zararın tazminini de iade borçlusundan talep edebileceğine göre, onun menfaati zaten yeterince korunmuş olmaktadır.

bağladığı durumlarda iyiniyet hakkın doğumu için mevcut engeli bertaraf eder ve hakkı kazandırır. Hak zaten geçerli olarak doğmuşsa, iktisap edenin iyiniyetinin aranmasına gerek yoktur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedildikten sonra, iş sahibinin sözleşme gereği yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarının tamamını veya bir kısmını yüklenici henüz edimini yerine getirmeden önce inşaat için gerekli ekonomik kaynağı sağlayabilmesi için yükleniciye satıp tapuda onun adına tescil ettirmesi sık rastlanan bir durumdur. Yüklenici mülkiyetini peşinen elde ettiği arsa paylarını üçüncü kişilere tapuda devrederek inşaat için gerekli kaynağı sağlar. Ancak yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düşer ve bunun üzerine iş sahibi sözleşmeden dönerse durum ne olur? Diğer bir deyişle, **üçüncü kişilerin** arsa paylarının **mülkiyetini kazandığı** bu tür durumlarda sözleşmeden dönen **iş sahibinin** elinde **hangi imkânlar** bulunmaktadır?

İş sahibi, şahsî bir talep olan yükleniciye devrettiği arsa paylarının iadesi talebini, ancak yükleniciye karşı ileri sürebilir. O, geçerli biçimde aynî hak iktisap eden üçüncü kişilerden arsa paylarının iadesini talep edememelidir. Yüklenici de artık arsa paylarının mülkiyetine sahip olmadığına göre, iş sahibi yükleniciden elden çıkardığı için artık aynen iadesi mümkün olmayan **arsa paylarının parasal değerinin iadesini** talep edebilir¹³³². Doktrinde, arsa paylarının değerinin iadesi gereken durumlarda, bu değer, arsa paylarının iş sahibi tarafından yükleniciye devredildiği tarihteki piyasa değeri değil, **arsa paylarının iş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihte arz ettiği piyasa değeri**

¹³³² İade yükümlüsü yüklenici, taşınmazı üçüncü kişiye devretmişse, iş sahibi iade borcuyla yükümlü olmayan yeni malike karşı MK m. 716'ya dayanarak dava açamaz. İş sahibi zararının tazminini yükleniciden talep edebilir. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 322.

esas alınarak hesaplanması gerektiği savunulmaktadır¹³³³. Kanaatimizce de, sözleşmeden dönen iş sahibi, ancak bu şekilde arsa paylarının değerindeki muhtemel yükselmeler karşısında, arsa payları kendisine aynen iade edilmiş olsa idi bulunacağı durumdan daha kötü bir duruma düşürülmemiş olur.

Daha önce belirttiğimiz üzere, üçüncü kişilerin arsa paylarının mülkiyetini iktisap ettiği bazı **istisnaî** durumlarda arsa paylarının iadesinin **üçüncü kişilerden** talep edilmesi de mümkün olabilir. Şöyle ki, **Serozan**'a göre, üçüncü kişi aynî hak iktisap ederken iş sahibine **zarar verme kastı** taşıyorsa, iş sahibi, ahlâka aykırı davranışı ile başkasını kasten zarara uğratan kimse bakımından tazminat yükümlülüğü öngören **BK m. 41 f. 2** hükmüne dayanarak, üçüncü kişiye doğrudan başvurarak da zararını tazmin ettirebilir. Hatta bu durumda iş sahibi, zararının aynen tazminini talep ederek üçüncü şahsın eşyanın "*bedeli*"ni değil, "*aynı*"nı vermesini de sağlayabilir¹³³⁴. Böylece bu istisnaî olasılıkta, iş sahibi, üçüncü kişinin arsa paylarını kendi adına tescil ettirmesini sağlayabilir.

Yükleniciye yüklenici henüz edimini yerine getirmeden arsa payı devredecek olan iş sahibine, devredeceği bu arsa payları üzerinde kendi lehine **ipotek** kurdurup, yüklenici inşaatın seviyesini ilerlettikçe ipoteği aşama aşama çözmesi tavsiye edilebilir. Böylece, iş sahibi, yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi halinde, yükleniciden arsa

¹³³³ **Erman**, İnşaat, s. 169; **Ayan**, s. 274.

¹³³⁴ **Serozan**, Dönme, s. 95. **Karahasan**'a göre, sözleşmeden dönme ile mülkiyet hakkının kendiliğinden bunu devreden iş sahibine döneceği kabul edilse dahi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi yükleniciye devrettiği ve onun da üçüncü kişilere devretmiş bulunduğu arsa paylarının mülkiyetini MK m. 1023 hükmüne dayanarak elde edemez. İş sahibi, ancak şartları gerçekleşmişse BK m. 41 f. 2 hükmüne dayanarak ve buna bağlı olarak BK m. 43 f. 1 uyarınca zararının aynen tazminini talep ederek arsa paylarının mülkiyetini elde edebilir. **Karahasan**, ÖBİ Cilt 2, s. 727.

paylarını devralan üçüncü kişilerin iktisap ettiği ipotekli arsa paylarını sattırıp, bedelinden alacağını tahsil etme olanağına sahip olur¹³³⁵.

Yargıtay’ın iş sahibinin yükleniciyle akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinin yükleniciden tapuda arsa payı devralan üçüncü kişilerin durumuna etkisi hakkındaki **uygulamasına gelince:** Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, Yargıtay, daha önce de değinildiği üzere, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönmenin sonuçları bakımından aynî etkili dönme teorisine yakın durmaktadır¹³³⁶. Aynî etkili dönme görüşüne göre iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile yükleniciye devredilen arsa paylarının mülkiyetinin kendiliğinden iş sahibine döndüğü kabul edildiği için, başlangıçta arsa payına ilişkin olarak yüklenici adına yapılan tescil sözleşmeden dönüldüğünde “yolsuz tescil” haline gelmiş olur. Bu görüşe göre, yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişiler iyiniyetle yolsuz tescile güvenmişlerse, onların arsa payları üzerindeki aynî hak iktisapları korunur (MK m. 1023)¹³³⁷. Ancak Yargıtay’ın, bu teorisinin ileri sürdüğü iyiniyetli üçüncü kişilerin yolsuz tescile dayanarak aynî hak kazanması esasını, yükleniciye başlangıçta devredilmiş olan arsa paylarını yükleniciden devralan üçüncü kişiler bakımından uygulamadığı görülmektedir.

¹³³⁵ **Erman**, İnşaat, s. 169.

¹³³⁶ Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde, yükleniciye önceden devredilen arsa paylarının iadesinin “tapu sicilinin düzeltilmesi davası” (MK m. 1025) ile sağlanabileceğini kabul etmektedir. Uygulamada bu davayı ifade etmek üzere “tapunun iptali” kavramı kullanılmaktadır. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 13.9.1994 T., 1994/841 E., 1994/4874 K.: “ Pay devri önceden yapılmış ve geçerli hale gelen sözleşmeye göre inşaatı yapmamak suretiyle temerrüde düşen yüklenici üzerindeki payın tapusunun iptali gerekir.” (**Kostakoğlu**, s.894-895).

¹³³⁷ **Öz**, Dönme, s. 259-260; **Ayan**, s. 270 ve 301.

Yargıtay önceleri, MK m. 1023 gereği iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin yükleniciden arsa payı devralan iyiniyetli üçüncü kişilerin iktisabını etkilemeyeceğine hükmetmekteydi¹³³⁸. Ancak Yüksek Mahkeme, daha sonraki kararlarında, üçüncü kişilerin iş sahibi yüklenicinin edimini yerine getirmemesi üzerine sözleşmeden döndüğü takdirde arsa paylarının iş sahibine döneceğini bilerek bu payları devraldıklarına, bu sebeple de bu kişilerin MK m. 1023 anlamında iyiniyetli sayılmayacağına hükmetmiştir¹³³⁹. Hatta Yargıtay, sözleşmeden dönen iş sahibinin, yüklenicinin peşinen elde ettiği arsa payını devrettiği üçüncü kişiden tapuda arsa payı devralan sonraki kişilere karşı da dava açarak arsa paylarının iadesini talep edebileceğini kabul etmektedir¹³⁴⁰. Bugün bu içtihat yerleşik hale gelmiştir. Yargıtay,

¹³³⁸ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 7.12.1988 T., 2889 E., 4213 K. : “Yapılacak inşaatın kendisine verilecek bağımsız bölümler karşılığı olarak arsa sahibince taşınmaz payının peşinen ve koşulsuz şekilde müteahhide intikal ettirilmesi, müteahhide isabet eden bağımsız bölümlerin başkalarına satılmasına muvafakat ve imkân sağlama amacına yöneliktir. Bu şekilde, adına ferağı verilen ve kat irtifakı kurulan taşınmazda müteahhidin yapmakta olduğu inşaatın payına düşen ve adına kat irtifakı kaydı bulunan bağımsız bölümün davalıya satışı işlemi, alıcının kötünüyeti ve muvazaası iddia ve ispat edilmedikçe yapılan tasarruf hukuken geçerli olup davalının mülkiyeti MK’nun 1023. (eMK 931.) maddesinin koruması altındadır. Satıcı müteahhit ile bayi arsa sahipleri arasında daha sonra doğan uyuşmazlık nedeniyle müteahhit aleyhine oluşan hukukî sonuç, taşınmazdan kat irtifaklı pay alan iyiniyetli davalıyı etkilemez.” (Karahasan, ÖBİ Cilt 2, s. 717-718).

¹³³⁹ Yarg. 15. HD., 21.4.1993 T., 3812 E., 1871 K. : “Bu (temelden) satışlarda alıcılar genelde arsanın yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona devredildiğini bilir ya da bilebilir durumdadırlar. Somut olayda, bağımsız bölüm satın alan kişilerin tapuda davacı (iş sahibi) yararına ipotek olduğunu görmemeleri düşünülemez. (...) Bu nedenle, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde arsa sahibinin istemiyle sözleşmenin geriye dönük feshi sonucu arsanın eski malikine döneceğini bile bile pay satın alan davalıların iyiniyetinden bahisle olayda yeri olmayan MK. nun 1023. (eMK. nun 931.) maddesine bakılarak kabulü gereken davanın reddine karar verilmesi doğru olmamıştır.” (Karahasan, ÖBİ Cilt 2, s. 719). Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. ayrıca **Kırca**, s. 77 vd.; **Ayan**, s. 303-304 dn. 537.

¹³⁴⁰ Yarg. 15. HD., 19.10.1998, 1998/3274 E., 1998/3915 K.: “İnşaatın daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı safında yer alan bu kişiler, davalı yükleniciden pay satın almışlardır, bir kısmı ise yüklenicinin sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. (...) işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışı icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli

yükleniciye başlangıçta yapılan arsa payı devirlerini “*avans*” olarak nitelendirmekte; yüklenicinin arsa payı devrine ancak edimini yerine getirdiğinde hak kazanacağından bahisle, yüklenicinin ve onun halefi olarak kabul ettiği yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin tapuya yapılan tescil anında mülkiyet hakkını kazanmadıklarını ileri sürmektedir¹³⁴¹. Yargıtay’a göre, iş sahibi tarafından yükleniciye hatta yüklenici tarafından üçüncü kişilere tapuda arsa payı devri yapılmış olsa dahi, arsa paylarının mülkiyeti yüklenici eseri teslim edene kadar iş sahibinde kalmaya devam etmektedir¹³⁴². Yargıtay’ın yükleniciden tapuda arsa payı devralan üçüncü kişileri her koşulda kötüniyetli kabul ederek, bu kişilerin aynî hak kazanımlarını geçersiz sayması doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹³⁴³.

özeni göstermelidirler. Bu sebeple, MK.’nın 1023. (eMK. nun 931.) maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez.” (YKD. 1999/4, s. 501-502) Bu karar için bkz. ayrıca **Erman**, İnşaat, s. 166 dn. 6.

¹³⁴¹ Yarg. 15. HD., 4.12.2006 T., 2006/13714 E., 2006/14348 K.: “Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde, başlangıçta yükleniciye kolaylık sağlamak amacıyla geçirilen tapu kaydı bir bakıma **avans** niteliğindedir. Geçirilmiş olsa bile, tapu veya verilen şerh yükleniciye ya da **onun halefi** durumundaki üçüncü kişilere mülkiyet hakkı sağlanamaz. Çünkü, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bir bakıma eserin bedeli olan arsa payı devrine yüklenici ancak eseri fen, sanat kurallarına ve sözleşme hükümlerine uygun meydana getirerek tesliminde arsa payına hak kazanır.” (**Kostakoğlu**, s. 951). Bu yönde, Yarg. 15. HD., 24.6.1998 T., 1998/2147 E., 1998/2779 K. (**Karataş**, s. 482-483); Yarg. 15. HD., 10.3.2003 T., 2003/492 E., 2003/1152 K. (**Kostakoğlu**, s. 879); Yarg. 9.2.2006 T., 2005/6533 E., 2006/618 K. (**Kostakoğlu**, s. 955-956).

¹³⁴² Yarg. 15. HD., 26.4.2006 T., 2006/102 E., 2006/2469 K.: “Arsa sahiplerinin yükleniciye kat karşılığı sözleşme gereğince yapmış oldukları arsa payı temlikleri, ona finans kolaylığı sağlamak amacıyla yapıldığından, yüklendiği edimini ifa ettiği oranda arsa sahiplerine karşı alacak hakkı ve o oranda da kendisine temlik olunan paylar üzerinde mülkiyet hakkı doğar. Somut olayda ise, **arsa sahiplerinin**, yüklenici ile yaptıkları kat karşılığı inşaat sözleşmesini geriye etkili olarak feshetme hakları bulunduğundan, yükleniciye verilen ve onun tarafından üçüncü kişilere intikal ettirilen payların **gerçek hak sahipleri olmaları** sıfatıyla, sözleşmenin feshini ve davalılardaki pay kayıtlarının iptaliyle adlarına tesciline karar verilmesini isteyebilirler.” (**Kostakoğlu**, s. 952-953).

¹³⁴³ Bu eleştiriler için bkz. **Kırca**, s. 94-95; **Erman**, İnşaat, s. 165-166; **Ayan**, s. 270-271, 301. **Kırca**’nın da haklı olarak ifade ettiği gibi, para borçlarının ifasında söz konusu olan “*avans*” kavramının, iş sahibinin borcunun taşınmaz mülkiyetini nakil borcu olduğu gerçeği gözetilmeksizin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da birebir uygulanması hatalıdır. **Kırca**, s. 97.

Yargıtay tapuda adlarına yapılan tescile rağmen, yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim edene yani borcunu ifa edene kadar arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye veya ondan pay devralan üçüncü kişilere geçmeyeceğini ifade ederek, arsa paylarının mülkiyetinin nakline ilişkin tasarruf işlemini şarta bağlamaktadır. Oysa bu uygulama, taşınmazlar üzerindeki aynî hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin şarta bağlanmayacağı ilkesine¹³⁴⁴ aykırıdır¹³⁴⁵. Taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin tasarruf işlemini oluşturan **tescil talebinin şarta bağlanamayacağı ilkesi gereği**, iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği yükleniciye bırakılacak olan arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye önceden devretmek üzere tapuda yapacağı tescil talebi de, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile **üstlendiği edimi yerine getirmesi şartına bağlanamaz**. İş sahibi ile yüklenici arasında tapuda resmî biçimde düzenlenen arsa payı (taşınmaz) satım sözleşmesi ve uygulamada bu senedin içinde yer alan tescil talebi üzerine yüklenici adına yapılan tescille yüklenici geçerli olarak mülkiyet hakkını kazanmaktadır. Aynı durum, yükleniciden tapuda bu arsa paylarını devralan üçüncü kişiler ve onlardan tapuda arsa payı devralan diğer kimseler bakımından da geçerlidir.

Yargıtay'ın yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin her durumda kötünîyetli olduğunu kabul eden uygulaması, Yüksek Mahkeme'nin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmenin sonuçları bakımından benimsediği anlaşılan aynî etkili dönme görüşü ile de bağdaşmamaktadır. Hemen hatırlatalım ki biz, sözleşmeden dönme ile birlikte bu sözleşmeye dayanılarak yapılan aynî hak devirlerine ilişkin tescillerin,

¹³⁴⁴ Taşınmazlara ilişkin aynî hak devirlerinin şarta bağlanamayacağı, ilgili mevzuatta açıkça belirtilmiştir. BK m. 214 f. 1'de "Bir gayrimenkulün şartla satımı halinde şart tahakkuk etmedikçe satım, tapu siciline kaydedilemez" hükmü yer almaktadır. TST m. 11 f. 2'ye göre de, tescil talebi "tescili bozucu veya hükümsüz kılıcı kayıt ve şarta bağlanamaz". Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 181-182.

¹³⁴⁵ Yargıtay'ın bu uygulamasının eleştirisi için bkz. **Gümüş**, s. 231-232.

yapıldığı andan itibaren yolsuzlaşacağı görüşüne katılmıyoruz. Bu itibarla katıldığımız görüş çerçevesinde yapılan tesciller yolsuz hale gelmediğinden, üçüncü kişilerin aynî hak kazanımları bakımından Kanun'un yolsuz tescile dayanan iktisaplarda iyiniyete sonuç bağladığı MK m. 1023'teki gibi bir durum da söz konusu olmamaktadır. Bununla birlikte, **Yargıtay** madem ki aynî etkili dönme görüşüyle paralel biçimde iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi durumunda sözleşmeden dönmeyle birlikte bu sözleşme gereği yapılan tescillerin baştan itibaren yolsuz hale geldiğini kabul etmektedir, o halde iyi niyetli üçüncü kişileri MK m. 1023 hükmünden yararlandırmalıdır.

MK m. 1023 anlamında iyiniyet, üçüncü kişinin kendi adına yapılan **tescil anında** tapu sicilindeki tescilin yolsuz olduğunu, yani kendisinden aynî hak iktisap ettiği kişinin tasarruf yetkisinin bulunmadığını bilmemesi veya gerekli özeni gösterse dahi bilecek durumda olmamasıdır (MK m. 3)¹³⁴⁶. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile bu sözleşmeye dayanılarak yapılmış olan tescillerin yolsuz hale geldiğini kabul eden **aynî etkili dönme görüşüne** göre, üçüncü kişinin aynî hak iktisabı bakımından **kötüniyetli** olması, daha ziyade **sözleşmeden dönüldükten sonra** söz konusu olabilir. Örneğin üçüncü kişinin, iş sahibinin sözleşmeden döndüğünü bildiği halde onun dava açarak yolsuz tescilin düzeltilmesini sağlamasına fırsat vermeden, yükleniciden onun iş sahibine iade etmesi gereken arsa paylarını devraldığı durumlarda, üçüncü kişi, iktisabında kötüniyetlidir¹³⁴⁷. Buna karşılık, **sözleşmeden dönme hakkı kullanılmadan önceki** iktisaplar bakımından üçüncü kişinin kötüniyetli olarak kabul edilmesi, ancak onun sözleşmeden dönme hakkının doğduğunu ve iş sahibinin çok yakında sözleşmeden döneceğini bunun sonucunda da tescilin yolsuz hale geleceğini bildiği halde iadesi

¹³⁴⁶ Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 199-200.

¹³⁴⁷ **Öz**, Dönme, s. 260; **Buz**, Dönme, s. 142.

gerekecek arsa paylarını devraldığı istisnaî durumlarda mümkündür¹³⁴⁸. Dolayısıyla Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönme bakımından aynî etkili dönme görüşünü benimsiyorsa, bu görüş doğrultusunda özellikle iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan arsa payı devirlerinde yukarıda sayılan istisnaî durumlar haricinde üçüncü kişilerin iyiniyetli olduğu sonucuna varmalıdır. Yoksa mevcut uygulamada olduğu gibi, dönme olgusunun ileride gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin henüz belirsiz olduğu durumlar da dâhil olmak üzere her durumda, üçüncü kişilerin, arsa payları kendi adlarına tescil edilirken, iş sahibinin sözleşmeden döneceğini bunun sonucunda da tescilin geçmişe etkili olarak yolsuz hale geleceğini bildiği ya da bilmesi gerektiği iddia edilememelidir.

ii. Üçüncü Kişinin Arsa Payına İlişkin Aynî Hakkı İş Sahibinden Kazandığı Durumlar

Üçüncü kişiler, yükleniciden değil de iş sahibinden (arsa sahibinden) arsa payı devralmışlarsa, iş sahibinin yükleniciyle akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi bu üçüncü kişilerin durumlarını etkiler mi? Burada farklı ihtimaller söz konusu olabilir.

İş sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi ile **kendisinde kalması kararlaştırılan arsa paylarının** bir kısmını tapuda **üçüncü kişilere** satıp, onlar adına tescil ettirmiş olabilir. Bu durumda, yüklenicinin inşaatın tesliminde temerrüde düşmesi sebebiyle iş sahibinin yükleniciyle akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinin, üçüncü kişinin iş sahibinden edindiği aynî hak üzerinde herhangi bir etkisi olmadığı açıktır. Zira sözleşmeden dönme sonrasında karşılıklı iade

¹³⁴⁸ **Öz**, Dönme, s. 261; **Buz**, Dönme, s. 142.

talepleri dönülen sözleşmenin tarafları arasında doğar. İş sahibinin yükleniciden iadesini isteyebileceği edimler de ancak dönmeden önce yükleniciye kazandırmış olduklarıdır. Burada ise yükleniciye yapılan bir kazandırma yoktur ki sözleşmeden dönme sonucunda iadesi gereksin. Öte yandan, sözleşme ilişkisinin nisbîliği gereği, üçüncü kişi de, satın aldığı bağımsız bölümlere ilişkin eksik ve ayıplı işlerden ötürü, aralarında hiçbir sözleşme ilişkisi bulunmayan yükleniciye değil, ancak kendi sözleşmesinin karşı tarafı olan iş sahibine başvurabilir¹³⁴⁹.

Ortaya çıkabilecek diğer bir durum da, arsa payı karşılığı sözleşmesinde **yükleniciye bırakılması kararlaştırılan arsa paylarının** mülkiyetinin, inşaatın yapımında yükleniciye finansman sağlamak için, **iş sahibi** tarafından **üçüncü kişilere** devredilmesidir¹³⁵⁰. Üçüncü kişilerin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye bırakılması kararlaştırılan arsa paylarını iş sahibinden devralması da iki biçimde gerçekleşebilir. İlk olarak, **iş sahibi** kendisi **doğrudan** tapuda devir işlemini gerçekleştirerek, adına kayıtlı olan ve sözleşme gereği yükleniciye bırakılması kararlaştırılan arsa paylarını yüklenicinin gösterdiği üçüncü kişiye devredebilir. Bu durumda, iş sahibinin yüklenici ile akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesi, iş sahibinden arsa payı devralan üçüncü kişinin aynî hak kazanımını etkilemez¹³⁵¹. Gerçekten de gerçek hak sahibi konumundaki iş sahibinden geçerli bir biçimde aynî hak iktisap eden üçüncü kişinin bu kazanımına, onun taraf

¹³⁴⁹ **Karataş**, s. 480.

¹³⁵⁰ Uygulamada, çoğu defa iş sahibi aralarındaki sözleşme gereği yükleniciye kalacak olan arsa paylarını yüklenici adına tescil ettirmemekte, bunun yerine kendisi üçüncü kişilere devredip elde ettiği bedeli yükleniciye vermektedir. Böylece arsa paylarının önce yükleniciye devredilmesi ardından yüklenici tarafından üçüncü kişilere devredilmesi halinde söz konusu olacak iki defa tapu harcı ödeme durumunun önüne geçilmektedir. **Ayan**, s. 301 dn. 536.

¹³⁵¹ **Erman**, İnşaat, s. 169; **Ayan**, s. 303 dn. 356.

olmadığı bir sözleşmeden iş sahibinin dönmesinin etki etmemesi gerekir. Zaten iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullandığında iade borçlusunu olan yükleniciden iadesini talep edebileceği unsur arsa payı değil, olsa olsa bu arsa paylarının satış bedeli olabilir. Zira burada iş sahibi yükleniciye arsa payı devretmeyip, sattığı arsa paylarının bedelini verdiği göre, yükleniciye ne veriyse ondan bunun iadesini isteyebilecektir. İş sahibi, şahsî bir talep olan iade talebini de, ancak bu talebin muhatabı olan iade borçlusunu konumundaki yükleniciye yöneltebilecektir. Yargıtay farklı gerekçelerle de olsa aynı sonuca ulaşmaktadır. Yüksek Mahkeme de, doğrudan iş sahibinden arsa payı devralan üçüncü kişilerin bu arsa payları üzerinde kazandığı aynî hakların, iş sahibinin yükleniciyle akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinden etkilenmeyeceğine hükmetmektedir¹³⁵².

İkinci bir olasılıkta da, iş sahibi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye bırakılması kararlaştırılan ancak henüz kendi adına tescilli olan arsa paylarının üçüncü kişilere devrini gerçekleştirmek üzere, yükleniciye **vekâletname** verir. Yüklenicinin iş sahibinden aldığı vekâletnameye dayanarak ve iş sahibinin adına hareket ederek akdettiği arsa payı satım sözleşmesinde, satıcı iş sahibi; alıcı ise üçüncü kişidir. İş sahibi bu satımdan elde ettiği bedeli inşaatın yapımı için gerekli kaynağı sağlamak üzere yükleniciye verir¹³⁵³. Biz sözleşmeden dönmeye aynî etki tanımadığımızdan ötürü, iş sahibinin yükleniciyle akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinin, bu durumda da üçüncü kişinin arsa payları üzerinde

¹³⁵² Yarg. 1. HD., 31.3.2004 T., 3324/3631: Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği yükleniciye bırakılacak bağımsız bölümleri konu alan bir kararında “(...) **arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar** ile bayilerinin bu edinimlerini yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kılmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (YKD. 2005/9, s. 1351-1352).

¹³⁵³ **Erman**, İnşaat, s. 167-168.

kazandığı aynî hakka etki etmeyeceğini kabul ediyoruz¹³⁵⁴. Oysa Yargıtay, yüklenicinin iş sahibinin verdiği vekâletnameye dayanarak üçüncü kişilere yaptığı devirler söz konusu olduğunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen iş sahibinin, arsa paylarının iadesine yönelik olarak bu üçüncü kişilere karşı “tapu sicilinin düzeltilmesi davası” açabileceğini kabul etmektedir¹³⁵⁵.

bb. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin İade Konusu Üzerinde Edindikleri Şahsî Haklara Etkisi

İş sahibinin yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönmesinden önce **üçüncü kişiler**, yükleniciden esere ilişkin **şahsî haklar** kazanmış olabilir. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü sebebiyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının üçüncü kişilerin kazandığı bu şahsî haklara etkisi nedir? Bu konu özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir. Yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği kendisine bırakılması kararlaştırılan arsa payları üzerinde üçüncü kişilere şahsî hak kazandırabilmesi için bu

¹³⁵⁴ Bu yönde: **Erman**, İnşaat, s. 168. Aynî etkili dönme teorisini kabul etmekle birlikte aynı sonuca ulaşan: **Ayan**, s. 302 s. 302 dn. 536. **Ayan**'a göre, temsil yetkisi asıl sözleşme olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin geçerliliğinden soyut olduğu için, dönme ile birlikte bu sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalksa dahi bu sözleşmeye dayanılarak verilen temsil yetkisi dönmeden etkilenmez. Bu sebeple de, iş sahibinin verdiği temsil yetkisine dayanarak yüklenicinin üçüncü kişiye yaptığı arsa payı devirleri iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesine rağmen geçerliliğini korur.

¹³⁵⁵ Bu tür satışlarda iş sahibi satıcı olarak görünse de, yükleniciye kalan daireler bakımından gerçekte satıcının yüklenici olduğu yönünde: Yarg. HGK. 30.3.1979 T., 13-842/359 (YKD. 1980/4, s. 483). Yarg. 15. HD., 27.10.2005 T., 2005/375 E., 2005/5775 K.: “Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaattan daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekâletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir.” (www.kazanci.com).

arsa paylarının iş sahibi tarafından tapuda onun adına tescil ettirilmiş olması da zorunlu değildir. Yüklenici, arsa paylarının adına tescil edilmediği dönemde de üçüncü kişilere şahsî hak kazandırabilmektedir. Bu iki durumu ayrı ayrı inceleyeceğiz:

aaa. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredildiği Durumlarda

i. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibi, inşaatın tamamlanması karşılığı yükleniciye kalması kararlaştırılan arsa paylarını inşaat henüz tamamlanmadan yükleniciye tapuda temlik edebilir. Yüklenici de yapacağı inşaat için gerekli finansmanı sağlamak üzere, tapuda adına tescil edilen bu arsa paylarının satışını “taşınmaz satış vaadi sözleşmesi” ile üçüncü kişilere vaad edebilir¹³⁵⁶. Üçüncü kişi böylece, yüklenici

¹³⁵⁶ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi **resmî şekle tâbi** bir sözleşmedir. Bu sözleşme **noterlikçe** re'sen düzenlenen bir senetle kurulabilir (Noterlik K. m. 60). Taşınmaz satış sözleşmesi düzenlemeye yetkili olan tapu sicil memurlarının taşınmaz satış vaadi sözleşmesi düzenlemeye evleviyetle yetkili olduğu kabul edildiğinden, taşınmaz satış vaadi sözleşmesi **tapu sicil memurları** tarafından düzenlenecek resmî senetle de kurulabilir. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 312; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 690. Bununla birlikte, taşınmaz satış vaadi adî yazılı biçimde yapılmışsa, yüklenicinin şekle aykırılık iddiasıyla sözleşmenin geçersizliğini iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırılık sebebiyle dinlenmemeli ve sözleşme geçerli kabul edilmelidir. Zira aşağıda da ayrıntılı olarak değinileceği üzere, Yargıtay uygulamasında, yüklenicinin henüz mülkiyetini kazanmadığı arsa paylarının satışını üçüncü kişilere adî yazılı biçimde vaad etmesi dahi, alacağın temliki olarak nitelendirilerek geçerli sayılmaktadır. Yüklenicinin henüz arsa paylarına malik olmadığı bir dönemde yaptığı adî yazılı vaade geçerlilik tanınırken, yüklenicinin malik olduğu dönemde kendi uhdesindeki taşınmaza ilişkin adî yazılı biçimde yaptığı vaadin geçersiz sayılması, adalete aykırı ve tutarsız bir durum olur. **Öz**, İnşaat, s. 95. Bu sonuca yüklenicinin adına tescilli arsa paylarının satışını üçüncü kişiye vaad etmesinin alacağın temliki olarak nitelendirilebileceği gerekçesi ile değil, şekle aykırılık dolayısıyla geçersizlik iddiasının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu gerekçesiyle ulaşıldığının altı çizilmelidir.

Öz, haklı olarak, yüklenicinin mülkiyeti kendisine nakledilmiş bulunan arsa paylarının satışını üçüncü kişiye vaad etmesinin “alacağın temliki” niteliğinde olmadığını ifade etmektedir. **Öz**, İnşaat, s. 95. Kanaatimizce de burada alacağın temliki söz konusu olamaz. Zira yüklenici iş sahibine karşı sahip olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa paylarının adına tescil edilmesine ilişkin alacağını, iş sahibinin tapuda adına yaptığı tescille zaten tahsil etmiş olmaktadır. Dolayısıyla üçüncü kişiye temlik

adına kayıtlı arsa paylarına ilişkin olarak yükleniciden kendisi ile taşınmaz satış sözleşmesi akdetmesini talep etme hakkını kazanır. Yüklenici ayrıca bu arsa paylarına ilişkin olarak üçüncü kişilerle alım, önalım sözleşmesi kurabilir veya tamamlanacak bağımsız bölümlere ilişkin kira sözleşmesi akdedebilir.

Üçüncü kişilerin bu sözleşmelere dayalı olarak kazandıkları talep hakları, onların ancak kendi sözleşmelerinin karşı âkidi olan yükleniciye karşı ileri sürebilecekleri, şahsî haklardır. Yüklenici eseri zamanında teslim edemez ve bunun üzerine iş sahibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönerse, önceden yükleniciye devredilmiş olan ancak sözleşmeden dönme sebebiyle yüklenici tarafından iş sahibine iadesi gerekecek olan arsa payları üzerinde üçüncü kişinin kazandığı şahsî hakkın durumu ne olacaktır? İade konusu arsa payı ve bu arsa payına isabet edecek olan tamamlandığında kat mülkiyetine tabi olacak bağımsız bölüm üzerinde yükleniciden bir şahsî hak kazanmış olan **üçüncü kişi**, yüklenicinin iade borcunu yerine getirerek arsa payını iş sahibine iade etmesine, bu durumdan zarar görse dahi **engel olamaz**¹³⁵⁷. **Üçüncü kişi**, yükleniciye karşı sahip olduğu **şahsî hakkı**, bu şahsî hakkın tapuya şerh verildiği haller dışında, iadenin gerçekleşmesi üzerine yeniden arsa paylarının maliki olan iş sahibine karşı ileri süremez. O, ancak şahsî hakkını kendi borçlusu olan **yükleniciye** karşı ileri sürüp, uğradığı zararın tazminini borcunu yerine getiremeyen yükleniciden talep edebilir¹³⁵⁸.

edilecek ve üçüncü kişinin borçludan tahsil edeceği bir alacak söz konusu olmadığından, arsa paylarının hali hazırda yüklenici adına tescil edilmiş olduğu bu ihtimalde alacağın temliki söz konusu olamaz. Burada yüklenici üçüncü kişiyle taşınmaz satış vaadi sözleşmesi akdetmekle, maliki bulunduğu arsa payları üzerinde üçüncü kişiye satım sözleşmesinin kurulmasını talep etme yönünde şahsî bir hak tanmaktadır.

¹³⁵⁷ **Öz**, Dönme, s. 261 dn. 160; **Erman**, İnşaat, s. 170.

¹³⁵⁸ **Öz**, Eleştirisi, s. 151-152; **Öz**, Dönme, s. 261; **Erman**, İnşaat, s. 170; **Ayan**, s. 273 dn. 433.

ii. Şahsî Hakkın Şerh Verildiği Durumlarda

Üçüncü kişiler, yüklenicinin sözleşmeden dönen iş sahibine iade etmesi gereken taşınmaza, yani arsa payına ilişkin olarak, yükleniciden (örneğin **alım hakkı, önalım hakkı** veya **taşınmaz satış vaadinden veya kira sözleşmesinden** doğan alacak hakkı gibi) şahsî bir hak kazanmış olabilirler. MK m. 1009 f. 1'e göre, "Arsa payı karşılığı inşaat¹³⁵⁹, taşınmaz satış vaadi, kira, alım, önalım, gerialım¹³⁶⁰ sözleşmelerinden doğan

¹³⁵⁹ Konumuz, üçüncü kişinin yükleniciden edindiği şahsî hak şerh verilmişse iş sahibinin yüklenici ile akdetmiş olduğu sözleşmeden dönmesi halinde şerh verilen bu hakların iş sahibine karşı ileri sürülüp sürülemeyeceğidir. Bu itibarla, MK m. 1009'da adı geçen şerhlerden "arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan şahsî hakkın şerhi" konumuz dışındadır. Zira söz konusu şerhte üçüncü kişinin yükleniciden kazandığı bir şahsî hakkın şerhi değil, yüklenicinin iş sahibinden kazandığı bir şahsî hakkın şerhi söz konusudur.

"Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan nisbî hak şerhi" eski Medeni Kanun'da yer almayan yeni Medenî Kanun'un 1009. maddesi ile getirilmiş bir şerhtir. Bu şerh imkânı Tapu K. m. 26'ya da eklenmiştir. Bu yeni düzenlemeden önce de TST m. 55 bent c'de de arsa payı karşılığı inşaat hakkının şerh verilmesi imkânı tanınmaktaydı. Bu konuda bkz. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 181 dn. 602.

Bu şerhin fonksiyonu, iş sahibinin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kurulduktan sonra sözleşme gereği yükleniciye devretmeyi taahhüt ettiği arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi durumunda ortaya çıkar. İşte böyle bir durumda, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan inşaat hakkı tapuya şerh edildiyse, bu şahsî hakla ilgili borç ilişkisi "eşyaya bağlı borç" haline gelir. Şahsî hak taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir. Bu itibarla, yüklenici de bu şerhe dayanarak arsa üzerinde inşaatla devam etme ve inşaat tamamlandığında iş sahibi ile aralarındaki sözleşme gereği kendisine düşen bağımsız bölümlerin adına tescilini talep etme hakkını yeni malike karşı ileri sürebilir. **Kılıçoğlu**, Medenî Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, s. 332; **Gümüş**, Şerhler, s. 121; **Ayan**, s. 301. Şerhin "munzam etkisi", şerhten sonra taşınmaz üzerinde hak kazanmış olanlardan, doğmuş borcun ifasında alacaklıya zarar verenlerin bertaraf edilmesini de sağlar (MK m. 1009 f. 2). Böylece şerh, yükleniciye, taşınmaz üzerinde sınırlı aynî hak (örneğin ipotek hakkı) kazanan kişilere ve taşınmaz üzerine şerhten sonra haciz koyduran alacaklılara karşı da koruma sağlar. Örneğin yüklenici, iş sahibinin bu taşınmaz üzerinde şerhten sonra üçüncü kişiler lehine tesis ettiği ipotek hakkının terkinini talep edebilir. **Gümüş**, Şerhler, s. 121; **Öz**, İnşaat, s. 100.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönen iş sahibi tapudaki şerhin terkinini yükleniciden, yüklenici terkine yanaşmazsa mahkemeden talep edebilir. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 21.12.2006 T., 2005/7594 E., 2006/7533 K. (**Kostakoğlu**, s. 762-763); Yarg. 15. HD., 25.10.2001 T., 2005/2694 E., 2006/4801 K. (**Kostakoğlu**, s. 774-775).

¹³⁶⁰ MK m. 1009'da zikredilen "geri alım hakkı" da, burada, yüklenicinin şahsî hak kazandığı durumları değil, yüklenicinin üçüncü kişiye bir şahsî hak kazandırdığı durumları incelediğimizden ötürü

haklar ile şerh edilebileceği kanunlarda açıkça öngörülen diğer haklar tapu kütüğüne şerh edilebilir.” Acaba, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki borç ilişkisinden doğan alacak hakkı üçüncü kişi lehine şerh edilmişse (MK m. 1009), üçüncü kişi **şerh edilen şahsî hakkını**, yükleniciyle akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen iş sahibine karşı ileri sürebilir mi¹³⁶¹?

Üçüncü kişinin iktisap ettiği hak bu olasılıkta şahsî bir hak olmakla birlikte, şerhle birlikte şerh verilen hakkın ilişkin olduğu borç, **eşyaya bağlı borç** haline gelmiştir¹³⁶². Bu doğrultuda taşınmazın her maliki kendi mülkiyeti süresince doğan borçla yükümlü olacaktır. Sözleşmeden dönüldüğünde, sözleşme gereği yükleniciye devredilmiş olan aynı haklar kendiliğinden iş sahibine dönmediğinden, arsa paylarının mülkiyetini yükleniciye nakleden tescil de başlangıçtan itibaren **yolsuz** bir **tescil** haline gelmez. Dolayısıyla, üçüncü kişinin yükleniciden edindiği şahsî hakkı, o sırada taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olan “gerçek malik” durumundaki yüklenici şerh ettirdiğinden, şerh bakımından da bir geçersizlik söz konusu değildir. Şerhle birlikte şerh verilen hakla ilgili borç ilişkisi “eşyaya bağlı borç” haline gelmiş olup, bu şahsî hak taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebilir. Bu itibarla, iş sahibinin önceden

konumuzun dışındadır. Geri alım hakkı, bir taşınmazı başkasına devretmiş olan kişiye tek taraflı irade beyanında bulunarak o taşınmazı geri alma yetkisi tanıyan bir haktır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 422-423. Bu hak taşınmazı devreden malike örneğin yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye devretmesi halinde üçüncü kişi tarafından yükleniciye tanınabilir. Ele aldığımız konu bakımından üçüncü kişi, arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin maliki olan yüklenici karşısında, taşınmazı devreden değil, satın alan veya satış vaadi alacaklısı olan kişi konumundadır. Bu itibarla, burada incelediğimiz konu bakımından, üçüncü kişiye geri alım hakkı tanınabilecek bir durum söz konusu değildir.

¹³⁶¹ Bu sorunun “klâsik dönme teorisi” çerçevesinde çözümü için bkz. **Öz**, Dönme, s. 262.

¹³⁶² **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 209. Şerhin bu etkisi, yani şerhle birlikte şerh edilen şahsî hakkın şerhte belirtilen süre içinde taşınmazın her malikine karşı ileri sürülebileceği hususu bu şahsî haklara ilişkin kanun hükümlerinde ayrı ayrı belirtilmiştir. Örneğin şerhin bu etkisi, önalım hakkı için MK m. 735’de, alım hakkı için MK m. 736’da, taşınmaz kirası sözleşmesinden doğan kira hakkı için BK m. 255 f. 2’de, taşınmaz satış vaadinden doğan satın alma hakkı için de Tapu K. m. 26’da ifade edilmiştir.

yükleniciye devrettiği arsa payları arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen iş sahibine iade edilse de, **üçüncü kişi** bu arsa payları üzerinde yükleniciden kazandığı **şerh edilmiş şahsî hakkını** arsa paylarının yeni(den) maliki olan **iş sahibine karşı da** ileri sürebilmelidir¹³⁶³. Örneğin, üçüncü kişinin yükleniciyle akdetmiş olduğu taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan arsa paylarının mülkiyetinin kendisine nakledilmesine ilişkin alacak hakkı şerh edilmişse, üçüncü kişi bu talebi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden döndüğü için arsa payları tekrar adına tescil edilen iş sahibine karşı da ileri sürebilir¹³⁶⁴. Yahut şerh edilmiş bir alım hakkı varsa, üçüncü kişi bu hakkı iş sahibine karşı kullandığında, üçüncü kişi ile iş sahibi arasında alım hakkını kuran sözleşmedeki hükümlere göre bir taşınmaz satış sözleşmesi kurulur; iş sahibi arsa paylarının mülkiyetini üçüncü kişiye devir borcu altına girer. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişinin şerh edilmiş kişisel hakkına dayanarak ileri sürdüğü talebi yerine

¹³⁶³ **Erman**, İnşaat, s. 171-172. Buna karşılık Yargıtay, arsa payları kendisine devredilmiş olan yüklenicinin üçüncü kişi ile taşınmaz satış vaadi akdettiği, bu sözleşmeden üçüncü kişi lehine doğan hakkın da tapuya şerh verildiği bir olayda aksi yönde bir karar vermiştir. Yarg. 14. HD., 5.12.1989 T., 5705 E./10388 K. “Yüklenicinin işi bırakma durumunda olduğu ve edimini yerine getirmediği nedeniyle onun adına intikal ettirilen paya ilişkin tapunun iptali ile söz konusu payın arsa sahipleri adına tesciline karar verildiği saptandığına, bu durumda yüklenicinin kişisel hak kazandığından bahsedilemeyeceğine, adı geçenler arasında düzenlenen satış vaadi sözleşmesi arsa sahiplerini bağlamayacağına göre (...)” (**Erman**, İnşaat, s. 172 dn. 14). Yargıtay’ın arsa paylarının mülkiyetinin başlangıçta yükleniciye nakledilmiş olduğunu göz ardı ederek verdiği bu hüküm **Erman** tarafından da haklı olarak eleştirilmiştir. **Erman**, İnşaat s. 172 dn. 14. Kanaatimizce de, arsa payların mülkiyeti başlangıçta yüklenici adına tescil edilmişse, yüklenici alacağını zaten elde etmiştir. Artık onun iş sahibinden tahsili söz konusu olan ve bir başkasına temlik edilebilecek bir alacağı bulunmadığına göre, burada, iş sahibi tarafından yükleniciye arsa payının henüz devredilmediği durumlarda olduğundan farklı olarak, alacağın temlik durumu söz konusu olamaz. Bu itibarla, kararda ancak alacağın temlik durumunda söz konusu olan halefiyetten bahsedilmesi ve yüklenici edimini yerine getirmediği için onun halefi olarak nitelendirilen üçüncü kişinin de alacak hakkı kazanamayacağına hükmedilmesi isabetsiz olmuştur.

¹³⁶⁴ **Erman**, İnşaat, s. 171-172.

getirmek zorunda kalan iş sahibi, uğradığı zararın tazminini yükleniciden talep edebilir¹³⁶⁵.

Şu noktayı da hatırlatmak gerekir ki, tapu sicili alenî olup, ilgisini ispat eden herkesin incelemesine açıktır (MK m. 1020). Öyleyse, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü üzerine sözleşmeden dönmeyi düşünen iş sahibi, tapu sicilini inceleyerek yüklenici adına tescil ettirdiği arsa payları üzerinde yüklenici tarafından üçüncü kişiler lehine tesis edilmiş şerh bulunup bulunmadığını görebilir. Böylece iş sahibi seçimlik hakları arasında yer alan sözleşmeden dönmeyi tercih edip etmemek konusunda kararını alırken bu durumu da göz önünde tutabilir.

Dönüşüm teorisi, görüldüğü üzere, şahsî hakkını geçerli bir biçimde tapuya şerh ettirmiş olan üçüncü kişileri de korumaktadır. Oysa sözleşmeden dönmenin bu sözleşmeye dayalı olarak yapılan tasarruf işlemlerine etkisi bakımından aynî etkili dönme görüşünü kabul etseydik, şerh verilmiş şahsî hak sahibi üçüncü kişiyi aynî hak sahibi iş sahibine karşı korumak mümkün olmayacaktı. Şöyle ki, üçüncü kişilerin yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek aynî hak kazanmalarını düzenleyen MK m. 1023 hükmü, üçüncü kişilerin sadece aynî hak kazanımlarını korumaya elverişli olup, bu hükümden, şerh verilmiş olsa dahi şahsî hak sahiplerinin yararlanması kabul edilemez¹³⁶⁶. Buna

¹³⁶⁵ **Erman**, İnşaat, s. 172-173. **Erman**, uygulamada sıklıkla iş sahibinin arsa paylarını önceden yükleniciye devrettiği durumlarda arsa payları üzerinde iş sahibi lehine ipotek kurulduğuna işaret etmektedir. Böylece, iş sahibi bu zararını ipoteği paraya çevirerek de tahsil edebilecektir.

¹³⁶⁶ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 198. **Tekinay**, s. 236-237. Aksi görüşte: **Sungurbey**, Kişisel Hakların Şerhi, s. 131-132; **Öz**, Eleştiri, s. 152; **Ayan**, s. 273 dn. 433. Bu yazarlar ise, MK m. 1023 hükmünün yolsuz tescile iyiniyetle güvenen şerh verilen şahsî hakların sahipleri bakımından da kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşe göre, aynî etkili dönme görüşü çerçevesinde sözleşmeden dönme ile birlikte yüklenici adına yapılan tescil baştan itibaren yolsuz hale gelse de, şahsî

göre, şahsî hak sahibi üçüncü kişinin, aynî etkili dönme görüşünün kabul ettiği üzere iş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle birlikte baştan itibaren yolsuz hale gelen tescilde malik olarak görünen, ancak tasarruf yetkisi olmayan yükleniciden bu yolsuz tescile güvenerek MK m. 1023'e göre iyiniyetle şerh kazanması söz konusu olmaz. Bu itibarla, aynî etkili dönme görüşü uygulandığı takdirde, iş sahibi sözleşmeden döndüğünde, üçüncü kişi lehine verilen şerh de geçersiz hale geleceğinden, yükleniciden şahsî hak kazanmış olan üçüncü kişi, bu hakkını sözleşmeden dönen iş sahibine karşı ileri süremeyecektir. O, ancak kendi borçlusu konumundaki yükleniciden tazminat talep edebilecektir¹³⁶⁷.

bbb. Arsa Paylarının Yükleniciye Devredilmediği Durumlarda

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye bırakılması kararlaştırılan bağımsız bölümlere ilişkin arsa payları henüz yüklenici adına tapuda tescil edilmemişken, yüklenici sadece arsa paylarının kendisine devrine ilişkin olarak iş sahibine karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahiptir. Borçlandırıcı işlem yapabilmek için borçlunun mülkiyetini nakletmeyi taahhüt ettiği eşyanın maliki olması gerekli olmadığından, yüklenici henüz maliki olmadığı bu arsa paylarına ilişkin olarak üçüncü kişilerle **taşınmaz satış sözleşmesi** veya **taşınmaz satış vaadi sözleşmesi** akdedebilir. Öte yandan, sahip olduğu alacak üzerinde tasarruf yetkisi de bulunan yüklenici, arsa paylarının kendisine devrine ilişkin olarak iş sahibine karşı sahip olduğu alacağı, **alacağın temlik** yoluyla üçüncü kişiye devretmeyi de yeğleyebilir. Bu hukukî işlemlerin her biri **geçerlilik şekline** tâbi işlemlerdir. Uygulamada taşınmaz satış sözleşmesi tasarruf işlemi niteliğindeki tescil talebinden ayrı yapılmadığından, henüz

hak sahibi iyiniyetli üçüncü kişi şerhi dönmeye rağmen geçerli biçimde kazanır. Üçüncü kişi, şerh edilmiş şahsî hakkını sözleşmeden dönen iş sahibine karşı da ileri sürebilir.

¹³⁶⁷ **Öz**, Dönme, s. 262

arsa paylarının maliki olmayan bu itibarla da bu paylar üzerinde tasarruf yetkisine sahip olmayan yüklenici, arsa paylarına ilişkin olarak tapuda resmî biçimde taşınmaz satış sözleşmesi yapamamaktadır. Bu sebeple yükleniciler üçüncü kişilerle tapu dışı (haricî) taşınmaz satış sözleşmesi yapma yoluna gitmektedirler. Buna karşılık, yüklenici, noterde düzenleme biçiminde yapılacak bir senetle, henüz malik olmadığı arsa paylarının (taşınmazın) satışını geçerli biçimde üçüncü kişilere vaad edebilir (Noterlik K. m 60). Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan arsa payının devri alacağının üçüncü kişilere devri için ise, temlik sözleşmesinin adi yazılı biçimde yapılmış olması yeterlidir (BK m. 163 f. 1)¹³⁶⁸.

Tapu dışında yapılan taşınmaz satış sözleşmeleri ile adî yazılı biçimde veya noterde imza onayı biçiminde yapılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri kanunun öngördüğü geçerlilik şekline uyulmadıkları için geçersizdirler. Ancak Yargıtay, bu sözleşmelerle şahsî hak kazanan üçüncü kişilerin haklarını korumak kaygısıyla, bu tür hukukî işlemleri en azından adî yazılı şekilde yapılmış olmaları kaydıyla, geçersiz saymamakta ve bunları geçerliliği için adî yazılı şekilde yapılması yeterli olan “alacağın temlik” işlemi olarak nitelendirerek ayakta tutmaktadır¹³⁶⁹.

¹³⁶⁸ Doktrinde hâkim olan görüş, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının nakline ilişkin alacak haklarının temlikini konu alan sözleşmelerin geçerliliği için adî yazılı şekli yeterli görmektedir. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 242 dn. 3; **Erman**, İnşaat, s. 175; **Ayan**, s. 306. Aksi görüşte: **Öz**, İnşaat, s. 94. **Öz**'e göre burada yüklenici aslında bir alacağı temlik etmeyi değil, iş sahibinden kazanacağı arsa payının ve buna bağlı bağımsız bölümlerin üçüncü kişiye satışını vaad etmeyi amaçlamaktadır. Yazar, bu sebeple, sözleşmenin adî yazılı biçimde yapılmasının geçerliliği için yeterli olmadığını, böyle bir sözleşmenin ancak noterde düzenlendiği takdirde geçerli olacağını ifade etmektedir.

¹³⁶⁹ Yarg. HGK. 2.7.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Geçerli bir kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye ait olacağı kararlaştırılan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından adî yazılı bir sözleşmeyle üçüncü bir kişiye satılması, Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre, tapulu taşınmaza ilişkin bir satış sözleşmesi değil, Borçlar Kanunu’nun 162 ve sonraki maddelerinde düzenlenen alacağın temlik hükümlerine tâbi bir işlemdir.” (www.kazanci.com). Yarg. 13. HD., 7.4.2008 T., 2008/3555 E.,

Şekil eksikliği sebebiyle geçersiz olan sözleşmelerin alacağın temlik işlemine tahvil edilip edilemeyeceğine ilişkin tartışmaları¹³⁷⁰ bir kenara bırakırsak, Yargıtay'ın bu uygulaması sonucunda, şekil şartına uyularak **geçerli** biçimde akdedilmiş olan **taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri** bakımından da şöyle bir **sorun** ortaya çıkmaktadır. Daha basit şekil şartına tâbi olan yani adî yazılı şekle uymanın yeterli olduğu alacağın temlik işlemi, üçüncü kişiyi, daha ağır şekil şartına tâbi olan taşınmaz satış sözleşmesinde bulunacağı durumdan daha avantajlı bir duruma getirmektedir. Zira alacağın temlik halinde, alacağı temlik alan üçüncü kişi, arsa paylarının adına tescilini,

2008/4870 K.: “Müteahhidin, arsa sahibi ile imzalamış olduğu kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince kendisine düşen daireleri, resmî olmayan ancak yazılı bir sözleşme ile üçüncü kişiye satması halinde ise, alacağın temlik söz konusu olduğundan, buna göre yapılan taşınmaz satış sözleşmelerinin de geçerli olduğu, Yargıtay uygulamaları ile kabul edilmektedir.” (www.kazanci.com). Bu yönde, Yarg. 13. HD., 15.5.2003 T., 2003/1934 E., 2003/6012 K. (www.kazanci.com); Yarg. 13. HD., 21.5.2008 T., 2008/4768 E., 2008/7011 K. (www.kazanci.com); Yarg. 14. HD., 23.3.1999 T., 1999/632 E., 1999/2221 K. (www.kazanci.com). Ancak, yüklenici ile üçüncü kişi arasında geçerlilik şekline uyulmadan akdedilen sözleşmenin alacağın temlik olarak kabulü için, yüklenicinin iş sahibi ile akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekle uygun olarak kurulmuş olması gerekir. Bu yönde: Yarg. 13. HD., 8.2.2000 T., 1999/8918 E., 2000/870 K. (www.kazanci.com)

¹³⁷⁰ Bazı yazarlar, adî yazılı taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin alacağın temlikine tahvil edilemeyeceğini savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, tarafların iradeleri aslında alacağın temlikine değil, gerçek bir satış vaadi yapmaya yönelik olduğundan, tarafları kurmayı amaçlamadıkları alacağın temlik ilişkisine dâhil etmek doğru olmaz. **Öz**, İnşaat, s. 94; **Ayan**, s. 312. Ancak kanaatimizce, burada şekle aykırı olduğu için geçersiz olan adî yazılı şekilde veya noterde imza onayı biçiminde akdedilmiş taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin, alacağın temlik işlemine tahvil edilmesi mümkündür. Zira burada tarafların gerçek iradelerinin taşınmaz satış vaadi yapmak olmadığına, muvazaalı bir işlem bulunduğu, aslında başka bir hukukî işlemin yapılmak istendiğine dair bir iddia söz konusu değildir. Tarafların **gerçek iradelerinin** satış vaadine yönelik olması, ancak muvazaalı iddiası bakımından anlam taşır. Oysa tahvil bakımından önemli olan, tarafların akdettikleri hukukî işlemin geçersiz olduğunu bilmeleri halinde, geçersiz işlemin tahvil edileceği ikinci işlemi kurmak yönünde **var sayılı bir iradeye** sahip olup olmamalarıdır. Tahvil kurumunun tanımı ve uygulanma şartları hakkında bkz. **Havutçu**, Tahvil, s. 663. Gerek taşınmaz satış vaadinde, gerek alacağın temlikinde hedeflenen, yükleniciye ait olan (iş sahibinden arsa paylarının mülkiyetinin devrini talep etme yetkisi veren) şahsî hakkın, üçüncü kişiye kazandırılmasıdır. Alacağın temlik de üçüncü kişiyi bu amaca ulaştırmaya elverişli bir hukukî işlem olduğuna göre, burada tarafların akdettikleri işlemin geçersizliğini bilselerdi alacağın temlik işlemi yapacakları sonucu, onların var sayılı iradelerinden çıkarılabilir.

şartlar gerçekleştiğinde, doğrudan iş sahibinden talep edebilmektedir. Oysa taşınmaz satış vaadinde, vaat alacaklısı üçüncü kişi, satış sözleşmesinin yapılarak arsa paylarının mülkiyetinin kendisine geçirilmesi talebini, ancak kendi âkidi olan yükleniciye karşı ileri sürebilmektedir. Onun, aralarında sözleşme ilişkisi bulunmayan iş sahibinden talepte bulunma hakkı yoktur. Kanaatimizce burada yapılması gereken şudur: Ya tahvil yoluna gidilmemeli ve resmî şekil şartına uymayan satış vaadi sözleşmeleri bütünüyle geçersiz kabul edilmelidir¹³⁷¹. Ya da Yargıtay'ın uygulamasında olduğu gibi, aslında geçersiz olan bu sözleşmeler adî yazılı olmak kaydıyla alacağın temlikine tahvil edilerek geçerli sayılıyorsa, resmî şekle uygun olarak yapılan satış vaadi sözleşmelerinin de aynı zamanda alacağın temlik niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Aksine bir çözüm, adî yazılı biçimde düzenlenen senet alacaklısını, resmî şekle uyularak noterde düzenlenmiş satış vaadi senedi alacaklısından daha iyi bir konuma getirir ki, bu da kabul edilemez¹³⁷².

Üçüncü kişi, arsa payının ve tamamlanacak bağımsız bölümün adına tescilini talep etmeye ilişkin alacağı yükleniciden temlik aldığı takdirde, **iş sahibinden adına tescil talebinde bulunmasını** talep edebilecektir¹³⁷³. Ancak bunun için, yüklenici ile iş

¹³⁷¹ Burada tahvil işleminin şartlarının gerçekleşmediği gerekçesiyle sonuç olarak bu görüşte: **Ayan**, s. 312.

¹³⁷² Bu yönde: **Öz**, İnşaat, s. 95; **Erman**, İnşaat, s. 174. Aksi görüşte: **Ayan**, s. 312. **Ayan**'a göre, noter tarafından re'sen düzenlenmiş geçerli taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, alacağın temlik sayılması mümkün değildir.

¹³⁷³ Burada **tescili talep etme hakkı** bir alacak hakkı, bu itibarla da **şahsî bir hak**tır. Bu alacağın borçlusu, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini akdetmiş olduğu iş sahibidir. Borçlu konumundaki iş sahibinin, maliki bulunduğu arsa paylarının mülkiyetini başka bir kimseye devretmesi halinde, alacağı yükleniciden temlik alan üçüncü kişi, kural olarak, tescil talebini **yeni malike** yöneltemez. Alacağı temlik alan üçüncü kişi, ancak iş sahibi ile yeni malik arasındaki temlik muvazaalı ise, tescil talebini yeni malike yöneltebilir ve ona karşı tescil davası açabilir. **Erman**, İnşaat, s. 180-181; **Ayan**, s. 308 dn. 550. Bu yönde, Yarg. 14. HD., 22.12.1987 T., 7391 E./9191 K.: "Temlikten tescil isteği

sahibi arasında akdedilmiş olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin resmî şekle uygun olarak, noterde düzenleme biçiminde yapılmış olması şarttır (MK m. 706, BK m. 213, Tapu K. m. 26)¹³⁷⁴. Ayrıca, alacağın temlikıyla **yüklenicinin halefi** konumuna gelen **üçüncü kişinin**, bu talep hakkını iş sahibine karşı kullanabilmesi için, **yüklenicinin**¹³⁷⁵ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taahhüt ettiği **kendi edimini**

aynî değil kişisel hak sağlar ve mahkemeden temlik kararı alınmadan taşınmaz üçüncü kişiye geçerse yeni malike karşı ileri sürülmesi olanaksızdır.” (Erman, İnşaat, s. 180 dn. 26).

¹³⁷⁴ İş sahibi, yükleniciyle akdetmiş olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin şekle aykırılık sebebiyle geçersiz olduğunu yükleniciye karşı ileri sürebildiği hallerde, bu iddiayı yüklenicinin halefi konumundaki üçüncü kişiye karşı da ileri sürebilir; onun adına arsa payı veya bağımsız bölüm tescil ettirmekten kaçınabilir. Zira BK m. 167 f. 1’e göre, borçlu, alacağın temlikini öğrendiği sırada “temlik edene karşı haiz olduğu def’ileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.” Bu durumda, üçüncü kişi, alacağı temlik alırken ivaz olarak yükleniciye ödemiş olduğu bedelin faiziyle birlikte iadesini, temlikin sebep olduğu giderleri ve iş sahibine karşı sonuçsuz kalan takip için yapmış olduğu masrafları, yükleniciden talep edebilir (BK m. 171 f. 1). Erman, İnşaat, s. 176; Ertaş, s. 84. Buna karşılık, iş sahibi, geçersizlik iddiasını yükleniciye karşı ileri süremeyeceği hallerde, bu iddiayı üçüncü kişiye karşı da ileri süremez ve onun adına tescil talebinde bulunmaktan kaçınmaz. Örneğin yüklenicinin sözleşmeden doğan edimini tamamen yerine getirdiği durumlarda, iş sahibi, hakkın kötüye kullanılması yasağı (MK m. 2 f. 2) gereği, sözleşmenin şekle aykırılık sebebiyle geçersizliğini iddia ederek yüklenici adına tescilden kaçınmaz. İşte böyle bir durumda iş sahibi üçüncü kişi adına tescil talebinde bulunmaktan da kaçınmaz. Erman, İnşaat, s. 176.

¹³⁷⁵ Yüklenici eserin teslimi borcunda temerrüde düştüğü takdirde, yükleniciden arsa paylarının adlarına tesciline ilişkin alacağı temlik almış olan **üçüncü kişiler**, işi **kendileri tamamlamayı** iş sahibinden talep edebilirler mi? İş sahibi yüklenicinin temerrüdü üzerine henüz **aynen ifadan vazgeçmemişse**, üçüncü kişi, iş sahibinden böyle bir talepte bulunabilir. Bununla birlikte, işin yapılmasında yüklenicinin şahsının önemli olduğu durumlarda üçüncü kişi iş sahibinin muvafakatiyle işi tamamlayabilirse de, iş sahibi kural olarak böyle bir talebi kabul etmek zorunda değildir. Ancak üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilecek ifayı reddetme hakkının iş sahibi tarafından kötüye kullanıldığı (MK m. 2 f. 2) kabul edilebiliyorsa, örneğin üçüncü kişi de inşaat işini kendi yönetimi altında yaptırabilecek durumda ise, iş sahibinin bu yönde bir talebi kabul etmek zorunda olduğu sonucuna varılabilir. Ayrıca, iş sahibinin üçüncü kişinin örneğin taşeronlar aracılığıyla işe devam etmesine karşı çıkmayıp uzun zaman sessiz kalması durumunda da, onun, işin üçüncü kişi tarafından tamamlanmasına örtülü olarak muvafakat verdiği kabul edilebilir. Öz, İnşaat, s. 95; Ertaş, s. 83; Ayan, s. 310. Buna karşılık, iş sahibi **aynen ifadan vazgeçmişse**, artık üçüncü kişinin ondan eseri tamamlamasına izin vermesini talep edememesi gerekir. Bu itibarla, sözleşmeden dönme gibi yenilik doğuran bir hakkı kullanarak işi tasfiye sürecine sokan iş sahibi, kural olarak artık üçüncü kişinin aynen ifade bulunma teklifini kabul etmek zorunda bırakılmamalıdır. Ayan, s. 310.

yerine getirmiş olması gerekir¹³⁷⁶. İş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte, borç ilişkisinden doğan henüz ifa edilmemiş borçlar sona erdiğinden, iş sahibinin arsa paylarını yükleniciye devretme borcu da sona erer. Böylece iş sahibi, yükleniciye karşı arsa paylarını temlik etmekten kaçınma hakkı bulunduğu müddetçe, üçüncü kişiye karşı da arsa payını temlik etmekten kaçınabilir¹³⁷⁷. Üçüncü kişi, bağımsız bölüm

Yargıtay, yüklenicinin eksik bıraktığı kısım çok cüz’i ise üçüncü kişinin bu eksikliğin bedelini iş sahibine tazmin etmek kaydıyla ondan tescil talebinde bulunmasına cevaz vermektedir. Yarg. HGK., 2.7.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Şayet yüklenici, eser sözleşmesinden doğan edimlerini bütünüyle yerine getirmiş olmamakla beraber noksan bıraktığı iş pek cüz’i bir boyutta ise yani bu noksanlığın paraya dönüştürülerek tamamlanması arsa sahibi açısından tahammül edilebilir bir boyutta ise o vakit bu pek cüz’i noksanlığın paraya dönüştürülerek tamamlanması suretiyle tescil istenebilir.” (www.kazanci.com). Bu yönde, Yarg. 14. HD., 30.3.2001 T., 2001/1350 E., 2001/2081 K. (www.kazanci.com).

¹³⁷⁶ **Erman**, İnşaat, s. 177; **Ertaş**, s. 84. Yarg. HGK., 2.7.2003 T., 2003/14-452 E., 2003/456 K.: “Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de gerek âkidi olan yükleniciyi, gerekse arsa sahibini dava etmek suretiyle tescil isteyebilir. Ancak bunun için halefi bulunduğu yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan edimlerini bütünüyle yerine getirmiş olması şarttır.” (www.kazanci.com). Yarg. HGK., 1.3.2000 T., 2000/14-140 E., 2000/155 K.: “Davacıya nızalı daire satan yüklenicilerin % 65 oranında binanın inşaatını bırakarak inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirmeden terk etmeleri nedeniyle arsa sahibine karşı kendisine düşen dairelerin devrini isteyecek şahsî hak kazanamadığından, yüklenicinin halefi olan davacının, temlik aldığı geçerli bir hak bulunmadığından, yüklenicilerin halefi sıfatıyla nızalı dairenin mülkiyetinin kendisine nakli konusunda atığı davanın reddi gerekir.” (www.kazanci.com). Bu yönde, Yarg. HGK., 28.3.2001 T., 2001/13-200 E., 2001/286 K. (www.kazanci.com).

¹³⁷⁷ Yargıtay’ın kabul ettiği gibi, sözleşmenin dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte geçmişe etkili olarak ortadan kalktığı görüşü yani klasik görüş de kabul edilse, sonuç değişmez. Bu görüş kabul edildiği takdirde de, iş sahibin sözleşmeden dönmesiyle birlikte bu sözleşmeden doğmuş olan borçlar ve alacaklar sözleşmeden dönüldüğü andan itibaren hiç doğmamış kabul edildiği için, yükleniciden alacak hakkı kazanan üçüncü kişi, sözleşmeden dönüldükten sonra arsa paylarının adına tesciline yönelik alacağı, iş sahibine karşı ileri süremez. **Karahasan**, ÖBİ Cilt 2, s. 717. Yarg. 15. HD., 7.2.2005 T., 2004/3589 E., 2005/526 K.: “Akdin ifa süresi bitmesine rağmen inşaatın tamamlanmaması üzerine davacı arsa sahibi akdin feshini ve inşaatteki eksiklikler bedelini talep etmiş, yükleniciden daire satın alan davacı ise 3 ve 4 no.lu dairelerin tapularının iptali ile adına tescilini istemiştir. (...) Alınacak raporda belirlenecek inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı takdirde ise akdin geriye etkili feshine ve yükleniciden daireleri satın alan davacının, **yüklenicinin akdi yerine getirmemesi ve tapuya hak kazanmaması nedeniyle**, kendisinin de 4 no.lu dairenin tapusunun iptalini ve tescilini talep

kendisine fiilen teslim edilmiş olup da burada oturmaya başlamış olsa dahi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen iş sahibinden bağımsız bölüme ilişkin arsa payını kendisine devretmesini talep edemez. Ancak üçüncü kişi, bağımsız bölüme faydalı ve zorunlu masraflar yapmışsa, bu masrafların iadesini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iş sahibinden talep edebilir¹³⁷⁸.

Alacağı temlik eden; temlikten sonra, alacağı temellük edenin **bu alacağının ortadan kalkmasına sebep olduğu takdirde, temlik taahhüdünü ihtiva eden sözleşmenin hükmünü doğurmasını engellemiş** sayılır. Bu sebeple de, onun, **BK m. 96** uyarınca sorumlu tutulması gerekir¹³⁷⁹. Buna göre, alacağın temliki sırasında mevcut ve geçerli olan alacağın iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile ortadan kalkması sonucunda alacağı sona eren **üçüncü kişi, kendisine alacağı devreden yükleniciden,** temlik sözleşmesini ihlâl ettiği gerekçesiyle **uğradığı zararın tazminini BK m. 96'ye göre** talep edebilir. Zira yüklenici, üçüncü kişi ile aralarındaki temlik sözleşmesinin hüküm doğurmasına, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde borçlu temerrüdüne düşerek iş sahibinin sözleşmeden dönmesine sebep olmak suretiyle engel olmuştur.

edemeyeceği kabul edilerek 4 no.lu dairenin tapusunun iptali istemi reddedilmelidir.” (Kostakoğlu, s. 799-800).

¹³⁷⁸ Yarg. HGK., 28.3.2001 T., 2001/13-200 E., 2001/286 K.: Yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerindeki inşaatı yarım bıraktığı, iş sahibinin de yüklenicinin bağımsız bölüm satışını vaad ettiği üçüncü kişi adına bağımsız bölümün tescilini yapmaya yanaşmadığı bir davada, “Davacı (üçüncü kişi) ile davalı (arsa sahibi) arasında sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Davalının arsa sahibi olarak davacının yükleniciden bağımsız bölüm satın almasına rıza ve muvafakat göstermesi alım-satım akdinde taraf olduğunu göstermez. (...) Davacının daireyi teslim aldıktan sonra daireye dekorasyon, çatı, kalebodur gibi faydalı masraflar yaptığı anlaşılmaktadır. Davacının yaptığı bu giderim ve masraflar nedeniyle davalının (arsa sahibinin) davacıya (üçüncü kişiye) karşı haksız iktisabının varlığında kuşku ve duraksamaya yer olmamalıdır.” şeklinde hüküm kurmuştur (www.kazanci.com).

¹³⁷⁹ **Oğuzman/Öz**, s. 950 ve oradaki dn.124'te zikredilen yazarlar.

Değinilmesi gereken bir diğer durum da, yüklenicinin aynı arsa payı veya bağımsız bölüm üzerinde **birden çok kişiye** şahsî hak tanımış olması veya bunların adına tesciline ilişkin iş sahibine karşı sahip olduğu alacağı birden çok kişiye temlik etmiş olmasıdır. Burada, yüklenici, örneğin birden çok kişiye taşınmaz satış vaadinde bulunduysa, önceki tarihli taşınmaz satış vaadi ile şahsî hak kazanan kişi, sonraki tarihlerde yükleniciden şahsî hak kazananlardan önde gelir¹³⁸⁰. Bir tasarruf işlemi olan alacağın temlikinde ise, ilk yapılan alacağın temlik işlemi ile birlikte yüklenicinin o alacak üzerinde tasarruf yetkisi de sona erer. Yüklenicinin artık temlik etmiş olduğu alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığından, bu ilk temlikten sonraki tarihlerde aynı alacak bakımından yaptığı temlikler geçersizdir. Bu itibarla da, yükleniciden alacağı ilk temlik alan kişi alacağı kazanmış olur¹³⁸¹. Aynı arsa payı veya bağımsız bölüm için yüklenicinin ilk yaptığı işlem taşınmaz satış vaadi, sonraki işlem ise alacağın temlik ise, Yargıtay uygulamasına göre taşınmaz satış vaadi aynı zamanda alacağın temliği niteliği de taşıdığından, alacak hakkını ilk tarihli satış vaadi sözleşmesinin alacaklısı olan üçüncü kişinin kazandığı kabul edilmelidir¹³⁸².

Alacağın temlik durumunda halefiyet kuralı gereği, yüklenici eserin tesliminde temerrüde düştüğünde, onun halefi konumundaki üçüncü kişinin de arsa paylarının adına tescilini sözleşmeden dönen iş sahibinden talep edemeyeceğini gördük. Acaba

¹³⁸⁰ Yarg. 14. HD., 30.3.2001 T., 2001/1350 E., 2001/2081 K.: “Davacı, yükleniciden aldığı bağımsız bölümün adına tescili için yüklenici ve arsa sahiplerini hasım göstererek tapu iptali ve tescil isteğinde bulunmuştur. Davaya aslı müdahil olarak katılan M.Ş. de aynı bağımsız bölümü satış vaadi sözleşmesi ile satın aldığı iddiasıyla, taşınmazın adına tescilini talep etmiştir. (...). Sözleşmelerden farklı dairelerin satın alındığı sonucuna ulaşılmakta ise de taraflar aynı daire üzerinde hak iddia etmektedirler. Bir an için aynı dairenin satın alındığı kabul edilse bile yarışan şahsî hakların varlığı halinde önceki tarihli olana üstünlük verilmesi gerekir.” (www.kazanci.com).

¹³⁸¹ **Öz**, İnşaat, s. 95; **Ertaş**, s. 85; **Ayan**, s. 308.

¹³⁸² **Ayan**, s. 309.

yüklenici ile geçerli bir biçimde yani noterde düzenleme biçiminde satış vaadi sözleşmesi akdeden üçüncü kişinin, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin olumsuz etkilerinden **şerh yoluyla korunması** mümkün müdür? Üçüncü kişinin yükleniciyle akdettiği taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan satın alma hakkının tapu siciline şerh edilebileceği sonucuna varılırsa, kabul ettiğimiz görüş gereği sözleşmeden dönmenin şerhin geçerliliğine etkisi bulunmadığından, üçüncü kişi şerhle kuvvetlendirilmiş şahsî hakkını yüklenicinin temerrüdü sonucu sözleşmeden dönen iş sahibine karşı da ileri sürebilecektir. Arsa paylarının mülkiyetinin başlangıçta yükleniciye devredildiği durumlarda, taşınmaz yüklenici adına kayıtlı olduğu için, yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen taşınmaz satış vaadi sözleşmesinden doğan satın alma hakkı şerh verilebiliyordu. Ancak incelediğimiz durumda, arsa payları yani taşınmaz yüklenici adına değil, iş sahibi adına kayıtlıdır. Bu sebeple, burada yüklenici ile üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmeden üçüncü kişi lehine doğan şahsî hak, bu borç ilişkisinin dışında olan iş sahibine ait taşınmazın tapu sicilindeki sayfasına şerh edilemez¹³⁸³.

cc. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin İade Konusu Üzerine Koydukları Hacizlere Etkisi

Taraflardan birinin sözleşme gereği diğerine devrettiği, ancak sözleşmeden dönüldüğü için devredene iade edilmesi gereken taşınmaz veya taşınır üzerine devralanın alacaklıları sözleşmeden dönülmeden önce haciz koydurmuşlarsa durum ne olur? Diğer bir deyişle, henüz hacizli malın paraya çevrilmediği bir dönemde sözleşmeden dönen iade alacaklısı, iade konusu taşınmazı veya taşınırı hacizle yüklü

¹³⁸³ **Ertaş**, s. 84-85; **Ayan**, s. 309. Bununla birlikte, bu yazarlar, iş sahibi yükleniciye bu konuda özel yetki verirse, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz satış vaaadinin tapu siciline şerh edilebileceği görüşündedirler. **Ertaş**, s. 85; **Ayan**, s. 309 dn. 557.

olarak mı, yoksa hacizden arî olarak mı geri alır? Örneğin, kendisine peşinen arsa payları devredilen yüklenici icra takibine uğrar ve alacaklıları **arsa paylarına haciz** koydurursa, iş sahibinin bundan sonra yükleniciyle akdettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeden **dönmesi, yüklenicinin alacaklılarının** koydurduğu **hacizleri** etkiler mi?

Kabul ettiğimiz dönüşüm teorisi uyarınca, sözleşmeden dönme sonucunda, tarafların kazandıkları aynî hakların kendiliğinden eski sahiplerine dönmesi söz konusu değildir. İade alacaklısı, iadeye ilişkin olarak iade borçlusuna karşı ileri sürebileceği şahsî nitelikte bir talep hakkına sahiptir. Bu itibarla, istihkak talebinde bulunamayan iade alacaklısı, iade borçlusunun alacaklılarının iade konusu üzerine koydurduğu haczi kaldırtamaz. Diğer bir deyişle, sözleşmeden dönmenin, üçüncü kişinin iade konusu üzerine koydurduğu hacze de etkisi yoktur¹³⁸⁴. **İade alacaklısı**, taşınmazlarda açacağı “tescile zorlama davası” ile taşınmazı yani arsa paylarını veya bağımsız bölümleri, taşınırlarda ise açacağı şahsî nitelikli “iade davası” ile iade konusu taşınırı **hacizle yüklü olarak** geri alır; iade konusunun paraya çevrilmesine katlanır¹³⁸⁵.

Aynî etkili dönme teorisi ise, sözleşmeden dönme ile birlikte, iadesi gereken taşınmaz ve taşınırların mülkiyetinin kendiliğinden bunları devredene döndüğünü kabul etmektedir. Bu görüş kabul edilirse, haciz alacaklıları, sözleşmeden dönüldüğü takdirde artık üçüncü kişiye yani iade alacaklısına ait bir malı haczettirmiş sayılacaklardır¹³⁸⁶. Dönmeye aynî etki tanıyan bu görüş doğrultusunda, iade alacaklısı, iade borçlusunun

¹³⁸⁴ **Serozan**, Dönme, s. 95, 569; **Erman**, İnşaat, s. 172 dn. 15.

¹³⁸⁵ **Öz**'e göre, bu görüş kabul edildiğinde, iade alacaklısı, İİK m. 100'deki koşullar gerçekleştiği takdirde, satılan malın tutarı icra veznesine girinceye kadar (İİK m. 100 f. 1) kendisi de hacze iştirak edebilir. Aksi görüşte: **Ayan**, s. 272-273 dn. 430. Hacze adî iştirak konusunda genel olarak bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 278-279.

¹³⁸⁶ **Öz**, Eleştiri, s. 153-154; **Öz**, Dönme, s. 263; **Ayan**, s. 272.

alacaklılarının koydurduğu hacze rağmen, iade konusu bir taşınmazsa açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasında, taşınırsa istihkak davasında, istihkak iddiasında bulunarak iade konusu taşınmazı veya taşınırı hacizden arî olarak geri alabilir¹³⁸⁷.

Yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönen iş sahibinin önceden yükleniciye devrettiği arsa payı veya bağımsız bölümleri yüklenicinin alacaklılarının koydurduğu hacizlerle yüklü olarak mı, yoksa hacizlerden arî olarak mı geri alacağı konusunda Yargıtay kararları arasında içtihat birliği yoktur. Yargıtay'ın bu durumda iş sahibinin iade konusunu **hacizle yüklü**¹³⁸⁸ olarak geri alacağı yönünde kararları olduğu gibi, **hacizden arî**¹³⁸⁹ olarak geri alacağı yönünde içtihatları da vardır.

¹³⁸⁷ **Öz**, Dönme, s. 263; **Ayan**, s. 272. Ancak aynî etkili dönme görüşü taraftarlarından **Öz**, burada iade konusunun taşınmaz veya taşınır olmasına göre bir ayırım yapmaktadır. **Öz**, taşınırlarda soyutluk ilkesini kabul ettiğinden, iade konusu bir taşınırsa, taşınırın mülkiyetinin sözleşmeden dönme ile birlikte kendiliğinden iade alacaklısına geçmeyeceğini, iade alacaklısının ancak iadeye ilişkin olarak iade borçlusuna karşı ileri sürebileceği şahsî bir talep hakkı bulunduğunu savunmaktadır. Yazara göre, bu durumda, taşınmazlarda olduğundan farklı olarak, iade alacaklısı, hacizli taşınır üzerinde istihkak iddiasında bulunamaz. O, taşınır üzerindeki haczi kaldırtamaz, ancak hacze iştirak edebilir. **Öz**, Dönme, s. 264.

¹³⁸⁸ Yarg. 15. HD., 10.12.1990 T., 1315/5386: “Müdahil Z.Y. davalı yüklenici şirketten alacaklı olduğunu ve şirket adına kayıtlı bulunan bağımsız bölümler üzerine **haciz koydurduğunu** ileri sürerek davaya katılmıştır. Mahkeme yüklenici üzerindeki tüm mükellefiyetlerin de kaldırılmasına karar vermiştir. (...) Tapu üzerindeki tüm mükellefiyetlerin kaldırılmasına karar verilmekle müdahil Z.Y.’nin haciz şerhleri de kaldırılmış olmaktadır. Bu durumun anılan müdahilin hukukuna müessir olduğu kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle yüklenici davalının davacı özel idareden alması gerekli miktar üzerine haciz konulmadan davalı **yüklenici üzerindeki tapunun iptali ile tüm mükellefiyetlerin de kaldırılmasına** karar verilmesi **yasaya aykırı** olup bozma nedenidir.” (www.kazanci.com). Bu karar için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 172 dn. 15.

¹³⁸⁹ Yarg. 15. HD., 30.3.1998 T., 406/1259: “Tapu kayıtların her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, sözleşmenin feshi nedeniyle tekrar arsa sahiplerine dönen tapu kaydına, üçüncü kişiler tarafından koydurulan **haciz şerhlerinin de kaldırılması** gerekir.” (YKD., 1998/10, s. 1499-1500). Bu karar için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 172-173 dn. 15.

dd. Sözleşmeden Dönmenin Yüklenicinin İflâsı İle İlişkisi

Yüklenicinin iflâs etmesi, eser sözleşmesini sona erdirmez¹³⁹⁰. Eser sözleşmesi iflâsın açıldığı anda hangi aşamada bulunuyorsa, o hali ile iflâs masasına girer. İş sahibi o anda müflis yükleniciye karşı ne gibi hak ve yetkilere sahipse, artık masaya karşı da, kural olarak bu hak ve yetkilere sahiptir.¹³⁹¹ Şu halde, iş sahibi yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü üzerine eser sözleşmesinden döndükten sonra yüklenici iflâs etmişse, yani iş sahibi **iflâstan önce** sözleşmeden **dönmüş** bulunuyorsa durum ne olur? Tasfiye tamamlanmışsa, iş sahibi iade konusunun mülkiyetini tekrar elde etmiş olacağından, bu itibarla da iade konusu iflâs masasına girmeyeceğinden, mesele yoktur¹³⁹². Ancak yüklenici iflâs ettiğinde tasfiye henüz tamamlanmamışsa, örneğin sözleşmeden dönen iş sahibinin önceden yükleniciye peşinen vermiş olduğu sözleşme bedeli veya devrettiği arsa payları ya da bağımsız bölümler henüz kendisine iade edilmemişse durum ne olur? İş sahibinin bedel borcunun bir miktar **para** ödeme olduğu durumlarda, iş sahibinin yükleniciye önceden ödediği bu paranın iadesi talebi şahsî bir talep teşkil edecek, iş sahibi bu meblağı iflâs alacağı olarak iflâs masasına yazdırıp iflâsın tasfiyesi sonunda payına düşeni alabilecektir¹³⁹³. İade konusu bir **taşınmaz**sa, iş sahibinin iflâs masasına karşı hangi taleplerde bulunabileceği, sözleşmeden dönmeye

¹³⁹⁰ **Kuru**, s. 225; **Tercan**, s. 13.

¹³⁹¹ **Tercan**, s. 12.

¹³⁹² Satım sözleşmesinde satıcının alıcının iflâs etmesinden önce sözleşmeden dönmesi ile ilgili olarak bkz. **Tercan**, s. 191.

¹³⁹³ Gerek dönüşüm teorisi, gerekse de sebepsiz zenginleşme ve kanunî borç ilişkisi görüşleri, sözleşmeden dönmeye bağlı tüm iade taleplerinin şahsî nitelikte talepler olduğunu kabul etmektedir. İade konusu bir para borcu ise, aynî etkili dönme görüşünün kabul edilmesi de bu sonucu değiştirmez. Zira aynî etkili dönme görüşü iade konusu edimin yüklenicinin kendi misli malları ile karıştığı hallerde, artık istihkak davası açılmayacağı için, iadenin sebepsiz zenginleşme davası ile yani aynî değil, şahsî bir dava ile talep edileceğini kabul etmektedir. Para borçlarının iadesi talebi de bu kapsamda değerlendirilebileceğinden, bu görüş bakımından da iade konusu para ise, iade talebi şahsî bir taleptir. **Ehrt**, N 485; **Buz**, Dönme, s. 201, 205.

aynî bir etki tanınıp tanınmamasına göre farklılık gösterir. Konuyu arsa paylarının veya bağımsız bölümlerin iadesi bakımından ele alırsak: Bizim de katıldığımız **dönüşüm teorisine** göre, sözleşmeden dönen iş sahibinin iade talebi şahsî bir taleptir ve önceden yükleniciye devredilen bu taşınmazların mülkiyeti dönme hakkının kullanılması ile birlikte kendiliğinden iş sahibine dönmez. Buna göre, iş sahibi, bunların iadesine yönelik alacağını bir iflâs alacağı olarak iflâs masasına yazdıracak; iflâsın tasfiyesinin ardından payına düşen kısmı alacaktır¹³⁹⁴. Kanaatimizce bu sonuç adaletsiz değildir. Zira sözleşmeden dönen iade alacaklısını, diğer iflâs alacaklılarından üstün bir konuma getirmek için sebep yoktur. Buna karşılık, **aynî etkili** dönme görüşüne göre sözleşmeden dönme ile birlikte önceden yükleniciye devrettiği taşınmazların mülkiyeti kendiliğinden iş sahibine döndüğünden, bu görüş kabul edildiği takdirde, iş sahibi halen yüklenicinin malvarlığında yer aldığı için iflâs masasına giren bu iade konusu taşınmazları istihkak iddiasında bulunarak iflâs masasından çıkarıp aynen geri alabilecektir¹³⁹⁵.

İş sahibinin yüklenici **iflâs etikten sonra** eser sözleşmesinden **dönüp dönemeyeceği** konusu, iş sahibinin yüklenicinin iflâsından önce kendi edimini ifa etmiş olup olmadığına göre bir **ayırım** yapılarak incelenmelidir. İş sahibi, yükleniciye eser sözleşmesinde taahhüt ettiği bedeli **iflâstan önce ödemişse**, yani yükleniciye kararlaştırılan ücreti vermiş veya arsa payını temlik etmişse, bu duruma **İİK m. 199** hükmü kıyasen uygulanır¹³⁹⁶. İİK m. 199'a göre "İflâsın açılmasından evvel borçluya

¹³⁹⁴ Serozan, Dönme, s. 95, 569.

¹³⁹⁵ Ayan, s. 272.

¹³⁹⁶ İİK m. 199 hükmü satım sözleşmeleri için kaleme alınmışsa da, hükmün amacı göz önünde tutulduğunda, bu hükmün eser sözleşmesi gibi diğer tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere de kıyasen uygulanabilecek mahiyette olduğu doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Bu görüşte: **Öz**, Eleştiri, s. 155; **Ayan**, s. 272. İş sahibinin yüklenicinin iflâsından önce edimini tamamen değil, ancak **kısmen yerine getirdiği**, örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye kalacak arsa paylarının bir kısmını

bir **mal** satıp **teslim eden** satıcı, fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akdi feshedemez ve sattığını geri alamaz". Buna göre, iflâstan önce kendi edimini yerine getirmiş olan iş sahibi, yüklenici temerrüde düşmüş olsa dahi **eser sözleşmesinden dönemez**¹³⁹⁷. İflâsın açılmasından sonra **sözleşmeden dönemeyen** ve kendi **edimini yerine getirmiş bulunan iş sahibinin**, eser sözleşmesinden doğan eserin meydana getirilmesi ve teslimine ilişkin müflis yükleniciye karşı sahip olduğu alacağı, bir **iflâs alacağı** teşkil eder. Konusu para olmayan iflâs alacakları İİK m. 198 c. 1 gereği iflâs masasından para alacağına çevrilerek istenebilir¹³⁹⁸. Buna göre, iş sahibi iflâs masasını eserin meydana getirilerek kendisine teslimine, yani aynen ifaya zorlayamazsa da, yüklenicinin teslimini taahhüt etmiş olduğu eserin iflâsın açıldığı andaki değerini iflâs masasından isteyebilir¹³⁹⁹. İş sahibi, mütemerrit yüklenici karşısında aynen ifadan vazgeçerek, müsbet zararını iflâs alacağı olarak iflâs masasına yazdırmayı da tercih

yükleniciye devrettiği hallerde durum ne olur? Bu takdirde, iş sahibine henüz yerine getirmediği kısımlar bakımından teminat istemek ve teminat gösterilmezse sözleşmeden dönmek yetkisi tanınmalıdır. Satım sözleşmesinde satıcının edimini tamamen yerine getirmediği durumlara ilişkin olarak bkz. **Tercan**, s. 188.

¹³⁹⁷ Belirtmek gerekir ki, iflâsın açılmasından sonra, iş sahibi, borcu müflis yüklenicinin yerine ifa edip etmeyeceğini bildirmesi için iflâs idaresine süre verebilir. Bu konuda, bkz. **Berkin**, s. 238.

¹³⁹⁸ İş sahibi, iflâs masasını aynen ifada bulunmaya, yani kararlaştırılan eseri teslimine zorlayamaz. Fakat şahsen ifası zorunlu olmayan bir eser söz konusu olup da, borcun aynen ifası masanın çıkarlarına daha uygunsa, iflâs masası sözleşmeye girerek borcu aynen yerine getirme kararı alabilir (İİK m. 198 c. 2). Bu konuda, bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 530; **Tercan**, s. 93 vd. İş sahibinin eser sözleşmesinden doğan alacağı, iflâs masasının aynen ifaya karar vermesi ile birlikte, artık sıradan bir iflâs alacağı olmaktan çıkar; masa alacağı haline gelir. İflâs masasının aynen ifa kararı verdikten sonra eserin tesliminde temerrüde düşmesi halinde, iş sahibinin temerrütten doğan tüm talepleri (örneğin gecikme tazminatı, müsbet zararın tazmini, menfi zararın tazmini gibi) iflâs masası tarafından iş sahibine masa borcu olarak ödenir. **Tercan**, s. 99-100.

¹³⁹⁹ İş sahibi eser için sözleşmede kararlaştırılan bedeli değil, teslimi kararlaştırılan eserin iflâsın açıldığı andaki değerini iflâs masasından talep edebilir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 530.

edebilir¹⁴⁰⁰. Her iki halde de, iş sahibi iflâs alacağına isabet eden garameyi iflâs masasından talep edebilir¹⁴⁰¹.

İş sahibi yüklenicinin **iflâsından önce** sözleşmede kararlaştırılan **bedeli ödememiş** durumda ise, yani henüz yükleniciye ücret ödememiş veya arsa payı temlik etmemişse, İİK m. 199 hükmü uygulama alanı bulmaz. İş sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine yüklenici iflâs etmiş olsa dahi, eser sözleşmesinden dönebilir¹⁴⁰². Zaten, burada, sözleşmeden dönen iş sahibi yükleniciye karşı kendi edimini yerine getirmediğinden, onun, ne müflis yükleniciden, ne de iflâs masasından iadesini talep edebileceği bir şey vardır.

ee. Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilerin Dönülen Sözleşme İçin Vermiş Oldukları Teminatlara Etkisi

İş sahibinin yükleniciye karşı sahip olduğu eserin meydana getirilmesi ve teslimine ilişkin alacağı, kefalet, rehin veya garanti sözleşmesi ile üçüncü bir kişi tarafından teminat altına alınmış olabilir. Bu takdirde, iş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesinin üçüncü kişinin vermiş olduğu bu teminatlara etkisi ne olur? Bir başka deyişle, yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü olan eserin tamamlanarak iş sahibine teslimi borcunu temin etmek üzere verilmiş olan bu teminatlar, iş sahibinin sözleşmeden

¹⁴⁰⁰ **Ayan**, s. 272.

¹⁴⁰¹ Satım sözleşmesinde alıcının iflâsı halinde satıcının sahip olduğu haklar bakımından bkz. **Berkin**, s. 235; **Tercan**, s. 187-188.

¹⁴⁰² Bu durumda, yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düşmemiş olsa dahi, iş sahibi yüklenicinin iflâsı üzerine BK m. 82 hükmüne dayanarak sözleşmeden dönebilir. Zira BK m. 82'ye göre "Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akitte âkitlerden birinin borcunu edadan âciz olması ve bilhassa **iflâs** veya aleyhindeki haczin neticesiz kalması sebebi ile diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse, bu taraf, lehindeki borcun ifası temin edilinceye kadar kendisine terettüp eden borcun ifasından imtina ve talebi üzerine bu teminat münasip bir müddet içinde verilemediği surette **akdi feshedebilir.**" **Kuru**, s. 225; **Tercan**, s. 120 vd.

döndükten sonra yükleniciye yöneltebileceği **iade talebi** ve **menfî zararının tazminine** ilişkin talebi bakımından geçerliliklerini korurlar mı?

Yukarıda bahsedilen meselenin çözümü bakımından önemli olan noktalar bir yandan kefalet, rehin ve garanti gibi teminatların **asıl borçtan bağımsız** olup olmadığı, diğer yandan da **tarafların** teminat sözleşmesinde bu konuya ilişkin bir düzenleme yapıp yapmadıklarıdır. Teminat temin ettiği borcun fer'i ise, bu borcun sona ermesi ile birlikte teminat da kendiliğinden sona erer. Buna karşılık teminat asıl borçtan bağımsızsa, asıl borcun sona ermesine rağmen varlığını korur. **Kefalet** ve **rehin**, temin ettiği borca bağlı yani **fer'i** teminatlardır. Bu itibarla, alacak sona erdiğinde, kefalet (BK m. 492) ve rehin (BK m. 113 f. 1) de sona erer¹⁴⁰³. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesi ile birlikte, dönmenin borçtan kurtarıcı etkisi gereği (BK m. 108 f. 1), yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim yükümlülüğü, diğer bir deyişle asıl borç sona erer. Aslı edim yükümlülüklerinin ifasını teminat altına almak için kurulmuş olan **kefalet ve rehin** de, fer'ilik ilkesi gereği, temin ettikleri asıl borcun sona ermesi ile birlikte **sona erer**¹⁴⁰⁴. Buna karşılık, taraflar kefalet

¹⁴⁰³ **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 747.

¹⁴⁰⁴ Sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşmenin ve bu sözleşmeden doğan borçların başlangıçtan itibaren ortadan kalktığını kabul eden klasik görüş kabul edildiğinde sonucun bu olacağı açıktır. Mesele dönüşüm teorisi bakımından tartışmalıdır. Dönüşüm teorisini savunan bazı yazarlara göre, sözleşme kurulurken verilen teminatlar dönme ile birlikte bu defa tasfiye ilişkisinde iade borçlarının ifası bakımından geçerliliklerini korur. **Gauch**, Rücktritt, s. 127; **Glasl**, s. 107-110; **Rochat**, N 799; **Serozan**, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi, s. 199; **Serozan**, Dönme, s. 89. Aksi görüşte: **Schmidlin**, s. 345. Aynî etkili dönme görüşünü savunmakla birlikte, dönüşüm teorisi kabul edilse dahi, sözleşmeden dönme ile birlikte bu sözleşmeden doğan aslı edim borçlarının ifasını temin etmek üzere verilen rehin ve kefaletin de sona ereceği görüşünde: **Öz**, Eleştiri, s. 170; **Öz**, Dönme, s. 264 dn. 171; **Buz**, Dönme, s. 148. Kanaatimizce, dönüşüm teorisi çerçevesinde de, sözleşmeden dönüldüğü takdirde, asıl borcu temin eden rehin ve kefaletin sona ereceği kabul edilmelidir. Zira aksi taraflarca teminat sözleşmesinde kararlaştırılmadıkça, edim yükümlülüğünün ifasına ilişkin teminat vermiş olan üçüncü kişinin durumunun ağırlaştırılarak, böyle bir taahhütte bulunmadığı halde, iade yükümlülüklerinin yerine getirilmesinden de sorumlu

veya rehin sözleşmesinde teminatın sadece aslî edim yükümlülüklerini değil, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde söz konusu olacak olan yüklenicinin **iade yükümlülüğünün ifasını** da temin edeceği hususunda anlaşmışlarsa, durum değişir. Bu takdirde, kefalet veya rehin iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine aslî edim yükümlülüğünün sona ermesi ile birlikte son bulmaz; iade yükümlülüğünün ifasını temin etmek üzere varlığını korur¹⁴⁰⁵. Keza kefalet veya rehin, eser sözleşmesinden doğan edim borcunun ifası için değil de, sözleşmeden dönme halinde söz konusu olacak **menfi zararın tazminini** teminat altına almak üzere verilmişse, sözleşmeden dönen iş sahibi, menfi zararının tazmini için kefile veya rehin verene başvurabilir¹⁴⁰⁶.

Garanti sözleşmesinde garanti edenin, örneğin üçüncü kişinin edimini taahhüt edenin (BK m. 110) durumu ise, kefilden ve rehin verenden farklıdır. Zira **garanti edenin** borcu, kefilden ve rehin verenden farklı olarak, asıl borcun varlığından, geçerliliğinden ve devamından **bağımsız** bir borçtur¹⁴⁰⁷. İş sahibi sözleşmeden dönse dahi, garanti sözleşmesi varlığını korur. Yüklenicinin edimini taahhüt eden üçüncü kişinin, iş sahibinin ifanın gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı **müsbet zararın tazmin** etme yükümlülüğü devam eder. O halde, sözleşmeden dönen iş sahibi, yükleniciden ancak menfi zararının tazmini talep edebileceği halde, garanti edenden, kural olarak müsbet zararının tazminini talep edebilir¹⁴⁰⁸. Buna karşılık, garanti, özel olarak iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde söz konusu olacak olan yüklenicinin iş

tutulmasının dayanağı yoktur. Bu itibarla, taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, akdin ifasına yönelik olarak verilmiş teminatların sözleşmeden dönme halinde iade borçlarına da teşmil edilememesi gerekir.

¹⁴⁰⁵ **Buz**, Dönme, s. 159; **Buz**, Tasfiye, s. 623.

¹⁴⁰⁶ **Tandoğan**, Cilt II, s. 775-776; **Öz**, Dönme, s. 265.

¹⁴⁰⁷ **CR-Meier**, Intro. Art. 492-512, N 24; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1109; **Tandoğan**, Cilt II, s. 812; **Öz**, Dönme, s. 266.

¹⁴⁰⁸ **Öz**, Dönme, s. 266. Garanti edenin borcunun, garanti alanın ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müsbet zararın tazmin borcu olduğu konusunda bkz. **Eren**, Borçlar Genel, s. 1112-1113

sahibinin **menfî zararını tazmin** etme borcu için verilmişse, iş sahibi garanti edenden, müsbet zararının değil, ancak menfî zararının tazminini talep edebilir¹⁴⁰⁹. Garanti, sadece yüklenicinin eseri tamamlayarak teslim etme edimi yani aslî edim yükümlülüğü bakımından verilmişse ki çoğunlukla durum budur, garanti eden, yüklenicinin iş sahibinin sözleşmeden dönmesi sonucu ortaya çıkan iade yükümlülüğünü ifa etmemesinden sorumlu tutulamaz. Zira o, bu konuda iş sahibine bir teminat vermiş değildir. Buna karşılık, garanti eden, garanti sözleşmesinde açıkça yüklenicinin sözleşmeden dönme halinde söz konusu olabilecek **iade yükümlülüğünü** yerine getirmesini de garanti etmişse, kuşkusuz bu iade ediminin yerine getirilmemesi bakımından garanti edenin sorumluluğuna gidilebilir.

4. Menfî Zararın Tazmini Talebi

BK m. 108 f. 2'ye göre “Borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdın hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.” Burada düzenlenen zarar türü, **menfî zarardır** (Vertrauensschaden/intérêt négatif)¹⁴¹⁰. Söz konusu hükümde yer alan “akdın hükümsüzlüğünden kaynaklanan zarar” ifadesi, menfî zarar tazminatının dayanağını açıklamakta yetersiz kaldığından, isabetsiz bir ifadedir¹⁴¹¹. Zira burada düzenlenen tazminatın dayanağı, esasen, sözleşmeden dönen **alacaklının** sözleşmenin kararlaştırılan yönde, yani ifaya yönelik olarak hüküm ifade etmeye devam edeceğine, diğer bir deyişle, sözleşmenin taahhüt

¹⁴⁰⁹ **Öz**, Dönme, s. 266.

¹⁴¹⁰ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2808; **Schenker**, Verzug, N 742; **Anex**, s. 105 vd.; **Ehrat**, N 586; **Öz**, Dönme, s. 284; **Buz**, Dönme, s. 240; **Ergüne**, s. 256. Aksi görüşte: **Glättli**, s. 242-243; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 970-971; **Serozan**, Dönme, s. 588-589. Aksi görüşteki bu yazarlar, sözleşmeden dönen alacaklının tazminat talebinin onun uğradığı menfî zararlarla sınırlanamayacağı görüşündedirler.

¹⁴¹¹ **von Tuhr/Peter**, s.86; **Anex**, s. 104-105; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 344 dn. 64; **Ergüne**, s 43.

edildiği biçimde ifa edileceğine yönelik **güveninin** borçlu tarafından **boşa çıkarılmış** olmasıdır¹⁴¹². Borçlu temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklıya tanınan menfi zarar tazminatı talebi, hukukî niteliği itibariyle **sözleşmeden doğan bir taleptir**¹⁴¹³.

a. Tanımı ve Amacı

Sözleşmeden dönen alacaklının borçludan tazminini talep edebileceği **menfi zarar**, alacaklının döndüğü sözleşmenin kurulmuş olmasından dolayı uğradığı, sözleşme kurulmamış olsaydı uğramayacak olduğu malvarlığı zararıdır¹⁴¹⁴. Bu noktada

¹⁴¹² Meseleye bu açıdan yaklaşıldığında, alacaklının menfi zararının tazminini talep edebilmesi bakımından, sözleşmeden dönme ile birlikte sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını savunan klâsik teorinin veya sözleşmeden dönme üzerine sözleşmenin tasfiye ilişkisine dönüştüğünü savunan dönüşüm teorisinin kabul edilmesinin bir önemi yoktur. Diğer bir deyişle, menfi zarar tazminatı talebinin temeli, alacaklının ihlâl edilen güveninde bulunduğu, **dönüşüm teorisinin** kabulü, **menfi zarar tazminatı** talebini **dışlamaz**. Zira dönüşüm teorisi de klâsik görüş gibi borçlunun temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönen alacaklının sözleşmenin kararlaştırıldığı biçimde ifa edileceğine ilişkin güveninin boşa çıktığını kabul etmektedir. Bkz. **Piotet**, s. 12; **Ergüne**, s. 262-263. Aksi görüşteki bazı klâsik görüş yanlılarına göre ise, dönüşüm teorisine göre sözleşme dönmeden sonra da halen devam ediyorsa, BK m. 108 f. 2'deki ifade ile "sözleşmenin hükümsüzlüğü"nden doğan zararın tazminini talep edilmesi, anlamsız olur. Bu görüşte: **Keller/Schöbi**, s. 277; **Ehrat**, N 397; **Öz**, Eleştiri, s. 163. Kanaatimizce, BK m. 108 f. 2'de yer alan "sözleşmenin hükümsüzlüğü" ifadesine sıkı sıkıya bağlı kalınsa dahi, bu ifadeden ancak sözleşmenin "ifaya" yönelik olarak hüküm ifade etmediği anlamı çıkarılabilir. Yoksa sözleşmenin "iadeye" yani tasfiyeye ilişkin hüküm ifade edip etmediğiyle ilgili bir sonuç çıkarılamaz. Açıktır ki, dönüşüm teorisinde de sözleşmenin içeriğinin ifaya yönelik olarak devam ettiği iddia edilmemekte, sözleşmenin yalnız tasfiyeye yani iade ilişkisine yönelik devam ettiği savunulmaktadır.

¹⁴¹³ **von Büren**, s. 380, N 83; **von Tuhr/Escher**, s. 157; **Anex**, s. 110; **Monod**, s. 164; **Piotet**, s. 12; **Rochat**, N 791; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1081. Bu yönde, BGE 107 II 161 vd. = JdT 1981 I 582 vd. Talebin bu sözleşmesel niteliği dönüşüm teorisi ile uyumludur. Zira kusuruyla borç ilişkisini ihlâl eden tarafı diğer tarafın menfi zararını tazmin ile yükümlü kılmak da, tasfiye halindeki sözleşmenin gereklerinden ve etkilerinden biridir. **Piotet**, s. 12.

¹⁴¹⁴ **Schenker**, Verzug, N 744; **Monod**, s. 163; **Stanislas**, s. 44; **Buz**, Dönme, s. 240; **Ergüne**, s. 256. Yarg. HGK., 5.7.2006 T., 2006/13-499 E., 2006/507 K.: "Menfi zarar, uyulacağı ve yerine getirileceğine inanılan bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesi ve yerine getirilmemesi yüzünden güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğranılan zarardır. Başka bir anlatımla, sözleşme yapılmıyaydı uğranılmayacak olan zarardır. Menfi zarar, borçlunun sözleşmeye aykırı hareket etmesi yüzünden, sözleşmenin hüküm ifade etmemesi dolayısıyla ortaya çıkar." (www.kazanci.com).

sorulacak soru şudur: Alacaklının malvarlığı durumu, onun döndüğü sözleşme hiç kurulmamış olsaydı ve alacaklı da sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek hareket etmeseydi şu anda ne durumda olacaktı? Buna göre, sözleşmeden dönen alacaklının mevcut malvarlığı durumu ile sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumu arasındaki **fark**, onun menfi zararını oluşturur¹⁴¹⁵. Buradan da anlaşılacağı üzere, menfi zarar tazminatının amacı, iş sahibini, eser sözleşmesinin kurulmasından önceki malvarlığı durumuna getirmek değil, eser sözleşmesi kurulmasaydı malvarlığı bakımından bugün içinde bulunacağı farazî duruma getirmektir¹⁴¹⁶.

b. Menfi Zararın Tazmini Talebinin Kusurla İlişkisi

BK m. 108 f. 2’de yer alan “borçlu kendisine hiçbir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse” ifadesinden de açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşmeden dönen iş sahibi, ancak **yüklenici** borcun ihlâlinde yani temerrüde düşmekte **kusurlu** ise, ondan menfi zararını tazmin etmesini talep edebilir¹⁴¹⁷. Temerrüde düşmekte kusurunun bulunmadığını ispat yükü ise, yüklenicidedir¹⁴¹⁸. Zararın meydana gelmesinde veya artmasında **iş sahibinin ortak (müterafik) kusurunun** bulunması, kural olarak onun

¹⁴¹⁵ Schenker, Verzug, N 744; Glasl, s. 116; Ehrat, N 591; Monod, s. 163; Stanislas, s. 44-45; Eren, Borçlar Genel, s. 1079; Öz, Dönme, s. 284-285; Buz, Dönme, s. 240-241; Ergüne, s. 41.

¹⁴¹⁶ Ergüne, s. 351 ve oradaki dn. 180’de zikredilen yazarlar.

¹⁴¹⁷ Sözleşmeden dönmeye bağlı menfi zarar tazminatı bakımından borçlunun kusuru, onun sözleşmeyi ihlâl etmekte kusurlu olmasını ifade eder. Öz, Dönme, s. 271; Ergüne, s. 52. Yukarıda, “yüklenicinin kusurunun temerrüdün sonuçları ile ilgisi” bahsinde, yüklenicin hangi hallerde temerrüde kusuruyla düşmüş sayılacağını ayrıntılı olarak incelemiştik. Bu sebeple, bu konuda oradaki açıklamalarımıza gönderme yapmakla yetiniyoruz.

¹⁴¹⁸ Kusurunun bulunmadığını ispat yükünün sözleşmeyi ihlâl eden yüklenicide olması, BK m. 96 hükmüyle paraleldir. Öz, Dönme, s. 282; Ergüne, s. 321.

menfî zarar tazminatı talebinde bulunmasına engel değildir¹⁴¹⁹. Örneğin iş sahibi sözleşme konusu eserin teslim edileceği inancıyla bunun muhafazası için normalde aylığı 200 TL.ye kiralanabilecek bir depoyu 800 TL.ye kiralamışsa, yüklenici eseri teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmüş olsa da, zararın artmasında iş sahibinin de ortak kusuru vardır. İş sahibi bu durumda da menfî zararının tazminini talep edebilir; ancak zararın doğumunda veya artmasında iş sahibinin ortak kusurunun bulunması, menfî zarar tazminatından indirim sebebi teşkil eder (BK m. 44 f. 1'e kıyasen)¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁹ Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da vardır. Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 9.6.1994 T., 1993/3607 E., 1994/3784 K.: "BK.nun 108/2. maddesi gereğince fesih halinde menfî zararların istenebilmesi için, istemde bulunan tarafın hiçbir kusurunun bulunmaması gerekir."(www.kazanci.com).

¹⁴²⁰ **Schenker**, Verzug, N 764; **Chavanne**, N 285; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1081; **Ergüne**, s. 365. Yarg. 15. HD., 26.5.2008 T., 2008/296 E., 2008/3347 K.: "haklı nedenlerle sözleşmeyi fesheden taraf BK.nun 108 ve 96. maddeleri uyarınca olumsuz (menfî) zararlarını isteyebilir. Ancak bu zararın hesabında BK.nun 98. maddesinin yollamasıyla 44. madde hükmü gözetilmelidir. Diğer bir anlatımla yeni ihalenin yapılmasında makul süre geçirilmiş ve bu nedenle borçlunun zararı artmışsa artan zarardan borçlu sorumlu tutulamaz. Borçlunun sorumlu olduğu zarar miktarının makul süre içinde yapılacak yeni ihalenin fiyat ve koşullarına göre belirlenmesi gerekir." (www.kazanci.com). Yargıtay böyle durumlarda indirilmiş menfî zararı şu şekilde hesaplamaktadır: Yarg. 15. HD., 3.2.1997 T., 1997/47 E., 1997/556 K.: "Eğer, ikinci ihale, makul süreden çok sonra yapılmış ve böylece zararın artmasına iş sahibi neden olmuşsa, sözleşmeden dönülmesini müteakip, en kısa zamanda bu işin hangi tarihte ikinci ihaleye çıkarılabileceği tespit edilerek, bu tarihte iş sahibinin ödemek zorunda kalacağı ikinci ihale bedeli ile iş sahibinin kaçırdığı fırsat arasındaki fark da olumsuz zararın bir başka hesap tarzıdır." (www.kazanci.com). Fakat ortak kusurun tazminattan indirim sebebi teşkil edebilmesi için, iş sahibinin ortak kusurunun zararın meydana gelmesinin başlıca etkeni olmaması gerekir. Zararın doğumunda iş sahibinin ortak kusuru başlıca etkense, yüklenicinin kusurlu davranışı ile doğan zarar arasındaki uygun nedensellik bağı kesilir; yüklenicinin tazminat sorumluluğu doğmaz. **Oğuzman/Öz**, s. 580.

c. Sözleşmeden Dönmede Müsbet Zararın Tazmininin Talep Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Sözleşmeden dönen alacaklının borçludan **müsbet zararının tazminini** talep edip edemeyeceği tartışmalıdır. Azınlıkta kalan bir görüşe¹⁴²¹ göre, borçlu temerrüdü durumunda sözleşmeden dönme, sözleşmeden dönen alacaklının müsbet zararının tazmini talep etmesine engel değildir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız hâkim görüşe¹⁴²² göre, sözleşmeden dönen alacaklı, kural olarak sadece menfi zararının tazminini talep edebilir. Buna göre, sözleşmeden dönen iş sahibi yükleniciden menfi zararıyla birlikte veya menfi zararının yerine müsbet zararını tazmin etmesini talep edemez. Gerçekten de, bugün yürürlükte olan pozitif hukuk bakımından konuya yaklaşıldığında, BK m. 106 f. 2 ve BK m. 108 hükümlerinin açık ifadelerinden, kanun koyucunun ifa yerine müsbet zararın tazmini talebi ile sözleşmeden dönerek menfi zararın tazmini talebini alacaklıya içlerinden yalnız birini seçebileceği iki alternatif olarak sunduğu anlaşılmaktadır¹⁴²³. Aynen ifadan vazgeçen iş sahibi ya ifa edilmeyen

¹⁴²¹ **Glättli**, s. 242-243; **Serozan**, Dönme, s. 589 vd.; **Serozan**, İfa, s. 236; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 970-971.

¹⁴²² **BaK-Wiegand**, Art. 109, N 8; **Schenker**, Verzug, N 742; **Glasl**, s. 281; **Ehrat**, N 590; **Stanislas**, s. 41 vd.; **Monod**, s. 163; **Engel**, Traité, s. 735-736; **Morin**, s. 368; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1079; **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 555; **Öz**, Dönme, s. 285; **Buz**, Dönme, s. 272.

¹⁴²³ Mevcut düzenleme bakımından İsviçre-Türk borçlar hukukunda sözleşmeden dönen alacaklıya ancak menfi zararın tazminini talep etme imkânı tanındığı açıktır. Bununla birlikte, sözleşmeden dönme halinde, alacaklıya menfi zararın tazmini veya müsbet zararın tazmini imkânı verilmesi tümüyle kanun koyucunun bu alandaki tercihinin bağlı bir meselesidir. Yoksa sözleşmeden dönmenin mutlaka müsbet zarar tazminatı talebini dışladığı söylenemez. Zira borçlunun sözleşmeyi ihlâl etmesi, sadece alacaklının sözleşmenin ifa edileceğine ilişkin güveninin boşa çıkmasına değil, aynı zamanda onun ifaya ilişkin menfaatinin zarar görmesine de sebep olur. Kuşkusuz, bu durum sözleşmeden dönen alacaklının menfi zarar tazminatı ile müsbet zarar tazminatını birlikte isteyebileceği anlamına gelmez. Ancak tazminat meselesine iki farklı açıdan da yaklaşılabilir. İşaret eder. **Lemp**, s. 53; **Glättli**, s. 240 vd.; **Morin**, s. 368; **Ergüne**, s. 260, 263. Örneğin Alman hukukunda önceleri sözleşmeden dönen alacaklı müsbet veya menfi zararının tazminini talep etme hakkına sahip değildi. Ancak 2002 yılında getirilen yeni düzenlemeyle birlikte borçlu temerrüdü halinde sözleşmeden dönen alacaklıya borçludan tazminat talep etme hakkı tanınmıştır

edimin yerine müsbet zararının tazminini talep edecektir (BK m. 106 f. 2) ya da sözleşmeden dönüp menfî zararının tazminini isteyecektir (BK m. 108 f. 2). İsviçre Federal Mahkemesi'nin¹⁴²⁴ ve Yargıtay'ın¹⁴²⁵ içtihatları da bu hâkim görüş yönündedir. O halde, sözleşmeden dönen iş sahibi yükleniciden örneğin, cezaî şartın¹⁴²⁶, gecikme tazminatının veya bu tazminatın götürü olarak kararlaştırıldığı kira tazminatının¹⁴²⁷, eksik iş bedelinin¹⁴²⁸, inşası tamamlanmayan bağımsız bölümlerin kiraya

(§ 325 BGB). Alman hukukundaki bu yeni düzenlemeye göre, sözleşmeden dönen alacaklı, İsviçre-Türk borçlar hukukundaki durumdan farklı olarak, borçludan müsbet zararının tazminini (§ 281 BGB) veya menfî zararının tazminini (§ 284 BGB) talep etme konusunda tercih hakkına sahiptir. Bu konuda bkz. **Emmerich**, s. 298 vd. Bkz. ayrıca, Türk hukukunda da olması gereken hukuk (de lege ferenda) bakımından sözleşmeden dönen alacaklıya müsbet zararın tazmini ile menfî zararın tazmini arasında seçim hakkı tanınmasının en uygun çözüm olduğunu savunan: **Ergüne**, s. 268.

¹⁴²⁴ BGE 69 II 243 = JdT 1944 I 136; BGE 90 II 285 = JdT 1965 I 130; BGE 123 III 22.

¹⁴²⁵ Yarg. HGK, 17.1.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1 K.: "Hukuk öğretisinde menfî-müsbet zarar ayırımının adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek terk edilmesi önerilmektedir (Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 630 vd.). Bu görüşe göre, Borçlar Kanununun 108. maddesinde anılan zarar, "doğrudan doğruya sözleşmenin zamanında ifa edileceği yolunda beslenmiş bir güvenin sarsılmasından kısacası sözleşmeye aykırılıktan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle 108. maddenin söz konusu olduğu durumlarda da müsbet zarar esas alınmalıdır. Ne var ki bu görüş kabul edildiğinde Borçlar Kanununun 106. maddesinde getirilen ayırımın hiç bir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müsbet-menfî zarar ayırımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir." (www.kazanci.com). Sözleşmeden dönme halinde alacaklının sadece menfî zararının tazminini talep edebileceği yönünde: Yarg. 15. HD., 23.10.2003 T., 2003/1873 E., 2003/4992 K. (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., 3.7.2002 T., 2002/1147 E., 2002/3663 K. (www.kazanci.com).

¹⁴²⁶ Yarg. 15. HD., 8.11.2002 T., 2826/4884: "Cezaî şart ile eksik işler bedeli, müsbet zarar kapsamında olup, bu kalem alacakların istenebilmesi için sözleşmeden dönülmemiş olması gerekir." (**Karataş**, s. 539); Yarg. 15. HD., 1.10.2004 T., 2004/4834 E., 2004/4802 K. (www.kazanci.com).

¹⁴²⁷ Yarg. 15. HD., 4.11.2003 T., 2003/1996 E., 2003/5202 K. (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., 3.7.2002 T., 2002/1147 E., 2002/3663 K. (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., 12.5.1998 T., 1998/525 E., 1998/ 1942 K. (**Kostakoğlu**, s. 910-911); Yarg. 15. HD., 1.4.1997 T., 1997/1384 E., 1997/1763 K. (**Kostakoğlu**, s. 897).

¹⁴²⁸ Yarg. 15. HD., 23.2.1998 T., 73/627: "Olumlu (müsbet) zarar (positive Interesse) kapsamında kalan kira kaybı ve eksik işler bedeli, sözleşmeden dönen tarafın -hakkı dahi olsa- isteyebileceği alacak kalemlerinden değildir."(**Karataş**, s. 534); Yarg. 15. HD., 10.10.1991 T., 1991/1445 E., 1991/4708 K. (**Kostakoğlu**, s. 786).

verilememesinden ötürü uğradığı kira kaybının¹⁴²⁹, döndüğü sözleşmeden elde etmeyi amaçladığı kârın kaybının¹⁴³⁰ tazminini, kural olarak talep edemez¹⁴³¹. Zira bunlar müsbet zarar kalemleridir. Ancak Borçlar Kanunu'nun borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin hükümleri **emredici** nitelikte **değildir**. Bu sebeple, sözleşmeden dönen iş sahibi, ancak taraflar aksini kararlaştırmadıkça, yükleniciden sadece menfi zararının tazminini talep edebilir. Buna karşılık, taraflar **sözleşmede**, sözleşmeden dönme halinde dahi talep edilebilecek **müsbet zarar** kalemleri **kararlaştırmışlarsa**, iş sahibi yükleniciden menfi zararına ek olarak bu müsbet zarar kalemlerinin de tazminini talep edebilir¹⁴³². Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹⁴³³. Kanaatimizce, sözleşmeden dönülse dahi bazı müsbet zarar kalemlerinin talep edilebileceğine ilişkin sözleşme hükmünün sözleşmeden döndükten sonra tasfiye sürecinde uygulanabilmesi, ancak bizim de

¹⁴²⁹ Yarg. 15. HD., 29.5.1991 T., 1991/5621 E., 1991/2849 K.: “Davacı sözleşmeyi feshederek, ödediği bedel ile mahrum kaldığı kira gelirin tahsilini istemiştir. Kira tazminatı isteği müsbet zarar içerisinde olduğu ve sözleşme feshedildiğine göre, davacı ancak BK'nun 108. maddesi gereğince verdiği ile menfi zararlarını isteyebilir.” (Kostakoğlu, s. 788); Yarg. 15. HD., 26.2.1991 T., 1990/4132 E., 1991/944 K. (Kostakoğlu, s. 789).

¹⁴³⁰ Yarg. 15. HD., 2.3.2005 T., 2004/1338 E., 2005/1165 K.: “Mahkemece pastane olarak işletilen işyerinin geç açılmasından doğan kar mahrumiyeti olarak 259.200.000 liranın da davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Oysa kâr kaybı müsbet zarar kavramı içindedir. Sözleşme iş sahibi davacı tarafından feshedildiğine göre Borçlar Kanununun 108. maddesi uyarınca sözleşmeyi fesheden taraf -verdiği dışında- ancak menfi zararını isteyebilir.” (www.kazanci.com).

¹⁴³¹ **Öz**, Dönme, s. 286; **Gümüş**, s. 86; **Ayan**, s. 278.

¹⁴³² **Kılıçoğlu**, Borçlar Genel, s. 555; **Öz**, Dönme, s. 296; **Ayan**, s. 278-279.

¹⁴³³ Yarg. 15. HD., 4.11.2003 T., 2003/1996 E., 2003/5202 K. (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., 3.7.2002 T., 2002/1147 E., 2002/3663 K. (www.kazanci.com); Yarg. 12.3.2007 T., 2006/623-2006/1522: “Davacı arsa sahibinin BK.nun 106. ve 108. madde hükümleri uyarınca ancak menfi zararlarını talep edebileceği gözetilmeyerek **sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığı** halde sözleşmenin 5. maddesi uyarınca müsbet zarar kapsamındaki gecikme tazminatı karşılığı 10.554 YTL. ye hükmedilmiş olması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.” (Kostakoğlu, s. 785); Yarg. 15. HD., 1.4.1997 T., 1997/1384-1763: “Gerek sözleşme ve gerekse ek sözleşmelerde davacı arsa sahibinin **sözleşmenin feshi halinde her türlü zararını isteyebileceğine dair bir hüküm bulunmadığına** göre, sadece sözleşmenin feshi ile yetinilmesi ve müsbet zarar niteliğindeki gecikme tazminatı isteminin reddi gerekirken (...)” (Kostakoğlu, s. 897); Yarg. 15. HD., 21.5.1990 T., 1990/2175-2339 (Kostakoğlu, s. 790).

katıldığımız dönüşüm teorisi ile açıklanabilir. Zira dönüşüm teorisi, sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını kabul etmemekte, sözleşme ilişkisinin tasfiyeye yönelik olarak, yani içerik değiştirerek devam ettiğini savunmaktadır. Buna karşılık, klâsik teorinin kabul ettiği gibi sözleşmeden dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığı kabul edilirse, dönme halinde söz konusu olacak tasfiye ilişkisine dair bu tür sözleşme hükümlerinin dönmeyle rağmen uygulanmasını açıklamak güçtür¹⁴³⁴.

d. Menfî Zararın Unsurları

Menfî zararın kapsamına gelince: Menfî zarar da müsbet zararda olduğu gibi, temel olarak, fiilî zarar (damnum emergens) ve yoksun kalınan kâr (lucrum cessans) başlıkları altında toplanabilecek unsurlardan oluşur¹⁴³⁵.

aa. Fiilî Zarar

Fiilî zarar başlığı altında toplanabilecek zarar kalemleri esasen sözleşme için yapılmış olan ve sözleşmeden dönme sonucunda konusuz hale gelen, yani boşa çıkan harcamalardan oluşur¹⁴³⁶. Konumuzla ilgili olarak bu harcamaların başlıcaları şunlardır:

- İş sahibinin eser **sözleşmesinin kurulması** için yaptığı veya buna doğrudan bağlı olan masraflar, iş sahibi bakımından menfî zarar teşkil eder¹⁴³⁷. Örneğin

¹⁴³⁴ Farklı görüşte: Klâsik görüşü savunan **Öz**'e göre, taraflar sözleşmede örneğin sözleşmeden dönüldüğü takdirde buna sebep olan tarafın diğer tarafa cezaî şart ödeyeceğini kararlaştırılmışlarsa, artık burada dönmenin sonuçlarına ilişkin özel bir anlaşma yapılmıştır. Tarafların böylece cezaî şartı dönmenin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak ortadan kaldıran etkisinin dışında tutmaları mümkündür. **Öz**, Dönme, s. 296.

¹⁴³⁵ **Comment**, s. 146-149; **Anex**, s. 118 vd.; **Stanislas**, s. 47; **Monod**, s. 164; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1079; **Buz**, Dönme, s. 243; **Ergüne**, s. 288.

¹⁴³⁶ **Stanislas**, s. 47; **Monod**, s. 164.

resmî şekle tâbi bir eser sözleşmesi akdedilmişse, iş sahibinin sözleşme kurulurken ödemek zorunda kaldığı harç ve giderler; iş sahibinin sözleşmeyi akdetmek için bir başka şehre gidip orada konaklaması halinde yol ve konaklama giderleri bu tür masraflardandır.

- İş sahibinin **sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek** yaptığı masraflar da bir diğer menfî zarar kalemidir. Bu kapsama öncelikle, yükleniciyi temerrüde düşürmeden önce yapılmış olmak kaydıyla, iş sahibinin **kendi ediminin ifası** için yaptığı masraflar girer¹⁴³⁸. Örneğin iş sahibinin eserde kullanılacak malzemeyi tedarik etmek için yaptığı masraflar, araziye inşaata hazır hale getirmek için, şantiye kurmak için harcadığı para, proje hazırlatma giderleri menfî zarardır¹⁴³⁹. İş sahibinin **karşı tarafın** yani yüklenicinin **edimini yerine getireceğine duyduğu güven** sebebiyle uğradığı malvarlığı zararları da, menfî zarar teşkil eder¹⁴⁴⁰. Örneğin yüklenicinin yerine yeni bir bina inşa edeceği inancıyla arsasındaki eski evini yıktıran iş sahibinin, evin yıkımından ötürü uğradığı evin değeri tutarında kayıp onun menfî zarardır¹⁴⁴¹. Keza, eski evini yıktıran iş sahibi, inşaat süresince başka bir evde kirada oturmak zorunda kalmışsa, bu kira gideri de fiilî zarardır¹⁴⁴². İş sahibinin **yüklenicinin ifa edeceğine inandığı edimi kabul** etmek için yaptığı hazırlıklara ilişkin

¹⁴³⁷ Schenker, Verzug, N 746; Engel, Traité, s. 735; Monod, s. 164; Ergüne, s. 289.

¹⁴³⁸ Stanislas, s. 47; Monod, s. 164; Buz, Dönme, s. 244; Ergüne, s. 291.

¹⁴³⁹ Öz, Dönme, s. 288; Buz, Dönme, s. 244; Ergüne, s. 291.

¹⁴⁴⁰ Buz, Dönme, s. 244; Ergüne, s. 291.

¹⁴⁴¹ Bu örnek için bkz. Öz, Dönme, s. 288; Buz, Dönme, s. 244-245.

¹⁴⁴² Zira şayet eser sözleşmesi kurulmuş olmasaydı, iş sahibi evini yıktırmayacaktı ve ikâme bir konuta kira bedeli ödemek zorunda kalmayacaktı. Yarg. 15 HD., 30.1.2002 T., 2001/4235 E., 2002/409 K.: “İnşaatın imara uygun hale getirilmesinin mümkün olmaması durumunda, mahkemece verilen fesih kararı sonucu itibariyle doğru olacağından, fesih yanında menfî zarar kapsamında olan sözleşmenin 9. maddesindeki oturlan yer kira bedelinin karar altına alınması, diğer isteklerin reddedilmesi gerekir.” (www.kazanci.com).

harcamalar da bu tür bir zarar kalemidir¹⁴⁴³. Örneğin dökme boru imalâtının söz konusu olduğu bir eser sözleşmesinde, iş sahibi bunları teslim almaya hazırlık olarak boruları muhafaza edeceği depoyu kiralamışsa, kira gideri bu tür bir giderdir.

- İş sahibinin yükleniciyle akdettiği sözleşmeden dönmesi sebebiyle üçüncü kişilerle akdetmiş olduğu sözleşmelerde kendi borcunu ifa edememesi sonucu **üçüncü kişilere ödediği cezaî şart** veya **tazminatlar** da menfi zarar teşkil eder¹⁴⁴⁴. Örneğin üçüncü kişiye satmak üzere yükleniciye imal ettirmek istediği iş makinelerinin yüklenici tarafından teslim edilmemesi üzerine eser sözleşmesinden dönen iş sahibi, bu sebeple üçüncü kişi ile akdettiği satım sözleşmesindeki teslim borcunda temerrüde düşmüşse, iş sahibinin üçüncü kişiye ödeyeceği cezaî şart, gecikme tazminatı vb. de menfi zarardır.

- İş sahibinin, temerrüt ihtarında bulunmak, ek süre tayin etmek, sözleşmeden dönme hakkını kullanmak için yaptığı masraflar ile **yargılama giderleri** ve avukata verilen vekâlet ücreti de iş sahibinin uğradığı menfi zararın kapsamında yer alır¹⁴⁴⁵.

- İş sahibinin **sözleşme ilişkisinin tasfiyesi** sebebiyle yaptığı masraflar da menfi zarara dâhildir¹⁴⁴⁶. Örneğin yarım kalan inşaatın imar mevzuatına aykırılık sebebiyle arsadan kaldırılmasının gerektiği durumlarda, iş sahibinin bu inşaatın topraktan kaldırılması ve enkazın yükleniciye gönderilmesi için yaptığı

¹⁴⁴³ Stanislas, s. 47; Monod, s. 164; Ergüne, s. 291.

¹⁴⁴⁴ Anex, s. 157; Schenker, Verzug, N 750; Stanislas, s. 48; BaK-Wiegand, Art. 109, N 9; Eren, Borçlar Genel, s. 1080; Buz, Dönme, s. 245; Ergüne, s. 297.

¹⁴⁴⁵ Anex, s. 158; Schenker, Verzug, N 748; Eren, Borçlar Genel, s. 1080; Buz, Dönme, s. 245; Ergüne, s. 296.

¹⁴⁴⁶ Schenker, Verzug, N 749; Werz, N 383; Eren, Borçlar Genel, s. 1080; Buz, Dönme, s. 245; Ergüne, s. 296.

masraflar ile arsayı eski haline dönüştürmek için yaptığı harcamalar da menfî zarardır.

bb. Yoksun Kalınan Kâr

Bazı durumlarda menfî zarar, **yoksun kalınan kâr** başlığı altında toplanabilecek zarar kalemleri de içerir¹⁴⁴⁷. Menfî zarar bakımından yoksun kalınan kâr, müsbet zarardakinden farklı olarak, dönülen sözleşme ifa edilseydi iş sahibinin o sözleşmeden elde edeceği kâr değildir. Zira bu tür kâr, sözleşmenin ifasına ilişkin bir menfaat olup, ancak müsbet zararın tazmini çerçevesinde talep edilebilir. Burada amaçlanan, iş sahibini döndüğü sözleşme ifa edilseydi içinde bulunacağı duruma değil, sözleşme hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı farazî duruma getirmektir. Menfî zarar kapsamına giren yoksun kalınan kâr şu başlıklar altında toplanabilir:

- İş sahibinin döndüğü eser sözleşmesini akdettiği için **kaçırdığı sözleşme yapma fırsatlarından doğan kayıplar**, yoksun kalınan kâr kapsamına girer¹⁴⁴⁸.
Örneğin iş sahibi, yükleniciyle akdettiği sözleşme sebebiyle ve bu sözleşmenin ifa edileceğine güvenerek eşit şartlarda veya daha avantajlı bir başka teklifi kabul etmemiş, sözleşmeden döndükten sonra eseri ancak daha pahalıya elde

¹⁴⁴⁷ Engel, Traité, s. 735; Monod, s. 164-165.

¹⁴⁴⁸ BaK-Wiegand, Art. 109, N 9; Gauch/Schlupe, Band II, N 2811; Schenker, Verzug, N 752; Stanislas, s. 48-50; Engel, Traité, s. 735; Monod, s. 164-165; Eren, Borçlar Genel, s. 1080; Öz, Dönme, s. 289; Buz, Dönme, s. 246; Ergüne, s. 301. Yarg 15. HD., 6.11.2003 T., 2003/1714 E., 2003/5274 K.: “davacı sözleşmeye konu işi davalıya yaptırmayıp da başka bir kişiye yaptırma olanağı varken (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü sebebinden aynı iş için ödemek zorunda kaldığı tutar arasındaki farkı yani menfî zararını talep edebilir. Zira, davacı davalı yükleniciye güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır. Başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek, belki zarar da gerçekleşmeyecekti.” (www.kazanci.com).

edebilecek duruma gelmişse, onun burada uğradığı zarar da bir menfî zarar kalemidir.

- İş sahibinin **yerine getirdiği edimi ifa etmiş** olmasaydı bu edimden elde edeceği **yararlardan mahrum kalmış olması** da, yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilir¹⁴⁴⁹. Örneğin arsasını inşaata elverişli biçimde yükleniciye teslim etmek için arsasındaki kira geliri getiren taşınmazı yıktıran iş sahibinin, yükleniciyle sözleşme akdetmemiş olsaydı yıkılan taşınmazdan elde etmeye devam edeceği kira gelirleri, bu kapsama girer. Keza, iş sahibi sözleşme ücretini yükleniciye peşinen ödemiş bulunuyorsa, bu parayı yükleniciye vermemiş olsaydı bundan elde edeceği faiz de bu tür bir zarardır.

- Öte yandan iş sahibi **sözleşmenin** ifası için yükleniciye **vermiş olduğu eşyanın yararlarından** mahrum kaldığı takdirde de, menfî zarara uğramış olur¹⁴⁵⁰. Bu durum özellikle tamirat, boyama gibi bağımsız maddî varlığı olmayan eserlerde söz konusu olur. Örneğin ticari araç niteliğinde olan taksisini boyatmak üzere yükleniciye veren iş sahibi, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi üzerine sözleşmeden döndüğünde, aracın yüklenicinin elinde bulunduğu her gün için taksiden elde edeceği günlük kazançtan mahrum kalmış olur. İş sahibi, döndüğü eser sözleşmesi hiç kurulmasaydı, bu süre zarfında yedinde tutacağı araçtan gelir elde edecek olduğundan, menfî zarara uğramış olmaktadır.

¹⁴⁴⁹ **Anex**, s. 169-171; **Engel**, Traité, s. 735; **Öz**, Dönme, s. 290; **Buz**, Dönme, s. 246. Buna karşılık, bazı yazarlar, bu zarar kalemini, fiilî zarar başlığı altında değerlendirmektedir. Örneğin bkz. **Schenker**, Verzug, N 751; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1080; **Ergüne**, s. 294.

¹⁴⁵⁰ **Stanislas**, s. 50; **Engel**, Traité, s. 735; **Monod**, s. 165; **Öz**, Dönme, s. 290.

Şunu da belirtmek gerekir ki, gerek iş sahibinin yerine getirdiği kendi ediminden (örneğin sözleşme bedeli olarak ödediği paradan) elde edemediği yararlarından, gerekse de işin görülebilmesi için yükleniciye teslim ettiği eşyanın yararlarından mahrum kalması bakımından, zararın hesaplanmasında belirleyici olan, yüklenicinin eşyadan **fiilen elde etmiş olduğu yararlar** değildir. Burada belirleyici olan, zarar gören iş sahibinin para veya şey **kendisinde bulunsa idi ondan elde edecek olduğu yararlarıdır**¹⁴⁵¹.

e. Menfi Zararın Hesaplanması

İş sahibinin menfi zararı hesaplanırken, onun döndüğü sözleşme sayesinde elde ettiği yararlar da dikkate alınmalıdır. İş sahibi döndüğü sözleşme ilişkisine girdiği için bazı yararlar elde etmişse, bu yararların onun sözleşmeden dönme sebebiyle uğradığı zarardan mahsup edilmesi gerekir¹⁴⁵². Bu şekilde **denkleştirmeye** konu olacak yararlar, zarara sebep olan olayla yani iş sahibinin sözleşmeye duyduğu güven ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan yararlarıdır¹⁴⁵³. Örneğin arsasında yeni bir bina inşa edilmesi için eski evini yıktıran iş sahibi, yüklenicinin temerrüdü sonucunda sözleşmeden döndüğünde, yıkılan evin değeri kadar zarara uğramıştır. Ancak iş sahibi yıkımdan arta kalan moloz ve demirleri hurdacıya satarak bir kazanç elde etmişse, bu kazancın da onun sözleşmeden dönme sebebiyle uğradığı zarardan mahsup edilmesi gerekir¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁵¹ Stanislas, s. 50; Ergüne, s. 295.

¹⁴⁵² Öz, Dönme, s. 300; Buz, Dönme, s. 272-273; Ergüne, s. 327.

¹⁴⁵³ Öz, Dönme, s. 300; Buz, Dönme, s. 273; Ergüne, s. 328.

¹⁴⁵⁴ Örnek için bkz. Öz, Dönme, s. 300; Buz, Dönme, s. 273.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan menfî zarar tazminatının **hesaplanması** bakımından, BK m. 98 f. 2’de haksız fiil hükümlerine yapılan atıf gereği **BK m. 42-44** hükümleri kıyasen uygulama alanı bulur¹⁴⁵⁵. İş sahibi uğradığı menfî zararı ispatlamakla yükümlüdür (BK m. 42 f. 1). İş sahibinin menfî zararın **fiilî zarar** teşkil eden kalemlerini ispatlaması çoğunlukla güçlük arz etmez. İş sahibi örneğin eser sözleşmesi kurulurken bazı harçlar ödemişse, eseri teslim aldığında muhafaza etmek üzere depo kiralamışsa bunları belge ve makbuzlarla ispat ederek zararın miktarını kesin olarak ortaya koyabilir. Zararın miktarının kesin olarak tespit edilmediği durumlarda ise, hâkim, olayların olağan işleyişine göre fiilî zararın miktarını takdir eder (BK m. 42 f. 2)¹⁴⁵⁶.

Yoksun kalınan kâr başlığı altında incelediğimiz iş sahibinin üçüncü kişilerle **akdetme fırsatını kaçırdığı sözleşmelerden elde edeceği kazanç kaybının** ispatı özellik arz eder. Zira bu zarar, fiilen gerçekleşmiş bir zarar değil; farazî nitelikte bir zarardır¹⁴⁵⁷. İş sahibi somut olarak bir başka sözleşme teklifini reddetmişse mesele yoktur. Bu durumda, iş sahibi hangi yükleniciyle hangi bedelle sözleşme yapma fırsatını kaçırdığını somut olarak ispatlayabilir. Sözleşmeden döndükten sonra aynı işi yaptırmak için akdettiği sözleşmedeki bedel ile yükleniciyle aralarındaki sözleşmeye güvenerek reddettiği sözleşmede ödemesi söz konusu olan bedel arasındaki fark, onun yoksun kaldığı kazançtır¹⁴⁵⁸. Örneğin iş sahibi, 60.000 TL. karşılığında maliki olduğu binanın

¹⁴⁵⁵ **Schenker**, Verzug, N 758; **Chavanne**, N 285; **Öz**, Dönme, s. 301; **Ergüne**, s. 333.

¹⁴⁵⁶ **Chavanne**, N 285; **Ergüne**, s. 321-322.

¹⁴⁵⁷ **Anex**, s. 168; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1080; **Buz**, Dönme, s. 253.

¹⁴⁵⁸ Yarg. 15. HD., 26.5.2008 T., 2008/296 E., 2008/3347 K.: “yeni ihalenin yapılması gereken son tarih bulunmalı, bu tarihteki serbest piyasa rayiçlerine göre ihaleye konu sırt çantalarının birim fiyatı belirlenmeli, belirlenen birim fiyattan önceki ihalede davalı Radom'dan sonraki en düşük teklif (kaçan fırsat) çıkarılarak fark bedel ihaleye çıkartılan çanta sayısı ile çarpılmalı ve bu şekilde bulunan zarar

mantolamasını yaptırmak için yükleniciyle anlaştığı sırada, bu işi 70.000 TL. ye yapabileceğini söyleyen bir başka yüklenicinin teklifini reddeder. Yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönen iş sahibi, aynı işi bugünkü piyasa koşullarında artık ancak 80.000 TL. ödeyerek yaptırabilmektedir. Bugün aynı iş için 80.000 TL. ödemek zorunda kalan iş sahibi, döndüğü eser sözleşmesi hiç kurulmamış olsaydı, diğer yüklenici ile 70.000 TL. karşılığında sözleşme yapma fırsatını kaçırmayacaktı. O halde iş sahibinin menfi zararı $80.000 - 70.000 = 10.000$ TL.dir¹⁴⁵⁹.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin döndüğü sözleşmeyi akdettiği sırada bir başka yüklenici ile sözleşme görüşmesi yapmamış olması ya da ona bir başka yükleniciden teklif gelmemesi, onun üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatını kaçırmadığı anlamına gelmez. Zira çoğu durumda, yüklenicinin sözleşmeyi ifa edeceğine güvenen iş sahibi, üçüncü kişilerle aynı konuda bir sözleşme yapma arayışına girmez. Ancak bu durumda zarar nasıl hesaplanacaktır? Bu durumda BK m. 42 f. 2 hükmü devreye girer ve hâkim olayların olağan akışını ve iş sahibinin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını takdir eder¹⁴⁶⁰. Eser sözleşmesine konu olan işin bir rayiç bedeli varsa, ki çoğu zaman vardır, iş sahibinin bu rayiç bedel üzerinden bir başka yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırdığı kabul edilir. Diğer bir deyişle, olağan koşullarda, iş sahibinin döndüğü eser sözleşmesini akdettiği sırada aynı eseri bir başka yükleniciye o tarihte geçerli olan rayiç bedel üzerinden yaptırma imkânının bulunduğu kabul edilebiliyorsa, iş sahibinin artık piyasada eseri bu rayiç bedel üzerinden yaptıramayacağını ispatlaması

miktarına hükmedilmelidir. Davalı Radom'un yöntemine uygun ihtarla temerrüde düşürülüp düşürülmediği de araştırılarak faiz de temerrüt tarihinden itibaren uygulanmalıdır.” (www.kazanci.com).

¹⁴⁵⁹ Aynı örnekte, iş sahibinin sözleşme gereği gibi ifa edilseydi uğramayacak olduğu zarar, yani müsbet zararı ise, $80.000 - 60.000 = 20.000$ TL.dir.

¹⁴⁶⁰ **Schenker**, Verzug, N 754; **Chavanne**, N 285; **Buz**, Dönme, s. 253; **Ergüne**, s. 323.

da, onun menfî zararının oluştuğunun kabulü için yeterlidir¹⁴⁶¹. Yargıtay'ın içtihatları da bu yöndedir¹⁴⁶². Bir örnekle açıklarsak: İş sahibi evinin badanasını 2.000 TL. bedel karşılığında yaptırmak için yükleniciyle anlaşır. O tarihte aynı işin yapılması için piyasada cari olan fiyat 2.500 TL.dir. Yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönen iş sahibi, artık aynı işi ancak 3.500 TL. karşılığında yaptırabilmektedir. O halde

¹⁴⁶¹ **Anex**, s. 166; **Stanislas**, s. 50; **Schenker**, Verzug, N 754; **Buz**, Dönme, s. 254; **Ergüne**, s. 323; **Ayan**, s. 280. Aksi görüşte: **von Tuhr/Escher**, s. 107 dn. 5; **Öz**, Dönme, s. 290; **Öz**, İnşaat, s. 155. Aksi görüşteki bu yazarlara göre, iş sahibi, döndüğü sözleşmeye olan güveni sebebiyle kaçırdığı sözleşme yapma fırsatını mutlaka somut biçimde ispatlamalıdır. Yani iş sahibi, kendisine kimin sözleşmeden döndükten sonraki duruma nazaran daha avantajlı koşullarda eser sözleşmesi akdetmeyi teklif etmiş olduğunu, kesin biçimde ortaya koymalıdır.

¹⁴⁶² Yarg. 13. HD., 31.1.2002 T., 2001/11083 E., 2002/891 K.: “Dairemizin kökleşmiş, sapma göstermeyen ve Hukuk Genel Kurulunca da benimsenmiş bulunan kararlarına göre, davacının 20.000 er adet ASO,CRP ve RF kit malzemesi yönünden menfî zararının saptanmasında, **ilk ihaleye davalının dışında katılanların bulunması halinde**, davalıdan sonra en uygun teklif yapanın teklifindeki birim fiyat kaçırılan fırsat kabul edilerek, **davalıdan başka ihaleye katılanın bulunmaması halinde** ise 2. ihale gününde, bu miktar malın alınması halinde ödenmesi gereken carî birim fiyatının bu konuda uzman bilirkişiler aracılığı ile gerekçeleri de açıklanmak suretiyle tesbit edilmesi, tesbit edilen bu birim fiyata göre, 2. ihalede alınan (20.000 er adet ASO,CRP ve RF kit malzemesi) miktara göre ödenmesi gereken gerçek bedel arasında fark olup olmadığını araştırmak, davacı Rektörlük aleyhine bir fark oluştuğunda, bu farka davacının menfî zararı olarak hükmetmek, davacı aleyhine bir farkın oluşmadığının sabit olması halinde ise, zarar gerçekleşmediğinden davanın reddine karar vermektен ibarettir.” (www.kazanci.com). Yarg. HGK., 5.7.2006 T., 2006/13-499 E., 2006/507 K.: “İstenebilecek zarar menfî zarar olup, sözleşmenin yerine getirilmesi güvenine dayanarak kaçırılmış elverişli fırsatlara göre değerlendirme yapılmalıdır. Başka bir anlatımla, davacı sözleşmeye konu olan kumaşı davalıdan almayıp da başka bir kişiden alma olanağı varsa (kaçırılan fırsat) o kişiye yapılacağı varsayılan ödeme ile sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle aynı malı almak için ödemek zorunda kaldığı tutar arasında farkı yani menfî zararını ister. Çünkü davacı idare, davalıya güvenerek o tarihte başkasıyla sözleşme yapma olanağını kaçırmıştır; başkasıyla sözleşme yapsaydı sözleşme feshedilmeyecek ve belki zararı da gerçekleşmeyecekti. Burada üzerinde tartışılması gereken bir yön de menfî zararın belirlenmesinde ve özellikle kaçırılan fırsatını değerlendirilmesinde **ilk ihaleye davalıdan başka katılanların olup olmamasının** etkisidir. Sözleşmeye konu olan mal ülkemizde üretilmekte olan, temin edilebilecek bir maldır. **İhaleye davalıdan başka bir kimse katılmıyorsa da**, idarenin bunu piyasadan o günkü koşullara göre temin etme olanağı olduğu kabul edilmelidir.” (www.kazanci.com). Bu yönde, Yarg. HGK, 17.1.1990 T., 1989/13-392 E., 1990/1 K. (www.kazanci.com); Yarg. 15. HD., 24.5.2004 T., 2004/1210 E., 2004/2834 K. (www.kazanci.com).

iş sahibinin kaçırdığı sözleşme fırsatı sebebiyle yoksun kaldığı kazanç; $3.500 - 2.500 = 1.000$ TL.dir¹⁴⁶³. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından¹⁴⁶⁴ da durum şöyle bir örnekle açıklanabilir: İş sahibi arsası üzerinde 12 bağımsız bölümden oluşacak bir apartman inşa ettirmek istemektedir. O tarihteki piyasa koşullarında yükleniciler böyle bir arsa üzerinde bu nitelikte inşaatı 6 bağımsız bölümün kendilerine kalması karşılığında yapmaktadır. İş sahibi kendisine 5 bağımsız bölüm karşılığı inşaatı yapmayı teklif eden bir yüklenicinin bu teklifini cazip bulur ve sözleşmeyi onunla kurar. Ancak yüklenicinin temerrüdü sebebiyle bu sözleşmeden dönen iş sahibi, piyasa şartları değiştiği için artık aynı işi yüklenicilere 7 bağımsız bölüm karşılığı yaptırabilecek durumdadır. Buna göre, iş sahibinin $7 - 6 = 1$ bağımsız bölümün parasal değeri kadar menfi zararı bulunmaktadır.

¹⁴⁶³ Dikkat edilirse, iş sahibinin sözleşmeden döndükten sonra artık işi piyasada yaptırmak zorunda olduğu bedel ile dönülen sözleşmenin kurulduğu tarihte bu iş için piyasada geçerli olan rayiç bedel arasındaki fark menfi zarar kapsamındaki yoksun kalınan kârdır. İş sahibinin döndüğü eser sözleşmesi hiç kurulmamış olsaydı, iş sahibi şimdi olduğu gibi 3.5000 TL.ye değil, 2.500 TL.ye işi yaptırabilecek böylece bugünkü duruma nazaran 1.000 TL. kazançta olacaktı. Oysa müsbet zarar bahsinde incelediğimiz üzere, iş sahibinin işi bugün yaptırmak zorunda olduğu tutar ile dönülen sözleşmedeki bedel arasındaki fark, iş sahibinin ifaya olan menfaati niteliğindeki yoksun kalınan kâr olup, bir müsbet zarar kalemidir. Meselâ, yukarıdaki örnekte iş sahibinin müsbet zarar niteliğinde olan mütemerrit yükleniciyle akdettiği sözleşmenin ifa edilmemesinden ötürü yoksun kaldığı kâr, $3.500 - 2.000 = 1.500$ TL.dir. Zira, sözleşme gereği gibi ifa edilmiş olsaydı, iş sahibi bir başka yükleniciye fazladan 1.500 TL. ödemek zorunda kalmayacaktı.

¹⁴⁶⁴ Bu sözleşmeler bakımından sözleşme yapma fırsatının kaçırılmasından doğan menfi zararın nasıl hesaplanacağı bir Yargıtay kararında şu şekilde açıklanmıştır. Yarg. 15. HD., 19.4.2004 T., 2003/5541-2004/2201: “Davacı arsa sahipleri davalı yüklenici ile o tarihlerde sözleşme yapmayıp da, başka bir yükleniciyle sözleşme yapma fırsatını kaçırmayıp, arsanın bulunduğu yer ve o tarihlerdeki rayiçler gözetilerek arsasına karşılık inşaat yapımında kaç bağımsız bölüm alabilecekler ise, sonradan bir başka yükleniciyle yaptığı sözleşme objektif şartlarla yapılmış ve daha az sayıda bağımsız bölüm sağlanmışsa, arsa sahipleri menfi zarar olarak bu iki sözleşme arasındaki farkın parasal değerini, menfi zarar olarak yükleniciden isteyebilir.” (Kostakoğlu, s. 928).

Her ne kadar olayların çoğunda alacaklının menfî zararının tutarı, müsbet zararının tutarından az olsa da, bu zorunlu bir sonuç değildir. Somut olayın koşullarına göre, alacaklının talep edebileceği menfî zarar miktarı, müsbet zarardan daha az, daha fazla veya ona eşit olabilir¹⁴⁶⁵. Sözleşmeden dönen iş sahibinin yükleniciden tazminini talep edebileceği menfî zararın tutarının, müsbet zararın tutarıyla **sınırlandırılması** da söz konusu değildir¹⁴⁶⁶. Ancak tazmini gereken menfî zarar kalemlerinin, iş sahibinin sözleşmenin ifa edileceğine duyduğu güven ile uygun nedensellik bağı içinde bulunması gerekir¹⁴⁶⁷.

5. Sözleşmeden Dönmeden Doğan Taleplerin Tâbi Olduğu Zamanaşımı

Sözleşmeden dönme halinde tarafların karşılıklı iade talepleri ve alacaklının menfî zarar tazminatı talebi, sözleşmeden doğan (sözleşmesel) taleplerdir. Bu sebeple gerek iade talepleri, gerek menfî zarar tazminatı talebi, kural olarak, sözleşmeden doğan alacakların genel zamanaşımı süresi olan BK m. 125'te düzenlenen on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir¹⁴⁶⁸. Ancak, konumuzu teşkil eden eser sözleşmeleri bakımından BK m. 126 hükmünde özel bir düzenleme getirildiğinden, zamanaşımı süreleri bakımından bu hüküm de dikkate alınarak bir ayırım yapılmalıdır. BK m. 126 b.

¹⁴⁶⁵ **von Tuhr/Peter**, s. 87; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 343; **Stanislas**, s. 52 vd.; **Ehrat**, N 592; **Chavanne**, N 284; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1081.

¹⁴⁶⁶ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2812; **Anex**, s. 91; **Nicklaus**, N 1172; **Schenker**, N 761; **Glasl**, s. 119-120; **Werz**, N 389; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1081; **Öz**, Dönme, s. 298; **Buz**, Dönme, s. 278.

¹⁴⁶⁷ **Öz**, Dönme, s. 299 vd.; **Ergüne**, s. 361 vd. Örneğin yeni bir bina yaptırmak için eski evini yıktıran ancak yüklenicinin yeni binayı yapmaması sebebiyle depresyona giren veya tansiyon hastası olan iş sahibinin, tedavi masraflarından ötürü uğradığı zarar, sözleşmeye olan güvenle uygun nedensellik bağı içinde değildir. Keza, yeni bir iş makinesinin imal edileceğine güvenerek çalışır durumdaki eski makinesini çöpe atan iş sahibinin uğradığı zarar bakımından da aynı durum söz konusudur.

¹⁴⁶⁸ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2806, 2812; **CR-Thévenoz**, Art. 109, N 21; **Schenker**, Verzug, N 700; **Glasl**, s. 199; **Anex**, s. 111; **Monod**, s. 165, **Chavanne**, N 240; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1079, 1081; **Serozan**, Dönme, s. 565, 599. Bu yönde, BGE 114 II 152=JdT 1988 I 523.

4'te ifade edilen “müteahhidin **kasıt** veya **ağır kusuru** ile akdi **hiç** veya gereği gibi **yerine getirmemiş**, bilhassa ayıplı malzeme kullanılmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar **hariç** olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar” **beş yıllık** zamanaşımı süresine tâbidir (BK m. 126). O halde yüklenicinin kastı veya ağır ihmali ile temerrüde düştüğü hallerde, iade talepleri ve tazminat talebi, BK m. 126'nın uygulama alanı dışında kaldığından, genel hüküm olan BK m. 125'teki on yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Buna karşılık, yüklenicinin hafif ihmali ile temerrüde düştüğü hallerde iade talepleri ve tazminat talebi BK m. 126'da düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresine tâbidir. Bu süreler, iade borçlarının ve tazminat borcunun muaccel olduğu andan, yani iş sahibinin sözleşmeden döndüğü andan itibaren işlemeye başlar (BK m. 128). İş sahibinin sözleşmeden döndüğü an ise, onun dönme beyanının etkili olduğu, hüküm ve sonuçlarını doğurduğu andır¹⁴⁶⁹. O halde, zamanaşımı süresi, örneğin iş sahibi dönme hakkını yükleniciye yönelttiği bir beyanla kullanmışsa, bu bildirim yüklenicinin hâkimiyet alanına ulaştığı andan, iş sahibi yükleniciye dönme bildiriminde bulunmadan, dönme hakkını ilk olarak yükleniciye karşı dava açarak kullanılmışsa dava tarihinden itibaren işlemeye başlar.

C. Bazı Durumlarda İş Sahibine Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkı Yerine Sözleşmeyi Feshetme Hakkı Tanınmasının Gerekip Gerekmediği Meselesi

İş sahibinin yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden dönmesi (BK m. 106 f. 2), Borçlar Kanunu'nun 108. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen tasfiye düzeninden de anlaşıldığı üzere, geriye etkili sonuçlar doğurur. Acaba iş sahibinin BK m. 106 f. 2 uyarınca sahip olduğu bu geriye etkili **dönme hakkının** bazı hallerde sınırlandırılması ve iş sahibine sadece ileriye etkili bir **fesih hakkı** tanınması mümkün müdür?

¹⁴⁶⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 1081, 1237; Öz, Dönme, s. 302.

Ülkemizde hem yargı kararlarında, hem de doktrinde yoğun tartışmalara konu olan bu mesele, tüm eser sözleşmeleri bakımından değil, sadece **iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmeleri**, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından tartışılmıştır. Tartışma, temerrüde düşen yüklenicinin hali hazırda inşaatın büyük kısmını meydana getirmiş olduğu durumlarla sınırlıdır. Bu sebeple, aşağıda mesele esasen **iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmelerinde**, yüklenicinin işin büyük kısmını meydana getirdiği halde inşaatı vadede tamamlamayıp veya tamamlayamayıp temerrüde düştüğü durumlar açısından ele alınmıştır.

1. Eser Sözleşmesinden Geriye Etkili Dönmeyi Kabul Eden Görüş

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibinin BK m. 106'ya göre **sözleşmeden dönmesinin daima geriye etkili sonuçlar doğuracağını** savunan görüşe¹⁴⁷⁰ göre, yüklenicinin eserin büyük bölümünü meydana getirmiş olması da bu sonucu değiştirmez.

Bu görüşü savunan yazarların dayandığı **gerekçeler** şu şekilde özetlenebilir: Bu görüşteki yazarlara göre, eser sözleşmesi kural olarak **anî edimli bir borç ilişkisi** olduğundan, eser sözleşmesinde ifa, eserin teslimi ile ve bir anda gerçekleşir¹⁴⁷¹. Eser teslim edilmedikçe, yüklenici, eserin imalinde ne kadar ilerlemiş olursa olsun, ifada bulunmuş sayılmayacağından, ona meydana getirdiği kısımla orantılı bir ücretin verilmesi uygun olmaz¹⁴⁷². Oysa ileriye etkili fesih görüşünün kabulü halinde, fesih anına kadar ifa edilen edimler geçerli bir sözleşmeye dayanılarak yapılmış olur. Bu

¹⁴⁷⁰ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıtta Yanıt, s. 499; **Tandoğan**, Cilt II, s. 147 vd.; **Seliçi**, İnşaat, s. 76 vd.; **Öz**, Dönme, s. 211; **Öz**, İnşaat, 158; **Gümüş**, s. 89.

¹⁴⁷¹ **Öz**, Dönme, s. 211.

¹⁴⁷² **Öz**, İnşaat, s. 158; **Gümüş**, s. 89.

sebeple, yüklenici iş sahibinden eser sözleşmesinde kararlaştırılan bedelin eserin tamamladığı kısmı ile orantılı kısmını talep edebilir. Sözleşme bedelinin yapılan işle orantılı kısmının içinde yüklenicinin kârı da bulunmaktadır. İşte ileriye etkili fesih halinde, kusuru ile temerrüde düşmüş yüklenicinin de böylece sözleşme bedeline dâhil olan **kârın bir kısmını** elde etmesi, **hakkaniyete aykırıdır**¹⁴⁷³. Kusuru ile temerrüde düşen yükleniciye de yaptığı kısım ile orantılı bir bedel verilirse, yüklenicinin şahsının önemli olduğu işlerde onun kusuru bulunmaksızın eseri tamamlayamadığı hallerde ona yaptığı kısım ile orantılı ücret isteme hakkını tanıyan **BK m. 371** hükmünün de bir **anlamı kalmaz**¹⁴⁷⁴. Öte yandan, eseri vadede tamamlayarak teslim etmediği takdirde, meydana getirdiği kısım ile orantılı bir bedele hak kazanamayacağını bilen yüklenici, **eseri zamanında tamamlamak için daha fazla çaba** gösterir. Aksi halde, yüklenici, işi dilediği seviyede bırakıp içinde kârı da bulunan orantılı sözleşme bedelini alarak işten çekilmeyi tercih edebilir¹⁴⁷⁵.

Eser sözleşmesinden ancak geriye etkili olarak dönülebileceğini savunan bu görüşe göre, fesih görüşünü savunanların yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde kıyasen uygulanmasını önerdikleri BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümleri, iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmesi gibi bir imkân tanımamaktadır¹⁴⁷⁶. Kaldı ki, temerrütten farklı bir kurum olan ayıplı ifayı düzenleyen **BK m. 360 f. 2 ve f.**

¹⁴⁷³ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 497; **Tandoğan**, Cilt II, s. 148; **Öz**, Dönme, s. 218.

¹⁴⁷⁴ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498; **Tandoğan**, Cilt II, s. 149.

¹⁴⁷⁵ **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498-499; **Tandoğan**, Cilt II, s. 150; **Öz**, Dönme, s. 218; **Öz**, İnşaat, s. 158; **Gümüş**, s. 89.

¹⁴⁷⁶ Bu hükümler sadece, iş sahibinin arsası üzerindeki ayıplı inşaatın yıkımının yüklenici için fazla bir zarara yol açması halinde dönme hakkının kullanılmayacağını; onun diğer seçimlik hakları, yani ücret indirim talebi veya tamirat talebi arasında tercih yapabileceğini öngörmektedir. Öyleyse yıkımın fazla zarara yol açacak olması iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesi ve yüklenicinin meydana getirdiği kısım ile orantılı bir ücret almasının değil, ancak inşaatın muhafaza edilmesinin, yani yıkılmamasının gerekçesi olabilir. **Tandoğan**, Zorunlu Yanıt Yanıt, s. 498-499; **Tandoğan**, Cilt II, s. 149.

3 hükümleri böyle bir imkân tanısı dahi, bu hükümlerin yüklenicinin temerrüdü duruma **kıyasen** uygulanması ve bu yolla yükleniciye eserin meydana getirdiği kısmıyla orantılı ücret talep etme hakkının tanınması **doğru değildir**¹⁴⁷⁷. Nihayet, günümüzde özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından, yüklenicilerin sözleşmede **zayıf tarafı teşkil etmesi** söz konusu değildir. Bu sebeple, kusuru ile temerrüde düşen yüklenicinin özel olarak korunmasını gerektiren bir durum yoktur¹⁴⁷⁸.

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, iş sahibinin eser sözleşmesinden her zaman ancak geriye etkili olarak dönebileceğini kabul eden yazarlardan bazıları, yüklenicini temerrüde düşmede kusurlu olup olmamasına göre bir ayırım yapmaktadır. Bu görüşe¹⁴⁷⁹ göre, yüklenici temerrüde düşmekte **kusurlu değilse**, -yüklenicinin kusuru bulunmaksızın eserin meydana getirilmesinin imkânsız hale geldiği durumları düzenleyen- Borçlar Kanunu'nun 371. maddesine kıyasen, sözleşme

¹⁴⁷⁷ **Tandoğan**, Cilt II, s. 150. **Öz**'e göre, BK 360 f. 3 hükmünün amacı, esasen yapılmış inşaatın yıkılmayıp muhafaza edilmesini sağlamak değil, ayıplı olsa da eseri tamamlayarak teslim etmiş olan yükleniciyi, geçmişe etkili dönmenin sakıncaları karşısında korumaktır. Oysa eseri teslimde temerrüde düşen yüklenicinin bu şekilde korunması gerekmez. **Öz**'e göre, kanun koyucu temerrüde nazaran daha hafif bir durum olan ayıplı da olsa eserin tamamlanıp teslim edilmiş olması halinde, yükleniciyi korumaya değer görmüştür. Buna karşılık, daha ağır bir durum olan eserin tamamlanmaması durumunda, yükleniciyi bilinçli olarak korumamış ve BK m. 106 - m. 108'de yer alan geçmişe etkili dönmeyi öngören genel hükümlerin uygulanmasını tercih etmiştir. Öyleyse bir kanun boşluğu söz konusu değildir. Bu itibarla, teslim edilen eserin ayıplı olması halini düzenleyen BK m. 360 hükmü, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü durumuna kıyasen dahi olsa uygulanamaz. **Öz**, Dönme, s. 212-213. Bu yönde: **Gümüş**, s. 89.

¹⁴⁷⁸ Olayların çoğunda, yükleniciler geçimini yalnız emekleri ile sağlayan sanatçı veya zanaatçılar değil, malî bakımdan güçlü gerçek veya tüzel kişilerdir. Kaldı ki, yüklenici, zaten gerçekleştirdiği çalışmanın karşılığını, geçmişe etkili dönme durumunda da almaktadır. Zira klâsik dönme teorisi kabul edilirse iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesinin değeri, dönüşüm teorisi kabul edilirse eserin objektif değeri iş sahibi tarafından yükleniciye verilmektedir. **Tandoğan**, Arsa Üzerinde İnşaat, s. 40; **Tandoğan**, Cilt II, s. 151; **Öz**, Dönme, s. 218.

¹⁴⁷⁹ **Tandoğan**, Cilt II, s. 143; **Öz**, Dönme, s. 220; **Öz**, İnşaat, s. 158; **Yavuz**, s. 572.

ileriye etkili olarak feshedilmeli, yüklenici meydana getirdiği kısım ile orantılı bir ücret alabilmelidir¹⁴⁸⁰.

2. Eser Sözleşmesinin İleriye Etkili Feshini Kabul Eden Görüş

Eser sözleşmesinin bazı durumlarda ileriye etkili olarak feshedilebileceğini kabul eden görüşe göre¹⁴⁸¹ ise, iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, yüklenici inşaatın büyük bölümünü tamamlamış olmasına rağmen inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmüşse, iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili şekilde dönmesi yüklenici bakımından adil olmayan sonuçlara yol açar. Bu sebeple, böyle bir durumda iş sahibine sözleşmeden dönme değil, ancak sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetme hakkının tanınması gerekir. Böylece, yüklenicinin inşaatın meydana getirdiği kısmı ile orantılı sözleşme bedelini elde etmesine olanak tanınmalıdır.

¹⁴⁸⁰ BK m. 371'e göre, yüklenicinin şahsî nitelikleri dikkate alınarak kurulan eser sözleşmelerinde yüklenicinin ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlanmaktan âciz kalması halinde, sözleşme kendiliğinden sona erer. Bu durumda, iş sahibi, o ana kadar yapılmış olan kısım işine yarıyorsa, bu kısmı kabul edip, bedelini ödemek zorundadır.

¹⁴⁸¹ **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 466; **Serozan**, Dönme, s. 175-176 2007; **Erman**, İnşaat, s. 100-101; **Ayan**, s. 294. **Ayan**, "...kanaatimizce, **sözleşmeden dönme** (Yargıtay uygulamasına göre geçmişe etkili fesih) durumunda **yüklenici, yapılan işin yüzdelik tutarına göre bedeli** elde etmeli; inşaat seviyesinin çok ilerlemiş olması ise, sadece bu karşılığın arsa payı olarak verilip verilmemesinde dikkate alınmalıdır." ifadesini kullanmaktadır. Oysa sözleşmeden dönme, yani sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak çözülmesi, bir tasfiye ilişkisini, diğer bir deyişle almanların karşılıklı olarak iadesini ifade eder. Yüklenici, **Ayan**'ın ifadesi ile "yapılan işin yüzdelik tutarına göre bedeli elde edecek" ise, bu durumda **tasfiye ilişkisi yani edimlerin iadesi** değil, aksine iş sahibinin o ana kadar **yüklenicinin ifa ettiği edimin karşılığını vermesi** söz konusu olduğundan, ortada "dönme" değil "fesih" vardır. Çünkü ancak sözleşmenin feshedilmesi, yani sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdirilmesi halinde, fesih ana kadar yerine getirilen edimler geçerliliğini korur ve yüklenici o ana kadar meydana getirdiği eserle orantılı ücret alır. Bu sebeple biz **Ayan**'ın sözleşmeden dönme halinde de iş sahibinin yükleniciye meydana getirmiş olduğu kısım ile orantılı ücret vermesi gerektiğine ilişkin bu görüşüne katılmıyoruz. Buradaki çözüm ileriye etkili fesihten başka bir şey değildir. **Ayan**, önerdiği çözümün dönme hakkının sınırlandırılması veya dönme hakkının ileriye etkili feshin tahvili anlamına gelmediğini ileri sürmektedir. **Ayan**, s. 264. Ancak açıkladığımız sebeplerden ötürü, bu iddia bize ikna edici görünmemektedir.

Bu görüşteki yazarlar, temel olarak yüklenicinin eseri tamamlayıp teslim edene kadar gerçekleştirdiği faaliyetlerin basit hazırlık faaliyetleri olarak kabul edilemeyeceği düşüncesinden yola çıkarak, eser sözleşmesini “anî edimli bir sözleşme” olarak görmemektedirler. Bu yazarların bir kısmı¹⁴⁸² eser sözleşmesinin “geçici-sürekli karmaşığı” bir ilişki olduğunu kabul etmekte, diğer kısmı¹⁴⁸³ ise eser sözleşmesini özellikle inşaat sözleşmesini ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini “sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme” ilişkisi olarak nitelemektedir. Bu görüşe göre, inşaat sözleşmeleri bakımından sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerekir. Sürekli borç ilişkileri kural olarak ileriye etkili sona erdiğinden, eser sözleşmesinde de temerrüde düşen yüklenicinin menfaatinin korunmaya değer olduğu durumlarda, sözleşme ileriye etkili olarak feshedilmelidir¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸² **Serozan**, Dönme, s. 176; **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 466, 477, 483; **Sungurbey**, Tandoğan’ın Son Yazısı Üstüne Notlar, s. 750-751. **Sungurbey**’in pek çok defa tekrarladığı “sürekli borç ilişkisine vergi kuralların da göz önünde tutulması gereken eser sözleşmesinde” ifadesinden yazarın eser sözleşmesini geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme olarak nitelediği sonucuna varıyoruz.

¹⁴⁸³ **Erman**, Müteahhidin Temerrüdü, s. 215.

¹⁴⁸⁴ **Serozan**’a göre, eser sözleşmesinden geçmişe etkili olarak dönmek, kural olarak mümkün değildir. Yazara göre, “*eser sözleşmesi, katksız bir sürekli sözleşme sayılamayacağı halde, emekçinin harcamış olduğu emeğin korunmaya değer bulunduğu durumlarda, salt feshedilebilmeli, böylelikle, emekçinin, kararlaştırılmış ücretin hiç değilse fesih anına dek yapılıp tamamlanmış işi karşılayan bölüme kavuşması sağlanmalıdır.*” Yazara göre, eser sözleşmesinden dönülüp dönülemeyeceği meselesi her somut sözleşme açısından ayrı ayrı ele alınmalı ve özellikle malzemenin yükleniciye ait olduğu durumlarda “dönme” değil “fesih” yolu tercih edilmelidir. **Serozan**, Dönme, s. 176-177. **Sungurbey** ise, yapının arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarar verecek olduğu ve özellikle yapının büyük bir bölümünün bitirilmiş bulunduğu durumlarda, iş sahibinin, eseri teslim borcunda temerrüde düşen yüklenici karşısında BK m. 106’da tanınan geçmişe etkili dönme hakkını kullanamayacağını ifade etmektedir. **Sungurbey**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt, s. 173. **Erman**’a göre ise, özellikle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde, iş sahibi, eser sözleşmesini, kural olarak, ancak ileriye etkili olarak feshetmek suretiyle sona erdirebilir. **Erman**, Müteahhidin Temerrüdü, s. 215; **Erman**, İnşaat, s. 101.

İleriye etkili fesih görüşünü savunan yazarlara göre, yüklenici inşaatın büyük bölümünü tamamladığı halde eseri teslim borcunda temerrüde düştüğü takdirde, iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönmesi **hakkaniyete aykırıdır**. Zira bu takdirde, yüklenici, klâsik dönme görüşü kabul edildiği takdirde, iş sahibinin elde ettiği sebepsiz zenginleşme değeri kadar, dönüşüm görüşü kabul edildiği takdirde ise, inşaatın o ana kadar tamamlanmış kısmının objektif değeri kadar bir bedelle yetinmek zorunda kalır. İş sahibi ise, teslim zamanında gerçekleşse idi elde edeceğinden daha fazlasına kavuşmuş olur¹⁴⁸⁵.

Bu görüşteki yazarlara göre, ayıplı yapının arsadan sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağı hallerde, iş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkını sınırlayan BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümleri, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde de kıyasen uygulanmalıdır. Zira BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümlerinin gerekçesi olan, “yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak olması”, yüklenicinin büyük bölümünü tamamladığı halde inşaatı teslimde temerrüde düşmesi durumunda da söz konusudur¹⁴⁸⁶.

¹⁴⁸⁵ **Sungurbey**, Tandoğan’ın Son Yazısı Üstüne Notlar, s. 762; **Erman**, İnşaat, s. 102-103.

¹⁴⁸⁶ **Sungurbey**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt, s. 190; **Erman**, İnşaat, s. 103. **Sungurbey**, BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümlerinin, yüklenicinin büyük bölümünü tamamlamış bulunduğu inşaatı teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, **kıyasen** uygulanmasını önermektedir. Yazara göre, yapının arsadan sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacaksa, özellikle yapının büyük bir bölümü tamamlanmış bulunuyorsa, iş sahibinin BK m. 106 uyarınca sahip olduğu sözleşmeden dönme hakkı, BK m. 36 f. 2 ve f. 3 hükümlerine kıyasen, sınırlanmalı ve geçmişe etkili dönme hakkı kullanılamamalıdır. Bu çözüme göre, böyle bir durumda, iş sahibi ancak sözleşme bedelinden bir indirim yapma yoluna gidebilir. Bu halde de, iş sahibi, yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bedel ücretse ücret, arsa payıysa arsa payı olarak sözleşme bedelinin **işin yapılan kısmı ile orantılı bölümünü** aynen vermek zorunda kalır. **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 466, 477, 485; **Sungurbey**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt, s. 176; **Sungurbey**, Yarg. HGK.’nin Son Kararı, s. 26. **Erman** ise, BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümlerinin temerrüt durumunda da “kıyasen” uygulanması gerektiğinden bahsetmemektedir. Bununla birlikte, yazar, temerrüt halinde iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak sona erdirmesinin

3. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaatlarda, yüklenici inşaatı teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibinin sözleşmeyi ancak **ileriye etkili** olarak feshedebileceğini kabul etmekteydi¹⁴⁸⁷. **Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise** bir kararında¹⁴⁸⁸, iş sahibinin arsasında yapılan inşaatlar bakımından da yüklenicinin eseri teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin sözleşmeden **geriye etkili olarak dönebileceğine** hükmetmiştir. Karara göre, borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hüküm niteliğindeki BK m. 106 varken, yüklenicinin temerrüdü haline ayıba karşı tekeffüle ilişkin BK m. 360 hükmü kıyasen dahi olsa uygulanamaz; muhtemel sorunlara Borçlar Kanunu'nun 106. maddesi çerçevesinde cevap aranmalıdır¹⁴⁸⁹. Böylece, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan ve yüklenicinin

BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümleri ile "uyumlu" olacağını, aynı zamanda MK m. 2'deki dürüstlük kuralına da uygun olacağını belirtmektedir. **Erman**, İnşaat, s. 103. Bu görüşe göre, ileriye etkili fesih halinde kusuru ile temerrüde düşen yüklenici, iş sahibinin gecikmeden doğan müsbet zararını tazmin etmelidir. **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 485; **Sungurbey**, Tandoğan'ın Son Yazısı Üstüne Notlar, s. 763; **Erman**, Müteahhidin Temerrüdü, s. 215.

¹⁴⁸⁷ Dairenin bu içtihadına göre, yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdü halinde BK m. 360 f. 3 hükmü göz önünde tutuluyor ve yapılmış inşaatın kaldırılması aşırı zarara sebep olacaksa, iş sahibine sözleşmeden geriye etkili olarak dönme hakkı tanınmıyordu. Bu durumda, ancak iş sahibinin yükleniciye ödeyeceği bedelden indirim yapıyordu. Bunun sonucu olarak da mütemerrit yüklenici inşaatın tamamladığı kısmıyla orantılı sözleşme bedelini iş sahibinden talep edebiliyordu. Bu yöndeki kararlar için bkz. **Tandoğan**, Arsa Üzerinde İnşaat, s. 8-18; **Tandoğan**, Cilt II, s. 144 dn. 152k.

¹⁴⁸⁸ Yarg. HGK., 6.10.1982 T., 1982/15-356 E., 1982/817 K. (YHD, C. 5, S. 12, Aralık 1982, s. 1632 vd.). Bu karar hakkındaki eleştiriler için bkz. **Sungurbey**, Yarg. HGK.'nun Son Kararı, s. 14 vd.; **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 5. Cilt, s. 566 vd.

¹⁴⁸⁹ Bu kararda geçmişe etkili dönme halinde, yüklenicinin yaptığı kısımla orantılı bir bedel alamamasının adalete aykırı olmadığı, eser sözleşmesini düzenleyen hükümlerin de bu yargıyı güçlendirdiği ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre, örneğin sözleşmeye aykırı olarak işi geciktiren veya tamamlamayan yüklenici karşısında iş sahibine teslim vadesinin gelmesinden önce sözleşmeden dönme hakkı tanıyan Borçlar Kanunu'nun 358. maddesinin 1. fıkrasındaki düzenleme bu çözümü desteklemektedir. Zira bu hükme göre de iş sahibi sözleşmeden geriye etkili olarak dönebilmekte ve yüklenici yaptığı kısımla orantılı ücret alamamaktadır. Üstelik yüklenicinin gecikmede kusurlu olup olmadığına dahi bakılmamaktadır.

inşaatın büyük kısmını meydana getirmesine rağmen eserin tesliminde temerrüde düştüğü inşaatlarda iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshedebileceği görüşünü benimseyen Yargıtay'ın 15. HD. ile iş sahibinin bu durumda da sözleşmeden ancak geriye etkili olarak dönebileceğini kabul eden Yargıtay HGK arasında içtihat uyuşmazlığı meydana gelmiştir. Bu sebeple, söz konusu uyuşmazlık, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nda tartışılmış ve alınan **İçtihadı Birleştirme Kararında**¹⁴⁹⁰ özetle şu sonuçlara ulaşılmıştır:

Eser sözleşmesinde yüklenicinin kusuruyla eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin sonuçları her ne kadar Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmemişse de, bu durumda, borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hükümler olan BK m. 106-108 hükümleri uygulama alanı bulur. Bu sebeple, burada bir **kanun boşluğu yoktur**. Kıyasın ön şartı olaya uygulanacak bir hüküm bulunmaması, diğer bir deyişle bir kanun boşluğu bulunması olduğuna göre, yüklenicinin temerrüdü bakımından **kıyasın şartları bulunmamaktadır**¹⁴⁹¹. İnşaat sözleşmeleri, yüklenicinin emek ve masraf gerektiren edim borcu uzun bir zamanı kapsadığından, “**geçici-sürekli karmaşığı**” sözleşmelerdir. Bu itibarla bu sözleşmelerde, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da göz önünde bulundurulması gerekir. Yüklenicinin inşaatı teslim etmede temerrüde düştüğü durumlarda, bazen inşaatın **meydana getirilen kısmı öyle yüksek bir seviyeye ulaşmış** olur ki, iş sahibinin BK m. 106- m. 108 hükümleri uyarınca sözleşmeden geçmişe etkili

¹⁴⁹⁰ Yarg. İBK., 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (RG 27.2.1984 S. 18325; YKD, 1984, C. X, S. 4, s. 501-517). Bu içtihadı birleştirme kararına yöneltilen olumlu ve olumsuz eleştiriler için bkz. **Sungurbey**, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, s. 781 vd. = **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 5. Cilt, s. 589 vd.; **Erman**, Müteahhidin Temerrüdü, s. 209 vd.; **Tandoğan**, Cilt II, s. 156 vd.

¹⁴⁹¹ Kararda, BK m. 360 hükmünün müteahhidin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi haline “doğrudan” uygulanamayacağı belirtilmiş “kıyasen” de uygulanamayacağı ise açıkça ifade edilmemiştir. (YKD, 1984, C. X S. 4, s. 502). Ancak, zaten, kıyasın şartlarının gerçekleşmediğinin kararda belirtilmiş olmasından bu sonuç da kendiliğinden çıkmaktadır. Bu yönde, **Tandoğan**, Cilt II, s. 157.

olarak **dönmesi**, onun borç zamanında ifa edilseydi elde edemeyeceği bir yarar sağlaması gibi **adaletsiz sonuçlara** sebep olur. İşte bu gibi istisnaî durumlarda, **MK m. 2 f. 2'deki hakkın kötüye kullanılması yasağı** devreye sokulup, sözleşmenin geçmişe etkili dönme yoluyla çözülmesi yerine, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde olduğu gibi ileriye etkili fesih yoluyla sona ermesi kabul edilerek bu adaletsizlik giderilebilir. Bunun sonucu olarak, yüklenici, eserin meydana getirmiş olduğu kısmının bedelini talep edebilir. Buna karşılık, iş sahibi de yükleniciden kusuruyla neden olduğu tüm zararları tazmin etmesini isteyebilir.

Yukarıdaki açıklamadan anlaşıldığı üzere, bu İçtihadı Birleştirme Kararında dönme ve fesih görüşlerini uzlaştırıcı bir tutum izlenmiştir. Eser sözleşmesi kural olarak anî edimli kabul edilirken, inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı olarak nitelenerek yine orta bir yol bulunmuştur. Kararda ileriye etkili fesih ancak inşaat seviyesinin geçmişe etkili dönmeyle adaletsiz kılacak derecede yüksek düzeye ulaştığı istisnaî durumlarda kabul edildiğine göre, esas olan belirtilen bu durum haricinde iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönebilmesidir¹⁴⁹².

Bu İçtihadı Birleştirme Kararı da, inşaatın hangi seviyeye ulaştığında artık geçmişe etkili dönmenin yüklenici bakımından adil olmayan sonuçlar oluşturacağını açıkça belirtmediği için, sorunu tümüyle ortadan kaldıramamıştır¹⁴⁹³. Gerçekten de,

¹⁴⁹² **Tandoğan** da, haklı olarak, Yargıtay'ın bu kararla, yüklenicinin eseri teslim borcunda kusuruyla temerrüde düşmesi halinde, geçmişe etkili dönmeyle kural, ileriye etkili feshi ise istisna olarak kabul ettiği sonucuna ulaşmaktadır. **Tandoğan**, Cilt II, s. 157-158.

¹⁴⁹³ Hangi seviyeye gelmiş yapı bakımından geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönmenin artık dürüstlük kuralına aykırı kabul edileceğinin kararda açıkça belirtilmemiş olması doktrinde eleştirilmektedir. Bkz. **Öz**, Dönme, s. 220. Bu konu yoruma açıktır. Örneğin **Akkayan-Yıldırım**'a göre, inşaatın büyük bölümünün tamamlandığının kabulü için, inşaatın en az % 85 oranında tamamlanmış olması gerekir. **Akkayan-Yıldırım**, s. 79 ve dn. 161.

ileriye etkili feshin kabulü için, acaba inşaatın yarısının yani % 50'lik kısmının tamamlanması yeterli midir veya örneğin % 75 gibi büyük bölümünün tamamlandığı bir oran mı aranmalıdır ya da %90 gibi inşaatın tamamına yakın bir bölümün tamamlanmış olması mı gereklidir? Söz konusu içtihadı birleştirme kararından sonra verilen Yargıtay kararları incelendiğinde, Yargıtay'ın önceleri inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin inşaatı en az % 65 oranında tamamladığı durumlarda ileriye etkili feshe cevaz verdiği görülmektedir¹⁴⁹⁴. Ancak daha sonraları, Yargıtay'ın inşaatın ancak %90 ve üzerinde tamamlandığı durumlarda ileriye etkili feshi kabul eden kararları istikrar kazanmıştır¹⁴⁹⁵. Bugün **ileriye etkili feshin** kabulü için inşaatın **en az % 90** oranında tamamlanmasını şart koşan bu uygulama yerleşik içtihat halini almıştır. Şunu da belirtmek gerekir ki, Yargıtay, taraf iradeleri aksi yönde ise, yani taraflar yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibinin ancak geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönebileceği konusunda anlaşmışlarsa, tarafların bu ortak iradesine sonuç bağlamaktadır. Yüksek Mahkeme, bu durumda, yapının tamamına yakını bitirilmiş olsa dahi, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilemeyeceğine hükmetmektedir¹⁴⁹⁶.

¹⁴⁹⁴ İnşaatın % 65'inin tamamlanmasını ileriye etkili fesih için yeterli gören Yargıtay kararı için bkz. Yarg. HGK., 27.1.1988T., 1987/15-509 E., 1988/48 K. (www.kazanci.com). Yargıtay'ın inşaatın % 69'unun tamamlanmış olması halinde sözleşmenin ancak ileriye etkili olarak feshedilebileceği yönündeki bir kararı için bkz. Yarg. 15. HD., 24.9.1991 T., 993 E., 4323 K. (**Karahasan, ÖBİ**, Cilt 2, s. 572). İnşaatın % 75 oranında tamamlanmış olmasını ileriye etkili fesih için yeterli bulan Yargıtay kararları için bkz. Yarg. 15. HD., 17.12.1985 T., 2185 E., 4284 K. (**Karahasan, ÖBİ**, Cilt 2, s. 571); Yarg. 15. HD., 10.10.1991 T., 1446 E., 4707 K. (**Karahasan, ÖBİ**, Cilt 2, s. 571-572)

¹⁴⁹⁵ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 4.6.1998 T., 2081 E. 2403 K. (**Karataş**, s. 467); Yarg. 15. HD., 10.6.1999 T., 1658 E., 2437 K. (**Karahasan, ÖBİ**, Cilt 2, s. 573); Yarg. 15. HD., 1.12.1999 T., 1999/3337 E., 1999/4423 K. (**Kostakoğlu**, s. 913); Yarg. 15. HD., 14.1.2004 T., 2003/3057 E., 2004/88 K. (**Kostakoğlu**, s. 890-891); Yarg. 15. HD., 4.2.2005 T., 2004/7507 E., 2005/505 K. (**Kostakoğlu**, s. 877-878); Yarg. 15. HD., 7.2.2005 T., 2004/3589 E., 2005/526 K. (**Kostakoğlu**, s. 799-800); Yarg. 15. HD., 10.6.1999 T., 1658 E., 2437 K. (**Karahasan, ÖBİ**, Cilt 2, s. 573);

¹⁴⁹⁶ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 3.12.1986 T., 1986/894 E., 1986/4099 K.:“Kat karşılığı inşaat sözleşmesine göre yapılan inşaatın oranı, sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshini gerektirecek düzeyde olsa dahi, sözleşmede inşaatın tamamlanmaması halinde akdin feshinin geriye etkili

Yargıtay, inşaatın tamamlanma seviyesi % 95'i geçtiği takdirde ise, iş sahibinin artık **ifayı kabul etmek zorunda** olduğuna, sözleşmeyi ileriye etkili de olsa feshedemeyeceğine, ancak eksik kalan kısımların bedelini yükleniciden talep edebileceğine hükmetmektedir¹⁴⁹⁷.

Uygulamada, yapının meydana getirilen kısmı inşaat, doğrama, kaba inşaat, iç ve dış sıva, sıhî tesisat gibi yapı işlerinin her birinin yüzdeler oranlarının bulunduğu tablolara göre teknik bilirkişilerce puanlanarak, inşaatın fizikî tamamlanma oranı belirlenmektedir¹⁴⁹⁸. İnşaatın tamamlanma oranı tespit edilirken, inşaat sözleşmesinin

sonuç doğuracağı kabul edilmiş ise, bu hükmün tarafları bağlayacağına” hükmedilmiştir. (**Kostakoğlu**, s. 850-851)

¹⁴⁹⁷ Yargıtay inşaatın tamamlanma seviyesinin % 93'ü geçtiği bir olayda sözleşmenin ileriye etili olarak dahi feshedilemeyeceğine hükmetmiştir. Bu kararda “ (...) inşaatın gerçekleşen fizikî oranı % 93, 75'tir. Eser bu oran itibarıyla reddedilemeyecek düzeydedir. Davacı arsa sahipleri kalan kısımların tamamlanması için gerekli bedelin ödetilmesini talep edebilirse de, ulaşılan seviyeye göre sözleşmenin ileri etkili olsa bile, feshi mümkün değildir.” ifadesi kullanılmıştır. Yarg. 21.10.1999 T., 1999/2473 E., 1999/3735 K. (**Kostakoğlu**, s. 891-892). Diğer bir Yargıtay kararında ise, inşaatın tamamlanma oranının % 95'i geçmesi halinde, artık eserin iş sahibi tarafından reddedilemeyeceği ifade edilmiştir. Yarg. 14. HD., 23.11.2006 T., 2006/11752 E., 2006/13727 K.: “İnşaatın getirildiği % 91 fizikî seviye eserin kabulü için arsa sahibinin zorlanacağı bir oran değildir. Dairemizin uygulamasına göre bu seviye en az % 95 olmalıdır.” (www.kazanci.com). **Kostakoğlu**, MK m. 2'de sözü edilen iyiniyet kurallarına uygun olduğu gerekçesiyle bu uygulamayı desteklemektedir. **Kostakoğlu**, s. 754. Buna karşılık, **Akkayan/Yıldırım** böyle bir uygulamaya başvurulduğu takdirde, yüklenicinin gereğinden fazla korunacağından bahisle bu uygulamayı isabetsiz bulmaktadır. **Akkayan/Yıldırım** s. 79.

Yargıtay, iş sahibini eksik eseri kabule zorladığı bu tür durumlarda, yükleniciye veya onun halefi konumundaki üçüncü kişilere eksik işler bedelinin yalnız paylarına düşen orandaki kısmını değil, tümünü ödetmektedir. Böylece iş sahibinin de payına düşen kısım kadar eksik iş masrafına katlanmasının önüne geçmektedir. Yarg. 14. HD., 30.3.2001 T., 2001/1350 E., 2001/2081 K. : Üçüncü kişinin yükleniciye düşecek arsa payının tescili alacağını temlik aldığı kabul ettiği bir davada “Yüklenici edimini % 94,5 oranında tamamlamıştır. Eksik kalan işlerin niteliği ve oranı nazara alındığında bunun katlanılabilir boyutta olduğunun kabulünde bir usulsüzlük yoktur. Ancak **eksik bırakılan işin** dava tarihindeki **değeri hesaplatılarak tamamının** davacıya (üçüncü kişiye) ödettirilmesi gerekirken **arsa payı oranında eksik işlerden sorumlu olması** alacağın temliki ile bağdaşmaz.” (www.kazanci.com).

¹⁴⁹⁸ **Karataş**, s 465; **Ayan**, s. 290, dn. 506.

bir bütün olduğu göz önünde tutulmakta; sadece iş sahibine verilecek bağımsız bölümlerin bulunduğu parselin değil, sözleşme ile kararlaştırılan inşaatın yapılacağı tüm parsellerdeki tamamlanma oranı dikkate alınmaktadır¹⁴⁹⁹.

4. İsviçre Hukukundaki Durum ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden geçmişe etkili olarak dönüp dönemeyeceği meselesi, İsviçre doktrininde, ülkemizdeki tartışmadan farklı olarak, sadece iş sahibinin arsası üzerinde yapılan inşaat sözleşmeleri bakımından değil, tüm eser sözleşmelerini kapsayacak biçimde genel olarak ele alınmaktadır.

İsviçre hukukunda, yüklenicinin eseri meydana getirmeye başlamış olması halinde, **iş sahibine**, geçmişe etkili olarak (ex tunc) sözleşmeden dönmek yerine eseri olduğu hali ile talep edip yükleniciye gerçekleştirdiği çalışmanın bedelini ödeyerek sözleşmeyi ileriye etkili şekilde (ex nunc) feshetme **yetkisinin tanınması** gerektiği, kabul edilmektedir¹⁵⁰⁰. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir¹⁵⁰¹. İş sahibine sözleşmeden dönme yerine sözleşmeyi feshetme olanağının tanınması sonucuna, kanun hükümlerinin lâfzından değil, iş sahibinin eserin hali hazırda yapılmış kısmına ilişkin

¹⁴⁹⁹ Örneğin bkz. Yarg. 15. HD., 7.5.2001 T., 2001/548 E. 2001/2453 K. : “(...) arsa sahibine verilecek bağımsız bölümlerin bulunduğu blok % 95 oranında tamamlanmış ise de, diğer parsellerdeki inşaatın sözleşme süresi geçtiği halde bu aşamaya ulaşmadığı hallerde, akdin feshinin hangi yönde sonuç doğuracağına saptanması bakımından, **sözleşmenin bir bütün olduğu** gözetilerek inşaatın yapılacağı tüm parsellerdeki inşaatın ulaştığı seviyenin birlikte değerlendirilip, sözleşmeye konu işin gerçekleşme oranının bulunup, Tev. İçt. kuralının uygulanıp uygulanmayacağına takdiri ve buna göre karar verilmesi gerekir.” (Kostakoğlu, s. 919-920).

¹⁵⁰⁰ **Gauch**, Werkvertrag, N 685; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 48; **Werz**, N 381 vd.; **CR-Chaix**, Art. 366 N 21. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüştedir. BGE 116 II 450 = JdT 1991 I 184.

¹⁵⁰¹ BGE 116 II 450 = JdT 1991 I 184.

muhtemel menfaatinin mütemerrit yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle etkilenmemesi gerektiği fikrinden hareketle ulaşılmaktadır¹⁵⁰².

İsviçre hukukunda bazı yazarlar iş sahibine feshi tercih etme yetkisi tanınması gerektiği görüşünden bir adım daha ileri gitmektedirler. Bu yazarlara göre, geçmişe etkili dönme yüklenici bakımından orantısız bir zarara sebep olacaksa ve eserin meydana getirilmiş olan kısmı iş sahibi bakımından kullanılabilir durumda ise, iş sahibinin tercihine bırakılmaksızın, “dönme” hakkının **kendiliğinden “fesih” hakkına dönüşmesi** gerekir. Buna göre, örneğin meydana getirilmeye başlanan eser iş sahibinin arsası üzerinde ise veya iş sahibine ait malzeme ile yapılmışsa ya da eser tamamlanmak üzere ise iş sahibine ancak sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetme hakkı tanınabilir¹⁵⁰³. Buna karşılık, İsviçre hukukunda, eseri teslim borcunun sürekli bir borç olmadığını, bu sebeple yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin sadece geriye etkili dönme hakkına sahip olduğunu ifade eden yazarlar da mevcuttur¹⁵⁰⁴.

5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Kanaatimiz

Yüklenicinin temerrüdü üzerine iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin bazı durumlarda fesih sayılıp sayılamayacağı konusunda bulunacak çözümün hareket noktası, eser sözleşmesinin hukukî niteliğidir. Biz, eser sözleşmesinin kural olarak **anî edimli bir sözleşme** olduğu görüşündeyiz. Bu sebeple, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin, kural olarak, kendi arsası üzerinde

¹⁵⁰² **Gauch**, Werkvertrag, N 688.

¹⁵⁰³ **Gauch**, Werkvertrag, N 688; **BaK-Zindel/Pulver**, Art. 366, N 21; **ZK-Bühler**, Art. 366, N 49; **CR-Chaix**, Art. 366 N 22; **Chavanne**, N 251.

¹⁵⁰⁴ Örneğin bkz. **Couchepin**, N 1697.

yapılan inşaatlar da dâhil olmak üzere tüm anî edimli eser sözleşmelerinden geriye etkili olarak dönme hakkı bulunduğunu kabul ediyoruz.

Kanaatimizce, iş sahibine geriye etkili dönme hakkı mı, yoksa ileriye etkili fesih hakkı mı tanınacağına karar verilirken, yüklenicinin temerrüde düşmekte **kusurlu olup olmamasına** göre bir **ayırım** yapmak **yerinde değildir**. Zira yüklenicinin kusuru, ancak iş sahibinin mütemerrit yükleniciye yöneltebileceği tazminat taleplerinin bir şartıdır. İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmüş olması şart değildir¹⁵⁰⁵. O halde yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde BK m. 106 uyarınca sözleşmeden dönme hakkını kullanmak isteyen iş sahibinin bu hakkının sınırlandırılarak ona sadece ileriye etkili bir fesih hakkı tanınması, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşüp düşmediğinden bağımsız bir konudur. Öte yandan, daha önce de belirtildiği üzere, yüklenicinin eseri teslim borcunda kusursuz olarak temerrüde düşmesi halinde, iş sahibinin sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebileceğini savunan yazarlar, bu sonuca şahsen ifası gereken eser sözleşmelerinde kusursuz ifa imkânsızlığına ilişkin BK m. 371 hükmünü temerrüt durumuna kıyasen uygulayarak ulaşmaktadırlar¹⁵⁰⁶. Oysa kıyas, ancak olaya uygulanabilecek hiçbir kanun hükmü bulunmadığı takdirde başvurulabilecek bir yöntemdir. Yüklenicinin temerrüdü halinde uygulanacak hükümler ise BK m. 106-108'de yer alan genel hükümlerdir. BK m. 106 f. 2 hükmü ile alacaklıya borçlunun temerrüde düşmekte kusuru bulunup bulunmadığına ilişkin bir ayırım yapılmaksızın sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Burada açık bir

¹⁵⁰⁵ Bu duruma 25.1.1984 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da “(...) müteahhidin olaydaki kusuru, borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmî ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önemlidir” denilerek işaret edilmiştir. Yarg.İBK, 25.1.1984 T., 1983/3 E., 1984/1 K. (YKD 1984, C. X, S.4, s. 504.)

¹⁵⁰⁶ Bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 143; **Öz**, Dönme, s. 220; **Öz**, İnşaat, s. 158; **Yavuz**, s. 572.

kanun boşluğu söz konusu olmadığına göre, kıyasa başvurulamaz¹⁵⁰⁷. O halde, yüklenici ister kusursuz olarak, ister kusuruyla temerrüde düşmüş olsun, iş sahibi, BK m. 106'ya göre eser sözleşmesinden geriye etkili olarak dönebilir.

Kural, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden geriye etkili olarak dönmesidir. Ancak bu kural, mutlak değildir. Yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin anî edimli bir eser sözleşmesini ileriye etkili olarak feshedebileceği **istisnaî** durumlar da mevcuttur. **Tarafların** yüklenicinin

¹⁵⁰⁷ **Öz**'e göre, BK m. 371'de düzenlendiği üzere, ifa imkânsızlığı gibi iş sahibinin kararlaştırılan edimi artık hiçbir zaman elde edemeyeceği durumlarda dahi kusursuz yüklenici yaptığı kısımla orantılı ücret alabiliyorsa, iş sahibinin edimi geç de olsa elde edebileceği temerrüt durumunda bu hakkın yükleniciden esirgenmesi çelişkili olur. **Öz**, Dönme, s. 221. Oysa BK m. 371, eser sözleşmesinde kusursuz ifa imkânsızlığını düzenleyen yegâne hüküm değildir. Yüklenici tarafından yeniden meydana getirilmesi mümkün olmayan bir eser, tesliminden önce kazaen telef olduğu takdirde de, yüklenici bakımından kusursuz ifa imkânsızlığı söz konusu olur. Örneğin tamir için verilen arabanın yanması halinde olduğu gibi. Bu takdirde hasar, BK m. 368 f. 1 gereği kusursuz yükleniciye ait olur. Diğer bir deyişle, ücret alacağı ortadan kalktığı gibi, yüklenici eseri meydana getirmek için yaptığı masrafları da iş sahibinden talep edemez. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, Cilt II, s. 317-318. Kural olarak, eserin teslimine kadar gerçekleşen ifa imkânsızlığına bu imkânsızlıkta kusursu bulunmasa da yüklenici katlanmaktadır. Ancak kanun koyucunun özel olarak düzenlediği istisnaî bazı hallerde hasara iş sahibi katlanmakta, böylelikle yüklenici meydana getirdiği kısmın ücretini belirli şartlar altında alabilmektedir. İşte BK m. 371 hükmü de hasarın geçişine ilişkin BK m. 368 f. 1 hükmü ile getirilen kuralın istisnalarından biridir. Bu hüküm, münhasıran yüklenicinin kişisel nitelikleri göz önünde tutularak akdedilen eser sözleşmelerini kapsamına almaktadır. Kanaatimizce, inşaat işleri kural olarak bu hükmün kapsamına girmez. Zira çoğu halde, inşaat sözleşmelerinde işin bizzat yüklenici tarafından ifası söz konusu olmamakta, yardımcı kişiler ve alt-yükleniciler işe dâhil olmaktadır. Kaldı ki, yüklenicinin ölümü halinde de iş sahibi kural olarak yasal mirasçılardan inşaatı teslim borcunu yerine getirmelerini isteyebilir. O halde, tartışma konumuz olan iş sahibinin arsasında yapılan inşaat sözleşmeleri bakımından, kanaatimizce kaideten inşaat sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmayan BK m. 371 hükmünden hareketle bir genelleme yapmak, kusursuz imkânsızlık halinde kanun koyucunun yükleniciye yaptığı kısımla orantılı ücret verilmesi iradesinde olduğu sonucuna ulaşmak hatalıdır. Ayrıca bu görüşün kabulü halinde, kusursuz yüklenici karşısında kendisine ancak ileriye etkili fesih hakkı tanınan iş sahibi, yükleniciden edimin gecikmiş olmasından ötürü herhangi bir tazminat talebinde de bulunamaz. Zira tazminat, kusur şartına bağlıdır. O halde, bu olasılıkta, edimin ifasının gecikmesinin tüm riskine iş sahibi katlanmış olur ki, menfaatler dengesini iş sahibi aleyhine aşırı ölçüde bozan böyle bir sonucu haklı kılan bir sebep yoktur.

temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeyi sadece ileriye etkili feshedebileceği konusunda **anlaşmış** olmaları halinde, iş sahibi sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebilir¹⁵⁰⁸. Keza, **iş sahibine** yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden dönme yerine sözleşmeyi ileriye etkili **feshetmeyi tercih etme yetkisi** de tanınmalıdır¹⁵⁰⁹. İş sahibinin sözleşmeyi feshetmeyi tercih etmesi halinde, yüklenici eserin o ana kadar meydana getirmiş bulunduğu kısmı ile orantılı olarak sözleşmede kararlaştırılan bedele hak kazanacağından bu çözüm yüklenicinin de menfaatindedir. Kanaatimizce bu sonuç sadece iş sahibinin arsasında yapılan inşaat sözleşmeleri bakımından değil, bütün eser sözleşmeleri bakımından kabul edilebilir. Zira her iki tarafın menfaatinin de karşılandığı böyle bir çözümü reddetmek için geçerli bir sebep göremiyoruz. Buna karşılık, İsviçre hukukunda savunulan, meydana getirilmeye başlanan eser iş sahibinin arsası üzerinde ise veya iş sahibine ait malzeme ile yapılmışsa ya da eser tamamlanmak üzere ise, **dönme hakkının** iş sahibinin inisiyatifine bırakılmaksızın **zorunlu** olarak ve **kendiliğinden fesih hakkına dönüşeceği** görüşüne katılmıyoruz¹⁵¹⁰. Bu durum, çoğu

¹⁵⁰⁸ Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen BK m. 106 hükmü, emredici değil, **düzenleyici** bir hükümdür. Bu itibarla, örneğin taraflar aralarında yüklenicinin temerrüdü halinde, iş sahibinin BK m. 106 f. 2’de düzenlenen sözleşmeden geriye etkili dönme hakkına değil, ancak sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetme hakkına sahip olacağını kararlaştırmışlarsa, bu **sözleşme hükmü** uygulanır; sözleşme ileriye etkili olarak sona erdirilir. **Erman**, İnşaat, s. 107; **Akkayan-Yıldırım**, s. 57.

¹⁵⁰⁹ İsviçre hukukunda genel olarak kabul edilen ve Türk hukukunda da bazı yazarlarca kabul edilen bu görüşe göre, yapımına başlanmış eserin ortaya çıkan kısmı iş sahibinin işine yarıyor ve onun için kullanılabilir durumda ise, iş sahibine dönme yerine feshi **tercih etme hakkı** tanınmalıdır. Türk hukukunda bu görüşte: **Aral**, s. 349; **Gümüş**, s. 90. Yargıtay da iş sahibinin dilediği takdirde sözleşmeden dönme yerine sözleşmenin ileriye etkili feshini tercih edebileceğini kabul etmektedir. Yarg. 15. HD. 7.4.2004 T., 2003/4795 E., 2004/1968 K.: “Dava konusu olayda inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. Dairemizin içtihatlarına göre ileriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılmayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne var ki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir.” (www.kazanci.com).

¹⁵¹⁰ Fesih sürekli borç ilişkilerine özgü bir sona erme biçimidir. Bu sebeple, kanaatimizce böyle bir görüşün savunulabilmesi için eser sözleşmesini sürekli bir sözleşme olarak kabul etmek veya en azından

halde iş sahibi aleyhine neticeler doğurur. Temerrüde düşen yüklenicinin menfaatinin her durumda korunması gereğinden de söz edilemez. İş sahibinin BK m. 106 f. 2'ye göre sahip olduğu sözleşmeden geriye etkili dönme hakkının neye dayanılarak böyle bir genelleme ile elinden alındığı, gerekçelendirilmiş değildir.

Yüklenicin temerrüdünün sonuçları Borçlar Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş olmasa da, borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hüküm niteliğindeki BK m. 106-108 hükümleri, yüklenicinin temerrüdü bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Bu itibarla, burada bir kanun boşluğu, en azından açık bir boşluk veya kural içi bir boşluk yoktur. Bununla birlikte, iş sahibinin arsası üzerinde yapılan ve **tamamına yakını tamamlanmış** inşaatlarda, yüklenici inşaatı vadede tamamlamayıp temerrüde düştüğü takdirde, iş sahibinin geriye etkili dönme hakkını kullanmasının hakkaniyete aykırı bir durum yaratabileceği görüşüne katılıyoruz. Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında işaret edildiği üzere, bu durumda **“örtülü bir kanun boşluğu”** söz konusudur. Zira borçlu temerrüdü sonucunda alacaklının sözleşmeden geriye etkili dönme hakkını düzenleyen hükümler kanunda mevcuttur; ancak bu düzenleme iş sahibin arsasında yapılan işin tamamına yakınının tamamlandığı inşaatlar bakımından dürüstlük kuralı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açmaktadır¹⁵¹¹. Burada asıl mesele, işin

geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme olduğunu ileri sürmek gerekir. Oysa yukarıda değinilen görüşün öncülerinden olan **Gauch**, eser sözleşmesini anî edimli bir sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Gauch**, Werkvertrag, N 9. Anî edimli sözleşmelerin olağan çözümlenme şekli sözleşmeden geriye etkili dönme olduğuna göre, özellikle iş sahibinin arsasında yapılan tüm inşaatlar bakımından zorunlu olarak fesih sonucunu kabul eden görüşü kendi içinde tutarlı bulmuyoruz.

¹⁵¹¹ Yargıtay'a göre, inşaat sözleşmeleri geçici-sürekli karmaşığı sözleşmelerdir. Bu sebeple inşaat sözleşmeleri bakımından sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Oysa, Borçlar Kanunu'nun 106. ilâ 108. maddeleri anî edimli sözleşmelerde temerrüdün sonuçlarını esas alan düzenlemeler getirmektedir. İşte sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdünün sonuçlarına ilişkin kurallarla BK m. 106-108 ile getirilen düzenleme birbirine zıttır. Bu sebeple yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi bakımından örtülü bir kanun boşluğu vardır. 25.1.1984 T.,

tamamına yakınının bitirildiği durumlarda, sözleşmeden geriye etkili olarak dönüldüğüne, iş sahibinin temerrüde düşmüş yüklenici karşısında edim zamanında yerine getirilmiş olsaydı bulunacağı durumdan çok daha iyi bir duruma getirilmesinin yarattığı adaletsizliktir. Sözleşmeden dönme ile amaçlanan, sözleşme kurulmadan önceki durumun (*status quo ante*'nin) tesisini sağlamaktır; yoksa iş sahibini edim vaktinde ifa edilseydi bulunacağı durumdan daha iyi bir duruma getirmek değildir. O halde ne temerrüde düşerek borcunu ihlâl eden yüklenicinin borca aykırı davranışından yaralanmasına izin verilmelidir, ne de iş sahibi temerrütten fazladan bir menfaat sağlayabilmelidir. Bu sebeple menfaatlerin dengelenmesi gerekir. Kanaatimizce, bir sonuç borcunun borçlusunu olan yüklenici edim borcunu yerine getirmekte temerrüde düştüğü takdirde, ancak işin bütününe nazaran sembolik bir kısmı tamamlanmamışsa onun korunmaya değer bir menfaati olduğu söylenebilir.

Yargıtay, 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında inşaatın büyük bölümünün tamamlanmış olduğu hallerde iş sahibinin sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak feshedebileceği sonucuna, BK m. 106-108'de düzenlenen geriye etkili dönme hakkının **MK m. 2 ile sınırlandırılması** yöntemi ile ulaşmıştır. Ulaşılan sonucun doğru olduğunu kabul eden bazı yazarlar, Yargıtay'ın bu sonuca ulaşmakta kullandığı yöntemi

1983/3 E., 1984/1 K. s.lı İçtihadı Birleştirme Kararı (RG 27.2.1984 S. 18325; YKD, 1984, s. 501 vd.). Kanaatimizce, burada örtülü bir kanun boşluğu olduğunun kabulü için inşaat sözleşmelerini geçici-sürekli karmaşığı olarak nitelendirmeye gerek yoktur. Bu sözleşmeler anî edimli sözleşme olarak kabul edilerek de örtülü bir kanun boşluğu bulunduğu sonucuna varılabilir. Burada **örtülü boşluğun** bulunmasının **sebebi**, kanunun öngördüğü **çözümün** bazı durumlarda tarafların karşılıklı menfaatleri göz önünde tutulduğunda **dürüstlük kuralı ile bağdaşmamasıdır**. Zira örtülü kanun boşluğunun bulunduğu durumlardan biri de, “bir hükmün lâfzı ve ruhu itibarıyla tespit edilen anlamda uygulanmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı ve bir hakkın kötüye kullanılması sayılacağı haller”dir. Bkz. **Oğuzman/Barlas**, s. 93.

eleştirmektedirler. Bu yazarlar¹⁵¹², iş sahibinin arsasında yapılan büyük bölümü tamamlanmış inşaatlar bakımından ileriye etkili fesih sonucuna, MK m. 2'nin uygulanması ile değil, ayıplı esere ilişkin BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümlerinin temerrüt haline kıyasen uygulanması ile ulaşılabileceğini ileri sürmektedirler. Temerrüt haline de kıyasen uygulanması önerilen BK m. 360 f. 3'e göre, iş sahibi kendi arsasında yapılan ayıplı inşaatlarda, inşaatın sökülüp kaldırılması **aşırı zarara yol açacak ise**¹⁵¹³ sözleşmeden dönemez¹⁵¹⁴. Bu hükümle getirilen dönme hakkının kullanılması yasağı ile "yaratılmış olan değer korunması" ilkesine riayet edilmektedir¹⁵¹⁵. Zira **ayıplı inşaat bakımından**, inşaatın yıktırılma tehlikesi söz konusudur. Şöyle ki, ayıplı inşaat iş sahibi tarafından kullanılmayacak durumda ise veya hakkaniyet gereği iş sahibinden bu ayıplı eseri kabul etmesi beklenemeyecek ise, ayıbın giderilmesi veya bedel indirimini tercih etmek yerine, sözleşmeden dönüp ayıplı **inşaatı yıktırarak** inşaatı bir başka yükleniciye baştan imal ettirmek **iş sahibi bakımından daha avantajlı** olabilir.

¹⁵¹² **Sungurbey**, İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı, s. 788 vd.; **Akkayan-Yıldırım**, s. 75 vd. özellikle s. 78. Bu yazarlar MK m. 2'nin talifiği ilkesine işaret ederek, ancak olaya doğrudan veya kıyasen uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde MK m. 2'ye başvurulabileceğini ifade etmektedirler. Aynı yazarlara göre, temerrüt durumunda BK m. 360 f. 2 ve f. 3 hükümlerinin olaya kıyasen uygulanması mümkün olduğundan, MK m. 2'nin uygulanması doğru değildir.

¹⁵¹³ İnşaat arsadan kaldırıldığı takdirde arsa üzerinde iken arz ettiği değere nazaran kıymeti çok azalacaksa, kaldırılması ve yıkılmasının **fazla bir zarara yol açacağı** genel olarak kabul edilmektedir. **Öz**, Dönme, s. 213; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 53. İnşaat arsadan kaldırıldığında ortaya çıkan kalıntıların ancak bir hurda değeri teşkil edebileceği düşünülürse, çoğu durumda ayıplı inşaatın arsadan kaldırılması fazla bir zarara yol açar. Buna karşılık, örneğin durduğu yerde sallanan temelleri çok zayıf olan bir bina zaten arsa üzerinde iken de hurda değerine nazaran fazla bir kıymete sahip değildir. İşte bu tür inşaatlar bakımından yapının arsadan kaldırılmasının fazla zarara yol açmayacağı ve iş sahibinin kendi arsası üzerinde yapılan ayıplı inşaat bakımından sözleşmeden dönebileceği kabul edilebilir.

¹⁵¹⁴ BK m. 360 f. 3'ün uygulama alanına, kabulü iş sahibinden beklenemeyecek ölçüde ayıplı inşaatlar girer. Zira iş sahibi, yapı kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı derecede ayıplı değilse, BK m. 360 f. 1 gereği sözleşmeden dönme hakkına sahip değildir. **Öz**, Dönme, s. 125.

¹⁵¹⁵ **Seliçi**, İnşaat, s. 163; **Öz**, Dönme, s. 126; **Erman**, İnşaat, s. 133.

Bazı yazarlar¹⁵¹⁶, ayıplı esere ilişkin BK m. 360 f. 3 hükmünün ihdas edilmesinin gerekçesinin, yapının arsadan sökülüp kaldırılmasının yükleniciye aşırı zarar vermesi olduğundan hareketle, bu hükmün temerrüt halinde de yarım kalan inşaatın sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açacak olması durumunda kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, seviyesi ilerlemiş inşaatlarda yüklenicinin temerrüdü halinde de inşaatın arsadan kaldırılması aşırı zarara yol açtığından, diğer bir deyişle BK m. 360 f. 3 hükmünün korumayı amaçladığı durum burada da söz konusu olduğundan kıyasın şartları gerçekleşmiştir. Oysa **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi, BK m. 360 f. 3'te düzenlenen durumdan farklı olarak, yapının arsadan kaldırılmasının fazla zarara yol açacağı haller temerrüt bakımından çoğunlukla söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle, **yaratılan değerlerin korunması** ilkesi temerrüt durumunda gündeme gelmez. Zira **yüklenicinin temerrüdü** halinde iş sahibi sözleşmeden geriye etkili dönse dahi, imar mevzuatına aykırılıkta olduğu gibi yapılan kısmın yıkılmasının mecburî olduğu istisnaî durumlar söz konusu olmadıkça, hemen **hiçbir iş sahibi** mütemerrit **yüklenicinin yaptığı kısmı yıkmaz**; aksine iş sahipleri yarım kalan inşaatı başka bir yükleniciye tamamlatma yoluna giderler¹⁵¹⁷. Kanaatimizce, yüklenicinin temerrüdü halinde kaideten yarım kalan yapının arsadan sökülüp kaldırılması söz konusu olmayacağından, yapının kaldırılmasının aşırı zarara yol açacağından bahisle BK m. 360 f. 3 hükmünden çıkan sonucun temerrüt durumuna da kıyasen uygulanabileceğini ileri süren görüş, kabul edilemez.

¹⁵¹⁶ **Sungurbey**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt, s. 190; **Erman**, İnşaat, s. 103; **Akkayan-Yıldırım**, s. 77-78.

¹⁵¹⁷ **Öz**, Dönme, 212.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanına örtülü kanun boşluklarının doldurulması da girmektedir¹⁵¹⁸. Kanaatimizce, yukarıda değindiğimiz örtülü boşluk da Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda ifade edildiği üzere MK m. 2'ye dayanılarak doldurulabilir. Bu kararda, MK m. 2'nin ikincilliği (talîliği) prensibinin çiğnendiği eleştirisine katılmıyoruz. Gerçekten de hukukî güvenliği sarsmamak için dürüstlük kuralı ve bunun bir uygulaması olan hakkın kötüye kullanılması yasağı ile adil bir çözüme ulaşmak talî bir yol olmalıdır. Bu yola ancak MK m. 2 hükmüyle ulaşılmak istenen sonuca olaya doğrudan veya kıyasen uygulanması mümkün olan yasal bir düzenleme ile ulaşılamıyorsa başvurulmalıdır¹⁵¹⁹. Ancak bazı yazarların ileri sürdüğünün aksine, yüklenicinin temerrüdü halinde BK m. 360 f. 3 hükmü de olaya kıyasen uygulanamayacağından, bu adaletsiz durumu ne doğrudan ne de kıyasen düzeltebilecek pozitif bir düzenleme bulunmaktadır. Bu sebeple, ancak ikinci derecede (talî) bir yol olan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile adil bir çözüme ulaşılabilmektedir.

Kanaatimizce, geriye etkili dönmenin doğuracağı sonuçlar ancak eserin tamamına yakın bir kısmı tamamlandığı halde, bütüne nazara sadece sembolik bir kısmın eksik kaldığı istisnaî durumlarda adil görülmeyebilir. Bu durumda da Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında belirtildiği üzere **MK m. 2'nin** olaya uygulanması **uygun bir çözümdür**. Ancak MK m. 2'de düzenlenen **hakkın kötüye kullanılması yasağı**, sözleşmeden geriye etkili dönme hakkı bakımından ele alındığında, Yargıtay'ın İçtihadı Birleştirme Kararında ulaştığı sonucun aksine, geriye etkili **dönme hakkını** ileriye etkili **fesih hakkına** indirgemeye, dönüştürmeye ya da **tahvil etmeye** olanak tanıyan bir

¹⁵¹⁸ Oğuzman/Barlas, s. 240.

¹⁵¹⁹ Oğuzman/Barlas, s. 259 ve dn. 367.

kurum değildir¹⁵²⁰. Hakkın kötüye kullanılması yasağının yaptırımını, kötüye kullanılan hakkın hiç kullanılmaması, bu haktan beklenen sonuçların elde edilememesidir¹⁵²¹. Bu sebeple, kanaatimizce, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının, yani tamamına yakını tamamlanmış inşaatı kabul etmemesinin hakkın kötüye kullanımı sayıldığı durumlarda, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını hiç kullanamaz; bu durumda iş sahibi ancak inşaatı kabule zorlanabilir. Buna göre, Yargıtay'ın bugünkü uygulamasında olduğu gibi % 95'in üzerinde tamamlanan yapının iş sahibi tarafından reddedilemeyeceğine hükmetmek, doğru bir çözümdür. Hâkim, somut olayın şartlarına ve menfaatler dengesine göre, istisnaî durumlarda ve işin tamamlanma oranı (Yargıtay'ın mevcut uygulamasında ileriye etkili fesih için şart koştuğu asgarî oran olan) % 90'dan az olmamak kaydıyla, % 95 seviyesinin altında kalan tamamlanma oranları bakımından da bu çözümü kabul edebilmelidir. Bu durumda iş sahibi eksik iş bedellerini ve aynen ifanın gecikmesinden doğan bir zarar varsa bu gecikme tazminatının ödenmesi yükleniciden talep edebilir. Sonuç olarak MK m. 2'den hareketle iş sahibine istisnaî durumlarda sözleşmeden dönme hakkının hiç tanınmaması yerindedir, ancak sözleşmeden dönme hakkı yerine sözleşmeyi ileriye etkili feshetme hakkı tanınması doğru değildir. Mesele MK m. 2 hükümden hareketle açıkladığımız biçimde çözümlenebilir.

¹⁵²⁰ Bkz. ayrıca, Yargıtay'ın 25.1.1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda yer alan karşı oy yazısında, böyle bir durumda Medenî Kanun'un 2. maddesine başvurulamayacağını savunmakla birlikte "Medenî Kanun'un 2. maddesindeki koşulların bulunması takdirinde, fesih hakkının hiç kullanılmayacağını" ifade eden **İlhan Teoman Ozanoğlu**, YKD 1984, C. X, S.4, s. 517.

¹⁵²¹ Bu konuda bkz. **Akyol**, s. 120 vd.; **Oğuzman/Barlas**, s. 237.

D. Yüklenicinin Temerrüdü Sebebiyle İş Sahibinin Eser Sözleşmesini İleriye Etkili Olarak Feshetmesi

1. İş sahibinin Eser Sözleşmesini Feshetmesi

Kanun koyucunun, borçlu temerrüdüne ilişkin olarak, anî edimli sözleşmeleri esas olarak düzenlediği BK m. 106 hükmü ile alacaklıya tanıdığı ve “fesih” olarak ifade ettiği hakkın, esasen “sözleşmeden dönme hakkı” olduğuna daha önce işaret etmiştik. Sözleşmeden dönüldüğünde sözleşme ilişkisi geriye etkili olarak çözüldüğü halde, teknik anlamda “fesih” kavramı sözleşmenin ileriye etkili olarak sonlandırılmasını ifade etmektedir.

Eser sözleşmesi, yüklenicinin temerrüdü halinde, kural olarak, ancak geriye de etkileri bulunan sözleşmeden dönme eliyle çözülebilir. Fakat bazı istisnaî durumlarda eser sözleşmesinin de sadece ileriye etkileri olan fesihle sona erdirilmesi söz konusu olmaktadır. Örneğin Yargıtay’ın uygulamasına göre, yüklenici, **iş sahibinin arsasında** bulunan ve **tamamına yakını**nı (Yargıtay’a göre en az % 90’ını) **tamamladığı** inşaatın tesliminde temerrüde düştüğü takdirde, iş sahibinin BK m. 106 uyarınca sözleşmeden dönmesi, ileriye etkili fesih sayılmaktadır. Öte yandan fesih yüklenicinin de menfaatine olduğundan, iş sahibine dilediği takdirde yüklenicinin temerrüdü üzerine eser sözleşmesinden dönmek yerine sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetme hakkı da tanınmaktadır. Böylece, **iş sahibi** dönme yerine feshi **tercih etmişse**, bu durumda da artık sözleşme ileriye yönelik olarak sona ermektedir. Keza, daha önce de ifade ettiğimiz gibi, Borçlar Kanunu’nun temerrüdün sonuçlarını düzenleyen hükümleri emredici olmadığından, **tarafklar** sözleşme kurulurken veya daha sonra yüklenicinin temerrüdü halinde sözleşmeden dönülemeyeceğini sözleşmenin ancak ileriye etkili

olarak feshedebileceğini **kararlaştırabilirler**. Bu durumda da yüklenicinin temerrüdü halinde iş sahibi sözleşmeyi ancak feshedebilir. Nihayet az rastlanan bir durum olmakla birlikte, eser sözleşmesi **sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme**¹⁵²² niteliğinde ise, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin niteliği icabı, BK m. 106-108’de düzenlenen dönme hakkı yerini kural olarak¹⁵²³ ileriye etkili feshe bırakmaktadır¹⁵²⁴.

2. İleriye Etkili Feshin Sonuçları

İş sahibinin eser sözleşmesini **feshetme** hakkının bulunduğu durumlarda fesih hakkının kullanılmasının **sonuçlarına** gelince: Eser sözleşmesi fesih anından itibaren ileriye yönelik olarak (ex nunc) sona erer¹⁵²⁵. Feshin geriye etkisinin olmaması, fesihten

¹⁵²² Burada hemen hatırlatalım, eser sözleşmeleri tek bir eserin kapsamı zamanla genişliyorsa veya ard arda eser teslimi söz konusu olup da toplam edim miktarı başlangıçta belirli değilse, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmektedir.

¹⁵²³ İstisnaen sürekli nitelikteki eser sözleşmelerinden de geçmişe etkili olarak dönmek mümkün olmaktadır. Örneğin yüklenicinin henüz sürekli edimin ifasına başlamadığı durumlarda, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi mümkündür. Bu konu aşağıda sürekli eser sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü ile ilgili bölümde ayrıca ele alınacaktır.

¹⁵²⁴ Burada fesih, borçlu temerrüdünün bir yaptırımıdır. Alacaklı, borçlu temerrüdünün gerçekleştiği her durumda, BK m. 106 çerçevesinde ek süre tayini vb. usullere uymak kaydıyla feshe başvurabilir. Yoksa burada borcun ihlâlinin sözleşme ilişkisini alacaklı bakımından çekilmez hale getirmesinin şart olduğu bir “haklı nedenle fesih” durumu söz konusu değildir. **Gauch**, System, s. 149 vd.; **Guggenheim**, s. 220; **Cherpillod**, s. 83; **Schwenzer**, s. 454; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 966 dn. 46, s. 967; **Oğuzman/Öz**, s. 419-420; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1083. Aksi görüşte: **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 221-222. **Seliçi**’ye göre, sürekli borç ilişkilerinde borçlu temerrüdü ancak aynı zamanda “haklı sebep” tekil ediyorsa, yani temerrüt sebebiyle alacaklıdan sözleşme ilişkisine devam etmesi beklenemez hale gelmişse, fesih mümkündür.

¹⁵²⁵ **Gauch**, System, s. 29; **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 182; **Serozan**, Dönme, s. 115; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 213; **Öz**, Dönme, s. 26; **Oğuzman/Öz**, s. 383. Fesih hakkı bu sebeple bozucu yenilik doğuran bir hak niteliğindedir.

önce ifa edilmiş edimlerin iadesinin istenememesi, geçmişe yönelik bir tasfiye ilişkisinin söz konusu olmaması demektir¹⁵²⁶.

a. Henüz İfa Edilmemiş Olan Borçların Sona Ermesi

İş sahibi, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle eser sözleşmesini BK m. 106-108 hükümlerine göre feshettiğinde, fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte, tarafların henüz yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri sona erer¹⁵²⁷. Buna göre, yüklenici eseri tamamlayarak teslim etme borcundan, iş sahibi ise eserin henüz meydana getirilmemiş olan kısmına ilişkin olarak bedel ödeme borcundan kurtulur.

b. Fesihden Önce Yerine Getirilen Edimlerin Geçerli Olmaya Devam Etmesi

Sözleşme ilişkisi fesihle birlikte geçmişe etkili olarak çözümediği için, tarafların fesih anına kadar yerine getirmiş olduğu edimler de geçerli olmaya devam eder¹⁵²⁸. Burada esas alınacak olan, borçlunun, yani yüklenicinin fesih anına kadar ediminin ne kadarını yerine getirdiğidir. Yüklenici, fesih anına kadar eserin ne kadarlık kısmını **meydana getirmişse**, iş sahibinden o **oranda bedel talep etme** hakkına sahiptir¹⁵²⁹. Buna karşılık, **iş sahibi** de, fesih anında yükleniciye eserin meydana getirilen kısmına

¹⁵²⁶ **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 182; **Gauch**, Werkvertrag, N 686; **Chavanne**, N 252; **Öz**, Dönme, s. 26, 29.

¹⁵²⁷ **Gauch**, Werkvertrag, N 686; **Öz**, İnşaat, s. 157; **Buz**, Dönme, s. 322.

¹⁵²⁸ **Venturi-Zen-Ruffinen**, N 182; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 213; **Buz**, Dönme, s. 322.

¹⁵²⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 685; **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 466; **Erman**, İnşaat, s. 101; **Öz**, Dönme, s. 187; **Öz**, İnşaat, s. 157. Orantılı bedele ilişkin talep, sözleşme fesih anına kadar hüküm doğurmaya devam ettiği için, sebepsiz zenginleşmeye dayalı bir talep değil; sözleşmeden doğan bir taleptir. **Chavanne**, N 279.

nazaran **fazladan bir bedel** ödemiş bulunuyorsa, BK m. 108 f. 1 çerçevesinde yükleniciden bu fazla kısmın **iadesini** talep edebilir¹⁵³⁰.

aa. Genel Olarak

Yüklenicinin iş sahibinden talep edebileceği **orantılı bedel**, onun eserin ne kadarlık kısmını meydana getirdiği belirlenip, bu tamamlanma oranı eser sözleşmesinde tarafların kararlaştırdığı bedele uygulanarak tespit edilir¹⁵³¹. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin eksik bıraktığı kısım oranında bedelden indirim yapılır. Örneğin eserin bedelinin 10.000 TL. olarak kararlaştırıldığı bir sözleşmede temerrüde düşen yüklenici, fesihten önce işin % 90'ını tamamlamış bulunuyorsa, yaptığı işle orantılı olarak 9.000 TL.lik bedele hak kazanmış olur. Taraflar sözleşme ile eserin bedelini kararlaştırmamışlarsa veya yaklaşık olarak kararlaştırmışlarsa, bedel BK m. 366 hükmü esas alınarak, yani yapılan eserin değerine ve yüklenicinin masrafına göre hesaplanır¹⁵³².

Yüklenicinin meydana getirdiği kısım **iş sahibi bakımından kullanılabilir değilse**, iş sahibinin, yükleniciye ifa ettiği edim karşılığında orantılı bedel ödeme zorunluluğu da bulunmamaktadır¹⁵³³. Örneğin inşaatın meydana getirilen kısmının imar

¹⁵³⁰ Buradaki iade talebi, feshedilen sözleşmeden doğan bir taleptir. **Gauch**, Werkvertrag, N 687; **Serozan**, Dönme, s. 119; **Serozan**, İfa, s. 233.

¹⁵³¹ **Gauch**, Werkvertrag, N 537; **Chavanne**, N 279; Öz, İnşaat, s. 157; **Karahasan**, ÖBİ Cilt 2, s. 728.

¹⁵³² **Gauch**, Werkvertrag, N 537; **Chavanne**, N 279.

¹⁵³³ **Gauch**, bu sonucu, temerrüt sebebiyle fesih halinde, sözleşmenin feshi sebebinin münhasıran yükleniciye isnad edilebilir olması ile açıklamaktadır. Zira burada fesih, BK m. 369'da düzenlenen iş sahibinin tam tazminat ödeyerek sözleşmeyi feshetmesinden farklı olarak, tümüyle iş sahibinin ihtiyarında olan keyfi bir sebebin sonucu değildir. Aksine, doğrudan yükleniciye bağlı bir sebebin, yani yüklenicinin temerrüde düşerek borcu ihlâl etmiş olmasının bir sonucudur. **Gauch**, Werkvertrag, N 687. **Gümüş**, bir adım daha ileri giderek, meydana getirilen kısım iş sahibi tarafından kullanılamaz durumda ise ileriye etkili feshin varlığının kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. **Gümüş**, s. 90. Kanaatimizce de

mevzuatına aykırı olduğu için yıkılması gerekli ise, iş sahibi yükleniciye iş görme ediminden ötürü orantılı bedel ödemek zorunda değildir.

bb. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Orantılı Sözleşme Bedelinin Aynen mi, Nakden mi Verileceği Meselesi

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yükleniciye sözleşme bedeli olarak bir miktar para değil, arsa payı veya bağımsız bölüm verileceği kararlaştırılmaktadır. Fesih halinde yükleniciye verilecek olan **orantılı sözleşme bedelinin, aynen** mi yani yüklenicinin yaptığı kısımla orantılı **arsa payı** veya **bağımsız bölüm** olarak mı, yoksa nakden mi yani bu indirilmiş arsa payı veya bağımsız bölüme karşılık gelen bir miktar **para olarak mı** verileceği tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹⁵³⁴, iş sahibi yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini feshettiği takdirde, yükleniciye meydana getirdiği kısma ilişkin alacağı indirilmiş arsa payı olarak değil, ancak bunun karşılığı olan bir miktar para olarak verilmelidir. Zira yüklenicinin yaptığı kısımla orantılı sözleşme bedelini aynen yani arsa payı olarak alacağı kabul edilirse, aralarında borca aykırılık sebebiyle husumet bulunan iş sahibi ile yüklenici aynı binada paydaş durumuna gelirler. Üstelik yükleniciye yaptığı kısımla orantılı olarak verilecek indirilmiş arsa payı hemen hiçbir

böyle durumlarda eser sözleşmesinin ileriye etkili fesih yoluyla değil, geriye etkili dönme yoluyla çözülmesi yerinde olur. Nitekim Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir. Yarg. 15. HD., 30.1.2002 T., 2001/4235 E., 2002/409 K.: “İnşaatın imara uygun hale getirilmesinin mümkün olmaması durumunda, mahkemece verilen fesih (sözleşmeden dönme kastediliyor) kararı sonucu itibariyle doğru olacağından, fesih yanında menfi zarar kapsamında olan sözleşmenin 9. maddesindeki oturlan yer kira bedelinin karar altına alınması, diğer isteklerin reddedilmesi gerekir. 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 (...) gerekir” (www.kazanci.com).

¹⁵³⁴ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152.

zaman arsa üzerindeki inşaatın bağımsız bölümleri ile tam olarak örtüşmeyeceğinden, yüklenici ile iş sahibi en az bir bağımsız bölüme birlikte malik olurlar. Bu durumda da onların birlikte hareket etmeleri sıkıntıya yol açar. Ayrıca, ana taşınmaz tümüyle tamamlanmadan kat mülkiyeti kurulamayacağından, yüklenici sadece kendisine düşen bağımsız bölümleri değil, yükleniciye düşen bağımsız bölümleri de- yaptığı masrafları sonradan tazmin ettirebilecek olsa da- kendisi tamamlatmak zorunda kalacaktır. Bu durumdan yüklenicinin de yararlanması uygun değildir¹⁵³⁵.

Diğer bir görüşe göre¹⁵³⁶ ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yerine getirmeyi taahhüt ettiği karşı edim arsa payı veya bağımsız bölüm devri olduğuna göre, sözleşmenin fesihle sona ermesi halinde de yüklenici iş sahibinden yaptığı iş oranında **arsa payının** veya **bağımsız bölümün** kendisine devrini talep edebilir. Yani indirilmiş bedel yükleniciye **arsa payı** veya **bağımsız bölüm** olarak **aynen** verilir¹⁵³⁷. O halde, örneğin yükleniciye 10 bağımsız bölümün bırakılmasının kararlaştırıldığı bir inşaatta, temerrüde düşen yüklenici, işin % 90'ını yapmış bulunuyorsa, 9 bağımsız bölüme hak kazanacaktır. İş sahibi, bu sayıda bağımsız bölümü yüklenici adına tapuda tescil ettirmek zorunda kalacak; yüklenici adına tescili önceden

¹⁵³⁵ **Tandoğan**, Cilt II, s. 152-153. Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarında **Tandoğan**'ın mütemerrit yükleniciye orantılı arsa payı verilmesini eleştiren bu görüşü benimsenmiştir. Örneğin bkz. Yarg. HGK. 6.10.1982 T., 1982-15-356 E., 1982-817 K.: Yarım kalan işi iş sahibinin tamamlatması durumunda "iş kusuru ile yarıda bırakan yüklenici hem yaptığı işle orantılı kârını almış, hem de işin bizzat iş sahibi tarafından tamamlanmasının sonuçlarından da yararlanmış olacaktır" (www.kazanci.com).

¹⁵³⁶ **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt, s. 466, 477, 486; **Sungurbey**, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt, s. 176; **Erman**, İnşaat, s. 105; **Öz**, İnşaat, s. 157; **Ayan**, s. 293; **Gümüş**, s. 89. **Ayan**'a göre, bağımsız bölümler iş sahibi ve yüklenici arasında tam olarak dağıtılmalıdır. Buna göre işin tamamlanma oranı bağımsız bölüm sayısına yansıtıldığında tarafların bir bağımsız bölümde paydaş olmaları gerekiyorsa, iş sahibine yüklenicinin bu bağımsız bölümdeki payını yükleniciye arsa payı olarak mı, yoksa para olarak mı ödeyeceğini tercih etme hakkı tanınmalıdır. **Ayan**, s. 250, 293.

¹⁵³⁷ Bu görüş doğrultusundaki Yargıtay kararları için bkz. **Erman**, İnşaat, s. 105 dn. 121.

yaptırmış bulunuyorsa da, bu tescillerin terkinini talep edemeyecektir. Yargıtay'ın görüşü de yükleniciye yaptığı kısmın karşılığının arsa payı veya bağımsız bölüm olarak aynen verilmesi yönündedir¹⁵³⁸.

Kanaatimizce, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde, iş sahibinin her durumda sözleşmeyi ancak ileriye etkili olarak sona erdirebileceği kabul edilseydi **Tandoğan**'ın indirilmiş arsa paylarının yükleniciye aynen verilmesine yönelik eleştirilerine katılmamak mümkün olmazdı. Ancak sözleşmenin temerrüt sebebiyle ileriye etkili feshi katıldığımız görüşe göre anî edimli bir sözleşme olan arsa payı karşılığı eser sözleşmesi bakımından ancak ya iş sahibi bu yolu tercih ederse veya bu konuda taraflar anlaşır ya da inşaatın tamamına yakınının bitirildiği durumlarda söz konusu olmaktadır. Bu durumlar dışında, iş sahibi sözleşmeden geriye etkili olarak dönme hakkına sahiptir. İş sahibi fesih yolunu kendisi seçtiğinde veya buna muvafakat ettiği karşı tarafın fesih anına kadar meydana getirdiği çalışmanın karşılığını

¹⁵³⁸ Yarg. 15. HD., 7.4.2004 T., 2003/4795E., 2004/1968 K.: “İleriye etkili fesih, yüklenicinin yaptığı imalâtın oranına göre bedel alması anlamına gelmektedir. Dava konusu olayda kararlaştırılan bedel (arsa tapusu) ve buna tekabül edecek bağımsız bölümler olduğundan, yüklenici işi tamamen ifa etseydi alabileceği bağımsız bölüm (haliyle isabet eden tapu), işin yüklenici tarafından terk edildiği seviyesine oranlanarak bulunacak fizikî orana denk gelen bağımsız bölüm ve tapusudur. Yani **işin eksik bırakıldığı oranda** yüklenici **tapu almaya** hak kazanamayacaktır. Bir örnek verilmek gerekirse işi tamamlasaydı yüklenici 10 adet bölüm alacak ise ve yüklenici işi terk ettiğinde yaptığı işin tamamı tüm işin % 80'i ise bu halde ileriye etkili fesihte yüklenici 8 adet bölümün tapusuna hak kazanmış olacaktır.” (www.kazanci.com). Yarg. 15. HD., 3.6.1987 T., 3051 E., 2449 K.: “İşin niteliği ve özelliği itibarıyla feshe bağlı tasfiyenin ileriye dönük olarak yapılması gerektiğinden, davacı yüklenicinin sözleşmede kararlaştırıldığı gibi yaptığı inşaatın karşılığını **arsa payı şeklinde istemeye** hakkı vardır. Ancak bunun miktarının tesbiti için mahallinde bilirkişiler aracılığı ile yeniden inceleme yapılmalı, davacının yaptığı iş miktarı tespit olunmalı, bunun sözleşmedeki pay oranı esas alınarak karşılığı olan arsa payı saptanmalı ve bu miktar üzerinden tescile karar verilmelidir.” (**Karahasan**, ÖBİ Cilt 2, s. 566-567). Yarg. 15. HD., 14.1.2004 T., 2003/3057 E., 2004/ 88 K. : “İnşaatın büyük oranda tamlanması (% 90 üzerinde) durumunda Medenî Kanun'un 2. maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir. Bundan amaç, yüklenicinin **hak ettiği oranda tapu payını** elde edebilmesidir.” (**Kostakoğlu**, s. 890-891).

vermeyi zaten kendisi göze almaktadır. Zira iş sahibi, isteseydi sözleşmeden geriye etkili olarak dönüp, yükleniciye arsa payı devretmemeyi veya önceden devretmişse de geri almayı tercih edebilirdi. İşin tamamına yakını bittiği için iş sahibinin sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshetmek zorunda bırakılışı istisnaî haller ise zaten iş sahibine nazaran yüklenicinin menfaatinin korunmasının gerekli görüldüğü hallerdir. Bu istisnaî durumlarda da artık menfaati önde tutulan yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan olduğu gibi almasında sakınca görülmemelidir. Bu sebeplerle, kanaatimizce, iş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini yüklenicinin temerrüdünden ötürü feshetmesi halinde, yükleniciye karşı edimi meydana getirdiği kısımla orantılı olarak **aynen**, yani arsa payı veya bağımsız bölüm olarak **talep etme hakkı** tanınmalıdır.

İleriye etkili **feshin**, yükleniciden **şahsî hak** iktisap eden **üçüncü kişilerin** durumlarına etkisine gelince: Yüklenici, iş sahibinin sözleşmeyi feshetmesinden önce, sözleşme gereği kendisine kalacak arsa payı veya bağımsız bölümlerin kendisine devrine ilişkin alacağını üçüncü kişilere temlik etmiş veya bu taşınmazların satışı vaadinde bulunmuş olabilir. Alacağın temlikine veya satış vaadine konu olan arsa payı veya bağımsız bölüm, sözleşmenin **ileriye etkili feshi** sonucunda yapılan tasfiyede yaptığı kısımla orantılı bedel olarak **yükleniciye bırakılmışsa**, üçüncü kişi yükleniciden bu taşınmazların adına tescilini talep edebilir¹⁵³⁹. Alacağın temlik durumunda üçüncü kişi aynı zamanda işin tamamlandığı oranda yüklenicinin halefi de olacağından, yükleniciye düşen arsa payı veya bağımsız bölüm henüz iş sahibi adına tescilli bulunuyorsa, üçüncü kişi bunların kendi adına tescilini iş sahibinden de talep edebilir¹⁵⁴⁰. Ancak örneğin alacağın temlikine veya satış vaadine konu olan bağımsız

¹⁵³⁹ Karataş, s. 487.

¹⁵⁴⁰ Karahasan, ÖBİ Cilt 2, s. 728-729. Yarg. 14. HD., 19.2.2007 T., 2007/1188 E., 2007/1450 K.: “feshin (...) ileri etkili yapılmışsa yüklenici geriye etkili fesihtekin aksine inşaatı getirebildiği seviyeye göre

bölüm, tasfiyede **yüklenici** ile **iş sahibinin paylı mülkiyetine** geçirilmişse, burada bir ayırım yapılır. Üçüncü kişi, bu bağımsız bölüm üzerinde yükleniciye kalan payın kendi adına tescilini, yüklenici adına tescil yapılmışsa yükleniciden veya bağımsız bölümün tamamı henüz iş sahibi adına tescilli ise, alacağı temlik almış olmak kaydıyla halefiyet ilkesi gereği iş sahibinden talep edebilir. Ancak bu bağımsız bölümde iş sahibine kalan pay bakımından iş sahibine karşı ileri sürebileceği bir hak bulunmayan üçüncü kişi, yüklenicinin iş sahibine kalan payı kendisine devri de artık mümkün olmadığından, bu kısım için yükleniciden BK m. 96 çerçevesinde tazminat talep edebilir¹⁵⁴¹.

c. İş Sahibinin Tazminat Talebi

Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, yüklenici **kusuruyla temerrüde düşmüş** olduğu takdirde, ondan ayrıca **tazminat** da talep edebilir. Bu tazminatın niteliği ve kapsamı tartışmalıdır:

aa. Tazminatın Türü

Bir görüşe göre¹⁵⁴², yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeyi fesheden iş sahibi, BK m. 108 f. 2'ye dayanarak kusurlu yükleniciden sözleşmenin zamanında ve tümüyle ifa edileceğine duyduğu güvenden ötürü uğradığı kaybın, yani **menfi zararının tazminini** talep edebilir. Buna göre, burada iş sahibinin tazminini talep edilebileceği

kendisine bırakılması sözleşme ile kararlaştırılan bağımsız bölümü sözleşme ile yükleniciye bırakılması gereken yerlerden ise davacı Ş.K. de yüklenicinin halefi sıfatı ile talepte bulunabilecek feshin ileriye etkili yapılmasından dolayı yüklenicinin kazanacağı haklardan temlik alan sıfatıyla yararlanacaktır.” (www.kazanci.com).

¹⁵⁴¹ **Karataş**, s. 488. Yarg. 14. HD., 3.4.2008 T., 2008/3625 E., 2008/4610 K.: “Yüklenicinin ya da ondan şahsî hakkını temellük eden üçüncü kişinin alacağın temlik hükümlerinden yararlanarak mülkiyet talebinde bulunabilmesi için davalılar arasındaki 21.09.1988 günlü arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin ifa ile sonuçlanması ya da ileriye etkili feshedilmesi ileriye etkili fesihle de çekişme konusu yerin yükleniciye bırakılmış olması gerekir.” (www.kazanci.com).

¹⁵⁴² **Gauch**, Werkvertrag, N 689; **Chavanne**, N 256; **Werz**, N 382.

zarar, iş sahibinin eser sözleşmesi en başta sadece yüklenicinin ifa ettiği kısma ilişkin olarak kurulmuş olsaydı, diğer bir deyişle fesihle sona eren yani ifa edilmeyen kısım bakımından sözleşme hiç kurulmamış olsaydı, uğramayacak olduğu zarardır¹⁵⁴³.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre¹⁵⁴⁴ ise, sözleşmeyi fesheden iş sahibi, kusurlu yükleniciden, inşaatın tesliminde gecikerek sözleşmeye aykırı davrandığından ötürü, **gecikmenin sebep olduğu tüm zararının** tazminini talep edebilir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir¹⁵⁴⁵. Burada söz konusu olan tazminat, iş sahibinin ifaya ilişkin çıkarını tatmine yönelik olduğundan, bir tür **müsbet zarar tazminatıdır**¹⁵⁴⁶. Buna göre, iş sahibi, örneğin vade tarihinden inşaat gecikmeyle tamamlanana kadar geçen süre boyunca bağımsız bölümlerin kiraya verilememesi, ikâme bir eve kira bedeli ödenmesi gibi zararların yanında, gecikme neticesinde malzeme, iş gücü maliyeti gibi inşaat masraflarında artış meydana gelmişse bu artışın sebep olduğu zararların da tazminini yükleniciden talep edebilir¹⁵⁴⁷. Gecikme tazminatı kalemlerinin dışında, iş sahibi, sözleşmede kararlaştırılmışsa, cezaî şartın da fesih anına kadar işlemiş olan

¹⁵⁴³ **Gauch**, System, s. 223; **Schenker**, Verzug, N 817; **Cherpillod**, s. N 150; **Ramoni**, N 93; **Werz**, N 382; **Buz**, Dönme, s. 323.

¹⁵⁴⁴ **Serozan**, Dönme, s. 121; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 125-126; **Öz**, Dönme, s. 214; **Öz**, İnşaat, s. 157; **Erman**, İnşaat, s. 103.

¹⁵⁴⁵ Yarg. 15. HD., 13.3.1997 T., 1996/6770 E., 1997/1356 K.: “Yargıtay Büyük Genel Kurulu 25.1.1984 gün ve 3-1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile anılan durumlarda, haksız sonuçlara varılmasını önlemiş, olayın niteliğinin ve özelliğinin haklı gösterdiği hallerde, MK.'nun 2. maddesi hükmünü gözeterek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğuracağını ve dolayısıyla yüklenicinin, inşaatın oranına göre yaptığı işin bedelini ve iş sahibinin de yüklenicinin **kusuruna bağlı "tüm zararı"**ni talep edebileceklerini kabul ederek, taraflar yararına karşılıklı bir denge kurmuştur.” (www.kazanci.com).

¹⁵⁴⁶ **Gehrer**, Werkvertrag, s. 173; **Serozan**, Dönme, s. 121; **Öz**, Dönme, s. 214; **Öz**, İnşaat, s. 157; **Erman**, Yüklenicinin Temerrüdü, s. 215; **Ayan**, s. 292.

¹⁵⁴⁷ **Öz**, İnşaat, s. 157. Yarg. 15. HD., 7.4.2004 T., 2003/4795E., 2004/1968 K.: “ileriye etkili feshin sonuçları dikkate alındığında davacı arsa sahipleri, yüklenicinin işi geciktirmesinden doğan kira alacaklarını-ileriye etkili fesih istemine rağmen içtihadı birleştirme kararı uyarınca-talep edebileceklerdir.” (www.kazanci.com).

kısmını talep edebilir¹⁵⁴⁸. Burada söz konusu olan tazminat bakımından şu noktaya da dikkat edilmelidir. İş sahibi inşaatı **tamamlatmak** için yaptığı veya yapacağı **masrafların tümünü değil**, ancak gecikme sebebiyle **bu masraflarda bir artış olmuşsa bu artışı**, zarar olarak yükleniciden talep edilebilir¹⁵⁴⁹. Zira zaten yükleniciye verilen orantılı bedel hesaplanırken toplam sözleşme bedelinden indirilen tutarın içinde işin tamamlanması için yükleniciye verilmesi gerekli masraflar, diğer bir deyişle eksik işler bedeli de bulunmaktadır¹⁵⁵⁰. Örneğin, eser sözleşmesinde 10.000 TL.ye yapılacağı kararlaştırılan işin % 90'ı tamamlamış olan mütemerrit yüklenici, iş sahibi sözleşmeyi feshettiğinde, yaptığı kısım ile orantılı olarak 9.000 TL. bedele hak kazanmış olsun. Bu arada inşaat malzemelerinin fiyatında artış olduğu için, sözleşmeyi fesheden iş sahibi, artık işin kalanını üçüncü bir kişiye yaptırmak veya kendisi yapmak için 1.000 TL. değil, 3.000 TL. ödemek zorunda ise, iş sahibi $3.000 - 1.000 = 2.000$ TL.lik farkın tazminini yükleniciden talep edebilir.

Kanaatimizce, sözleşmeyi fesheden iş sahibinin yükleniciden talep edebileceği tazminatın türü tespit edilirken, sözleşmenin feshinin, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, sözleşme ilişkisini geriye etkili olarak çözmediği ve feshe kadar ifa edilmiş olan

¹⁵⁴⁸ **Aral**, s. 352; **Ayan**, s. 193-194 dn. 104, s. 293; **Gümüş**, s. 73. Yarg. 15. HD., 30.1.2002 T., 2001/4235 E., 2002/409 K.: “İnşaatın (...) tamamlanma seviyesinin % 95 olması da dikkate alınarak, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 25.1.1984 tarih 3/1 sayılı kararı uyarınca, sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi, davacıların sözleşmenin 8. maddesine dayanan gecikme nedeniyle kira istemlerinin, 9. maddesine dayanan oturlan yere ilişkin kira istemlerinin, 12. maddesine dayanan cezai şart istemlerinin de karar altına alınması gerekir” (www.kazanci.com).

¹⁵⁴⁹ **Öz**, Dönme, s. 214; **Ayan**, s. 293 dn. 516; **Gümüş**, s. 89-90.

¹⁵⁵⁰ Bu yönde, Yarg. 15. HD., 7.4.2004 T., 2003/4795E., 2004/1968 K.: “(...) inşaatın imar mevzuatı ve yasal durumu da araştırılarak fiziki seviyesi saptanmalı, davalıya ne miktar bağımsız bölüm verileceği ve bunların yerleri ve tapu oranları belirlenmeli infazı kabil şekilde, mevcut inşaatla tarafların mevcut hakları açıklanarak yani, tasfiye de dikkate alınarak akdın ileriye etkili feshine karar verilmelidir. Böylece davacı arsa sahiplerinin eksik işler bedeliyle ilgili talepleri, davalının alacağı tapu kayıtlarından indirim yapılmış olacağından karşılanmış olacaktır.” (www.kazanci.com).

edimlerin geçerliliğini koruduğu hususu göz önünde tutulmalıdır. Sözleşmeyi fesheden iş sahibini, sözleşmenin tümüyle ifasına olan çıkarını, yani yüklenicinin edimin ifasında gecikmesinden ötürü uğradığı müsbet zararın tazminini talep etmekten mahrum bırakmak için sebep yoktur. Bu sebeple, sözleşmeyi fesheden iş sahibinin tazminat talebini, menfi zarar tazminatı talebiyle sınırlandırmak yerinde olmaz.

bb. Tazminatın Yükleniciye Verilecek Arsa Payından İndirilerek Tahsil Edilip Edilemeyeceği Meselesi

Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesini fesheden iş sahibinin, eserin geç tamamlanmasından ötürü uğradığı zarara ilişkin tazminat talebini nasıl elde edeceği tartışmalıdır. İş sahibinin mütemerrit yükleniciden tazminat alacağını tahsil etmekte karşılaşılabileceği güçlükler de göz önünde tutularak, şöyle bir görüş ileri sürülmüştür: Yükleniciye verilecek arsa payı miktarı, sözleşmede yükleniciye bırakılması kararlaştırılan arsa paylarının tutarından onun yapmadığı kısım oranında indirim yapılırken bu indirime bir de iş sahibinin tazminat alacağı tutarında bir indirim daha eklenerek tespit edilmelidir¹⁵⁵¹. Böylece iş sahibine onun müsbet zarar

¹⁵⁵¹ Bu görüşte: **Sungurbey**, Yarg. HGK.'nın Son Kararı, s. 30-31; **Sungurbey**, Medenî Hukuk Sorunları, 5. Cilt, s. 585. **Ayan**, bu çözümün borçlar hukuku ilkelerine aykırı olduğunu kabul etmekle birlikte, pratik olması ve usul ekonomisine uygun olması sebebiyle bu çözümün makul karşılanabileceğini ifade etmektedir. **Ayan**, s. 293 dn. 516. Yargıtay'ın bu görüş paralelinde bazı kararları vardır. Yarg. 15. HD., 13.3.1997 T, 1996/6770 E., 1997/1356 K.: “Somut olayda, mahkemece inşaatın tamamlandığı % 96 oranına göre, ileriye etkili feshe karar verilmesi yerindedir. Ne var ki, hükme esas alınan bilirkişi raporunda, ileriye etkili fesih nedeniyle taraflara verilmesi gereken payların belirlenmesinde hangi unsurların etken olduğu ve davacının uğradığı zararların iptal kararının oranında nazara alınıp alınmadığı, anlaşılammaktadır. Bu itibarla, bilirkişilerden ek rapor alınarak, yüklenicinin yaptığı işin oranı ve değeri ile iş sahibinin yüklenici temerrüdü nedeniyle uğradığı **tüm zararının (eksik işler vs.) malî karşılığı** ve bunların taraf paylarına yansıyan oranının tesbiti ile **bu orana tekabül eden bir bağımsız bölüm payının veya bir bağımsız bölümün şüylendirilmesi** suretiyle bulunacak **payın**, kazanılmış hak da gözetilerek, **iptal ve tescili** yoluyla sonuca varılması gerekir (...)” (www.kazanci.com).

tazminatı alacağı tutarında fazladan arsa payı bırakılarak bir çözüme ulaşılmaktadır. Oysa **Öz**'ün haklı olarak belirttiği gibi, iş sahibinin yükleniciye indirilmiş arsa payı verme borcunun konusu arsa payı devri iken, yüklenicinin iş sahibinin zararını tazmin etme borcunun konusu paradır. Bu borçların, konuları farklı olduğu için, takas veya mahsup edilmeleri mümkün değildir¹⁵⁵². O halde iş sahibi, yükleniciye karşı sahip olduğu tazminat alacağını, alması gerekene nazaran fazladan bağımsız bölüm olarak değil, ancak para olarak talep edebilir¹⁵⁵³.

¹⁵⁵² **Öz**, haklı olarak, iş sahibinin tazminat talebi bakımından kaybının konusu bir miktar para olduğu için, burada iş sahibine fazladan arsa payı verilmesinin bir “aynen tazmin” de teşkil etmediğini ifade etmektedir. **Öz**, Dönme, s. 216; **Öz**, İnşaat, s. 157.

¹⁵⁵³ Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdüyle ilgili bir davada, Yarg. 15. HD., 30.1.2002 T., 2001/4235 E., 2002/409 K.: inşaatın tamamlanma seviyesi dikkate alınarak, “sözleşmenin ileriye etkili olarak feshine karar verilmesi, davacıların sözleşmenin 8. maddesine dayanan gecikme nedeniyle kira istemlerinin, 9. maddesine dayanan oturlan yere ilişkin kira istemlerinin, 12. maddesine dayanan cezai şart istemlerinin de karar altına alınması gerekir.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (www.kazanci.com). Görüldüğü gibi bu kararda tazminatın fazladan bağımsız bölüm olarak iş sahibine verilmesinden söz edilmemiş, parasal tazminata hükmedilmiştir. Öte yandan iş sahibi, yükleniciye devrettiği arsa paylarına haciz koydurup, müsbet zarar tazminatı alacağını ödenmemesi halinde arsa paylarını paraya çevirterek alacağını buradan tahsil edebilir. **Öz**, Dönme, s. 216; **Öz**, İnşaat, s. 157. Ancak kuşkusuz yüklenici arsa paylarını üçüncü kişilere temlik etmişse, iş sahibi şahsî nitelikteki müsbet zarar tazminatı alacağı talebini üçüncü kişiye karşı ileri süremeyeceği için, üçüncü kişinin mülkiyetindeki arsa paylarına haciz koyduramayacaktır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDÜ İLE İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

§ 7 YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİM BORCUNDA KISMÎ TEMERRÜDÜ

Kısmî temerrüt, borçlunun, bölünebilir nitelikteki borcunun yalnız bir kısmını ifa etmesi halinde, edimin yalnız ifasında geciktiği kısmı bakımından temerrüde düşmesini ifade eder¹⁵⁵⁴. Bu kurum kanunda genel bir hükümlerle düzenlenmiş değildir. Kısmî temerrüdün gerçekleşmesinin ön şartı, “bölünebilir nitelikte bir borcun”¹⁵⁵⁵ ve “kısmî ifa”¹⁵⁵⁶ olarak nitelenebilecek bir ifanın varlığıdır. Bu sebeple aşağıda önce eser sözleşmesinde yüklenicinin hangi durumlarda kısmî ifada bulunmuş sayılabileceğini, ardından da kısmî temerrüdün sonuçlarını ele alacağız.

¹⁵⁵⁴ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2813; **Tercier**, Obligations, N 1329; **Schenker**, Verzug, N 766; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1082; **Öz**, Dönme, s. 42.

¹⁵⁵⁵ Bir edim konusunun bölünebilir olması, onun, değerinde önemli bir azalma olmadan aynı nitelikte parçalara ayrılabilir olmasını ifade eder. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 11. Ancak kısmî ifa kavramı bakımından edim konusunun teknik anlamda bölünürlüğü yanında tarafların eser sözleşmesini kurarken ulaşmak istedikleri amaç ve tarafların edime ilişkin menfaatleri de göz önünde tutulmalıdır. **Eren**, Borçlar Genel, s. 881; **Ayan**, s. 282, dn. 470.

¹⁵⁵⁶ **Öz**'ün haklı olarak belirttiği gibi, kısmî ifa, anî edimli sözleşmelerde edimin maddî varlığı itibarıyla eksik ifada bulunulmasını ifade ettiği halde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde edimin devam etmesi gereken süre boyunca devam etmemesi anlamına gelir. O halde sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından kısmî ifa, edimin maddî kapsamı açısından değil, süresi açısından eksikliği ifade eder. **Öz**, Dönme, s. 43; **Oğuzman/Öz**, s. 424-425. Tam ifanın anî edimli sözleşmelerde bir anda gerçekleşmesi mümkünken, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmede sürekli edimin mahiyeti icabı tam ifa bir anda gerçekleşemez; ancak ifa süresi bittiğinde yani, zaman içinde gerçekleşebilir. Bu sebeple sürekli borç ilişkilerinde, BK m. 68'de düzenlendiği biçimde yani, aslında bir anda tamamen ifası mümkün olan bir edimin bir kısmının ifa edilmesi anlamına gelen bir “kısmî ifa”, söz konusu olmaz. **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 25-26; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 74; **Serozan**, Dönme, s. 162. Burada konumuzu ilgilendiren anî edimli sözleşmeler bakımından söz konusu olan kısmî ifadır.

I. ESERİ TESLİM BORCUNUN KISMÎ İFASI

Yüklenicinin eser sözleşmesinde üstlendiği eser meydana getirme ve teslim borcu, **kural olarak bölünemez bir borçtur**. Bu itibarla da kural olarak kısmî ifaya elverişli değildir. Örneğin bir elbise dikmeyi üstlenen yüklenici, elbisenin kollarını dikmekle veya on katlı bir bina inşa etmeyi üstlenen yüklenici, binanın altı katını yapmakla ya da bir kişinin portresinin yapımını üstlenen yüklenici, resmin yarısını çizmekle **kısmî ifada** bulunmuş olmaz. Zira kural olarak anî edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesinde, iş sahibinin esere ilişkin çıkarı eserin tamamlanması ile ve bir anda gerçekleşeceğinden, yüklenicinin eser tümüyle meydana getirilinceye kadar yaptığı çalışmalar, ancak eserin bütününe meydana getirilmesine ilişkin **hazırlık faaliyetleri** niteliğindedir¹⁵⁵⁷.

Eser sözleşmesinde **kısmî ifa** şu hallerde söz konusu olur: Öncelikle, yüklenicinin edimi **bölünebilir bir edim** olup, yüklenici bu edimin yalnız bir kısmını ifa etmişse, kısmî ifadan söz edilebilir¹⁵⁵⁸. Yüklenicinin ediminin bölünebilir olup olmadığı şu şekilde tespit edilebilir. Yüklenicinin teslim etmeyi üstlendiği eserin hali hazırda **meydana getirdiği bölümü**, o hali ile ve ek bir çalışma gerekmeksizin iş sahibinin **ifaya ilişkin menfaatini kısmen dahi olsa karşılamakta** ise, yüklenicinin edimi **bölünebilir** niteliktedir¹⁵⁵⁹. Örneğin yüklenici 100 ağacı budamayı üstlendiği bir eser sözleşmesinde 80 ağacı budamışsa veya 20 metrekarelik alanı çiçeklendirmeyi üstlendiği halde 15 metrekarelik bir alanı çiçeklendirmişse, durum budur. Keza, yüklenicinin birden fazla blok inşa etmeyi taahhüt ettiği bir inşaat sözleşmesinde bu

¹⁵⁵⁷ Öz, Dönme, s. 20; Oğuzman/Öz, s. 219.

¹⁵⁵⁸ Öz, Dönme, s. 42; Buz, Dönme, s. 313.

¹⁵⁵⁹ Öz, Dönme, s. 43 ve özellikle dn. 106.

blokların her birinin tamamlanması, kısmî ifa teşkil edebilir¹⁵⁶⁰. Burada her bir bloğun kısmî ifaya konu olabilmesi için iş sahibi tarafından kabule elverişli biçimde tamamlanmış olması gerekir. Örneğin beş bloktan oluşması kararlaştırılan bir site inşaatında, yüklenici teslim vadesinde üç bloğu tamamıyla inşa etmişse, bu üç bloğun inşası kısmî ifa teşkil eder.

Kısmî ifanın söz konusu olabileceği bir diğer durum da, yüklenicinin **birden fazla aslî edimi** yerine getirmeyi taahhüt ettiği halde bunlardan **yalnız bir kısmını** ifa etmesidir¹⁵⁶¹. Burada, eser sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşmenin kısmen ifası mümkündür¹⁵⁶². Örneğin yüklenici bir etek dikmeyi bir de pantolonun paça boyunu kısaltmayı taahhüt ettiği takdirde, tek bir edim değil, iki farklı edim söz konusudur. Burada yüklenici eteği dikmeyip yalnız pantolonun paça boyunu kısalttığı takdirde, kısmî ifa söz konusu olur. Keza, tamire verilen iki çantadan yalnız birinin tamir edilmesi de kısmî ifa teşkil eder.

Yüklenicinin ediminin bölünebilir ve tamamının muaccel olduğu hallerde de, iş sahibi, **kural** olarak, tamamı muaccel olan edimin **kısmen ifasını kabul etmek zorunda değildir** (BK m. 68 f. 1). Buna göre, iş sahibi, kısmî ifayı kabul etmeyerek, yükleniciyi edimin yalnız yerine getirmediği kısmı için değil, edimin tamamı bakımından temerrüde düşürebilir. Yahut bunun yerine, iş sahibi, kısmî ifayı kabul zorunluluğu olmadığı halde, **kendi isteğiyle** bunu kabul etmeyi de yeğleyebilir¹⁵⁶³. Hatta iş sahibi, teknik anlamda kısmî ifa teşkil etmeyen bir edimi kısmî ifa olarak kabul

¹⁵⁶⁰ Örnek için bkz. **Ayan**, s. 284.

¹⁵⁶¹ **Öz**, Dönme, s. 42; **Buz**, Dönme, s. 314.

¹⁵⁶² **Eren**, Borçlar Genel, s. 882.

¹⁵⁶³ **Oğuzman/Öz**, s. 220-221; **Öz**, Dönme, s. 42.

etmiş de olabilir. Örneğin, bir binanın inşa edilmesi bölünebilir bir edim olmadığından, inşaatın sadece temellerinin atılması kısmî ifa teşkil etmez. Ancak iş sahibi, seçimlik haklarını kullanırken veya daha önce, teslim vadesinde sadece temeli atılmış olan inşaatı kısmî ifa olarak kabul ettiğini açıkça beyan edebilir. Örneğin iş sahibi bu kısmî ifa olarak kabul ettiğini beyan ederek teslim almış olabilir veya müsbet zarar tazminatını sadece temel inşaatı dışında kalan edimler bakımından talep edebilir ya da sözleşmeyi ileriye etkili olarak feshettiğini bildirebilir. Burada teknik anlamda bir kısmî ifa söz konusu olmamakla birlikte, kısmî ifaya ilişkin düzenlemeler bu duruma kıyasen uygulanır¹⁵⁶⁴.

Bazı durumlarda ise, iş sahibinin **kısmî ifayı kabul zorunluluğu** vardır. Eser sözleşmesinde kısmen ifa halinde iş sahibinin kısmî ifayı kabul etmek zorunda olduğu kararlaştırılmışsa, iş sahibi sözleşme gereği kısmî ifayı kabul etmek zorundadır¹⁵⁶⁵. Ayrıca bazı durumlarda taraflar tek bir eserin **kısım kısım teslimi** üzerinde anlaşır¹⁵⁶⁶. Örneğin, eser sözleşmesinde, yüklenicinin imalini taahhüt ettiği bir tezgâhı parçalar halinde kısım kısım teslim etmesi kararlaştırılmış olabilir. Bu halde, eserin tamamlanmış haliyle tümünün bir anda teslimi söz konusu olmaz; eserin her bir kısmına ilişkin **teslim borcu** o kısma ilişkin kısmî teslim vadesi geldiğinde muaccel olur¹⁵⁶⁷. Bu durumda da iş sahibi kısmî teslim vadesi geldiğinde yüklenicinin muaccel olan kısmî borcunun ifasını kabul etmek zorundadır¹⁵⁶⁸. Aksi halde, iş sahibi alacaklı

¹⁵⁶⁴ Ayan, s. 285.

¹⁵⁶⁵ von Tuhr/Escher, s. 15; Oğuzman/Öz, s. 221; Eren, Borçlar Genel, s. 883.

¹⁵⁶⁶ BK m. 364 f. 2'de de tarafların eserin kısım kısım teslimi üzerinde anlaşabileceklerine işaret edilmiş ve "Yapılan şey parça parça teslim edildikçe bedeli ifa olunmak üzere mukavele edilmiş ise her kısmın bedeli o kısmın teslimi zamanında ödenmek lâzımdır." hükmü getirilmiştir.

¹⁵⁶⁷ Gauch, Werkvertrag, N 657.

¹⁵⁶⁸ Oğuzman/Öz, s. 221; Ayan, s. 285.

temerrüdüne düşer. Ancak son teslim vadesi de gelip kısmî teslim borçlarının hepsi muaccel olduğunda, yüklenici artık borcun tamamını ifa etmekle yükümlüdür. İş sahibinin bu durumda örneğin önceki teslimler gerçekleşmemişse son kısmın teslimini, yani kısmî ifayı, kabul zorunluluğu yoktur (BK m. 68 f. 1)¹⁵⁶⁹. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüyle ilgili kurallar, kısım kısım teslimi gereken eserler bakımından da **kıyasen** uygulanır¹⁵⁷⁰. Yüklenici eserin **son kısmının** tesliminde temerrüde düşerse, BK m. 101-108 hükümleri, **daha önceki kısımların** tesliminde temerrüde düşerse BK m. 358 f. 1 hükmü uygulama alanı bulur¹⁵⁷¹.

Kısmî ifayı kabul etmemenin **dürüstlük kuralına aykırı** olduğu hallerde, örneğin eserin meydana getirilmeyen kısmının bütününe oranla çok önemsiz olduğu durumlarda da, iş sahibi kısmî ifayı kabule mecbur tutulabilir¹⁵⁷².

II. ESERİ TESLİM BORCUNDA KISMÎ TEMERRÜDÜN SONUÇLARI

İş sahibinin, gerek eserin kısmen teslimini kabul etmek zorunda olduğu, gerekse de böyle bir zorunluluk olmamasına rağmen kısmî ifayı kabul ettiği hallerde, sözleşme ifa edilen ve ifa edilmeyen kısım olarak iki kısma ayrılır¹⁵⁷³. Buna göre yüklenici, **ifa ettiği kısım**, yani eserin teslim ettiği bölümü bakımından, eseri teslim **borcundan kurtulur**. İş sahibinin karşı ediminin kısmî ifaya karşılık gelen bölümü de varlığını sürdürür. Kısmî ifayı kabul eden iş sahibi, yüklenicinin borcunun ifa etmemiş olduğu

¹⁵⁶⁹ Oğuzman/Öz, s. 221.

¹⁵⁷⁰ Gauch, Werkvertrag, N 691.

¹⁵⁷¹ Gauch, Werkvertrag, N 691.

¹⁵⁷² von Tuhr/Escher, s. 15; Oğuzman/Öz, s. 221-223; Eren, Borçlar Genel, s. 883.

¹⁵⁷³ Schenker, Verzug, N 767; Oğuzman/Öz, s. 223; Eren, Borçlar Genel, s. 884; Havutçu, s. 137; Buz, Dönme, s. 314.

kısmı muaccel ise, temerrüdün diğer şartları da gerçekleştiğinde (BK m. 101), yükleniciyi edimin **ifa edilmeyen kısmı** yani eserin kalanı için temerrüde düşürebilir¹⁵⁷⁴. Böylece yüklenici eserin teslimi borcunda kısmî temerrüde düşmüş olur.

III. TEMERRÜDE BAĞLI HAKLARIN KULLANILMASI

İş sahibi, yüklenici eseri teslim borcunda kısmî temerrüde düştüğünde, ondan ediminin ifa etmediği kısmını **aynen ifa** etmesini ve şartları gerçekleşmişse bu kısmın geç ifasından doğan zararını tazmin etmesini yani **gecikme tazminatı** ödemesini talep edebilir (BK m. 102 f. 1, BK m. 106 f. 2). İş sahibi verdiği ek süre sonunda da yüklenici edimin kalan kısmını teslim etmezse, aynen ifadan vazgeçerek, ifa yerine **müsbet zararının tazminini** talep edebilir veya **sözleşmeden dönebilir** (BK m. 106 f. 2). İş sahibinin temerrütten doğan bu seçimlik haklarını sadece yüklenicinin ifa etmediği kısım için mi, yoksa sözleşmenin tamamı için mi kullanacağı meselesi ayrıca incelenmelidir.

A. Temerrüde Bağlı Hakların Yalnız Eserin Teslim Edilmeyen Kısmı Bakımından Kullanılması

İş sahibi, kısmî ifanın ve buna bağlı olarak “**kısmî temerrüdün**” söz konusu olduğu hallerde, BK m. 106’da düzenlenen temerrütten doğan haklarını, **kural olarak**, yalnız **borcun yerine getirilmeyen bölümü** bakımından kullanabilir¹⁵⁷⁵. Belirtmek gerekir ki, iş sahibi, yüklenicinin kısmen ifa ettiği edimi iade edemeyecek durumda ise

¹⁵⁷⁴ **BaK-Wiegand**, Art. 107, N 21; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2813; **Schenker**, Verzug, N 766; **Ramoni**, N 83; **Eren**, Borçlar Genel, s. 884, 1082; **Havutçu**, s. 137; **Buz**, Dönme, s. 314.

¹⁵⁷⁵ **BaK-Wiegand**, Art. 107, N 21; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2813; **Comment**, s. 57 vd.; **Lemp**, s. 61; **Schenker**, Verzug, N 767; **Ramoni**, N 84; **Oğuzman/Öz**, s. 426; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1082; **Serozan**, İfa, s. 241.

(örneğin, eserin yüklenicinin teslim ettiği kısmını üçüncü bir kişiye bağışlamışsa veya bu kısım çıkan bir yangında yanmışsa), bu istisnaî durumda da, seçimlik haklarını edimin ve sözleşmenin tamamı bakımından kullanamaz¹⁵⁷⁶.

1. Müsbet Zararın Tazmini Talebi

İş sahibi ifa edilmeyen kısım bakımından aynen ifadan vazgeçerek onun yerine **müsbet zararının tazminini** talep edebilir¹⁵⁷⁷. İş sahibi müsbet zarar tazminatı kapsamında eserin tamamlanmasına ilişkin menfaatinin karşılanmasını (örneğin, eserin üçüncü bir kişiye tamamlatılma giderlerinin tazminini) ve gecikmeden doğan zararının tazminini talep edebilir¹⁵⁷⁸.

İş sahibi, kendi karşı edimini de tümüyle ifa etmek kaydıyla, müsbet zararının **mübadele teorisi** çerçevesinde hesaplanmasını talep edebilir¹⁵⁷⁹. Yahut iş sahibi, **kendi ediminin de bölünebilir**¹⁵⁸⁰ olması kaydıyla, (yüklenicinin ediminin ifa etmediği

¹⁵⁷⁶ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 39, Art. 109, N 2; **Tercier**, Obligations, N 1331. Burada şu noktayı vurgulamak gerekir. İş sahibinin elde ettiği edimin iadesinin imkânsız hale gelmesi, ancak bu edim “kısmî bir ifa” niteliğinde idiye, iş sahibinin sözleşmenin tamamından dönmesine engel olur. Yoksa örneğin yüklenicinin temerrüde düştüğü sırada dikmeyi taahhüt ettiği elbisenin yalnız kemerini veya imal etmeyi taahhüt ettiği makinenin yalnız kasasını iş sahibine vermiş olması, kural olarak, kısmî ifa teşkil etmez. Bu itibarla elbisenin kemerini veya makinenin kasasının çıkan bir yangında yanması, iş sahibinin sözleşmenin tamamından dönmesine engel teşkil etmez. Bu son durumda mesele, yukarıda sözleşmeden dönmeye iade imkânsızlığı bahsinde açıkladığımız biçimde çözümlenir.

¹⁵⁷⁷ **Schenker**, Verzug, N 768; **Ramoni**, N 84, 475; **Havutçu**, s. 137.

¹⁵⁷⁸ **Ramoni**, N 476.

¹⁵⁷⁹ **Schenker**, Verzug, N 768; **Ramoni**, N 84; **Havutçu**, s. 137.

¹⁵⁸⁰ Müsbet zararın fark teorisine göre hesaplanabilmesi için, iş sahibinin karşı ediminin bölünebilir olması gerekir. Zira fark teorisi çerçevesinde, iş sahibi, yükleniciye kendi karşı ediminin, yani bedel borcunun yüklenicinin ifa ettiği edim kısmına karşılık gelen bölümünü borçlanır. İş sahibinin karşı edimi bölünebilir değilse, müsbet zarar tazminatı mübadele teorisine göre hesaplanır. **Schenker**, Verzug, N 768; **Havutçu**, s. 137-138. Eser sözleşmelerinde iş sahibinin karşı edim borcu çoğu durumda bölünebilir niteliktedir. Örneğin iş sahibinin karşı edim borcu yükleniciye bir miktar **para** ödemekten ibaretse, bu

kısmına karşılık gelen) kendi edimini aynen yerine getirmeyip, tazminatın **fark teorisine** göre hesaplanmasını da tercih edebilir¹⁵⁸¹. Buna karşılık, iş sahibi **karşı edimini ifa etmiş** yani eserin bedelini ödemişse, tazminat ancak **mübadele teorisine** göre hesaplanabilir¹⁵⁸². Zira müsbet zararın tazmini talebi, sözleşmeden dönmeden farklı olarak, alacaklıya ifa ettiği edimin iadesini talep etme olanağı sağlayan bir seçimlik hak değildir. Bu itibarla da, iş sahibinin, fark teorisi çerçevesinde, ifa ettiği edimi geri alarak bunun parasal karşılığını müsbet zararından düşüp kalan kısım için tazminat talep etmesi, mümkün değildir.

2. Eser Sözleşmesinden Kısmî Dönme

Kısmî temerrüt halinde iş sahibi, kural olarak, sözleşmeden **kısmen** yani sözleşmenin ifa edilmeyen bölümü bakımından **dönerek** menfi zararının tazminini isteyebilir¹⁵⁸³. Fakat sözleşmeden kısmen dönme, iki tarafın da ediminde karşılıklı olarak bir indirimle gidilmesini gerektirdiğinden, yüklenicinin edimi bölünebilir olduğu halde, **iş sahibinin karşı edimi bölünebilir değilse** (örneğin, bir taşınırın mülkiyetini

edimin **bölünebilir** nitelikte olduğu açıktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin karşı edim borcunu teşkil eden bazı **arsa paylarının** yükleniciye **devri** borcunun da, **bölünebilir** bir borç olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşte: **Ayan**, s. 283 dn. 476. Ancak istisnaen de olsa, iş sahibinin karşı ediminin bölünemez nitelikte olduğu durumlar söz konusu olabilir. Eser sözleşmesinde iş sahibinin bedel borcunun, para borcu olmak zorunda olmadığı, malvarlığı değeri taşıyan herhangi bir edim olabileceği ilgili bölümde ifade edilmişti. Bkz. yukarıda § 1. II. C. O halde iş sahibinin bedel borcu, örneğin bir eser meydana getirme veya bir taşınırın mülkiyetini yükleniciye devir borcu da olabilir. İşte bu tür istisnaî durumlarda iş sahibinin karşı edimi **bölünemez** niteliktedir.

¹⁵⁸¹ **Ramoni**, N 84; **Havutçu**, s. 137-138.

¹⁵⁸² **Schenker**, Verzug, N 768; **Havutçu**, s. 138.

¹⁵⁸³ **Schenker**, Verzug, N 769; **Ramoni**, N 84; **Öz**, Dönme, s. 42; **Buz**, Dönme, s. 314.

devir borcuysa), iş sahibi, eser sözleşmesinden kısmen değil, ancak tamamen dönebilir¹⁵⁸⁴.

Kısmî dönme¹⁵⁸⁵ halinde, yüklenicinin ifada bulunduğu kısım, yani eserin teslim edilen bölümü, dönmeden etkilenmez. İş sahibi bu kısmın karşılığını verdiyse, geri alamaz; vermediyse, onun bu kısma ilişkin borcu devam eder. Buna karşılık, iş sahibinin karşı edim borcu, yüklenicinin ediminin yerine getirmediği kısmı, yani eserin teslim edilmeyen bölümü bakımından sona erer; bu kısım daha önce yükleniciye verilmişse de iadesi gerekir¹⁵⁸⁶.

Eser sözleşmesinden kısmen dönen iş sahibi, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, BK m. 108 f. 2 hükmüne kıyasen, yükleniciden menfi zararının tazminini talep edebilir¹⁵⁸⁷. İş sahibinin bu çerçevede tazminini talep edebileceği **menfi zarar**, eser sözleşmesi baştan itibaren sadece yüklenicinin ifa ettiği ve dönmeden etkilenmeyen kısmı kapsayacak şekilde akdedilmiş olsa idi, iş sahibinin uğramayacak olduğu zarardır¹⁵⁸⁸. Bu zarar, esasen, iş sahibinin, sözleşmenin ifa edilmeyen ve döndüğü

¹⁵⁸⁴ **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 39; **Tercier**, Obligations, N 1329; **Oğuzman/Öz**, s. 426; **Öz**, Dönme, s. 43; **Buz**, Dönme, s. 314.

¹⁵⁸⁵ Benzer ihtiyaçları karşılamakla birlikte, kısmî dönme ile fesih farklı kavramlardır. Zira, kısmî dönme anî edimli borç ilişkilerinde söz konusu olduğu halde, fesih sürekli borç ilişkilerine özgü bir kurumdur. Bu konuda bkz. **Öz**, Dönme, s. 43.

¹⁵⁸⁶ **Schenker**, Verzug, N 769; **Buz**, Dönme, s. 314; **Ayan**, s. 286.

¹⁵⁸⁷ **BaK-Wiegand**, Art. 109, N 10; **Schenker**, Verzug, N 769; **Ergüne**, s. 257. Farklı görüşte: **Ayan**, s. 287. **Ayan**, iş sahibinin yüklenicinin yaptığı kısmi gereği gibi ifa etmemesinden doğan bütün zararını yükleniciden talep edebileceği görüşündedir. Yazara göre, bu tazminat, iş sahibinin ifaya ilişkin menfaatini karşılayacağından, müsbet zarar tazminatı niteliğindedir.

¹⁵⁸⁸ **Schenker**, Verzug, N 769; **Buz**, Dönme, s. 315.

kısımının vadede ifa edileceğine ilişkin güveninin boşa çıkmış olmasından dolayı uğradığı zarardır¹⁵⁸⁹.

B. Temerrüde Bağlı Hakların Sözleşmenin Tamamı İçin Kullanılabileceği İstisnaî Haller

İş sahibine, bazı hallerde, yüklenici kısmî ifada bulunduğu halde, BK m. 106'da düzenlenen temerrütten doğan haklarını, eser **sözleşmesinin tamamına etkili** olacak şekilde kullanma yetkisi tanınmalıdır. Öncelikle, yüklenicinin **ifa ettiği kısım** iş sahibine **menfaat sağlamıyorsa**, özellikle iş sahibinin yüklenicinin ifa etmediği kısım olmaksızın eser sözleşmesini akdetmeyeceği kabul edilebiliyorsa (BK m. 20 f. 2 hükmüne kıyasen), iş sahibi, seçimlik haklarını sadece ifa edilmeyen edim bakımından değil, edimin tamamı bakımından kullanabilir¹⁵⁹⁰. Örneğin bir smokin takım dikmeyi üstlenen terzi, pantolonu diktiği halde ceket dikmediyse, ceket olmaksızın yalnız pantolonun tesliminde iş sahibinin menfaati bulunmadığından, iş sahibi eser sözleşmesinin tamamından dönebilir. Keza, yüklenici kısım kısım teslimi kararlaştırılan bir iş makinesinin gövdesini teslim ettiği halde elektronik aksamını teslim etmemekte direniyorsa, iş sahibi seçimlik haklarını sözleşmenin tümü bakımından kullanabilir. İş

¹⁵⁸⁹ **Gauch**, Werkvertrag, N 689.

¹⁵⁹⁰ Yüklenicinin ifa ettiği kısmın iş sahibine menfaat sağlamaması iki biçimde ortaya çıkabilir: İlkin, iş sahibinin kısmî ifada objektif olarak menfaati olmayabilir, yani bu kısmın kullanılması veya bir başka yükleniciye tamamlanması mümkün olmayabilir. Örneğin 80 metrekaarelik bir bahçeye ağaç dikmeyi üstlenen yüklenici, yalnız 20 metrekaarelik alanı ağaçlandırmış ancak fidanlar yanlış dikildiği için tutmamış ve kurumuşsa, burada kısmî ifa iş sahibine objektif olarak hiçbir menfaat sağlamaz. İkinci olarak da, iş sahibinin eser sözleşmesini kurmaktaki farazî iradesi bakımından meseleye yaklaşıldığında, kısmî ifa, iş sahibinin eser sözleşmesini akdetmekle elde etmek istediği menfaati gerçekleştirmeye elverişli olmayabilir. Örneğin bir döpiyesin yalnız eteğinin veya yalnız ceketinin dikilmesi, bu parçalar objektif olarak tek başına kullanılabilir olsalar dahi, somut olayda iş sahibinin sözleşmeden beklediği menfaati kısmen de olsa gerçekleştirmeye yetmeyebilir. **Gauch/Schluep**, Band II, N 2813; **CR-Thévenoz**, Art. 107 N 39; **Tercier**, Obligations, N 1330; **Schenker**, Verzug, N 772; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1082; **Serozan**, İfa, s. 241; **Havutçu**, s. 139; **Buz**, Dönme, s. 315.

sahibi, kısmî ifayı kabul ederken, kalan kısmın ifasında temerrüt halinde yüklenicinin **borcunun tamamı** bakımından müsbet zararın tazminini talep etme veya sözleşmenin tamamından dönme **haklarını saklı tuttuğu** takdirde de, kısmî temerrüde rağmen, temerrütten doğan haklarını sözleşmenin tamamı bakımından kullanabilir¹⁵⁹¹. Ancak yüklenicinin taahhüt ettiği edimin sadece önemsiz bir kısmını ifa etmemiş olması halinde, dürüstlük kuralları, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine veya edimin tamamı bakımından müsbet zararının tazminini talep etmesine engel olur¹⁵⁹².

Yukarıda değinilen istisnaî durumlarda, iş sahibi, yüklenicinin **ediminin tamamı** bakımından aynen ifadan vazgeçerek **müsbet zararının tazminini isteyebilir**. Ancak bu takdirde, iş sahibi de, eserin yüklenicinin ifa etmiş olduğu kısmını yükleniciye iade etmek zorundadır (BK m. 108 f. 1'e kıyasen)¹⁵⁹³. İş sahibinin, yüklenicinin eseri teslim borcunda kısmen temerrüde düşmüş olmasına rağmen, **sözleşmenin tamamından** dönme hakkının bulunduğu durumlarda, iki tarafın da henüz ifa etmedikleri edimleri ifa etme borçları sona erer. Yüklenici kısmen ifa ettiği edimin iadesini iş sahibinden, iş sahibi de kendi edimini yerine getirmiş bulunuyorsa bu edimin iadesini yükleniciden talep edebilir (BK m. 108 f. 1)¹⁵⁹⁴.

¹⁵⁹¹ CR-Thévenoz, Art. 107 N 39.

¹⁵⁹² Gauch/Schlupe, Band II, N 2813; Schenker, Verzug, N 773; Serozan, İfa, s. 242; Havutçu, s. 139; Buz, Dönme, s. 315.

¹⁵⁹³ BK-Weber, Art. 107, N 214; Lemp, s. 61; Schenker, Verzug, N 771; Ramoni, N 85; Havutçu, s. 139.

¹⁵⁹⁴ Lemp, s. 62; Schenker, Verzug, N 771; Ramoni, N 85; Buz, Dönme, s. 316.

§ 8 ARD ARDA ESER TESLİMİ SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

İş sahibinin elde edeceği toplam edim miktarının başlangıçta belli olduğu, esasen tek bir seferde teslimleri mümkün olduğu halde, çeşitli sebeplerle, tarafların birden çok eserin kısım kısım teslimi üzerinde anlaştıkları ard arda eser teslimi sözleşmeleri, anî edimli sözleşmelerdir¹⁵⁹⁵. Örneğin toplam 80 adet araba motoru imal etmeyi üstlenen yüklenicinin bunları onar onar toplam sekiz ayda teslim edecek olması halinde, anî edimli ard arda eser teslimi sözleşmeleri söz konusudur. Yüklenici, bu tür anî edimli ard arda eser teslimi sözleşmelerinde teslim borçlarından birinin veya birkaçının ifasında temerrüde düşerse, bunun ne gibi sonuçları olur?

I. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARINI SADECE YÜKLENİCİNİN İFASINDA TEMERRÜDE DÜŞTÜĞÜ KISIM BAKIMINDAN KULLANMASI

Anî edimli ard arda eser teslimi sözleşmelerinde, yüklenicinin her bir partiye ilişkin **teslim borcu**, o kısma ilişkin teslim vadesinde muaccel olur¹⁵⁹⁶. Burada tek bir eserin bölümlere ayrılarak kısım kısım teslim edilmesinden farklı bir durum söz konusudur¹⁵⁹⁷. Ard arda eser teslimi sözleşmesinde aynı eser sözleşmesi sebebiyle farklı

¹⁵⁹⁵ **Gauch**, Werkvertrag, N 323; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 12-13; **Öz**, Dönme, s. 15; **Buz**, Dönme, s. 316 dn. 115. Ard arda eser teslimi sözleşmesi, yüklenicinin ifa edeceği edimin toplam miktarı eser sözleşmesi kurulurken belirli ise, anî edimli; belirli değilse, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindedir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindeki ard arda eser teslimi sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü aşağıda sürekli eser sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdüyle ilgili kısımda incelendiğinden, bu bölümde sadece anî edimli ard arda eser teslimi sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü ele alınmıştır.

¹⁵⁹⁶ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2814; **Gauch**, Werkvertrag, N 657; **Schenker**, Verzug, N 777; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1082; **Havutçu**, s. 141.

¹⁵⁹⁷ Tek bir eserin tesliminin tarafların imkânları sebebiyle münferit kısımlara bölünmesi halinde arda arda teslimli bir sözleşme söz konusu olmaz. Zira bu durumda, arda arda teslim aslı bir unsur değil, arızî bir durumdur. **Kuntalp**, Ard Arda Teslim, s. 15.

tarihlerde doğan ayrı borçların ifası, “kısımî ifa” değil, tam bir ifadır¹⁵⁹⁸. Zira ard arda eser teslimi sözleşmesinde, örneğin her ay muaccel olan teslim borcu tek bir borcun bir kısmının ifasına değil, başlı başına diğerlerinden bağımsız müstakil bir edimin ifasına konu olur. Burada borçların tamamı bir anda muaccel olmadığından, BK m. 68 f. 1 hükmü uygulanmaz¹⁵⁹⁹. Örneğin iş sahibi, bir ard arda teslim borcu muaccel olduğunda, bunun ifasını teklif eden yükleniciyi bu ifanın kısımî bir ifa olduğundan bahisle reddedemez. Buna göre, iş sahibi yukarıda verdiğimiz örnekte ilk ay 10 adet araba motoru teslim etmek isteyen yükleniciyi, 80 motorun tümünü teslim etmeye zorlayamaz. Ancak kısımî ifa, her bir müstakil edimin kendi içinde söz konusu olabilir¹⁶⁰⁰. Örneğin yüklenici, her ay 10 adet araba motoru imal edip teslim etmesi gerektiği halde bir ay 7 tane teslim etmeyi teklif ederse, burada 7 motorun teslimi kısımî ifa niteliğindedir. İş sahibi, tamamı muaccel olan 10 adet motorun teslimi borcunun kısımî ifasını kabul etmek zorunda değildir (BK m. 68 f. 1).

Teslim edilecek kısımların muacceliyet tarihleri birbirinden farklı olduğundan, yüklenici kural olarak sadece teslim etmediği kısım bakımından temerrüde düşer. Yüklenicinin teslim borçlarından birinde veya birkaçında temerrüde düşmesi halinde, iş sahibi, BK m. 106-108’de düzenlenen haklarını, **kural** olarak **sadece** yüklenicinin **ifasında temerrüde düştüğü teslim** veya teslimler bakımından kullanabilir¹⁶⁰¹. Diğer bir deyişle, bir veya birkaç teslim borcunda temerrüdün, kural olarak, önceden gerçekleşmiş olan veya ileride muaccel olacak olan teslim edimleri üzerinde bir etkisi yoktur. Buna göre, iş sahibi sadece yüklenicinin tesliminde temerrüde düştüğü teslim

¹⁵⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 222; Selçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 13 vd.; Kuntalp, Ard Arda Teslim, s. 25-26.

¹⁵⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 222; Kuntalp, Ard Arda Teslim, s. 26.

¹⁶⁰⁰ Kuntalp, Ard Arda Teslim, s. 26.

¹⁶⁰¹ Gauch/Schlupe, Band II, N 2814; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 383; Schenker, Verzug, N 778; Selçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 222; Eren, Borçlar Genel, s. 1082; Havutçu, s. 141; Buz, Dönme, s. 317.

edimi bakımından aynen ifadan vazgeçerek ifa yerine müsbet zararının tazminini talep edebilir¹⁶⁰². İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını da sadece yüklenicinin **ifasında temerrüde düştüğü** teslim borcu bakımından kullanabilir. Bu durumda, yüklenicinin ifasında temerrüde düştüğü edime konu olan eserleri teslim etme borcu ile iş sahibinin bu kısma karşılık gelen bedel ödeme borcu sona erer. İş sahibi, bu bedel kısmını önceden ödemişse, yükleniciden iadesini talep edebilir (BK m. 108 f. 1). İş sahibi, şartları gerçekleşmişse, sözleşme yüklenicinin teslim etmediği kısım olmaksızın kurulsaydı uğramayacak olduğu menfi zararın tazminini de yükleniciden talep edebilir (BK m. 108 f. 2)¹⁶⁰³.

II. İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARINI HENÜZ MUACCEL OLMAYAN EDİMLERİ DE KAPSAYACAK BİÇİMDE veya SÖZLEŞMENİN TAMAMI BAKIMINDAN KULLANMASI

Yüklenicinin bir veya birkaç teslim borcunda temerrüde düşmesi, iş sahibi nezdinde **sonraki teslimlerin de gerçekleşmeyeceği** konusunda haklı bir kanaat oluşturuyorsa, iş sahibi seçimlik haklarını yalnız yüklenicinin ifasında geciktiği edimleri değil, **henüz muaccel olmayan teslim edimlerini de** kapsayacak biçimde kullanabilir¹⁶⁰⁴. Örneğin yüklenici üst üste birçok teslimatta gecikmişse veya yüklenicinin bütün kaynaklarını aldığı başka bir işe aktarmasından iş sahibine taahhüt ettiği sonraki teslimlerin de gecikeceği anlaşılıyorsa, iş sahibi seçimlik haklarını ileride

¹⁶⁰² Yüklenicinin eseri teslim borcunda kısmî temerrüdü bahsinde müsbet zararın hangi teoriye göre hesaplanacağına ilişkin olarak yaptığımız açıklamalar, burada da geçerlidir. Buna göre, iş sahibi, yüklenicinin ifa etmediği teslim borcunun ifasından vazgeçip ifa yerine tazminat talep ettiğinde, tazminatın mübadele teorisine göre hesaplanması özellik arz etmez. Ancak tazminatın fark teorisine göre hesaplanması, sadece iş sahibinin karşı edimi de bölünebilir nitelikteyse ve iş sahibi karşı edimini henüz ifa etmemişse mümkündür. **Schenker**, Verzug, N 779; **Havutçu**, s. 141

¹⁶⁰³ **Schenker**, Verzug, N 780; **Buz**, Dönme, s. 318.

¹⁶⁰⁴ **Schenker**, Verzug, N 782; **Havutçu**, s. 141; **Buz**, Dönme, s. 318.

muaccel olacak teslim borçları bakımından da kullanabilir. Ancak bu durum önceden gerçekleşmiş olan teslimleri etkilemez¹⁶⁰⁵. İş sahibi, ileride muaccel olacak olan teslim edimlerinden de vazgeçebilmek için, yükleniciye ifasında temerrüde düştüğü kısım bakımından ek süre tayin ederken ifada bulunmadığı takdirde seçimlik haklarını henüz muaccel olmayan edimler bakımından da kullanacağını bildirmelidir¹⁶⁰⁶.

İstisnaen bir veya birkaç teslimdeki gecikme, **önceden yerine getirilmiş teslimleri** de iş sahibi bakımından **yararsız** hale getirebilir. Özellikle iş sahibinin yüklenicinin tesliminde temerrüde düştüğü kısım ve ileride muaccel olacak teslimler **olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyecek olduğu** sonucuna varılabiliyorsa, iş sahibi, ifa yerine müsbet zararın tazmini talebi veya sözleşmeden dönme haklarını önceden gerçekleşmiş teslimleri de etkileyecek şekilde **sözleşmenin bütünü bakımından** kullanabilir¹⁶⁰⁷. Bu durumda sözleşmenin bütünü bakımından aynen ifadan vazgeçip ifa yerine müsbet zararının tazminini talep eden iş sahibinin, önceden teslim edilen eser kısımlarını veya eserleri yükleniciye iade etmesi gerekir (BK m. 108 f. 1'e kıyasen)¹⁶⁰⁸.

¹⁶⁰⁵ İş sahibi, yüklenicinin önceden gerçekleştirdiği teslimlere karşılık gelen sözleşme bedelini yükleniciye henüz ödemediyse, bunu ödemek zorundadır; önceden ödemediği takdirde de bunun iadesini talep edemez. **Schenker**, Verzug, N 784; **Havutçu**, s. 142; **Buz**, Dönme, s. 319.

¹⁶⁰⁶ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2814; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 383; **Schenker**, Verzug, N 783; **Havutçu**, s. 142; **Buz**, Dönme, s. 318.

¹⁶⁰⁷ **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2814; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 383; **Schenker**, Verzug, N 785; **Serozan**, Dönme, s. 395; **Havutçu**, s. 142; **Buz**, Dönme, s. 319.

¹⁶⁰⁸ **Schenker**, Verzug, N 771; **Havutçu**, s. 142.

§ 9 SÜREKLİ ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

Kural olarak anî edimli bir sözleşme olan eser sözleşmesi, bazı istisnâ durumlarda sürekli borç ilişkisi teşkil edebilir. Daha önce de açıkladığımız üzere, eser sözleşmesi, yüklenicinin edimi **sürekli** ise veya toplam edim miktarı başlangıçta belirli olmamak kaydıyla **periyodik** ise, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindedir. Eserin kapsamının zamana bağlı olarak artış gösterdiği durumlarda, yüklenicinin edimi sürekli olduğu için, eser sözleşmesi sürekli niteliktedir¹⁶⁰⁹. Örneğin bir petrol arama şirketinin altı ay boyunca deniz tabanında sondaj yaptırmak üzere anlaştığı kuruluşa bu kuruluşun sondajla derine indiği her 100 metre için belirlediği birim fiyatı vermeyi taahhüt ettiği bir eser sözleşmesi sürekli niteliktedir. Burada eser ilk 100 metreye inildiği anda ortaya çıkmakta; ancak zamana bağlı olarak genişleme göstermektedir. Öte yandan, yüklenicinin ifa edeceği edimin toplam miktarının başlangıçta belli olmadığı, bir zaman süreci boyunca ihtiyaç oldukça eser teslimini öngören ard arda eser teslimi sözleşmeleri de sürekli borç ilişkisi doğurur¹⁶¹⁰. Örneğin yüklenicinin üç yıl süreyle ihtiyaç oldukça bir fabrikada kullanılmak üzere yedek parça imal etmeyi üstlenmesinde olduğu gibi “eser tedariki sözleşmeleri” bu tür sözleşmelerdir. O halde, sözleşme konusu **eserin kapsamının zamana bağlı olarak genişleme gösterdiği** eser sözleşmeleri ile iş sahibinin elde edeceği **toplam edimin başlangıçta belirli olmadığı** durumlarda **ard arda eser teslimi sözleşmeleri**, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindedir.

¹⁶⁰⁹ Öz, Dönme, s. 22.

¹⁶¹⁰ Selici, Sürekli Borç İlişkileri, s. 14-15; Öz, Dönme, s. 15; Buz, Dönme, s. 316 dn. 115.

Sürekli borç ilişkilerinde sürekli edim ifa süresi içinde tamamen veya kısmen yerine getirilmemişse, edimin ifa edilmemesinin ifa imkânsızlığı mı, yoksa temerrüt mü teşkil edeceği tartışmalıdır. Bir görüşe¹⁶¹¹ göre, bu soruya cevap verilirken yerine getirilmeyen bu edimin sonradan telâfi edilip edilemeyeceğine göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu ayırımıda taraf iradeleri esas alınmaktadır. Taraflar için ifanın belirli bir tarihte başlayıp belirli bir tarihte bitmesi önemli ise, artık bu edimin sonradan yerine getirilmesi, yani aynen ifası mümkün değildir. Örneğin taraflar yüklenicinin yürüteceği sondaj faaliyetinin sözleşmenin kurulduğu yılın 1 Mayıs günü başlayıp 1 Eylül günü sona ereceğini kararlaştırmışlarsa, yüklenici ifaya 1 Mayıs günü başlamadığı takdirde, gecikme artık telâfi edilemez¹⁶¹². Burada ifa imkânsızlığı söz konusu olur¹⁶¹³. Bu görüş kabul edildiğinde, yüklenici kusurlu ise imkânsızlıktan sorumlu olur, sürekli edimi ifa borcu tazminat borcuna dönüşür (BK m. 96). Buna karşılık, yüklenici borca aykırılıkta kusurlu değilse, ifa imkânsızlığı sebebiyle borcundan kurtulur (BK m. 117)¹⁶¹⁴. Buna karşılık, taraflar için sürekli edimin belirli bir tarihte başlayıp belirli bir tarihte bitmesi önemli olmayıp, yalnız borçlunun ifasına başladığı edime belirli bir süre devam etmesi önemli ise, borçlu bu sürekli edimin ifasına kararlaştırılan başlangıç tarihinde değil, daha geç başlasa dahi bu gecikme telâfi edilebilir. Örneğin yüklenicinin altı ay boyunca arazide sondaj çalışması yapacağı kararlaştırılmış, başlangıç tarihi olarak da sözleşmenin kurulduğu yılın 1 Mart günü belirlenmişse, yüklenici işe 15 Mart tarihinde başlasa da bu gecikme telâfi edilebilir¹⁶¹⁵. Gecikmenin sonradan telâfi edilebileceği

¹⁶¹¹ **Lemp**, s. 12; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 92 ve orada dn. 78'de zikredilen yazarlar.

¹⁶¹² Başka örnekler için bkz. **Schenker**, Verzug, N 37; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 95-96; **Havutçu**, s. 143.

¹⁶¹³ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 93.

¹⁶¹⁴ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 73, 93-94.

¹⁶¹⁵ Başka örnekler için bkz. **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 97.

durumlarda imkânsızlık değil, borçlu temerrüdü söz konusu olur¹⁶¹⁶. Alacaklı borçludan ifa etmediği sürekli edimi gecikerek de olsa aynen ifa etmesini talep edebilir.

Buna karşılık bizim de katıldığımız diğer görüşe¹⁶¹⁷ göre, sürekli edimin ifası tarafların iradelerinden bağımsız olarak objektif biçimde imkânsız hale gelmedikçe, sürekli edimin ifa zamanında tamamen veya kısmen ifa edilmemiş olması, ifa imkânsızlığına değil, borçlu temerrüdüne sebep olur. Zira bir edimin ifasının imkânsız hale gelip gelmediği, sübjektif bir unsur olan tarafların iradeleri göz önünde tutularak değil, edimin kendisinin niteliği icabı ifasının halen mümkün olup olmadığı bakımından değerlendirilmelidir¹⁶¹⁸.

I. YÜKLENİCİNİN SÜREKLİ NİTELİKTEKİ ESERİ TESLİM BORCUNDA TEMERRÜDE DÜŞMESİ

Sürekli eser sözleşmesinde eseri teslim borcunda temerrüt değişik biçimlerde ortaya çıkabilir: Örneğin işe başlama tarihinin sözleşmede açıkça kararlaştırılmadığı durumlarda, sürekli edim borçlusu yüklenici, iş sahibinin ihtarına rağmen sürekli edimini yerine getirmeye yani eseri meydana getirmeye başlamadığı takdirde, eseri teslim borcunda temerrüde düşer (BK m. 101 f. 1)¹⁶¹⁹. Yahut eser sözleşmesinde yüklenicinin işe başlaması için belirli bir tarih kararlaştırılmışsa, yüklenici bu tarihte işe başlamadığı takdirde, iş sahibinin ayrıca ihtarda bulunması gerekmeksizin temerrüde düşer (BK m. 101 f. 2)¹⁶²⁰. Keza, sürekli eser sözleşmesinin belirli süreli olduğu

¹⁶¹⁶ **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 97-98.

¹⁶¹⁷ **Gauch**, System, s. 148; **Schenker**, Verzug, N 37; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1083; **Havutçu**, s. 144.

¹⁶¹⁸ Bu yönde, **Havutçu**, s. 144.

¹⁶¹⁹ **Schenker**, Verzug, N 800.

¹⁶²⁰ **Schenker**, Verzug, N 800; **Havutçu**, s. 144.

hallerde, yüklenici sözleşme süresinin sona ermesinden önce ifasına başladığı sürekli edimi yerine getirmeyi kestiği takdirde de, eseri teslim borcunda temerrüde düşer¹⁶²¹.

II. İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARI

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen BK m. 106-108 hükümleri anî edimli sözleşmeler esas alınarak kaleme alınmıştır. Bununla birlikte, bu hükümler, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin niteliğiyle örtüştüğü ölçüde, sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmeleri bakımından da uygulama alanı bulur¹⁶²².

Yüklenicinin **sürekli bir edimi** yerine getirmeyi taahhüt ettiği, yani tek bir eserin kapsamının zamanla genişlediği sürekli eser sözleşmelerinde, iş sahibi, temerrütten doğan haklarını, kural olarak yalnız yüklenicinin henüz ifa etmediği edimlere ilişkin olarak kullanabilir¹⁶²³. Yüklenicinin o ana kadar ifa ettiği edimler ve bunun karşılığında iş sahibinin yaptığı ödemeler geçerliliğini korur.

Ard arda eser teslimi sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu durumlarda, yüklenicinin münferit bir teslimde gecikmesi halinde, BK m. 106-108'de düzenlenen borçlu temerrüdünün sonuçları, kural olarak sadece yüklenicinin ifasında temerrüde düştüğü **bu münferit edim bakımından** uygulanır¹⁶²⁴. Ancak bazı durumlarda periyodik edimin ifasındaki gecikmeden sonraki edimlerin de zamanında ifa edilmeyeceği sonucu çıkarılabilir veya ifa edilmeyen edimlerin ifası artık iş sahibi

¹⁶²¹ Schenker, Verzug, N 800; Havutçu, s. 144.

¹⁶²² Gauch, System, s. 146-148; Schenker, Verzug, N 801; Havutçu, s. 144.

¹⁶²³ Gauch, System, s. 151 vd.; Cherpillod, N 144, 152; Ramoni, N 88, 92.

¹⁶²⁴ Cherpillod, N 148; Ramoni, N 88; Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri, s. 222.

bakımından faydasız hale gelmiş olabilir. Örneğin teslimlerde sık sık gecikme yaşandığı için iş sahibinin ileride muaccel olacak teslimlerin zamanında gerçekleşeceğine ilişkin inancı kaybolmuşsa, durum böyledir¹⁶²⁵. İşte böyle durumlarda iş sahibi ard arda eser teslimi sözleşmelerinde de BK m. 106'da düzenlenen seçimlik haklarını, mehil tayin ederken bildirmek kaydıyla, yalnız yüklenicinin ifasında temerrüde düştüğü edimler için değil, aynı zamanda **gelecekte muaccel olacak olan tüm periyodik edimleri de kapsayacak** şekilde kullanabilir¹⁶²⁶.

A. Aynen ifa ve gecikme tazminatı

İş sahibi, ifa edilmeyen sürekli veya periyodik edimin gecikmeli de olsa yerine getirilmesi kendisi için halen bir anlam ifade ediyorsa, mütemerrit yükleniciden yerine getirmediği sürekli veya periyodik edimi sonradan aynen ifa etmesini ve gecikmeden doğan zararını tazmin etmesini talep edebilir (BK m. 106 f. 2)¹⁶²⁷. Örneğin, yüklenici altı ay boyunca sondaj çalışması yapmayı taahhüt ettiği halde sondaja hiç başlamamış veya altı ayı tamamlamadan çalışmayı bırakmışsa, iş sahibi yükleniciden ifada bulunmadığı süre boyunca sondaj çalışması yapmasını talep edebilir. Yahut üç yıl süreyle ihtiyaç oldukça bir fabrikada kullanılmak üzere yedek parça imal etmeyi üstlenen yüklenici, ilk iki sene siparişleri yerine getirdiği halde üçüncü sene siparişlerin bir kısmını teslim etmemişse, iş sahibi yükleniciden yerine getirmediği bu periyodik edimleri ifa etmesini talep edebilir.

¹⁶²⁵ Selici, Sürekli Borç İlişkileri, s. 222.

¹⁶²⁶ Cherpillod, N 146, 155; Ramoni, N 88, Selici, Sürekli Borç İlişkileri, s. 222.

¹⁶²⁷ Cherpillod, N 143, 156; Ramoni, N 87.

Bazı yazarlar¹⁶²⁸, sürekli edimin ifası için belirli başlangıç ve bitiş süresi tayin edilmişse, bu sürelerle uyulmaması halinde, alacaklının aynen ifa talebinde bulunamayacağı görüşündedirler. Bu görüşe göre, sürekli eser sözleşmelerinde sürenin dolması borçlunun aslî edim yükümlülüğünü sona erdirdiği için, sözleşmenin ifa süresinin uzatılması, aynen ifa değil, ancak sözleşme konusunun değiştirilmesi anlamına gelir¹⁶²⁹. Biz bu görüşe katılmıyoruz. Zira sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde borçlunun aslî edim yükümlülüğü, ancak borçlu sürekli veya periyodik edimini sözleşme ilişkisinin devam ettiği süre boyunca yerine getirmiş olmak kaydıyla, süre sonunda sona erer¹⁶³⁰. Yoksa sadece sözleşme süresinin geçmesi, sürekli veya periyodik edim ifa edilmedikçe, borçlunun aslî edim yükümlülüğünü sona erdirmez. Bu yükümlülük, alacaklı aynen ifadan vazgeçmedikçe, temerrüde rağmen devam eder. O halde örneğin taraflar yüklenicinin taahhüt ettiği altı aylık sondaj çalışmasının sözleşmenin kurulduğu yılın 1 Haziran- 31 Ekim günleri arasında yapılacağı üzerinde anlaşmış olsalar dahi, yüklenici işe 1 Haziran günü işe başlamadığı takdirde, iş sahibi 1 Haziran- 30 Ağustos tarihleri arasında gerçekleşmeyen üç aylık sondaj çalışmasının aynen ifasında ısrar edebilir. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde sürekli veya periyodik edimin ifa edilmesi gereken belirli süre, anî edimli sözleşmelerdeki belirli vadeye tekabül eder. İş sahibi nasıl belirli vadede yerine getirilmeyen edimin sonradan aynen ifasını talep edebiliyorsa belirli süreye uyulmaması halinde de aynı sonuca varılmalıdır. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde geçen zaman bir daha geri getirilemeyeceği için geciken ifanın artık “aynen ifa” olmayacağı iddiası da yerinde

¹⁶²⁸ **Schenker**, Verzug, N 805; **Cherpillod**, s. 88; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 97; **Serozan**, Dönme, s. 163.

¹⁶²⁹ **Serozan**, Dönme, s. 163.

¹⁶³⁰ **Havutçu**, bu duruma “sürekli edim yükümü akdî ilişkinin devam ettiği süre içinde edim konusuna uygun davranışla yerine getirilir ve sürenin dolmasıyla sona erer.” diyerek işaret etmektedir. **Havutçu**, s. 142.

değildir¹⁶³¹. Zira belirli vadeli bir anî edimli eser sözleşmesinde de eser belirli vadede teslim edilmediyse geçen zaman geri getirilip bir daha o belirli vadede ifa gerçekleştirilemez; ancak bu durum alacaklının sonradan aynen ifayı talep edebilme olanağını ortadan kaldırmaz. Bu itibarla, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından bu noktada farklı bir tutum izlemenin haklı bir gerekçesi yoktur.

B. Aynen İfadan Vazgeçerek Seçimlik Hakların Kullanılması

İş sahibi semeresiz geçen ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçtiğini yükleniciye derhal bildirerek yükleniciden ifa yerine müsbet zararının tazminini talep edebilir veya sözleşmeden dönebilir (BK m. 106 f. 2). Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından borçlu temerrüdü, borçlunun ifa ettiği edimlerle ilgili bir durum olmadığından, iş sahibi de, kural olarak sadece yüklenicinin yerine getirmediği edimler bakımından seçimlik haklarını kullanabilir¹⁶³².

1. İfa Yerine Müsbet Zararın Tazmini Talebi

Temerrüde düşen yüklenici sürekli edimin ifasına başlamış bulunuyorsa, aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin ifa yerine müsbet zararının tazmini talebi, sadece

¹⁶³¹ **Havutçu**, haklı olarak, ifa zamanında gecikmenin sürekli edim yükünün sonradan ifasını imkânsız hale getirdiğini ileri süren görüşlerin temelinde borçlunun ifada bulunmaksızın geçirdiği zamanın geri getirilemeyeceği düşüncesinin yattığını ifade ederek bu görüşlerin kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Zira bu düşüncenin kabulü halinde, aynı gerekçe yani geçen zamanın geri getirilemez olması anî edim yükümleri bakımından da geçerli olduğundan, vadede yerine getirilmeyen anî edim yükümlerinin de imkânsız hale geleceği gibi kabul edilemez bir sonuca ulaşılması gerekir. **Havutçu**, s. 144. Biz, **Havutçu**'nun sürekli edimin kararlaştırılan süre içinde yerine getirilmemesi halinde ifa imkânsızlığının mı, yoksa borçlu temerrüdünün mü söz konusu olduğu tartışmaları bakımından ileri sürdüğü bu gerekçenin, belirli süreli sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde alacaklının aynen ifayı talep edip edemeyeceği yönündeki tartışma bakımından da geçerli bir gerekçe olduğunu düşünüyoruz.

¹⁶³² **Gauch**, System, s. 151 vd.; **Schenker**, Verzug, N 810; **Cherpillod**, s. 86-87; **Ramoni**, N 88.

yüklenicinin yerine getirmedeği edimlere ilişkindir¹⁶³³. Yüklenicinin hali hazırda ifa ettiği edimler ise geçerliliğini muhafaza eder.

Bir tek eserin kapsamının zamana bağlı olarak artış gösterdiği sürekli eser sözleşmelerinde, yüklenici sürekli edimin ifasında temerrüde düştüğü takdirde, iş sahibi, sürekli edimin yüklenicinin ifa etmediği kısmının tümünün yerini alacak biçimde müsbet zararının tazminini talep edebilir. Sürekli nitelikte bir ard arda eser teslimi sözleşmesinde, yüklenicinin periyodik edimlerden birinin ifasında temerrüde düşmesi halinde ise, iş sahibi, kural olarak sadece yüklenicinin ifasında temerrüde düştüğü periyodik edim bakımından müsbet zarar tazminatı talep edebilir. Ancak periyodik edimin ifasındaki gecikmeden, sonraki periyodik edimlerin de belirlenen sürelerde ifa edilmeyeceği sonucu çıkarılabiliyorsa veya sonraki edimler artık bu gecikme sebebiyle anlamsız kalıyorsa, sadece ifasında gecikilen periyodik edimin değil, muaccel olsun olmasın yüklenicinin henüz ifa etmediği tüm periyodik edimlerin yerini müsbet zararın tazmini borcu alır¹⁶³⁴.

İş sahibi ifasından vazgeçtiği sürekli veya periyodik edimin karşılığı olan **kendi edimini yerine getirmiş** (örneğin, götürü olarak kararlaştırılan ücreti peşinen ödemiş) olabilir. Müsbet zararın tazmini talebinde sözleşmeden dönemden farklı olarak önceden ifa edilen edimlerin iadesine yer olmadığından, bu takdirde, müsbet zarar tazminatı **mübadele teorisine** göre hesaplanır¹⁶³⁵. Buna göre, iş sahibinin yükleniciden tazminini talep edebileceği müsbet zarar, yüklenicinin yerine getirmedeği sürekli veya periyodik edimin değeridir. Buna karşılık, iş sahibi henüz **kendi edimini** (yani yükleniciye

¹⁶³³ **Gauch**, System, s. 151 vd.; **Cherpillod**, N 152; **Havutçu**, s. 145.

¹⁶³⁴ **Cherpillod**, N 152, 155; **Ramoni**, N 88.

¹⁶³⁵ **Schenker**, Verzug, N 812; **Cherpillod**, N 155, 156; **Ramoni**, N 89; **Havutçu**, s. 146.

yapacağı toptan ödemeyi veya periyodik ödemeleri) **yerine getirmemişse**, müsbet zarar tazminatı **fark teorisine** göre hesaplanır¹⁶³⁶. Bu takdirde iş sahibi tazminat olarak kendi ediminin değeri ile yüklenicinin ifa etmediği sürekli veya periyodik edimin değeri arasındaki farkın kendisine ödenmesini talep edebilir. Yüklenicinin edimini aynen ifa etmesinden vazgeçen iş sahibinin kendi edimini aynen yerine getirmesine izin vermek anlamsız olacağından, burada tazminatın mübadele teorisi çerçevesinde hesaplanması söz konusu olmaz¹⁶³⁷.

2. Sürekli Eser Sözleşmesinden Dönme

Borçlunun sürekli veya periyodik **edimin ifasına başladığı** sürekli borç ilişkilerinde, BK m. 106-108'de ifade edilen geriye etkili dönme hakkının yerini, kural olarak, sözleşmeyi ileriye etkili olarak **feshetme hakkı** alır¹⁶³⁸. Zira sürekli borç ilişkilerinde yerine getirilmiş olan edimler iş sahibinin menfaatini bu süre içinde karşıladığından, tarafların sözleşmeden dönme durumunda söz konusu olacağı gibi aldıklarını karşılıklı olarak iade etmeleri anlamlı değildir¹⁶³⁹. Yeni Borçlar Kanunu'nun

¹⁶³⁶ **Gauch**, System, s.155-156; **Schenker**, Verzug, N 812; **Cherpillod**, N 155, 156; **Ramoni**, N 89; **Havutçu**, s. 146.

¹⁶³⁷ Sürekli borç ilişkisinde iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müsbet zararının tazmini talep etmesi ile birlikte, yüklenicinin sürekli veya periyodik edimini aynen ifa etme borcu tazminat ödeme borcuna dönüşür. Mübadele teorisi uygulandığı takdirde, yüklenicinin edim borcu tek seferde ödenecek bir tazminat borcuna dönüştüğü halde, iş sahibinin henüz ifa etmediği kendi edimini aynen ifa etme borcu (örneğin uzun bir zaman periyodik olarak yükleniciye ödemedeki bulunma borcu) devam eder. Oysa böyle bir durum, ifa yerine müsbet zararın tazmini talebinin amacıyla ve sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin niteliğiyle bağdaşmaz. **Gauch**, System, s.155-156; **Schenker**, Verzug, N 812; **Cherpillod**, N 155; **Ramoni**, N 89; **Havutçu**, s. 146.

¹⁶³⁸ **Gauch**, System, s. 149 vd., 209 vd.; **Gauch/Schlupe**, Band II, N 2798, 2815; **Hartmann**, N 66; **Monod**, s. 87; **Cherpillod**, N 144; **Ramoni**, N 92; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 966 dn. 46, s. 967; **Oğuzman/Öz**, s. 419-420; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1083; **Buz**, Dönme, s. 323.

¹⁶³⁹ **Gauch**, System, s. 209 vd.; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 210-212; **Öz**, Dönme, s. 26; **Buz**, Dönme, s. 320-321.

125. maddesinde de, “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.” denilerek, burada kullanılacak hakkın ileriye etkili fesih olduğuna işaret edilmiştir.

Bir tek eserin kapsamının zamana bağlı olarak artış gösterdiği sürekli eser sözleşmelerinde, yüklenicinin sürekli edimin ifasında temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibi eser sözleşmesini yüklenicinin **henüz ifa etmediği edimlerin tümü** bakımından **feshedebilir**¹⁶⁴⁰. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğinde olan ard arda eser teslimi sözleşmelerinde ise durum farklıdır. Bu tür sözleşmelerde, yüklenici periyodik edimlerden birinin ifasında temerrüde düştüğü takdirde, iş sahibi, kural olarak yüklenicinin henüz ifa etmediği edimlerin tümü bakımından değil, onun **ifasında geciktiği periyodik edim** bakımından sözleşmeyi **feshedebilir**. Ancak periyodik edimlerden birinin ifasındaki gecikmeden sonraki periyodik edimlerin de zamanında ifa edilmeyeceği sonucu çıkarılabiliyorsa veya bu durum sonraki edimlerin ifasını iş sahibi bakımından anlamsız hale getiriyorsa, iş sahibi sürekli eser sözleşmesini henüz yerine getirilmemiş tüm periyodik edimleri kapsayacak biçimde feshedebilir¹⁶⁴¹. Eser sözleşmelerinin ileriye etkili feshinin sonuçları yukarıda ayrıntılı olarak incelendiğinden, sürekli eser sözleşmelerinin fesih yoluyla sona erdirilmesi konusunda o bölüme yollama yapmakla yetiniyoruz.

Bazı durumlarda iş sahibinin sürekli nitelikteki eser sözleşmesinden **geçmişe etkili olarak (ex tunc) dönmesi** mümkündür. Özellikle, temerrüde düşen yüklenici

¹⁶⁴⁰ Cherpillod, N 149.

¹⁶⁴¹ Cherpillod, N 146, 148.

henüz sürekli **edimin ifasına başlamamış** durumdaysa, BK m. 106-108 çerçevesinde alacaklıya tanınan dönme hakkının ileriye etkili fesih sayılmasını gerektiren bir durum yoktur. Bu durumda, iş sahibinin geçmişe etkili biçimde sözleşmeden dönme hakkı vardır¹⁶⁴². Keza temerrüde düşen yüklenici sürekli edimi bir süre yerine getirdiği halde yerine getirdiği edim iş sahibinin hiçbir işine yaramıyorsa, diğer bir deyişle iş sahibi bakımından faydasızsa, iş sahibi bu durumda da eser sözleşmesinden geçmişe etkili olarak dönebilir¹⁶⁴³. Örneğin yolun ulaşacağı son nokta baştan belirlenmeksizin yüklenicinin metre başına ücret almak üzere iş sahibinin arazisinin belirli bir yönünde üç ay süreyle yol döşemeyi taahhüt etmesi sürekli nitelikte bireser sözleşmesi teşkil eder¹⁶⁴⁴. Böyle bir durumda, yüklenici, bir ay yol döşedikten sonra ifada bulunmayı kestiği için temerrüde düşer, yüklenicinin temerrütten önce döşediği yolun da imar mevzuatına aykırı olduğu için araziden kaldırılması gerekirse, temerrütten önce gerçekleştirilen sürekli edim iş sahibi bakımından faydasız hale gelmiştir. Bu durumda da, iş sahibi sürekli eser sözleşmesinden geçmişe etkili olarak (ex tunc) dönebilmelidir.

İş sahibi sürekli eser sözleşmesinden geçmişe etkili olarak döndüğünde, tarafların dönülen sözleşme gereği **aldıkları şeyleri** birbirlerine aynen veya aynen iade mümkün değilse, parasal bedelini **iade** etmeleri gerekir (BK m. 108 f. 1). Örneğin, iş sahibi, yüklenici sürekli edimin ifasına başlamadığı halde sözleşme bedelini tamamen veya kısmen yükleniciye ödemiş bulunuyorsa, bu tutarın kendisine iade edilmesini yükleniciden talep edebilir. Yukarıda değinilen yol döşeme örneğinde de yüklenici yolu kendi malzemesi ile döşemişse, döşenen yolun araziden kaldırılması sonucu ortaya

¹⁶⁴² **BaK-Wiegand**, Art. 109, N 10; **Gauch**, System, s. 211; **Cherpillod**, N 144; **Ramoni**, N 91; **Seliçi**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 223; **Serozan**, Dönme, s. 120; **Oğuzman/Öz**, s. 419.

¹⁶⁴³ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2815; **Bucher**, Allgemeiner Teil, s. 385; **Schenker**, Verzug, N 816; **Monod**, s. 88; **Ramoni**, N 94; **Buz**, Dönme, s. 321.

¹⁶⁴⁴ Örnek için bkz. **Öz**, Dönme, s. 22.

çıkan kalıntıların kendisine iadesini talep edebilir. Sürekli nitelikteki eser sözleşmesinden geçmişe etkili olarak dönen iş sahibi, temerrüde düşmekte kusurlu olan yükleniciden **menfi zarar** tazminatı da talep edebilir (BK m. 108 f. 2). Bu tazminatın amacı iş sahibini sürekli eser sözleşmesi hiç kurulmamış olsaydı içinde bulunacağı malvarlığı durumuna getirmektir¹⁶⁴⁵.

§ 10 YÜKLENİCİNİN YAN EDİM YÜKÜMÜNDE TEMERRÜDÜ

Eser sözleşmesinde yüklenici aslî edim yükümleri olan eseri meydana getirme ve teslim yükümünün yanında bazı **yan edim yükümlerini** (Nebenleistungspflichten) yerine getirmeyi de taahhüt etmiş olabilir. Yan edim yükümleri her ne kadar aslî edim yükümüne tâbi bir nitelik taşıyalar da, yerine getirilmelerinde iş sahibinin bağımsız bir menfaati bulunduğundan, bunların **ifası** aslî edim yükümlerinden bağımsız olarak **talep ve dava** edilebilir¹⁶⁴⁶. Bu itibarla, iş sahibi yükleniciyi yan edim yükümünün ifasında da **borçlu temerrüdüne** düşürebilir¹⁶⁴⁷.

Doktrinde, borçlunun yan edim yükümünün ifasında temerrüde düşmesi halinde alacaklının BK m. 106-108’de düzenlenen seçimlik haklarını, ancak **yan edim yükümü** sözleşmedeki edimlerin mübadelesi (**synallagma**) **ilişisine dâhil** olduğu takdirde kullanılabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁴⁸. Bu görüşe göre, **yan edim yükümü**, taraf iradeleri ve somut olayın tüm şartları nazara alındığında, aslî edim yükümüne nazaran sadece talî bir nitelik arz etmiyor, aslî edim yükümü ile birlikte **karşı ediminin karşılığını** teşkil ediyorsa, sözleşmedeki **synallagma ilişkisine dâhil** kabul

¹⁶⁴⁵ **Ramoni**, N 94.

¹⁶⁴⁶ **Eren**, Borçlar Genel, s. 33; **Buz**, Dönme, s. 114.

¹⁶⁴⁷ **Schenker**, Verzug, N 42; **Eren**, Borçlar Genel, s. 34; **Havutçu**, s. 139; **Buz**, Dönme, s. 114.

¹⁶⁴⁸ **Havutçu**, s. 20, 140; **Buz**, Dönme, s. 114.

edilmektedir. Buna göre, iş sahibinin bedel ödeme borcunun sebebi ve amacı, yüklenicinin aslî edim yükümü olan eseri meydana getirme ve teslim etme edimi ile birlikte yan edim yükümünü de yerine getirmesi ise, iş sahibi, yüklenici bu yan edim yükümünün ifasında temerrüde düştüğü takdirde de BK m. 106-108’de düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilir. Örneğin bir makinenin imalini üstlenen yüklenici, bu makinenin montajı veya periyodik olarak kontrolü işini de üzerine almışsa, iş sahibinin bedel borcunun yüklenicinin aslî edim yükümü olan makinenin imali ile birlikte yan edim yükümü olan montajın veya kontrolün de karşılığı olarak kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir¹⁶⁴⁹. Keza uygulamada inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin eski evi yıkılarak yerine yeni bina yapılacaksa, yükleniciler sıklıkla iş sahibinin yeni bina tamamlanıncaya kadar oturacağı ikâme evin kira bedellerini ödemeyi taahhüt etmektedirler. Burada inşaatı meydana getirme ve teslim edimleri yüklenicinin aslî edim yükümlülüğünü oluştururken, iş sahibinin oturacağı ikâme evin kira bedellerinin ödenmesi yan edim yükümlülüğü mahiyetindedir. Bu durumda da genel olarak iş sahibinin para veya arsa payı devri biçimindeki bedel borcunun, yüklenicinin aslî edimi yanında bu yan edim yükümü de dikkate alınarak kararlaştırıldığı söylenebilir.

Yan edim borcunun synallagma ilişkisine dâhil olduğu bu gibi hallerde, iş sahibinin yüklenicinin ifa etmediği **yan edim yükümü olmaksızın da** eser sözleşmesini **kuracağı** kabul edilebiliyorsa, iş sahibi seçimlik haklarını, kısmî temerrüt hükümlerine kıyasen, **sadece yan edim yükümü** bakımından kullanabilir¹⁶⁵⁰. Örneğin yüklenicinin inşaat sözleşmesi için evini yıktıran iş sahibinin inşaat süresince oturacağı evin kira bedellerini sözleşmede ödemeyi taahhüt ettiği halde ödememesi durumunda, iş sahibi ancak yan edimin ifasından vazgeçip onun yerine müsbet zarar tazminatı talep edebilir

¹⁶⁴⁹ Örnekler için bkz. **Havutçu**, s. 21; **Buz**, Dönme, s. 115.

¹⁶⁵⁰ **Schenker**, Verzug, N 776; **Havutçu**, s. 44, 140; **Buz**, Dönme, s. 115.

veya sözleşmeden sadece yan edim bakımından dönebilir. Zira aslî edim ifa edilmişse, yani inşaat yapıp teslim edilmişse, artık iş sahibinin yalnız kira bedelleri kendisine ödenmedi diye sözleşmenin tamamı bakımından menfaatinin kalmadığı söylenemez. Ancak istisnaen yüklenicinin ifa etmediği **yan edim yükümü olmaksızın** iş sahibinin eser sözleşmesini **kurmayacağı** kabul edilebiliyorsa, iş sahibi bu durumda seçimlik haklarını sadece yan edim yükümü bakımından değil, **sözleşmenin tamamı** için kullanabilir¹⁶⁵¹. Örneğin yüklenicinin imal ettiği makine veya tezgâh bazı özel niteliklere sahip olup montajının yüklenici tarafından yapılması büyük bir önem arz ediyorsa, yüklenicinin yan edim yükümü olan montajı yapmaktan kaçınmasının iş sahibine seçimlik haklarını sözleşmenin tamamı bakımından kullanma hakkı verdiği kabul edilebilir¹⁶⁵². Bu durumda iş sahibi aslî edimi de kapsayacak biçimde aynen ifadan vazgeçip müsbet zararının tazminini talep edebilir veya eser sözleşmesinin tamamından dönebilir.

İkinci derecede önem taşıyan bu itibarla da **synallagma ilişkisine dâhil olmayan** yan edim yükümlerinin ifasındaki gecikme halinde, yan edim iş sahibinin ediminin karşılığı olmadığından, iş sahibi yalnız yan edim bakımından dahi ifa yerine müsbet zararının tazminini talep edemez veya sözleşmeden dönemez¹⁶⁵³. Zira ifa yerine müsbet zararın tazmini veya sözleşmeden kısmen dahi olsa dönme, birbirinin karşılığı olan edimlerin yerine getirilmemesine özgü müeyyidelerdir. İş sahibi bu durumda ancak **aynen ifa ve gecikme tazminatı** talep etmekle, aynen ifa mümkün değilse de BK m. 96

¹⁶⁵¹ **Schenker**, Verzug, N 776; **Havutçu**, s. 140; **Buz**, Dönme, s. 114-115.

¹⁶⁵² Örnek için bkz. **Havutçu**, s. 21; **Buz**, Dönme, s. 115.

¹⁶⁵³ **Gauch/Schluep**, Band II, N 2803; **Serozan**, İfa, s. 242; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 971-972; **Oğuzman/Öz**, s. 426.

uyarınca tazminat talep etmekle yetinmelidir¹⁶⁵⁴. Örneğin yüklenicinin eserin imalinin yanında ambalajlanmasını da üstlendiği durumlarda, yüklenici eseri ambalajlamadan teslim ederse, iş sahibi yükleniciden ancak eserin ambalajlanmasını ve gecikmeden ötürü zarara uğrarsa bu zararın tazminini talep edebilir¹⁶⁵⁵.

¹⁶⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 426.

¹⁶⁵⁵ Örnek için bkz. Oğuzman/Öz, s. 426; Eren, Borçlar Genel, s. 36.

SONUÇ

I. Yüklenici tarafından objektif olarak taahhüt edilebilen, objektif esaslara göre belirlenebilen iş görme sonuçları, ekonomik bir değer arz etmek ve kendi içinde bir bütün oluşturmak kaydıyla, maddî bir varlığı bulunsun bulunmasın, eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilir.

II. Eser sözleşmeleri, kural olarak, anî edimli sözleşmelerdir. Bu sebeple, bu sözleşmede ifa eserin teslimi ile birlikte bir anda gerçekleşir. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin olarak gerçekleştirdiği çalışmalar ifaya hazırlık faaliyeti niteliğindedir. Ancak eser sözleşmesinin sürekli sözleşme niteliğinde olduğu istinaâ durumları da vardır. Eser sözleşmesi, yüklenicinin taahhüt ettiği edim sürekli nitelikteyse veya yüklenicinin edimi periyodik olup da toplam edim başlangıçta belirlenebilir durumda değilse, sürekli sözleşmedir.

III. Eser sözleşmesinde yüklenici sözleşmede kararlaştırılan eseri yani, bir iş görme sonucunu borçlanmaktadır. Eserin teslimi ancak onun tamamlanması ile mümkün olduğuna göre, eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcu ve eseri teslim etme borcu olmak üzere iki aslî edim borcu bulunmaktadır. Eserin teslim edildiğinden söz edebilmek için, kural olarak, yüklenicinin gerek sözleşmeyle taahhüt etmiş olduğu, gerek iş değişiklikleri sonucu yapmak zorunda olduğu iş görme faaliyetlerinin tümünü yerine getirmiş, diğer bir ifadeyle eseri tamamlamış olması gerekir. İş sahibi, kural olarak, tamamlanmamış bir eseri teslim almak zorunda değildir. Ancak iş sahibinin tamamlanmamış bir eseri ihtiyarıyla teslim aldığı veya dürüstlük

kuralı gereği teslim almış kabul edildiği durumlarda, yüklenicinin eksik işlerden ötürü sorumluluğu, borca aykırılığı düzenleyen genel hükümlere (BK m. 96 vd.) tâbidir.

IV. Borçlar Kanunu'nda, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı için, yüklenicinin temerrüdünün koşulları ve sonuçları bakımından borçlu temerrüdüne ilişkin genel hüküm niteliğinde olan Borçlar Kanunu'nun 101 vd. maddeleri uygulanır. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için eserin teslimindeki gecikmede kusurlu olması gerekmez. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için, öncelikle, onun eseri teslim borcunun muaccel olması gerekir (BK m. 101 f. 1). Yüklenicinin eseri teslim borcu, taraflarca kararlaştırılan veya işin niteliğinden çıkarılan bir teslim vadesi varsa bu vade geldiğinde, aksi halde derhal muaccel olur (BK m. 74). Teslim vadesinin, sözleşmenin kurulması ile işlemeye başlayan ve bitiminde teslim borcunun muaccel olacağı bir zaman süreci, yani teslim süresi tayin edilerek kararlaştırılması da mümkündür. Bu durumda teslim vadesi teslim süresinin son günüdür. Teslim süresinin, yüklenicinin bir fiilinden sonra işlemeye başlayacağı kararlaştırılmışsa, bu sürenin, yükleniciye yüklenen fiilin gerçekteşebileceği ortalama makul sürenin sonunda işlemeye başladığı kabul edilir.

V. Taraflar, eser sözleşmesi ile kararlaştırdıkları teslim vadesini, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, ifanın herhangi bir aşamasında ve herhangi bir sebeple, karşılıklı anlaşarak değiştirebilirler. Eser sözleşmesinde taraflar, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kalmak kaydıyla, eserin tamamlanmasını ve teslimini geciktiren bir durum meydana geldiğinde bu gecikmenin riskine hangi tarafın katlanacağını, örneğin bu durumun gerçekteşmesinin eserin teslim süresini uzatacağını veya uzatmayacağını

kararlaştırabilirler. Sözlüşmeyle yükleniciye eserin teslimini geciktiren belirli olayların meydana gelmesi halinde süre uzatımı talep etme hakkı verildiği takdirde bu olayların gerçekteşmesiyle birlikte yüklenici süre uzatımına hak kazanır.

Sözlüşmede süre uzatımına ilişki bir düzenleme bulunmayan hallerde, eserin teslimini geciktiren olayların teslim süresini uzatıp uzatmayacağı, gecikme sebebinin iş sahibinin risk alanına mı yoksa yüklenicinin risk alanına mı girdiğine göre belirlenir. Eserin teslimindeki gecikmeye iş sahibinin davranışı veya fiillerinden sorumlu olduğu kimselerin davranışı sebep olmuşsa, gecikme sebebi iş sahibinin risk alanına dâhildir. Keza, gecikme, iş sahibinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekteşen bir beklenmeyen hal sonucu meydana gelmişse, bu durumda da gecikme sebebi iş sahibinin risk alanından kaynaklanmıştır. Gecikme iş sahibinin risk alanından kaynaklandığı takdirde, eserin teslim süresi tarafların bu konudaki farazî iradelerine dayanılarak kendiliğinden uzar. Yüklenicinin ve onun davranışlarından sorumlu olduğu kişilerin sebep olduğu gecikmeler ise yüklenicinin risk alanına girer. İş sahibinin risk alanı dışında kalan beklenmeyen hallerden doğan gecikmelerin riskine de yüklenici katlanır. Buna göre, eserin teslimindeki gecikmeye sebep olan beklenmeyen hal, yüklenicinin şahsında veya faaliyet alanında gerçekteşmişse bu gecikme yüklenicinin risk alanına dâhildir. Keza, eserin teslimi, her iki tarafın da şahsı ve faaliyet alanı dışında meydana gelen bir beklenmeyen hal sonucunda geciktiyse, bu beklenmeyen halin sebep olduğu gecikme de yüklenicinin risk alanına dâhildir. Zira kural olarak, eser sözleşmesinde tüm riskleri bir sonuç borcunun borçlusu olan yüklenici taşır. Eserin teslimindeki gecikmenin sebebi, yüklenicinin risk alanında gerçekteşen bir beklenmeyen halse, teslim süresi, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, kendiliğinden uzamaz. Bu tür durumlarda sürenin uzatılması için iki yol vardır. Ya yüklenicinin süre uzatımı talebini

iş sahibi kabul eder ve süre tarafların anlaşması ile uzar. Ya da yüklenici teslim süresinin BK m. 365 f. 2 hükmüne kıyasen sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yoluyla uzatılmasını hâkimden talep eder.

Kanunî risk dağılımına göre eserin tesliminde iş sahibinin risk alanı içinde kalanlar hariç tüm beklenmeyen hallerden kaynaklanan gecikmelerin riskini yüklenici taşır. Bu sebeple yükleniciye tedbirli davranarak eser sözleşmesine süre uzatımını gerektirecek halleri ayrıntılı olarak düzenleyen bir hüküm koydurması tavsiye edilebilir.

VI. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünden söz edebilmek için, eserin meydana getirilmesinin ve tesliminin, hem sözleşme kurulurken hem de sözleşme kurulduktan sonra mümkün olması gerekir. Yüklenici eseri nisbî kesin vadede teslim etmediği takdirde, iş sahibi talep ettiği sürece edimini ifa edebilecek durumda olduğundan, ifa imkânsız hale gelmez; yüklenici borçlu temerrüdüne düşer. Ancak, mutlak kesin vadeli eser sözleşmelerinde, vadeye kesin olma niteliğini veren, tarafların bu yöndeki iradeleri değil, bizzat edimin niteliği olduğundan, yüklenicinin eseri vadede teslim etmemesi halinde, artık ifanın imkânsız hale geldiği kabul edilmelidir.

VII. Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinden söz edebilmek için, onun edimi zamanında yerine getirmemiş olmasının, yani ifadaki gecikmesinin, objektif olarak borca aykırılık teşkil etmesi gerekir. Yüklenicinin eseri teslim etmede gecikmesinin, onun yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmediği hallerde “haklı gecikme” söz konusu olur. Bu durumda, yüklenici temerrüde düşmez. İfa imkânsızlığı ve yüklenicinin edimi ifadan kaçınmak için geçerli def’iler ileri sürmesi dışında, eserin teslimindeki gecikmenin iş sahibinin risk alanından kaynaklandığı tüm durumlar da,

yüklenicinin gecikmeye yol açan durumu zamanında iş sahibine bildirmiş olması kaydıyla, yüklenici bakımından “haklı gecikme” teşkil eder.

VIII. Yüklenici, kural olarak, iş sahibinin kendisine yönelteceği temerrüt ihtarını temerrüde düşer (BK m. 101 f. 1). Ancak, eser sözleşmesinde belirli vadenin bulunduğu, ihtarın faydasız olacağını anlaşıldığı, yüklenicinin ihtarın ulaşmasını kasten engellediği veya ifa zamanını yalnız yüklenicinin bilebilecek olduğu durumlarda da, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi için iş sahibinin ihtarında bulunması gerekmez. Taraflar, eserin belirli bir sürede teslim edilmesini kararlaştırmışlar, fakat bu sürenin işlemeye başlayacağı tarihi sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkacak bir olaya bağlamış olabilir. Bu durumda, teslim süresinin işlemeye başlayacağı tarih, sözleşme kurulurken belirli veya belirlenebilir olmadığı için, teslim vadesi belirli vade niteliğinde değildir. Yükleniciyi temerrüde düşürmek için bu durumda da ihtar gereklidir.

IX. Yüklenici eseri teslim borcunda temerrüde düştüğünde, iş sahibi, yükleniciden eserin tamamlanarak teslimi ediminin aynen ifasını talep edebileceği gibi, BK m. 97 f. 1 hükmündeki koşullar gerçekleşmişse, edimin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi veya bir başka yüklenici tarafından ifa edilmesi, yani ikame ifayı sağlama yoluna da gidebilecektir. İş sahibinin BK m. 97 f. 1 uyarınca hâkimden ikame ifa izni isteyebilmesi için, önceden yükleniciye karşı ifa (eda) davası açarak yükleniciyi ifaya mahkûm eden bir mahkeme kararı elde etmiş olması gerekmez. İş sahibi, muaccel edimin yerine getirilmemesi üzerine, doğrudan BK m. 97 f. 1 hükmüne dayanarak açacağı dava ile hâkimden, masrafları yükleniciye ait olmak üzere, kendisine eseri

bizzat tamamlama veya başka bir yükleniciye tamamlatma izni verilmesini talep edebilir.

İş sahibi eserin tamamlanarak teslimi ediminin aynen ifa edilmesinde ısrar ettiği takdirde, yüklenici temerrüde düşmekte kusurlu ise, yükleniciden gecikme tazminatı (BK m. 102 f. 1) veya kararlaştırılmışsa cezaî şart (BK m. 158 f. 2) talep edebilir. Ancak cezaî şartın miktarı fahişse, yüklenici hâkimden bu tutarın indirilmesini talep edebilir. Bununla birlikte tacir konumundaki yükleniciler bakımından, cezaî şart ancak tacir yüklenicinin ekonomik mahvına sebep olacak denli yüksekse, ahlâka aykırılık gerekçesiyle ve kısmî butlan kurumuna başvurularak makul düzeye indirilebilir.

X. İş sahibi, tayin ettiği ek süre zarfında yüklenici sözleşme konusu eseri kendisine teslim etmemişse, ek ifa süresinin bitiminden sonra derhal yükleniciye eserin teslimi ediminin aynen ifasından vazgeçtiğini bildirerek, yükleniciden ifa yerine müsbet zararının tazmini talep edebilir veya eser sözleşmesinden dönebilir. İş sahibinin hangi seçimlik hakkı kullandığının açık olmadığı durumlarda, tüm yorum çabalarına rağmen iş sahibinin gerçek iradesi konusunda halen şüphe duyuluyorsa, somut olayın şartları dâhilinde iş sahibi için en avantajlı çözüm hangisi ise iş sahibinin onu tercih etmiş olduğu kabul edilmelidir. İş sahibi, taraflar bu konuda anlaşığı veya yüklenici iş sahibinin kullandığı seçimlik hakkın koşullarının gerçekleşmediğini ileri sürdüğü takdirde, müsbet zararın tazmini talebini geri alıp sözleşmeden dönmeyi veya sözleşmeden dönme beyanını geri alıp, müsbet zarar tazminatı talep etmeyi seçebilir. Müsbet zararının tazminini talep eden iş sahibi, daha sonra yüklenicinin temerrüde düşmekte kusuruz olduğu ortaya çıkarsa, eser sözleşmesinden dönebilir. Bu durumda, iş

sahibinin vazgeçtiği aynen ifayı tekrar talep edebilmesi ise, ancak yüklenici de aynen ifada bulunmaya rıza gösterdiği takdirde mümkün olur.

XI. İş sahibinin yükleniciden talep edebileceği müsbet zarar, yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri ile gecikme zararlarının toplamından oluşur. Yüklenicinin ifa etmediği edimin değeri, kural olarak, işin tamamlanması için gereken masraflara tekabül eder. İş sahibi, kural olarak, müsbet zarar tazminatının mübadele teorisine göre mi, yoksa fark teorisine göre mi hesaplanacağı konusunda tercihte bulunabilir. Müsbet zarar tazminatı fark teorisine göre hesaplandığı takdirde, iş sahibi karşı edimini aynen yerine getirme yükümünden kurtulur; bu edim üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Ancak onun aynen ifa etmediği bu edimin değerinin müsbet tazminat alacağından mahsubu gerekir.

XII. İş sahibinin eser sözleşmesinden dönme hakkı, yenilik doğuran bir haktır. Yargıtay'ın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yenilik doğuran hak niteliğindeki sözleşmeden dönme hakkını, hiçbir kanunî dayanak bulunmaksızın yenilik doğuran dava hakkına dönüştüren uygulaması hatalıdır.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine tarafların henüz ifa etmedikleri borçlar sona erer, ifa ettikleri edimlerin ise karşılıklı olarak iadesi gerekir. Katıldığımız dönüşüm teorisine göre, sözleşmeden dönmeye bağlı olarak ortaya çıkan iade talepleri, sözleşmeden doğan, şahsî nitelikteki taleplerdir. İade, mümkün olduğunca aynen yapılır. Nitelikleri gereği aynen iade edilme imkânı olmayan bağımsız maddî varlığı bulunmayan edimler ile maddî bir varlık üzerinde somutlaşmayan fikrî çalışmalar bakımından iade, bu iş görme edimlerinin parasal değerlerinin iade alacaklısına verilmesi ile gerçekleşir. Maddî varlığı olan bir edimin nitelik itibariyle aynen iadeye

elverişli olduğu halde, örneğin, telef veya tahrip olduğu, üçüncü bir kişiye temlik edildiği için aynen iadesi imkânsız hale geldiği takdirde ise durum şudur: Sözleşmeden dönmeden önce meydana gelen iade imkânsızlığı bakımından BK m. 20 f. 1 hükmü ve buna bağlı olarak sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanır. Buna karşılık, sözleşmeden dönüldükten sonra meydana gelen imkânsızlıkta artık sözleşmeden doğan bir iade borcu ortaya çıktığından, iadenin kapsamının belirlenmesinde hukukî dayanağı, sözleşmeden doğan borcun imkânsız hale gelmesini düzenleyen genel hükümler (BK m. 96, BK m. 117) teşkil eder.

İade alacaklısı konumundaki iş sahibi, şahsî nitelikteki iade talebini, üçüncü kişinin iade konusu üzerinde geçerli biçimde aynî bir hak kazanmış olması halinde, üçüncü kişiye değil, ancak iade borçlusunu olan yükleniciye yöneltebilir. İş sahibi, artık aynen iadesi mümkün olmayan iade konusunun parasal değerinin iadesini yükleniciden talep edebilir. Sözleşmeden dönmenin aynî bir etkisi bulunmadığından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönen iş sahibinin yükleniciye peşinen devrettiği arsa paylarının mülkiyeti iş sahibine kendiliğinden dönmez. Yüklenici adına yapılan tescil baştan itibaren yolsuz hale gelmediği için, üçüncü kişilerin yükleniciden kazandığı aynî haklar, gerçek malikten kazanılmış olup, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine rağmen geçerliliğini korur. İş sahibi, şahsî bir talep olan yükleniciye devrettiği arsa paylarının iadesi talebini, ancak yükleniciye karşı ileri sürebilir. Yüklenici de artık arsa paylarının mülkiyetine sahip olmadığına göre, iş sahibi yükleniciden elden çıkardığı arsa paylarının parasal değerinin kendisine ödenmesini talep edebilir. Bu sebeple, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, henüz edimini yerine getirmemiş olan yükleniciye peşinen arsa payı devredecek olan iş sahibine, devredeceği bu arsa payları üzerinde kendi lehine ipotek kurdurup, yüklenici inşaatın seviyesini ilerlettikçe ipoteği aşama

aşama çözmesi tavsiye edilebilir. Böylece, iş sahibi, yüklenicinin borcunu yerine getirmemesi halinde, yükleniciden arsa paylarını devralan üçüncü kişilerin iktisap ettiği ipotekli arsa paylarını sattırıp, bunun bedelinden alacağını tahsil etme olanağına sahip olur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesine aynî etki tanıyan Yargıtay, yükleniciye başlangıçta yapılan arsa payı devirlerini “avans” olarak nitelendirmekte ve yüklenicinin arsa payı devrine ancak edimini yerine getirdiğinde hak kazanacağından bahisle, yüklenicinin ve onun halefi olarak kabul ettiği yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin tapuya yapılan tescil anında mülkiyet hakkını kazanmadıklarını ileri sürmektedir. Yargıtay’ın yükleniciden arsa payı devralan üçüncü kişilerin her durumda kötüniyetli olduğunu kabul eden uygulaması, aynî etkili dönme görüşü ile de bağdaşmamaktadır. Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden dönme bakımından aynî etkili dönme görüşünü benimsiyorsa, bu görüş doğrultusunda özellikle iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce yüklenici tarafından üçüncü kişilere yapılan arsa payı devirlerinde üçüncü kişilerin kural olarak iyiniyetli olduğu sonucuna varıp, MK m. 1023 çerçevesinde onların iktisaplarına geçerlilik tanınmalıdır. Ayrıca, Yargıtay tapuda adlarına yapılan tescile rağmen, yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim edene yani borcunu ifa edene kadar arsa paylarının mülkiyetinin yükleniciye veya ondan pay devralan üçüncü kişilere geçmeyeceğini ifade ederek, arsa paylarının mülkiyetinin nakline ilişkin tasarruf işlemini şarta bağlamaktadır. Oysa bu uygulama, taşınmazlar üzerindeki aynî hakların devrine ilişkin tasarruf işlemlerinin şarta bağlanmayacağı ilkesine aykırıdır.

İade konusu arsa payı üzerinde yükleniciden şahsî hak kazanmış olan üçüncü kişi, yüklenicinin arsa payını sözleşmeden dönen iş sahibine iade etmesine, bu durumdan zarar görse dahi engel olamaz. Ancak üçüncü kişi, iade konusu arsa payı üzerinde yükleniciden iktisap ettiği şahsî hakkı tapuya şerh ettirdiği takdirde, arsa payı iş sahibine iade edilse dahi, bu arsa payı üzerinde yükleniciden kazandığı şerh edilmiş şahsî hakkını arsa payının yeni(den) maliki olan iş sahibine karşı da ileri sürebilir. Üçüncü kişinin şerh edilmiş kişisel hakkına dayanarak ileri sürdüğü talebi yerine getirmek zorunda kalan iş sahibi, uğradığı zararın tazminini yükleniciden talep edebilir.

Yüklenici, henüz iş sahibinin kendisine arsa paylarını temlik etmediği bir dönemde, arsa paylarının kendisine devrine ilişkin olarak iş sahibine karşı sahip olduğu alacağı, alacağın temliki yoluyla üçüncü bir kişiye devredebilir. Alacağın temlikiyle yüklenicinin halefi konumuna gelen üçüncü kişinin, taşınmazın adına tesciline ilişkin talep hakkını iş sahibine karşı kullanabilmesi için, yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde taahhüt ettiği kendi edimini yerine getirmiş olması gerekir. Böylece iş sahibi, yükleniciye karşı arsa paylarını temlik etmekten kaçınma hakkı bulunduğu müddetçe, üçüncü kişiye karşı da arsa payını temlik etmekten kaçınabilir.

XIII. Eser sözleşmesinden dönen iş sahibi, kusurlu yükleniciden menfî zararının tazminini de talep edebilir (BK m. 108 f. 2). Menfî zarar tazminatının amacı, iş sahibini, eser sözleşmesinin kurulmasından önceki malvarlığı durumuna getirmek değil, eser sözleşmesi kurulmasaydı malvarlığı bakımından bugün içinde bulunacağı farazî duruma getirmektir. Sözleşmeden dönen iş sahibi, aksi taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça, yükleniciden menfî zararıyla birlikte veya menfî zararının yerine müsbet zararını tazmin etmesini talep edemez. Bu sebeple, sözleşmeden dönen iş sahibi, kural olarak,

yükleniciden örneğin, cezaî şart, gecikme tazminatı, kira tazminatı, eksik iş bedeli, kira kaybı gibi müsbet zarar kalemlerinin tazminini talep edemez.

XIV. İş sahibinin arsası üzerinde meydana gelen inşaatlarda, geriye etkili dönmenin doğuracağı sonuçlar, ancak eserin tamamına yakın bir kısmı tamamlandığı halde, bütüne nazara sadece sembolik bir kısmın eksik kaldığı istisnaî durumlarda adil görülmeyebilir. Ancak MK m. 2’de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı, Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararında ulaştığı sonucun aksine, geriye etkili dönme hakkını ileriye etkili fesih hakkına dönüştürmeye olanak tanıyan bir kurum değildir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasının, yani tamamına yakını tamamlanmış inşaatı kabul etmemesinin hakkın kötüye kullanımı sayıldığı durumlarda, iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını hiç kullanmamalı; inşaatı kabule zorlanmalıdır. Bu durumda iş sahibi eksik iş bedellerini ve aynen ifanın gecikmesinden doğan bir zarar varsa bu gecikme tazminatının ödenmesi yükleniciden talep edebilmelidir. Sonuç olarak MK m. 2 hükmünden hareketle iş sahibine istisnaî durumlarda sözleşmeden dönme hakkının hiç tanınmaması yerindedir, ancak bu hükme dayanılarak iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı yerine sözleşmeyi ileriye etkili feshetme hakkı tanınması doğru değildir.

XV. İş sahibinin eser sözleşmesini yüklenicinin temerrüdü sebebiyle ileriye etkili olarak sona erdirdiği durumlarda, fesih hakkının kullanılmasıyla birlikte, tarafların henüz yerine getirmediği edim yükümlülükleri sona erer; ancak tarafların fesih anına kadar yerine getirmiş olduğu edimler geçerliliğini korur. Yüklenici, fesih anına kadar eserin ne kadarlık kısmını meydana getirmişse, iş sahibinden o oranda bedel talep etme hakkına sahiptir. Buna karşılık, iş sahibi de, fesih anında yükleniciye eserin meydana

getirilen kısmına nazaran fazladan bir bedel ödemiş bulunuyorsa, BK m. 108 f. 1 çerçevesinde yükleniciden bu fazla kısmın iadesini talep edebilir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin feshi halinde, yükleniciye iş sahibinin karşı edimini meydana getirdiği kısım ile orantılı olarak aynen, yani arsa payı veya bağımsız bölüm olarak talep etme hakkı tanınmalıdır. Sözleşmeyi fesheden iş sahibi, kusurlu yükleniciden, gecikmenin sebep olduğu tüm zararının tazminini talep edebilir. Burada söz konusu olan tazminat, bir tür müsbet zarar tazminatıdır. İş sahibi bu tazminat alacağını ancak nakden elde edebilmelidir. Bu sebeple, Yargıtay'ın iş sahibinin müsbet zarar tazminatı talebinin iş sahibine bu tazminat alacağı tutarında fazladan arsa payı bırakılarak karşılanmasına ilişkin uygulaması hatalıdır.

KAYNAKÇA

AKKANAT, Halil : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 63-76. (Kısaltma: Akkanat, Fazla İnşaat)

AKKANAT, Halil : İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000, s. 1-49. (Kısaltma: Akkanat, Temerrüt)

AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s. 49-86. (Kısaltma: Akkayan-Yıldırım, İnşaat).

AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça : Cezaî Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İÜHFİM, 2003/1-2, s. 357-414. (Kısaltma: Akkayan-Yıldırım, Cezaî Şart).

AKYOL, Şener : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.

ALTAŞ, Hüseyin : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Giderilmesi, Ankara 1998. (Kısaltma: Altaş, Şekle Aykırılık)

ALTAŞ, Hüseyin : Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368), Ankara 2002. (Kısaltma: Altaş, Eserin Telef Olması)

ANEX, Jean : L'intérêt négatif, sa nature et son étendue, thèse, Lausanne 1979.

ARAL, Fahrettin : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.

ASLAN, Yılmaz : Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006.

ATAMER, Yeşim : İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 317-360.

- AYAN, Serkan** : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- BÄR, Roger** : Das Fixgeschäft, Diss., Zürich 1956.
- BARLAS, Nami** : Adî Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, 2. Bası, İstanbul 2008. (Barlas, Adî Ortaklık)
- BARLAS, Nami** : Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul 1992. (Barlas, Temerrüt)
- BARTH, H. Rudolf** : Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss., Zürich 1957.
- BAŞPINAR, Veysel** : Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004.
- BAYGIN, Cem** : Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tâbi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999.
- BAYSAL, Başak** : Sözleşmenin Uyarlanması, İstanbul 2009.
- BECKER, Herman** : Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941. (Kısaltma: **Becker**, Kommentar)
- BECKER, Herman** : İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, II. Bölüm - Çeşitli Sözleşme İlişkileri (m. 184-551), Yargıtay Yayınları No: 24, Ankara 1993 (Çev. : A. Suat Dura).
- BENTELE, Roland** : Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR, Diss., Freiburg 1994.
- BERKİN, Necmeddin M.** : İflâs Hukuku, İstanbul 1972.
- BERNEY, Jacques** : De la demeure en droit romain, français et suisse, thèse, Lausanne 1886.
- BESSON, Charles** : La force obligatoire du contrat et des changements dans les circonstances, thèse, Lausanne 1955.

BISCHOFF, Jacques : Vertragsrisiko und clausula rebus sic santibus, Zürich 1983.

BOVAY, Henri : Esence de la demeure, Recueil de travaux publié par la Faculté de droit à l'occasion de l'assemblée de la Société suisse des juristes à Lausanne, du 9 au 11 septembre 1934, Lausanne 1934.

BÖGLI, Roman : Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag – Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss., St. Gallen 1996.

BUCHER, Eugen : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Zurich 1988.

BUZ, Vedat : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Kısaltma: Buz, Dönme)

BUZ, Vedat : Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005. (Kısaltma: Buz, Yenilik Doğuran Haklar)

BUZ, Vedat : Das ius variandi des Gläubigers beim Verzug des Schuldners, recht 1997, s. 197 vd. (Kısaltma: Buz, recht 1997)

BUZ, Vedat : İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER, C. XXI, 2001, S. 2, s. 209-265. (Kısaltma: Buz, BK m. 369)

BUZ, Vedat : Akamete Uğrayan Sözleşme İlişkilerinin Tasfiyesi, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt I, s. 611-662. (Kısaltma: Buz, Tasfiye)

BÜHLER, Theodor : Der Werkvertrag, Art. 363-379, Zürcher Kommentar, V2d, Zürich 1998. (Kısaltma: ZK-Bühler)

CARRON, Benoît : “Le mandataire face à l'entreprise générale ou totale”, Journées suisses du droit de la construction, Fribourg 2007.

CAYTAS, Ivo G. : Der unerfüllbare Vertrag: anfängliche und nachträgliche Leistungshindernisse und Entlastungsgründe, Diss., St. Gall 1984.

CHAIX, François : Le contrat de sous-traitance en droit suisse: limites du principe de la relativité des conventions, Bâle; Francfort-sur-le-Main; Genève 1995. (Kısaltma : Chaix, Sous-traitance)

CHAIX, François : Du contrat d'entreprise, Art. 363-379, THEVENOZ, Luc/WERRO, Franz (éd.s), Code des Obligations I, Commentaire romand, Genève-Bâle-Munich 2003. (Kısaltma: CR-Chaix)

CHAVANNE, Sylvie : Le retard dans l'exécution des travaux de construction, thèse, Genève 1993.

CHERPILLOD, Ivan : La fin des contrats de durée, Lausanne 1988.

COMMENT, Albert : De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, Art. 107-109 CO, thèse, Courtelary 1924.

COTTIER, Jean-Marie : La destruction et la détérioration de l'ouvrage, in: Journées du droit de la construction 983, s. 45-67.

COUCHEPIN, Gaspard : La clause pénale, Fribourg 2008.

CORBOZ, Bernard : Contrat d'entreprise, Fiches juridiques suisses (FJS) N 458-462.

DAYINLARLI, Kemal : Joint Venture Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2007. (Kısaltma: Dayınlarlı, Joint Venture)

DAYINLARLI, Kemal : İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2003. (Kısaltma: Dayınlarlı, Temerrüt)

DESSEMONTET, François : Les contrats de service, in: RDS 1987 II, s. 93-224.

DEVELLİOĞLU, Ferit : Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Bası, Ankara 1993.

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

DURAL, Mustafa : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul, 1976.

DÜRR, Carl : Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983. (Kısaltma: Dürr, Werkvertrag)

DÜRR, Charles : Du contrat d'entreprise, 2. éd., Berne 1976. (Kısaltma: Dürr, Contrat)

EBERHARD, Stefan : Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT, Lausanne 2005.

EHRAT, Felix : Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Zürich 1990.

EMMERICH, Volker : Das Recht de Leistungsstörungen, 6. Aufl., München 2005.

ENGEL, Pierre : Traité des obligations en droit suisse, 2e éd., Berne 1997. (Kısaltma : Engel, Traité)

ENGEL, Pierre : Contrats de droit suisse, Berne 2000. (Kısaltma: Engel, Contrats)

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2009. (Kısaltma: Eren, Borçlar Genel)

EREN, Fikret : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, BATİDER, (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), 2. Bası, Ankara 2001, s. 59 vd. (Kısaltma: Eren, İnşaat)

ERMAN, Hasan : İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2), İstanbul 1979 (Kısaltma: Erman, Beklenilmeyen Haller)

ERMAN, Hasan : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü (Bir İctihadı Birleştirme Kararının Düşündürdüğü), İstanbul Barosu Dergisi, 1984 Nisan, Mayıs, Haziran, S. 4-5-6, s. 209-239. (Kısaltma: Erman, Müteahhidin Temerrüdü)

ERMAN, Hasan : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Bası, İstanbul 2007. (Kısaltma: Erman, İnşaat)

ERTAŞ, Şeref : Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 79-92.

ERTEN, Ali : Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977.

ERZURUMLUOĞLU, Erzan : Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenemeyen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970.

FELLMANN, Walter : Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR, recht 1993, s. 109-118.

GALANTE, Matteo : La perte fortuite de l'ouvrage. Etude analytique des conséquences juridiques de la perte fortuite de l'ouvrage sur l'exécution du contrat d'entreprise, Genève 2002.

GAUCH, Peter : Werkvertrag, 4. Auflage, Zürich 1996. (Kısaltma: Gauch, Werkvertrag)

GAUCH, Peter : Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag, Freiburger Baurechtstagung 1995, Freiburg 1995, s. 2-25. (Kısaltma: Gauch, Fristen und Termine)

GAUCH, Peter : System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg 1968. (Kısaltma: Gauch, System)

GAUCH, Peter : Der Bauherr – Herr des Bauvertrages? 1. Teil: Von der Bestellung bis zur Abbestellung des Werkes, in: Baurechtstagung 1983 Band 1, s. 1-22. (Kısaltma: Gauch, Bauherr)

GAUCH, Peter : Wirkungen des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug, recht 1989, s.122 vd. (Kısaltma: Gauch, Rücktritt)

GAUCH, Peter/SCHLUEP, Walter R. : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I; Bd. II, 9. Aufl., Zürich 2008.

- GAUCH, Peter/PRADER, Duri/EGLI, Anton/SCHUMACHER, Rainer :**
Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 38-156, Zürich 1992.
- GAUTSCHİ, Georg :** Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Bd. VI-2,
Obligationenrecht, 2. Abt., 3. Teilband: Der Werkvertrag, Bern 1966.
- GAUTSCHİ, Georg :** Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 305 vd.,
SJZ 1974, (Kısaltma: Gautschi, Qualifikation).
- GEHRER, Leo R. :** Vom Recht des Unternehmers, den Werkvertrag aufzulösen, in:
Mélanges Assista, Genève 1989, s. 167-185. (Kısaltma: Gehrer, Werkvertrag)
- GEHRER, Leo R. :** Bauherr und Unternehmer – Herren des Bauvertrages?, in:
KOLLER, Alfred (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts,
St. Gallen 1994, s. 179-212. (Kısaltma: Gehrer, Bauvertrag)
- GIOVANOLI, Silvio :** Force majeure et cas fortuit, Genève 1933.
- GLÄTTLI, Elisabeth :** Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt-eine These zu den
Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen i zweiseitigen Verträgen, in: SJZ 93/1997, s.
233-243.
- GÖKYAYLA, Emre :** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- GÖZLER, Kemal :** İdare Hukuku Dersleri, 3. Bası, Bursa 2005.
- GÖZÜBÜYÜK, Pulat :** Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller, Ankara 1977.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref/TAN, Turgut :** İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar, 5. Bası,
Ankara 2007.
- GUHL, Theo :** Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim
Verzug des Schuldners nach schweizerischem Obligationenrecht, Beiträge zum
Handelsrecht: Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Carl Wieland, Basel 1934, s.
134-148.

GUGUNHEIM, Daniel : Le droit suisse des contrats, Principes généraux, Tome II, Les effets des contrats, Genève 1991.

GÜMÜŞ, Alper : Borçlar Hukuku  zel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul 2010.

GÜMÜŞ, Alper : Türk Medenî Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.
(Kısaltma : Gümüş, Şerhler)

GÜRPINAR, Damla : Eser Sözleşmesinde  cretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.

GÜNDAY, Metin :  dare Hukuku, 7. Bası, Ankara 2003.

HATEM , Hüseyin/SEROZAN, Rona/ARPACI, Abdülkadir : Borçlar Hukuku  zel Bölüm, İstanbul 1992.

HAVUTÇU, Ayşe : Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.

HAVUTÇU, Ayşe : Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukukî İŞlemlerin Tahvili, DEÜHFD, C. III, S. 1-4, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1988, s. 643-681.
(Kısaltma: Havutçu, Tahvil)

HENNINGER, Anton : Bauverz gerung und ihre Folgen, in: Baurechtstagung 2005, s. 237-267.

JÄGGI, Peter/GAUCH, Peter : Das Obligationenrecht. Kommentar zu Art. 18 OR, Zürich 1980.

JEANPRETRE, Raymond : Remarques sur l'exception de l'inexécution, in: Mélanges Deschenaux H., Fribourg 1977, s. 271-287.

KAPLAN, İbrahim : Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık S zleŐmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983. (Kısaltma: Kaplan, Mimarın Sorumluluğu)

KAPLAN, İbrahim : Eser S zleŐmelerinde İŞin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları, BATİDER, C. XIII, 1985, s. 1-11. (Kısaltma: Kaplan, Eser Sözleşmeleri)

KAPLAN, İbrahim : İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı-Joint Venture, Ankara 1994. (Kısaltma: Kaplan, Joint Venture)

KAPLAN, İbrahim : İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 377-393. (Kısaltma: Kaplan, Süre Uzatımı)

KAPLAN, İbrahim : İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, BATİDER, (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer), 2. Bası, Ankara 2001, s.105-171. (Kısaltma: Kaplan, İnşaat)

KARAHASAN, M. Reşit : İnşaat İmar İhale Hukuku, Cilt I, İstanbul 1997. (Kısaltma: Karahasan, İnşaat-İmar-İhale)

KARAHASAN, M. Reşit : Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: 2, İstanbul 2002. (Kısaltma: Karahasan, ÖBİ Cilt 2)

KARAHASAN, M. Reşit : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 2, İstanbul 2003. (Kısaltma: Karahasan, Genel Hükümler, Cilt 2)

KARAHASAN, M. Reşit : Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt: 5, İstanbul 2004. (Kısaltma: Karahasan, Genel Hükümler, Cilt 5)

KARATAŞ, İzzet : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.

KARAYALÇIN, Yaşar : İstisna Akdinde Deprem Rizikosu, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975, s. 22 vd.

KELLER, Max/SCHÖBI, Christian : Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel; Frankfurt am Main 1988.

KILIÇOĞLU, Ahmet : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 11. Bası, Ankara 2009. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Borçlar Genel)

KILIÇOĞLU, Ahmet : Medenî Kanun'umuzun Aile – Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Medenî Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler)

KILIÇOĞLU, Ahmet : Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, Ankara 2006. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Fikrî Haklar)

KILIÇOĞLU, Ahmet : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. XXXII, S. 14, 1975, s. 185-199. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Eseri Şahsen Yapma Borcu)

KILIÇOĞLU, Ahmet : Depremın Borç İlişkilerine Etkisi, ABD., 1999/2-3, s. 67-76. (Kısaltma: Kılıçoğlu, Deprem)

KIRCA, Çiğdem : Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi, BATİDER, C. XXII, 2007, s. 75-98.

KLAUSER, Peter : Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Diss., Zürich 1973.

KNELLWOLF, Markus : Zur Wirkung des Rücktrittes, in: ZSR, 1990 I, s. 389-413.

KOÇ, Nevzat : Kötüniyetli Zilyedin İade Borç ve Hakları, Ernst E. Hirsch'in Hatırasına Armağan, Ankara 1986, s. 589-645.

KOLLER, Alfred : Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI., 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363-379 OR, Bern 1998. (Kısaltma: BK-Koller)

KOLLER, Alfred : Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, 2. Auflage, Zürich 1981. (Kısaltma: Koller, Haftung)

KOLLER, Alfred : Das Nachbesserung im Bauwerkvertrag, in: KOLLER, Alfred (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, s. 1-177. (Kısaltma: Koller, Nachbesserung)

KOLLER, Alfred : Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in: KOLLER, Alfred (Hrsg.), Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, St. Gallen 1996, s. 1-67. (Kısaltma: Koller, Konventionelstrafe)

KOLLER, Alfred : Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR. Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff., in: ZSR 1997 I, s. 495-507. (Kısaltma: Koller, Leistungsverzichts)

KOLLER, Jo : Der “Untergang des Werkes” nach Art. 376 OR, Diss., Wintherthur 1983. (Kısaltma: Koller, Jo)

KOLLER, Stefan : Vom gewandeten Werkvertrag: Rechtsstellung der Parteien nach rechtswirksamer Auflösung, Diss., St.Galen 2002. (Kısaltma: Koller, S.)

KOSTAKOĞLU, Cengiz : İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6. Bası, İstanbul 2008.

KUNTALP, Erden : Arda arda teslimli satım akdi, Ankara 1968. (Kısaltma: Ard Arda Teslim)

KUNTALP, Erden : Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971. (Kısaltma: Akit)

KURU, Baki : İflâs ve Konkordato Hukuku, İstanbul 1988.

LEMP, Paul : Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerbezuges, Diss., Bern 1939.

LOKSAIER, Fredj : La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux, Thèse, Lausanne 1985.

MORIN, Ariane : Le droit suisse de l’inexécution à la lumière du nouveau BGB, ZSR 2005 I, s.349-382.

MONOD, Michel : La résolution des contrats synallagmatiques parfaits, Etude comparative de droit suisse et de droit français, thèse, Lausanne 1987.

NICKLAUS, Lüchinger : Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss., Freiburg 1999.

OKTAY, Saibe : Türk Hukukunda İyiniyetli Haksız Zilyedin İade Borcu İle İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Karşılaştırılması, İBD.1990, s. 958-987.

OLGAÇ, Senâî : Kazaî ve İlmî İçtihatlarla Türk Borçlar Kanunu, Cilt II, İstanbul 1970.

OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.

OĞUZMAN, Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe : Eşya Hukuku, 11. Bası, İstanbul 2006.

OSER, H./SCHÖNENBERGER, W. : Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Madde:41-109, Ankara 1950 (Çeviren: Recai Seçkin).

OZANOĞLU, Hasan Seçkin : İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezaî Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD, C. III, S. 1-2 (1999), s. 60-117.

ÖNEN, Turgut : İnşaf Dava, Ankara 1981.

ÖZ, Turgut : Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynî Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramın Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi, MHAD, Yıl: 13, No: 16, 1979-80-81, s. 131- 172. (Kısaltma: Öz, Eleştiri)

ÖZ, Turgut : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (Kısaltma: Öz, Dönme)

ÖZ, Turgut : İnşaat Sözleşmeleri ve İlgili Mevzuat, 2. Bası, İstanbul 2006. (Kısaltma: Öz, İnşaat)

ÖZYÖRÜK, Sezer : İnşaat Sözleşmesi (Yapısı-Feshi Borçlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları) İstanbul 1998.

PEDRAZZINI, Mario : Le contrat d'entreprise, le contrat d'édition, le contrat de licence, TDP VII/1/3, Fribourg 1985.

- PERRIN, Jean-François** : Le contrat d'architecte, Genève 1970.
- PETITPIERRE, Gilles** : La rupture est-elle définitivement consommée ? Plaidoyer pour une réconciliation, in : Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich-Basel-Genf 2004, s. 529-537.
- PICHONNAZ, Pascal** : Impossibilité et exorbitance, Etude analytique des obstacles à l'exécution des obligations en droit suisse (art. 119 CO et 79 CVIM), Fribourg 1997. (Kısaltma: Pichonnaz, Impossibilité)
- PICHONNAZ, Pascal** : Contrat d'entreprise, BR 2004. (Kısaltma: Pichonnaz, BR 2004)
- PIOTET, Paul** : La restitution après résolution du contrat, BR 1984/1, s. 10-12.
- QUINCHE, Antoinette** : Du cas fortuit dans le louage d'ouvrage, Bremerhaven; Leipzig 1923.
- RAMONI, Claude** : Demeure du débiteur et contrats de droit suisse, Zurich, 2002.
- REICHEL, Hans** : Rücktritt vom Sukzessivwerklieferungsvertrag, ZSR 1932, s. 171-186.
- ROUILLER, Nicolas** : Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats, Lausanne 2007.
- SARI, Suat** : Belirli Vadenin Sözleşmenin Kurulduğu Anda Belirlenebilir Olması Zorunlu mudur ?, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010, Cilt II, s. 1575-1584.
- SCHÄFFER, Hans-Bernd/AKSOY, Hüseyin Can** : Economic Impossibility in Turkish Contract Law from the Perspective of Law and Economics, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, Cilt 3, s. 795-824.

SCHENKER, Franz : Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss., Freiburg, 1988. (Kısaltma: Schenker, Verzug)

SCHENKER, Franz : Die rechtzeitige und verspätete Erfüllung von Verbindlichkeiten, recht 2/1989, s. 47-53. (Kısaltma: Schenker, Erfüllung)

SCHERRER, Erwin : Nebenunternehmer beim Bauen, Thèse, Fribourg 1994.

SCHLATTER, Hermann : Die Haftung des Unternehmers im Werkvertrag, Diss., Bern 1934.

SCHMIDLIN, Bruno : Le sort du contrat résolu ou annulé: l'effet ex tunc ou la liquidation du contrat par la in integrum restitutio, Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata, Bâle, Genève et Munich 1999, s. 333 vd.

SCHUMACHER, Rainer : "Die Haftung des Architekten aus Vertrag", GAUCH, Peter/TERCIER, Pierre, (éd.s), Le droit de l'architecte, 3e éd., Fribourg 1995, s.113-252.

SCHWANDER, Werner : Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss., Freiburg 1963.

SCHWENZER, Ingeborg : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006.

SELİÇİ, Özer : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977. (Kısaltma: Seliçi, Sürekli Borç İlişkileri)

SELİÇİ, Özer : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978. (Kısaltma: Seliçi, İnşaat)

SELİMOĞLU, Engin : Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 685-693.

SEROZAN, Rona : Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007. (Kısaltma: Serozan, Dönme)

SEROZAN, Rona : İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 5. Bası, İstanbul 2009.

(Kısaltma: Serozan, İfa)

SEROZAN, Rona : Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümlülüğü, Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 195-207. (Kısaltma: Serozan, Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi)

SEROZAN, Rona : Parça Borcu - Çeşit Borcu; aşılması gerekli bir ayırım, MHAD, Y. 1969, S. 5, s. 211- 238. (Serozan, Parça Borcu - Çeşit Borcu)

SİRMEN, A. Lâle : Türk Özel Hukuku Ankara 1992. (Kısaltma: Sirmen, Şart)

SİRMEN, A. Lâle : Eşya Hukuku I , Ankara 1995. (Kısaltma: Sirmen, Eşya Hukuku)

SPIRO, Karl : Die Haftung für Erfüllungsgehilfen, Bern 1984.

STANISLAS, Guy : Le droit de résolution dans le contrat de vente, thèse, Genève 1979.

STOTZ, Felix : Die Leistungspflicht und die Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Bern; Frankfurt am Main; New York; Paris 1989.

SUNGURBEY, İsmet : Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963. (Kısaltma: Sungurbey, Kişisel Hakların Şerhi)

SUNGURBEY, İsmet : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III'ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Halûk Tandoğan'ın Son Yazısı Üstüne Notlar, Yasa Hukuk Dergisi, Haziran 1982, S. 6, s.749-764. (Kısaltma: Sungurbey, Tandoğan'ın Son Yazısı Üstüne Notlar)

SUNGURBEY, İsmet : Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II/III'ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar, Yasa Hukuk Dergisi, Ocak 1983, S. 1, s.13-33. (Kısaltma: Sungurbey, Yarg. HGK'nun Son Kararı)

SUNGURBEY, İsmet : Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın Kusuruyla İşi Belirli Zamanda Bitirtmeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY. 106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.1.1984 Gün, 3/1 Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük (Kararı Üstüne Birkaç Not, Yasa Hukuk Dergisi, Haziran 1984, S. 6, s. 781-795.

(Kısaltma: Sungurbey, Yargıtay İçtihadı Birleştirme B.G.K. Kararı)

SUNGURBEY, İsmet : Medenî Hukuk Sorunları, Dördüncü Cilt, İstanbul 1980.

(Kısaltma: Sungurbey, Medenî Hukuk Sorunları, 4. Cilt)

SUNGURBEY, İsmet : Medenî Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul 1984.

(Kısaltma: Sungurbey, Medenî Hukuk Sorunları, 5. Cilt)

SUNGURBEY, İsmet : Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitirmeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, Şubat 1982, S. 2, s.173-194. (Kısaltma: Sungurbey, Prof. Dr. Halûk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt)

SUTER, Esther : Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Diss. Zürich 1991.

ŞENOCAK, Zarife : Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995. (Kısaltma: İfa Yardımcıları)

ŞENOCAK, Zarife : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002. (Kısaltma: Ayıbın Giderilmesi)

TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. I/1, İstanbul 2008.

(Kısaltma: Tandoğan, Cilt I/1)

TANDOĞAN, Halûk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul 2010.

(Kısaltma: Tandoğan, Cilt II)

TANDOĞAN, Halûk : La nullité, l'annulation et la résiliation partielle des contrats, thèse, Genève 1952. (Kısaltma: Tandoğan, Nullité)

TANDOĞAN, Halûk : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, Batider Haziran 1981, C. XI, S. 1, s. 1-49. (Kısaltma: Tandoğan, Arsa Üzerinde İnşaat)

TANDOĞAN, Halûk : Arsa Üzerinde İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İşi Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt), Yasa Hukuk Dergisi, Nisan 1982, S. 4, s.493-499. (Kısaltma: Tandoğan, Zorunlu Yanıt)

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal : “Joint Venture”, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 143-176.

TEKİNAY, Selâhattin S./AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Halûk/ALTOP, Atilâ : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

TEKİNAY, Selâhattin S. : Eşya Hukuku Cilt I, 3. Bası, İstanbul 1978.

TERCAN, Erdal : İflâsın Sözleşmelere Etkisi, Ankara 1996.

TERCIER, Pierre : Le droit des obligations, 4e éd., Zurich 2009. (Kısaltma: Tercier, Obligations)

TERCIER, Pierre : Les contrats spéciaux, 4e éd., Zurich 2009 (Kısaltma: Tercier, Contrats spéciaux)

TERCIER, Pierre : Contrat d'architecture et d'ingénieur, BR 1993. (Kısaltma: Tercier, BR 1993)

TERCIER, Pierre : La détermination, la modification, la suspension et la résiliation du contrat, in: Journée du droit de la construction 1983, s. 4-24. (Kısaltma : Tercier, Détermination)

TERCIER, Pierre : Introduction au droit privé de la construction, Fribourg 1994. (Kısaltma : Tercier, Construction)

TERCIER, Pierre : Termes et délais de la construction, in: Journées du droit de la construction 1995, s. 1-21. (Kısaltma : Tercier, Termes et délais)

TRÜMPY, Daniel : Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, in: LENDI, Martin/NEF, Urs Ch./TRÜMPY, Daniel (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, s. 103-117.

TUNÇOMAĞ, Kenan : Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, İstanbul 1976. (Kısaltma: Tunçomağ, Borçlar Genel)

TUNÇOMAĞ, Kenan : Borçlar Hukuku Dersleri, Cilt II, Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1967. (Kısaltma: Tunçomağ, Borçlar Özel)

TÜRK HUKUK KURUMU : Türk Hukuk Lûgatı, 4. Bası, Ankara 1998.

UÇAR, Ayhan : İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukukî Sonuçları, AÜEHFD, C. V, S. 1-4 (2001), s. 513-555.

UYGUR, Turgut : Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 3, Ankara 2003. (Kısaltma: Uygur, Cilt 3)

UYGUR, Turgut : Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 4, Ankara 2003. (Kısaltma: Uygur, Cilt 4)

UYGUR, Turgut : Açıklamalı, İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Cilt 7, Ankara 2003. (Kısaltma: Uygur, Cilt 7)

VENTURÌ-ZEN-RUFFINEN, Marie-Noëlle : La résiliation pour justes motifs des contrats de durée, Zurich 2007.

Von BÜREN, Bruno : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

Von TUHR /ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerisches Obligationenrecht, Bd. II, Zürich 1974.

WEBER, Rolf H. : Vertragsaufhebung und Leistungsstörungen – Rechtsnatur und Rechtsfolgen, in: ZBJV 1991, s. 634-641.

WEBER, Rolf H. : Berner Kommentar Band VI. Obligationenrecht, 1. Abt., 5. Teilband, (OR 97-109), Bern 2000. (K1saltma : BK-Weber)

WERRO, Franz : Le mandat et ses effets, Fribourg 1993. (K1saltma: Werro, Mandat)

WERRO, Franz : Les contrats d'entreprise générale, JDC 1991 II, s. 54 vd. (K1saltma: Werro, Entreprise générale)

WERRO/HAAS : La qualification du contrat d'expertise, BR 2002, s. 63-88.

WERZ, Jean-Claude : Delay in Construction Contracts, Freiburg 1994.

WIEGAND, Wolfgang : Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge, in: Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s. 709-722. (K1saltma: Wiegand, Rückabwicklung)

WIEGAND, Wolfgang : Die Leistungsstörungen, Teil 1: Die Nichterfüllung, recht 1/1983, s. 1-9. (K1saltma: Wiegand, recht 1/1983)

WIEGAND, Wolfgang : Die Leistungsstörungen, Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung, recht 4/1983, s. 118-131. (K1saltma: Wiegand, recht 4/1983)

WIEGAND, Wolfgang : Die Leistungsstörungen, 2. Teil. Verzug und Schlechterfüllung, recht 1/1984, s. 13-22. (K1saltma: recht 1/1984)

YALÇINDURAN, Türker : Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.

YAVUZ, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2007.

ZELTNER, Urs : Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerks, Freiburg 1993.

ZEVKLİLER, Aydın/AYDOĞDU, Murat : Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004.

ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, A. | Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara 2007.

ZIMMERMANN, Peter : Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984.

ZİNDEL, Gaudenz G./PULVER, Urs : Der Werkvertrag, Art. 363-379, HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auflage, Basel-Genf-München 2007.

(Kısaltma: BaK-Zindel/Pulver)

ÖZET

Borçlu temerrüdü; edimin ifasındaki gecikmenin nitelikli bir türüdür. Gecikmeye bu niteliğini veren, borçlunun kendisinden belirli bir zamanda ifanın talep edildiğinin hukuken yeterince farkında olmasıdır. Yüklenicinin temerrüdü ve iş sahibinin temerrütten doğan hakları bakımından BK m. 101 vd.nda yer alan borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır.

Yüklenici şu koşullar gerçekleştiği takdirde eseri teslim borcunda temerrüdüne düşer: Eser teslim vadesinde tamamlanmış olarak teslim edilmemiş, yani vadede teslim gerçekleşmemiş olmalıdır. Eserin tamamlanması ve teslimi objektif olarak imkânsız olmamalıdır. Belirli teslim vadesi yoksa iş sahibi yükleniciye ihtarda bulunmalıdır (BK m. 101). Yüklenicinin eseri teslim borcunda gecikmesi haksız bir gecikme olmalıdır.

İş sahibi yüklenicinin temerrüdü sebebiyle sözleşmeden döndüğünde, sözleşme hiç kurulmamış gibi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaz; sadece içeriği değişir ve tasfiye amacına yönelir. Tarafların daha önce ifa etmiş oldukları edimlere ilişkin iade taleplerinin kaynağı dönülen sözleşmedir. İade talepleri sözleşmesel taleplerdir. Sözleşmeden dönen iş sahibi, iade taleplerine ek olarak menfi zararının tazmini de talep edebilir. (BK m. 108 f. 2).

ABSTRACT

Mora debitoris is a form of delayed performance, qualified by the obligor's legally sufficient awareness that the performance is required of him at a certain time. Concerning the requirements for the default of the contractor and the owner's remedies, the general mora debitoris provisions of art. 101 seqq. CO are to be applied.

The mora debitoris of the contractor arises if the following prerequisites are fulfilled: The delivery date must have passed without delivery of the completed work. The completion and the delivery of the work mustn't to be objectively impossible. The owner has to demand for performance in the absence of a definite delivery date (art. 101 CO). The delay of the contractor in the duty of the delivery of the work must be unjustified.

When the owner rescinds the contract as a result of mora debitoris, the contract does not cease to exist from the beginning as if it had never been formed; it continues to exist with a different content aiming the liquidation. The source of the duties of restitution of performances already rendered is the rescinded contract. The duties of restitution are contractual in nature. The owner who rescinds the contract may claim his negative interest in the rescinded agreement in addition to restitution (art. 108 para. 2 CO).