

**T.C.
KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI**

**ESER (İSTİSNA) SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN ESERİ
TESLİMDEN ÖNCEKİ SORUMLULUĞU (BK. MD. 358)**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI

Yrd. Doç. Dr. İştar URHANOĞLU CENGİZ

HAZIRLAYAN

Fatma HIZIR

KIRIKKALE 2011

ÖZET
ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN ESERİ TESLİMDEN ÖNCEKİ
SORUMLULUĞU (TBK. md. 358)

Türk Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi (1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olana 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 470-486. maddeler arasında düzenlenmiştir), uygulama alanı oldukça geniş olan ve iş görme borcu doğuran rızai bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin kurulmasıyla yüklenici, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir eser meydana getirerek teslim etmeyi borçlanmaktadır. Yüklenicinin bu asli borcunu gereği gibi yerine getirebilmesi için işe zamanında başlayıp devam ediyor olması gerekir. Bu tez çalışmasında, yüklenicinin işe zamanında başlamaması ve sözleşmeye aykırı olarak işi geciktirmesi ya da eserin yüklenicinin kusuru sebebiyle ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin açıkça tahmin edilebilmesi durumunda iş sahibinin hangi haklara sahip olduğu, bu hakların kullanılabilmesi şartları ve hukuki sonuçları ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Bu tez çalışması üç bölümden ve bir sonuç kısmından oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak eser sözleşmesi, eser kavramı, yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan borçları ele alınmıştır. Bu bölümde öncelikle eser sözleşmesinin tanımı yapılmış, hukuki niteliği, unsurları, şekli ortaya konularak eser kavramı ve yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi yürütme borcu üzerinde durulmuştur.

İkinci bölümde Borçlar Kanunu md. 358/I'de düzenlenen yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda iş sahibinin teslim için belirlenen günü beklemeksizin sözleşmeden dönme hakkı ele alınmıştır. Bu bölümde, ifadan önce sözleşmeden dönme hakkı doğuran durumlar, sözleşmeden dönmenin şartları ve hukuki sonuçları incelenmiştir.

Üçüncü bölümde ise, Borçlar Kanunu md. 358/II'de düzenlenen eserin yüklenicinin kusuruyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin daha imal aşamasında açıkça görülmesi durumunda, iş sahibinin şartların oluşmasıyla hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin onarımının ya da işe devamın bir

üçüncü kişiye bırakılabilmesi üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda BK. md 358/II hükmünün genel olarak hukuki niteliği incelenmiş ve bu hükmün uygulanabilme şartları ile hukuki sonuçları ortaya konulmuştur.

Bu tez çalışması genel olarak araştırmanın belli başlı noktalarını ortaya koyan ve bazı önerilerde bulunan bir sonuç kısmıyla tamamlanmıştır.

ABSTRACT

**CONTRACTOR’S LIABILITIES PRIOR TO DELIVERY OF THE WORK IN
VIEW OF THE CONSTRUCTION CONTRACT (Turkish Law of Obligations
Article 358)**

The Construction Contract stipulated in Articles 355 through 371 of the Turkish Law of Obligations (The same stipulated in Articles 470 through 486 of the Turkish Law of Obligations numbered 6098 which is to take effect on July 01, 2012) is a broad voluntary contract which gives way to obligations due to execution of any work. With the conclusion of a construction contract, the contractor enters into obligation against the Employer for a sum committed by the Employer for the works to be executed. In order for the Contractor to fulfill his contractual obligations, the contractor should have commenced the works in a timely manner and proceeded with the works. In this study, where it is clearly envisaged that the contractor fails to commence the Works in a timely manner and delays the Works in contrary with the provisions of the contract or the Works are deficient or fail to comply with the contract due to the default of the contractor, the rights of the employer and the enjoyment of such rights and legal consequences of the same are scrutinized in a detailed manner.

This study consists of three sections and a conclusion part. In the first section, the voluntary contract, the concept of construction and the debts of the contractor arising in connection with the construction contract are defined. In this section, the term construction contract is defined together with the legal quality, manner and type as well as the concept of construction and obligations for timely commencement to the works by the contractor and execution of the works.

In the second section, the right of the employer to cancel the contract without waiting for the delivery date is clearly understood that the contractor fails to commence the works in a timely manner or delays the execution of such works contrary to the provisions of the contract or the contractor fails to complete the works on the stipulated dates according to the estimations based on the delays due to the reasons that can not be attributed to the employer as stipulated in Article 358/I of the Law of Obligations, is described. In this section, the cases which may lead to enjoyment of the right to terminate the contract before full execution, conditions for such termination and legal consequences are reviewed.

Finally, in the third section in case it is clearly determined that the works are proven to be deficient due to the default of the contractor or executed contrary to the provisions of the contract during construction stage as stipulated in Article 358/I of the Law of Obligations, the cases for the repair of such works or execution of such works by third parties at the expense of the contractor as far as the conditions may allow, are defined. In this context the legal nature of Article 358/II in general terms is reviewed and the legal applicability and consequences are defined.

This study is concluded with the conclusion part which underlines several points set forth herein together with the recommendations.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT.....	III
İÇİNDEKİLER	V
KISALTMALAR	XI

BİRİNCİ BÖLÜM

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu

§1.Genel Olarak Eser Sözleşmesi ve Eser Kavramı	3
I.Eser Sözleşmesi.....	3
A.Tanım.....	3
B.Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	4
1.Genel Olarak	4
2.Ani Edimli Sözleşme Görüşü.....	5
3.Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü	7
4.Ani-Sürekli Karmaşığı Sözleşme Görüşü.....	8
C.Eser Sözleşmesinin Unsurları	10
D.Eser Sözleşmesinin Şekli.....	11
II. Eser Kavramı	12
§2. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu.....	13
I.Genel Olarak Yüklenicinin Borçları	13
A.Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu.....	13
1.Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme ya da Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu	13
2.Yüklenicinin Eseri Meydana Getirmek için Gerekli	

Malzeme, Araç ve Gereçleri Sağlama Borcu.....	15
3.Kontrol ve Bildirim Yükümlülüğü.....	17
4.Yüklenicinin Sadakat Borcu	20
5. Yüklenicinin Özen Borcu	22
a.Genel Olarak.....	22
b.Eserin Meydana Getirilmesi Aşamasından Önceki Dönemde Özen Borcu	24
c.Eserin Meydana Getirilmesi Aşamasında Özen Borcu	26
d.Eserin Meydana Getirilmesinden Sonraki Aşamada Özen Borcu.....	27
B.Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu.....	28
C.Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu.....	30
II. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu	32
A.Genel Olarak	32
B.Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcunun Hukuki Niteliği.....	33
C.Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu	34
D.Yüklenicinin İş Yürütme Borcu	35

İKİNCİ BÖLÜM

Yüklenicinin İşe Zamanında Başlamaması ve İş Geciktirmesi Nedeniyle İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (Borçlar Kanunu 358/I)

§3. Genel Olarak Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmü	38
I. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmünün Tamamlayıcı Niteliği	38
II. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmünün Uygulama Alanı.....	39
§4. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmüne Göre Sözleşmeden Dönmenin Şartları	40
I.Genel Olarak	40
II. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Şartları.....	41
A.Yüklenicinin Yükümlülüğüne Aykırı Biçimde Eserin Meydana Getirilmesinde Gecikmiş Olması	41
B.Yükleniciye İşin Zamanında İfası İçin İhtarda Bulunulması ve Mehil Verilmesi.....	43
C. Diğer Şartlar	44
§5. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmüne Göre İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı Doğuran Durumlar.....	45
I. Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi	45
A. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi	45
B.Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi ve İş Ertelemesi.....	48

II. Yüklenicinin İş Görme Faaliyetlerini Geciktirmesi.....	50
A. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde Yüklenicinin İş Görme Faaliyetlerini Geciktirmesi	50
B. Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde İş Görme Faaliyetlerini Yüklenicinin Geciktirmesi	51
III. Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması	53
§6. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmüne Göre İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Hukuki Sonuçları	55
I. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararı Talep Etme Hakkı..	55
A.Sözleşmeden Dönme	55
B.Menfi Zararın Giderilmesi Talebi.....	57
C.Dönme Sonucunda Edimlerin Geri Verilmesi Borcunun Hukuki Niteliği	59
II. Diğer Seçimlik Hakların Kullanılması	62
A.Genel Olarak.....	62
B.İş Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararı Talep Etme Hakkı.....	63
C.İş Sahibinin Aynen İfa ile Gecikme Tazminatı Talep Etmesi ve Kararlaştırılmışsa Cezai Şart Ödenmesini Talep Etme Hakkı ...	64
1. Aynen İfa ile Gecikme Tazminatı Talep Etme Hakkı.....	64

2. Gecikmeye Dayalı Cezai Şartın Ödenmesini Talep Etme

Hakkı 65

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Eser Tamamlandığında Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Olacağının Kesin Bir Şekilde Belli Olması Halinde Eserin Üçüncü Kişiye Yaptırılabilmesi

–Ersatzvornahme- (Borçlar Kanunu 358/ II)

§7. Borçlar Kanunu md. 358/II Hükümünün Niteliği 68

I. Genel Olarak 68

II. Borçlar Kanunu md. 358/II Uygulama Alanı 69

§8. Borçlar Kanunu. md. 358/II'nin Uygulanabilme Şartları 71

I. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Kesin Olarak Tahmin Edilebilmesi 71

A. Eserin “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Şekilde Yapılacağı Tahmin Edilmesi 71

B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı “Kesin Olarak” Tahmin Edilebilmesi 73

C. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı “İşin Devamı Esnasında” Tahmin Edilebilmesi 74

II. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılmasında Yüklenicinin Kusuru 75

A. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasının Yüklenicinin Kusurundan Kaynaklanması	75
B. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasında İş Sahibinin de Kusurunun Bulunması.....	76
III. Yükleniciye Uygun Bir Mehil Verilmesi ve İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılacağı İhtarında Bulunulması	77
§9. Borçlar Kanunu. md. 358/II'nin Sonuçları	79
I. İş Sahibinin İş Üçüncü Kişiye Yaptırma ve Eseri Tamir Hakkı.....	79
A. Genel olarak.....	79
B. İşin Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması veya Tamiri	79
C. İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılmasının Masrafları.....	82
D. İş Sahibinin İş Bizzat Kendi Yapması Durumu.....	83
II. İş Sahibinin Borçlar Kanunu. md. 106'da Öngörülen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması.....	84
A. Genel Olarak.....	84
B. İş Sahibinin Tazminat Hakkı	84
C. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	86
§10. Borçlar Kanunu. md. 358/II ile Borçlar Kanunu. md. 97/I Arasındaki Hukuki İlişki.....	88
SONUÇ	90
KAYNAKÇA	95

KISALTMALAR CETVELİ

Art.	: Artikel (madde)
Aufl.	: Auflage (Bası)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Bd.	: Band (cilt)
BGB	: Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Samlung (İsviçre Federal Mahkemesi İçtihatları Resmi Külliyyatı)
BK.	: Borçlar Kanunu
bkz.	: Bakınız
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	: dipnot
C.	: cilt
E.	: Esas
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
md.	: madde
MK.	: Medeni Kanun
N.	: Numara
OR	: Obligationenrecht
s.	: sayfa
S.	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

Y.	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, uygulamada oldukça sık karşılaşılan, kişi ve toplumların hayatında önemli yer tutan bir iş görme sözleşmesidir. İnsanlar çoğu zaman ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, günlük hayatta farkında bile olmadan bir eser sözleşmesinin tarafı olmaktadır. Bu sebeple uygulamaya paralel olarak, doktrinde de bu konuyla fazlasıyla ilgilenmiş ve bu alanda çeşitli monografik eser ve makaleler verilmiştir.

Türk hukuk doktrin ve uygulamasında daha çok eserin ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumluluğu incelenmiş, eserin tesliminden önceki aşamada yüklenicinin sorumluluğu üzerinde pek durulmamıştır. Ancak yüklenicinin, aldığı işi istenilen niteliklerde yerine getirip getiremeyeceği sorununun yanı sıra, eserin tamamlanma aşamasına kadar geçen sürede yüklenicinin, iş sahibinin zararına sonuçlar doğuracak ve sözleşmeye aykırı nitelikte faaliyetlerinin söz konusu olabilmesi de kuvvetle muhtemeldir.

Sözleşme ilişkisine giren taraflar belirli bir hukuki sonuca ulaşmayı hedeflerler. Tarafların istisna sözleşmesi ile karşılıklı olarak bağlanmasıyla birçok girift, teknik ve hukuki sorunlar ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin edimlerini yerine getirmesiyle iş sahibine taahhüt edilen eser meydana getirilmişse sorun doğmayacaktır. Ancak eser borcu hiç yerine getirilmemiş veya sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemişse yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

İş sahibinin sözleşmeden beklenen menfaati elde etmesi için, her şeyden önce yüklenici işe zamanında başlayarak sözleşmeye uygun bir şekilde devam ettirmelidir. Zira Borçlar Kanunu'nda açıkça öngörülen işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu (BK. md. 358), eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüklerindedir. Yüklenicinin işe zamanında başlanmaması, işi sözleşmeye aykırı olarak ertelemesi ya da eserin süresinde tamamlanamayacak kadar gecikmiş olması durumunda iş sahibi eserin teslimini beklemeden sözleşmeden dönebilir. Bu açıdan BK. md. 358/I'de erken temerrüt hali düzenlenmektedir.

Yüklenici üstlendiği eseri eksiksiz ve işin niteliğine uygun olarak imal edip teslim etmekle yükümlüdür. Zira yüklenicinin borcu edim fiiline değil edim sonucuna yöneliktir. İşin devamı esnasında eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesin olarak öngörülebiliyorsa, iş sahibi masrafları yükleniciye ait olmak üzere işi üçüncü bir kişiye yaptırabilir (BK. md. 358/II). Ayrıca iş sahibi ihtar ve mehil

şartlarını yerine getirerek BK. md. 106/II'de öngörölen diğer seçimlik haklara da başvurabilir.

Borçlar Kanunu md. 358 ile daha eserin meydana getirilmesi aşamasında, yüklenicinin yükümlölüklerine aykırı davranması söz konusu olduğunda, iş sahibine teslimden önce bir takım haklar tanınmaktadır. Bu hükümle, iş sahibi açısından elverişli bir durum söz konusu olurken, yüklenici açısından ise genel hükümlere nazaran daha ağır bir sorumluluk öngörölmüştür.

Açıklanan sebeplerle, bu tez çalışmasında, yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi yürütme borcu konusunun önemle ve detaylı olarak incelenmesi amaçlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu

Ş1. Genel Olarak Eser Sözleşmesi ve Eser Kavramı

I. Eser Sözleşmesi

A. Tanım

BK md. 355’de eser (istisna) sözleşmesi “İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (yüklenici), diğer tarafın (iş sahibi) vermeği taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.” şeklinde tanımlanmıştır.¹ Kanun metninden de anlaşılacağı üzere, eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. Müteahhidin eseri teslim ve iş sahibinin ücret ödeme borcu değişim ilişkisi (synallagma) içerisindedir. Müteahhidin imale ilişkin diğer hazırlık edimleri de bulunur.²

Arapça bir kelime olan ve sözleşmeye adını veren istisna kelimesi, emek sarf ederek sanat ve maharet gerektiren bir şeyi meydana getirmek, imal etmek, üretmek anlamına gelir.³

Mehaz kanunun Almaca metninde eser (istisna) sözleşmesinin karşılığı olarak “werkvertrag”, Fransızca metninde ise taahhüt ya da girişim sözleşmesi anlamına gelen “contrat d’entreprise” deyimini yer almaktadır. Bu sebeple BK’da yer alan istisna kavramının yerine eser kelimesinin kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıca kanundaki tanımda kullanılan “şey” ibaresinin yerine ise kaynak kanun metnine uygun olarak Fransızca “ouvrage”, Almanca “werk” sözcüğünün karşılığı olan eser sözcüğünün kullanılması gerektiği belirtilmiştir.⁴

¹ 1 Temmuz 2012’ de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Borçlar Kanunu md. 470’de “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde eser sözleşmesi tanımlanmıştır.

² NIKLAUS, Jürg, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2- OR, Diss. St. Gallen, 1999, s.3.

³ OLGAC, Senai, İstisna Akdi, Ankara, 1977, s. 1; KOSTAKOĞLU, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008, s. 17; ERDOĞAN, İhsan, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş görme Sözleşmeleri ile karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, Ocak- Haziran 1990, Konya, s. 142; GÖKTÜRK, H. Avni, Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdın Muhtelif Nevi’leri, Ankara, 1951, s. 497; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987, s. 1; YAVUZ, Cevdet, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010, s. 499.

⁴ TANDOĞAN, s. 2; CANBOLAT, Ferhat, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009, s. 4; ARAL, Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010,

6093 sayılı, 1 Temmuz 2012 yürürlük tarihli Türk Borçlar Kanunda ise bir anlamda tüm bu tartışmalara son verilerek istisna sözleşmesi yerine giderek yaygınlaşan ve kabul gören ‘eser sözleşmesi’; şey ibaresi yerine de ‘eser’ kavramı kullanılmıştır. Bu sebeple biz de “eser sözleşmesi” ifadesini tercih etmekteyiz.

Buna paralel olarak yine kanun hükmünde kullanılan “imal” kavramı yerine, imal haricindeki değişiklikleri ve sonuçları da kapsayan “meydana getirme”, “ortaya çıkarma” deyimlerinin kullanılmasının daha uygun olacağı ileri sürülmüştür.⁵ BK. md. 335’i karşılayan 6098 sayılı kanunun 473’üncü maddesinde de imal yerine, meydana getirme deyimini kullanılmıştır.

Bu açıklamalar neticesinde istisna sözleşmesi için şöyle bir tanımlama yapılabilir: “İstisna sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir.”⁶

B. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinin hukuki niteliğinin değerlendirilmesinde ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusu en önemli noktayı oluşturmaktadır. Bu konuda doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır. Bu ayrım özellikle sözleşmenin sona ermesi halinde önem arz eder. Zira iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin dönme mi yoksa fesih olarak mı nitelendirileceği sözleşmenin hukuki niteliğine verilecek cevaba göre belirlenecektir.

Bu tespit yapılırken sözleşmenin yürürlükte bulunduğu zamanın uzun ya da kısa olması değil, ifanın zaman bakımından taşıdığı özellik dikkate alınmalıdır. Aksi halde neredeyse bütün sözleşmeler için belirli bir süreye ihtiyaç olması sebebiyle hepsini sürekli edimli olarak nitelenmek gerekir. Edimin niteliği borçlunun faaliyetleri göre

s. 315; ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 304; KARATAŞ, İzzet, Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009, s. 29; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1990, s. 301; DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 4.

⁵ TANDOĞAN, s. 2; ARAL, s. 315.

⁶ CANBOLAT, s. 5.

değil, alacaklının menfaatinin bir süreçte mi yoksa bir anda mı gerçekleştiğine göre belirlenir.⁷

2. Ani Edimli Sözleşme Görüşü

İş görme sözleşmelerinde, bir işin görülmesi söz konusudur. Oysa eser sözleşmesinde görülen iş sonucunda bir eserin meydana getirilmesi amaçlanmaktadır. Yüklenicinin borcunu yerine getirdiğinin söylenebilmesi için edim sonucunun, yani sarf edilen emek karşılığında ortaya konulan sonucun (eser) iş sahibine teslim edilmesi gerekmektedir. Zira iş sahibinin ifaya olan çıkarı ancak bu sayede karşılanır.⁸

Yüklenici, diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de iş görme edimini taahhüt eder. Yüklenicinin iş görme borcu süre unsuruna bağlı olsa da, eser sözleşmesi sürekli sözleşme olarak değerlendirilmez. Zira yüklenicinin iş görme borcu hizmet sözleşmesindekinden farklıdır.⁹

Eser sözleşmesinin ani edimli olduğu görüşünü savunan yazarlara göre esas olan sonucun elde edilmesidir.¹⁰ Edim sonucundan beklenen menfaat eserin teslim edilmesiyle bir anda gerçekleşmektedir.¹¹ Sözleşmenin niteliğinin belirlenmesinde edime yönelik hareketlerin kapsamlı olması ya da uzun sürmesi değil, iş sahibinin menfaatinin eserin teslimi ile aynı anda gerçekleşmesinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir.¹²

Sözleşmenin ifası için sadece edim fiili yeterli olmayıp, edim sonucunun da tamamlanmış olması gerekir. İş sahibinin sözleşmesel menfaatinin gerçekleşmesi için, yüklenici edim sonucu olan eseri zamanında ve ayıpsız olarak teslim etmiş olmalıdır.¹³ Ancak yüklenicinin borcu sadece edim sonucuna yönelik olmayıp aynı zamanda eserin oluşturulması sürecinde de uymak zorunda olduğu birtakım yükümlülükleri

⁷ CANBOLAT, s. 28; ÖZ, Turgut, İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 13-14; DİRİCAN, s. 7; BİLGE, s. 246; YAVUZ, s. 492.

⁸ AYAN, Serkan, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 45; ERMAN, Hasan, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979, s. 10-11.

⁹ NIKLAUS, s. 4.

¹⁰ TANDOĞAN, s. 150.

¹¹ SELİÇİ, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s. 19.

¹² ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 18; SEROZAN, s. 171; YAVUZ, s. 520; KARAHASAN, s. 58.

¹³ SELİÇİ, s.5; AYAN, s. 323.

bulunmaktadır.¹⁴ Bu yükümlülüklerin asli edimlerden olan teslim borcunun ifası için hazırlık faaliyetleri olduğu, yüklenicinin belirleyici ediminin teslim olduğu belirtilmiştir.¹⁵

Bir diğer görüşe göre ise iş görme faaliyetleri ve eserin ortaya konulması yükümlülükleri ayrı ve birbirinden bağımsız birer borç ilişkisi değildir. Söz konusu iş görme faaliyetleri sözleşmede kararlaştırılan edimin ifası için hazırlık faaliyetleri niteliğindedir. Bu sebeple yüklenicinin iş görme faaliyetlerinin uzun bir zaman dilimine yayılması eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmesine yetmez ve kural olarak eser sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerdendir.¹⁶

Eser sözleşmesinin sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmemesi, bu sözleşmeyi diğer iş görme sözleşmelerinden (hizmet, vekâlet) ayıran bir özelliğidir. Bununla birlikte, yüklenicinin iş görme faaliyetinin belirli bir sonucu ortaya çıkmasını sağlamak için olması yalnızca eser sözleşmesine ait bir özellik olup, eser sözleşmesini, iş görme sözleşmelerinden ayıran bir diğer özelliğidir.¹⁷ Dolayısıyla eser sözleşmesinde iş görme faaliyetinden çok, iş görme faaliyeti sonunda ortaya çıkarılacak olan ve objektif olarak gözlemlenebilen sonuç önemli olan unsurdur.¹⁸ İş görme faaliyeti sonucunda ortaya çıkarılacak sonucun muhakkak yeni bir şeyin imali olması da zorunlu değildir. Aynı zamanda mevcut bir şeyin tamir edilmesi, şeklinin değiştirilmesi, bakımı ya da ona ilaveler yapılması hatta bir yapının yıkımı dahi bir sonucun meydana getirilmesi faaliyetlerini kapsar.¹⁹

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla, eseri teslim anına kadar geçen sürenin uzun bir süre olması eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olması sonucunu doğurmaz.²⁰ Çünkü bir borç ilişkisinin sürekli ya da ani edimli olduğu belirlenirken bu borç ilişkisinin asli edimleri göz önüne alınarak karar verilir. Yüklenicinin edimi, belirli

¹⁴ YÜCEL, s.781.

¹⁵ KÜRŞAT, Zekeriya, İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul, 2004, s.753; ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 18; SELİÇİ, s. 5-6.

¹⁶ ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 20; ALTAŞ, Hüseyin, Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara, 2002, s. 50; DİRİCAN, s. 6.

¹⁷ ZEVKLİLER, Aydın/HAVUTÇU, Ayşe, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s. 304.

¹⁸ TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987 s. 1; ÖNEN, Turgut, Borçlar Hukuku, Ankara, 1990, s. 301.

¹⁹ ARAL, s. 315; SELİÇİ, s. 6; GÜRPINAR, Damla, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s. 41.

²⁰ YAVUZ, s. 499; OZANOĞLU, s. 62.

bir zaman içerisinde sürekli ve aralıksız olarak değil, bir defa yerine getirilmekle (teslimle) iş sahibinin sözleşmesel menfaatinin sağlandığı bir edimdir. Örneğin; bir bina yapımında yüklenicinin her katı çıktığında borcun sürekli olarak ifa edildiği söylenemez. Bina sözleşmede kararlaştırılan şekilde iş sahibine teslim edildiğinde ifa gerçekleşmiş olur.²¹ Eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirme borcu her ne kadar belirli bir süreyi gerektirse de yüklenicinin asli borcunun bu eseri teslim etmek olması sebebiyle eser sözleşmesi taraflar için sürekli borç ilişkisi meydana getirmez.²² Eser sözleşmesi, eserin sözleşme şartlarına uygun bir biçimde tamamlanarak teslim edilmesi gereken bir sözleşme olması sebebiyle ani edimli bir sözleşmedir.²³ Ayrıca iş sahibinin sözleşmesel menfaati de belirli bir zamana yayılmamakta, eserin teslimiyle gerçekleşmektedir.²⁴

Açıklanan tüm bu sebeplerle kanaatimizce eser sözleşmesinin sürekli edimli ya da geçici-sürekli karmaşığı olan bir sözleşme olduğunun ileri sürülmesi yerinde değildir.

3. Sürekli Edimli Sözleşme Görüşü

Yüklenici eser sözleşmesinin tarafı olmakla öncelikle iş sahibi için belirli bir işi görerek belirli bir sonucu meydana getirmeyi borçlanmaktadır. Borçlar Kanunu'nda bu durum "bir şeyi (eser) imal etme" olarak ifade edilmiştir.²⁵ Bu sebeple yüklenicinin bu yapma borcuna, Borçlar Kanunu'nda yapma edimleri için öngörölmüş olan hükümler uygulanabilir. Bununla birlikte eser sözleşmesindeki söz konusu yapma ediminin belirli bir süre gerektirmesi sebebiyle, bazı özel hükümler de getirilmiştir.²⁶

Bu görüşü savunanlar yüklenicinin eseri meydana getirme faaliyetlerinden hareket etmektedirler. Yüklenici, bir eseri meydana getirirken süreklilik gösteren bir

²¹ ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 18; KÜRŞAT, s. 753.

²² YAVUZ, s. 499.

²³ CANBOLAT, s. 30; ARAL, s. 316; SELİÇİ, s.5; TANDOĞAN, s.1; YÜCEL, Özge, Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, AÜHFD, C. 57, S. 3, s. 781; SELİMOĞLU, Y. Engin, Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Prof. D. Faruk EREM'e Armağan, Ankara, 1999, s. 686.

²⁴ KÜRŞAT, s.753.

²⁵ 6098 sayılı Borçlar Kanunu md. 470'de sadece yeni bir eser ortaya koymayı ifade eden imal kavramı yerine "meydana getirme" kavramı kullanılmıştır. İmal yeni bir eser meydana getirmeyi ifade etmektedir. Oysa eser sözleşmesinin konusu yeni bir eserin ortaya konulmasının yanı sıra mevcut bir eserin onarılması, değiştirilmesi, bakımı ve hatta ortadan kaldırılması da olabilir.

²⁶ ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2007, s. 105.

çalışma (hazırlama) sistemi izlemektedir. Dolayısıyla yüklenicinin uzun zamana yayılmış eseri meydana getirme faaliyetlerini (iş görme edimi) ve ortaya çıkan sonucu bir bütün olarak kabul etmek gerekmektedir. Bu sebeple eser sözleşmesi sürekli edimli sözleşmelerdendir ve eser sözleşmesine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ait kuralların uygulanması gerekmektedir.²⁷

Ard arda eser teslim borcu içeren sözleşmelerle eser tedarik sözleşmeleri sürekli edim borcu doğuran sözleşmelere örnek olarak gösterilmiştir. Zira arda arda teslimli sözleşmelerde iş sahibinin ifaya olan çıkarı zaman zaman tekrarlanmaktadır. Eser tedariki sözleşmelerinde de aynı durum söz konusudur. Örneğin; bir sanayi kuruluşunun ihtiyacı olan yedek parça ve aletleri bir firmanın üstlenmesinde durum böyledir.²⁸

Eser sözleşmesinin sürekli edimli sözleşmelerden olduğu görüşünü savunan yazarlar yüklenicinin eseri meydana getirmek için izlediği yolu ve kanun koyucunun eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde sürekli borç ilişkilerine özgü kurallar doğrultusunda düzenlemeler getirdiğini esas almaktadırlar. Örneğin; ayıp halinde sözleşmeden dönme yerine tamir istenmesi ya da bedelin ayıp oranında indirilmesine dair BK. md. 360/II ya da yüklenicinin zararını tam tazmin ederek, iş sahibine sözleşmeyi her zaman fesh etme hakkı tanıyan BK. md. 369 sürekli borç ilişkilerinin niteliğine uygun hükümlerdendir. Bu görüşü savunanlara göre eserin ortaya çıkması ve bu sonuç için sarf edilen emeklerin bir bütün olarak düşünülmesi gerekir.²⁹

4. Ani-Sürekli Karmaşığı Sözleşme Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre eser sözleşmesini mutlak olarak ani edimli ya da sürekli edimli olarak nitelemek mümkün değildir. Zira eser sözleşmesine ilişkin kurallar

²⁷ SUNGURBEY, İsmet, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir.” Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Zorunlu Bir Yanıt, YHD, C. 5, S. 2, 1982, s. 173 vd; ERMAN, s. 10; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 16; KAPLAN, Eser sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri oluşturmaya yönelik faaliyeti nedeniyle sürekli edimli, teslim bakımından ise ani edimli bir borç ilişkisi söz konusu olduğu ileri sürmüştür, KAPLAN, İbrahim, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart, 1996, s. 121.

²⁸SELİMOĞLU, Y. Engin, İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2010, s. 30; CANBOLAT, s. 31; SEROZAN, s. 173; ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 21-22.

²⁹ ERMAN, s. 10-11; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 8; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 17.

hem ani edimli hem sürekli edimli borç ilişkisinin özelliklerini taşımaktadır ve bu sebeple eser sözleşmesinde her iki tipin bir arada olduğu sonucuna varılmıştır.³⁰

Yüklenicinin eseri meydana getirme safhasında da bazı yükümlülüklerinin olması sebebiyle eser sözleşmesinin ani edimli olmadığı, geçici-sürekli karmaşığı bir sözleşme olduğu ileri sürülmüştür.³¹ Yüklenicinin, edimin meydana getirilme safhasındaki faaliyetlerinin hazırlık faaliyeti olarak nitelendirmesinin doğru olmadığı, sonuç (ifa) için edimlerin belli bir süreçte ve bölümler halinde yerine getirildiği, ayrıca Borçlar Kanunu'nda da eser sözleşmesinin düzenlenişinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ait özellikler taşıdığı belirtilmiştir.³²

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu'nun da eser sözleşmelerinin geçici-sürekli karmaşığı özelliğine sahip sözleşmeler olduğunu kabul eden 25.1.1984 tarih ve E.1983/3, K. 1984/1 sayılı kararı bulunmaktadır.³³ 1984 tarihli bu İBK ile eserin meydana getirilme aşamasında yüklenicinin durumu da göz önüne alınarak hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde sürekli borç ilişkilerine uygulan hükümlerin de dikkate alınabileceği ifade edilmiş, adeta somut olay adaletini sağlamak için bir orta yol bulunmaya çalışılmıştır.³⁴

Bu görüş taraftarlarına göre, hâkim önüne gelen uyuşmazlığa mutlak olarak ani edimli ya da sürekli edimli borç ilişkisi hükümlerini uygulamamalıdır. Somut olayın özelliklerine göre ve tarafların çıkar dengesini de gözeterek bazen ani edimli bazen de sürekli edimli borç ilişkilerine özgü kurallar uygulanmalıdır. Örneğin; önemli bir kısmı tamamlanmış bir inşatta eser sözleşmesinin ani edimli olmasından hareketle,

³⁰ SUNGURBEY, İsmet, Medeni Hukuk Sorunları, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Ölümüyle Sona Ermesi, C. 4, 1989, İstanbul, s. 466-471; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 19.

³¹ ŞENOCAK, Zarife, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 25; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007, s. 8.

³² ERMAN, (İnşaat Sözleşmesi), s.8.

³³ RG. 27.2.1984, S. 18325, "... İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak ani edimli sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, 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 ilişkisine özgü kurallarda gözetilmesi gerekir. Kanunda istisna sözleşmeleri düzenlenirken sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verdiği görülmektedir. Hukuk Genel Kurul kararında da açıkça belirtildiği gibi inşaat sözleşmeleri 'geçici-sürekli karmaşığı' bir özellik taşımaktadır."

³⁴ YILDIRIM, Akkayan Ayça, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Erdirmenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul, 2004, s. 62.

sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi yüklenici için ağır sonuçlar doğuracaksa sona ermenin ileriye etkili olarak gerçekleşmesi yerinde olacaktır.³⁵

C. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinde, eserin meydana getirilerek teslim edilmesi, yüklenicinin; meydana getirilecek eserin karşılığı olarak da iş sahibinin belli bir miktar ücret ödemeyi taahhüt etmesi ise iş sahibinin asli edimidir. Buradan hareketle bir eser meydana getirme taahhüdü, ücret ve tarafları anlaşması, eser sözleşmesinin unsurlarıdır denebilir.

Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olup, bu sözleşmede çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan meydana gelecek ve objektif olarak gözlemlenebilen sonuç önem arz eder.³⁶ Yüklenicinin imal yükümlülüğü kavramını bir eserin imali kavramı takip eder. Yüklenici sadece iş görmeyi borçlanmaz. Bilakis iş görmenin sonucunu borçlanır. Buna bağlı olarak da eserin teslimi kavramı söz konusu olur.³⁷ Kanunda her ne kadar yüklenicinin teslim borcundan bahsedilmemişse de, yüklenici meydana getirdiği eseri teslim etmekle de yükümlüdür.

Yüklenicinin meydana getirmeyi ve iş görme ediminin sonunda teslim etmeyi taahhüt ettiği sonuca eser adı verilmektedir. Eser kavramının kanunda bir tanımı yapılmamıştır. Nelerin eser kapsamına girdiği doktrinde ve uygulamada tartışmalıdır. Kabul edilen görüşe göre, bedeni veya fikri bir emeğin sonucunda ortaya çıkan, iktisadi bir değeri bulunan, maddi varlığı olan ya da olmayan her şey eser olarak nitelendirilebilir.³⁸

Emek sonucunda eser meydana getirme faaliyeti ve bu faaliyet sonucunda bir eserin ortaya çıkmasına imal denilebilir. İmal (meydana getirme) kavramı geniş yorumlanmalıdır. Yeni bir şeyin oluşturulmasının yanında var olan bir şeyi tamir etme, değiştirme, temizleme, hatta ortadan kaldırma ve tahrip etme de meydana getirme kavramı içerisinde değerlendirilmelidir. Örneğin; halı üretimi, araba tamiri, eski bir

³⁵ ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 19; AYAN, s. 45.

³⁶ TANDOĞAN, İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem'e Armağan, Ankara, 1970, s. 311.

³⁷ NIKLAUS, s. 4.

³⁸ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 305; TANDOĞAN, s. 22-23; BİLGE, Necip, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1971, s. 245; ÖNEN, s. 302; ERDOĞAN, s. 136; ERMAN, s. 14.

binanın yıkımı, mobilya imali, elbisenin kuru temizlemeyle temizlenmesi, bir kolyenin altınla kaplanması ağaçları budama, bir evin boyanması gibi.³⁹

Yüklenicinin eser meydana getirme borcu karşısında, iş sahibinin ücret ödeme borcu yer almaktadır. Ücret eser sözleşmesinin kurucu unsurudur. Zira taraflar arasında ücret kararlaştırılmaması durumunda söz konusu sözleşme eser sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesidir.

Ücretin miktarı önceden belirlenebileceği gibi götürü ya da yaklaşık olarak da tespit edilebilir. Ücret götürü usulle belirlendiğinde yüklenici kural olarak ücretin arttırılmasını talep edemez. Yaklaşık ücrette ise eserin beklenenden fazlaya mal olması durumunda yüklenici iş sahibinden ücretin arttırılmasını talep edebilir.⁴⁰ Kural olarak ücret para şeklinde kararlaştırılmalıdır. Ancak ücretin para dışında bir edim olması da mümkündür. Ücret dışında bir edimin kararlaştırılmasıyla meydana gelen karma nitelikli sözleşmeye, eser sözleşmesi hükümleri taraf menfaatleri de göz önünde bulundurularak uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanır. Ücretin önceden belirlenmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel değildir (BK. md. 366).⁴¹

Eser sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için son unsur, tarafların bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığı olarak bir ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmalarıdır. Sözleşmenin kurulması için taraf iradeleri açık da zımni de olabilir.⁴²

D. Eser Sözleşmesinin Şekli

Eser sözleşmesinin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir (BK. md.11). Ancak söz konusu olabilecek uyuşmazlıklar bakımından sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasında fayda bulunmaktadır. Bunun dışında taraflar aralarında anlaşarak da sözleşmeyi şekle tabi kılabilirler. Böyle bir durumda şekle uyulmadan yapılan sözleşme geçersiz olur.

³⁹ TANDOĞAN, İmran Öktem'e Armağan, s. 320-321; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 305; ÖNEN, s. 303; ERDOĞAN, s. 136; ARAL, s. 321- 322; CANBOLAT, s. 14.

⁴⁰ ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2006, s. 71.

⁴¹ SELİÇİ, s. 7; ÖNEN, s. 303; TANDOĞAN, İmran Öktem'e Armağan, s. 324; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 306; ERDOĞAN, s. 136; CANBOLAT, s. 16-17.

⁴² ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 308; TANDOĞAN, s. 28-29; ARAL, s. 323.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu md. 53'e göre, bu kanun hükümlerine tabi kamu kurum ve kuruluşlarına ait yapım işlerinin yazılı şekilde yapılmasını ve sözleşmenin noterce tasdik edilmesini (md. 57) geçerlilik şartıdır.⁴³

Eser sözleşmesi ile şekle tabi olan başka bir sözleşmenin unsurları bir araya gelerek karma tipli bir sözleşme oluşturduğunda ise diğer sözleşme için öngörülen şeklin karma sözleşme için de söz konusu olacağı belirtilmiştir. Örneğin; uygulamada sıkça karşılaşılan arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesinde arsanın (gayrimenkul) mülkiyetinin devri resmi şekle tabi olduğundan sözleşmenin tamamı da bu şekle riayet edilerek yapılmalıdır.⁴⁴

II. Eser Kavramı

Eser sözleşmesinde, önceden belirlenmiş olan ve bütünlük arz eden bir emek sonucunda bir eserin meydana getirilmesi amaçlanmıştır.⁴⁵ Yalnızca edim sonucunu değil, aynı zamanda edim fiilini de (belirli bir iş görme edimini) yüklenici üstlenmektedir. Yüklenicinin bu yükümlülüğü, teslim ilişkisi olmayıp, özel bir imal yükümlülüğüdür ve yüklenici imal sonucunu taahhüt etmektedir.⁴⁶ Bu sonucun meydana gelmemesi yüklenicinin borcunu ifa etmediği anlamına gelir.

Yüklenicinin hem imalini hem de teslimini taahhüt ettiği eser sözleşmesinin konusunu oluşturan ve objektif olarak gözlemlenebilen, iş görme borcunun sonucuna eser denilmektedir.⁴⁷ BK. md. 355'de geçen "bir şey" terimiyle ifade edilen eser kavramı kanunda tanımlanmamıştır. Belirtmek gerekir ki, eser sözleşmesi anlamında eser kavramı, BK. md. 58'de yer alan sabit ve bir araziye bağlantılı olan bina kavramından farklıdır.⁴⁸

Eser kavramının kapsamına nelerin girdiği konusunda uygulamada⁴⁹ ve doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre, sadece maddi varlığı olan iş görme

⁴³ CANBOLAT, s. 21; ARAL, s. 323; ERDOĞAN, s. 137.

⁴⁴ SELİÇİ, s. 14; YAVUZ, s.499; DAYINLARLI, s. 23; ERDOĞAN, s. 137.

⁴⁵ TANDOĞAN, s. 36.

⁴⁶ NIKLAUS, s. 3; ARAL, s. 317.

⁴⁷ TANDOĞAN, s. 1; YAVUZ, s. 491; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 304; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 3; ÖNEN, s. 302; CANBOLAT, s. 6, "Bedeni veya fikri bir emek sonucunda ortaya çıkan hukuki varlık eserdir."

⁴⁸ TANDOĞAN, İmran Öktem'e Armağan, s. 312; ARAL, s. 317; BİLGE, s. 213 ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 304.

⁴⁹ Örnek kararlar için bkz. DAYINLARLI, s. 7.

sonucu eser olarak nitelenebilir.⁵⁰ Doktrinde hâkim olan diğer görüş ise, eser sözleşmesindeki eser kavramını maddi varlığı olan eserlerle sınırlamamakta, maddi bir varlığı olmayan edim sonucunu da eser kavramına dâhil etmektedir. Buna göre bir terzinin diktiği elbise, bir otomobil tamiri, bir bina yapımı maddi varlığı olması sebebiyle eser olarak nitelendirildiği gibi; bir metnin tercümesi, bir konser verilmesi, bir beste hazırlanması, teknik bir proje çizimi de gayri maddi nitelikte eser olarak nitelendirilir.⁵¹

Ş2. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu

I. Genel Olarak Yüklenicinin Borçları

A. Yüklenicinin Eser Meydana Getirme Borcu

1. Yüklenicinin Eseri Şahsen Meydana Getirme ya da Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenici bir eseri imal etmek ve sonuçta teslim etmekle yükümlüdür. Yüklenicinin eser meydana getirme ve teslim borcu bir bütünlük arz eder. Eserin meydana getirilmesi borcu, eserin teslimi borcunun ifasıyla tamamlanmaktadır. Gauch'a göre de yüklenicinin edim yükümlülüğü tek değil bilakis yapma ve verme niteliğinde olan edimlerdir ve yüklenicinin eser sözleşmesinde, bir eserin imali ve sonuçta bu eserin teslimi olmak üzere iki asli yükümlülüğü vardır.⁵²

Eser sözleşmesinde yüklenicinin kişisel bilgi, beceri ve tecrübesi önemli olduğu için kural olarak yüklenici işi bizzat yapmak veya yönetimi altında yaptırmak zorundadır (BK. md.356/2). Ancak, işin niteliğine göre yüklenicinin kişisel bilgi ve becerisi önemli değilse, iş başkasına da (alt yükleniciye⁵³) yaptırılabilir. Ayrıca öyle işler vardır ki özel bilgi ve beceri gerektirirler. Örneğin; tarihi bir yapının restorasyonu söz konusuysa, yüklenicinin kişisel bilgi, beceri ve tecrübesi gözetilmiştir. Bununla

⁵⁰ TANDOĞAN, s. 3.

⁵¹ ARAL, s. 317-318; OLGAÇ, s. 2; CANBOLAT, s. 12; ERDOĞAN, s. 136; EREN, s. 53; DAYINLARLI, s. 8; ERMAN, s. 14; YAVUZ, s. 492; BİLGE, s. 213.

⁵² OZANOĞLU, Hasan Seçkin, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, GÜHFD, C. III, S. 1-2, Ankara, 2003, s. 61; YAVUZ, s.499; ARAL, s. 325; NIKLAUS, s. 3.

⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. ERİŞEN, Muhammet, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005.

birlikte yüklenicinin işi bizzat yapması gerekliliği onun yardımcı kişiler kullanamayacağı anlamına gelmez. İşte bu noktada yüklenici, bu yardımcı kişilerin seçiminde, denetiminde ve onlara talimat verilmesinde özenli davranmalıdır.⁵⁴

Bazı durumlarda ise, işin niteliği gereği alt yüklenici çalıştırılması zorunlu olabilmektedir. Örneğin, büyük bir işletmenin ya da büyük bir yapının inşası söz konusu olduğunda, tek bir yüklenicinin bu işin üstesinden gelebilmesi mümkün olamayabilmektedir. Bunun gibi büyük inşaatlarda yapılacak işlerin bir kısmı ya da tamamı alt yüklenicilere devredilebilir.⁵⁵ Örneğin, bir yapının anahtar teslimi yapımı üstlenilmişse elektrik, su tesisatı, döşeme ve doğrama işlerinin her birinin farklı alt yüklenicilere verilmesi zorunluluğu doğabilir. İşte böyle bir zorunluluk hâsıl olduğunda alt yüklenici seçiminde özen gösterilmelidir. Ayrıca asıl yüklenici, alt yükleniciler arasındaki organizasyonu yapmalı; gerekli örgütlenmeyi gerçekleştirerek işin amaca uygun sonuçlanmasını sağlamalıdır. Yüklenici alt yüklenicinin seçiminde ve denetiminde gerekli özeni göstermiş olsa dahi alt yüklenicinin kusuruyla meydana gelmiş bir zarar varsa bundan dahi şartlarına göre BK. md.55 ya da BK. md.100 gereğince sorumludur. Yüklenici bu sorumluluktan ancak iş sahibinin, o alt işverenle çalışmak konusunda ısrar etmesi halinde kurtulabilir.⁵⁶

Yüklenicinin üstlendiği işi kendisini tamamen devre dışı bırakacak şekilde bir başka yükleniciye devretmeye yetkisi olmadığı ileri sürülmekle birlikte,⁵⁷ yüklenicinin iş sahibinin mümessili ya da vekili gibi hareket ederek iş sahibinin ad ve hesabına sözleşmenin üçüncü bir kişiye bir bütün olarak devredilebileceği de kabul edilmektedir.⁵⁸

⁵⁴ KILIÇOLU, Ahmet, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, 1976, S.1-4 C.32 s. 187; TANDOĞAN, s. 74; BİLGE, s.249; KOSTAKOĞLU, s. 358; ERDOĞAN, s. 141; EREN, s. 65; GÖKYAYLA, s.793; ÖZ, s. 110; DAYINLARLI, s. 43-44.

⁵⁵ BİLGE, s. 249; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 314; ÖNEN, s. 304; GÖKYAYLA, s.794.

⁵⁶ KILIÇOĞLU, (Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu) s. 192-193; ARAL, s. 339; GÖKYAYLA, s. 794; BİLGE, s. 249; DAYINLARLI, s. 45.

⁵⁷ KOSTAKOĞLU, s. 359; ÖZ, s. 110.

⁵⁸ TANDOĞAN, s. 95; ARAL, s. 327; EREN, s. 68.

2. Yüklenicinin Eseri Meydana Getirmek için Gerekli Malzeme, Araç ve Gereçleri Sağlama Borcu

BK. md.356/III'e göre aksine teamül ve anlaşma yoksa eserin meydana getirilmesi için kullanılacak malzeme ve aracı yüklenicinin temin etmesi gerekmektedir. Ancak bu hüküm emredici bir hüküm olmadığı için taraflar aksini de kararlaştırabilirler.⁵⁹ Sözleşmede bir hüküm yoksa ya da bir adet bulunmuyorsa malzemeyi yüklenicinin mi iş sahibinin mi sağlayacağı konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak BK. md. 357/I'de yüklenicinin kullandığı malzemeden sorumluluğu, 357/2'de ise iş sahibi tarafından malzemenin verilmesi durumunun düzenlenmiş olması göz önünde bulundurulduğunda kural olarak malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı sonucuna ulaşmak daha doğrudur.⁶⁰

Araç ve gereçlerle eserin yapımında kullanılacak malzemeyi birbirinden ayırmak gerekir. Araç ve gereç eser teslim edildikten sonra ondan ayrılabilen ve yüklenicinin mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir. Malzeme ise eserin imalinde kullanılan ve onun içinde kalan hammadde ya da yarı mamul maddedir. Örneğin; Bir ressamın, bir tablonun yapımında kullandığı fırçaları ve paleti ya da bir inşaatın yapımında kullanılan beton kalıpları, tesisat yapı iskeleleri, barakalar, çekiç, testere gibi gereçler genel anlamda araç ve gereçleri; ressamın tablo yapımında kullandığı boyalar; inşaatın yapımında kullanılan demir, çimento, taş, tuğla ise malzemeyi ifade etmektedir.⁶¹

Çalışma araçlarının sağlanmasıyla birlikte masrafları da yükleniciye aittir.⁶²

Yüklenici malzeme ve araçların iyi cinsten olması konusunda satıcı gibi sorumlu olduğu için (BK. md.357/I) bu sorumluluk hem zapta karşı hem ayıba karşı tekeffül kapsar. Zapta karşı tekeffülün eser sözleşmesinde söz konusu olması pek mümkün değildir. Çünkü MK. md.775'de düzenlenmiş olan hukuki taşıyıcı gereğince yüklenicinin kendisine ait olmayan bir malzemeyi işlemesi sonucunda meydana gelen

⁵⁹ EREN, s. 68; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 315.

⁶⁰ BİLGE, s.250; EREN, s. 69; TANDOĞAN, s.105; ERDOĞAN, s. 141; ŞENOCAK, s. 22-23.

⁶¹ TANDOĞAN, s. 102; ARAL, s. 332; EREN, s. 69; DAYINLARLI, s. 45.

⁶² TANDOĞAN, s. 104.

eserin değerinin, malzemenin değerinden daha fazla olması halinde bu eserin mülkiyeti yükleniciye geçmektedir. Bu açıdan hukuki ayıba eser sözleşmesinde pek rastlanmaz.⁶³

Yüklenicinin kullandığı malzemenin ayıplı olmasından satıcı gibi tekeffül ile borçlu olması, aksi kararlaştırılmadıkça orta kaliteden aşağı bir malzeme kullanmamasını gerektirir. Yüklenicinin sağlayacağı malzeme, ayıpsız, iyi cins, dürüstlük kurallarına göre beklenen vasıfları taşıyan, sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun, eserin imaline elverişli ve aksi kararlaştırılmamışsa en az orta kalitede olmalıdır. Orta kalitede malzemeyle kastedilen eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi için gerekli vasıfları taşıyan malzemedir. BK. md. 70 gereğince, yüklenici sözleşmede kararlaştırılan cins ve kaliteden daha aşağı kalitede bir malzeme kullanamaz. Zira yüklenici kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından iş sahibine karşı satıcı gibi tekeffül ile borçludur. (BK. md.357/I). Ayrıca yüklenicinin kaliteli malzeme ve araç kullanması bu borcun ifası için yeterli olmayıp aynı zamanda kaliteli malzemenin amaca uygun olması da gerekmektedir⁶⁴

Malzeme ve araçların iş sahibi tarafından temin edilmesi durumunda ise yüklenici öncelikle malzemenin o eserin meydana getirilmesi için uygun olup olmadığını tespit etmesi ve eğer malzeme ayıplıysa bunu derhal iş sahibine bildirmesi gerekir. Zira iş sahibinin verdiği malzemenin işin yapılmasına engel olup olmadığını objektif özen yükümü gereği kontrol etmek ve gördüğü aksaklığı iş sahibine bildirmek zorunluluğu Yargıtay 15. HD.'nin 28.12.2004 tarihli, E. 2004/2426; K.2004/6805 sayılı kararında vurgulanmıştır.⁶⁵ Eserin meydana getirilmesi için elverişli olduğu tespit edilen malzemenin gereksiz ve aşırı kullanılarak israf edilmemesini ve maliyetin aşırı artmasını engellemelidir. Bununla birlikte malzeme ve araç-gereçleri uygun koşullarda saklamalı; bozulma, tahrip edilme, çalınma gibi zarar verici durumların oluşmasına engel olmalıdır. İş bittikten sonra artan malzeme iş sahibine iade edilmeli ve malzeme kullanımıyla ilgili iş sahibine hesap verilmelidir.⁶⁶

Bu sayılanlardan başka eserin yapımı esnasında da iş sahibinin verdiği malzemenin ayıplı olduğu, sözleşme de kararlaştırılan nitelikte bir eserin meydana

⁶³ BİLGE, s. 250; TANDOĞAN, s. 58; ERDOĞAN, s. 145.

⁶⁴ SELİÇİ, s. 97-99; ARAL, s. 334; ZEVKLİLER- HAVUTÇU, s. 315; CANBOLAT, s. 56-57; TANDOĞAN, s. 57; ARAL, s. 334; GÖKYAYLA, s. 795; BİLGE, s. 250; ÖZ, s. 109; ÖNEN, s. 304.

⁶⁵ DAYINLARLI, s. 46.

⁶⁶ BİLGE, s. 251-252; ARAL, s. 335; KOSTAKOĞLU, s. 354; ÖZ, s. 106; SELİÇİ, s. 102; TANDOĞAN, s. 109-111; GÖKYAYLA, s. 795.

getirilmesine elverişli olmadığı ya da eserin beklenen niteliklerde yapımını tehlikeye sokacak bir durum olduğu yüklenici tarafından tespit edilebilir. Böyle bir durumda yüklenici eserin yapımı sürecinde gerek malzemedeki ayıplar gerekse sözleşmenin zamanında ve gereği gibi ifasına engel olabilecek veya geciktirebilecek her türlü durumu, doğabilecek sonuçları ve zararları da belirtilerek, vakit geçirmeksizin iş sahibine bildirmelidir. Yüklenici işin icrasının her aşamasında bir tehlike olup olmadığını denetlemeli, gerekirse durumun tespiti için uzman kişi bulundurmalıdır (BK. md. 357/3). Zira eserin muhtemel tehlikelerden korunması ve oluşabilecek zararların önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınması da yüklenicinin özen borcunun bir parçasıdır.⁶⁷

Yüklenicinin malzemeyi sigorta ettirme zorunluluğu ise bulunmamaktadır. Ancak taraflar sözleşmeyle aksini kararlaştırmışlarsa ya da bu yönde bir teamül varsa yüklenicinin sigorta yaptırması gerekebilir. Sigorta yapma yükümlülüğünün iş sahibinde olduğu durumlarda malzeme açık veya olağanüstü bir tehlikeye maruzsa, yüklenici iş sahibini durumdan derhal haberdar etmeli, acil durumlarda ise masrafı iş sahibine ait olmak üzere malzemeyi sigorta ettirmelidir.⁶⁸

3. Kontrol ve Bildirim Yükümlülüğü

Yüklenici eserin meydana getirilmesi açısından uzman kişi olması sebebiyle, eserin meydana getirilmesi için önem taşıyan her konuda iş sahibini aydınlatmalı ve gerekirse tavsiyelerde bulunmalıdır. Eserin meydana getirilmesiyle ilgili iş sahibi tarafından verilen talimatlar, seçilen malzemeler, plan ve projeler hakkında yüklenici bilgi vermeli; iş sahibi tarafından verilen yanlış ve tutarsız talimatlar hakkında da iş sahibini uymalıdır. Yüklenicinin ayıp ihbarına rağmen işin devamı konusunda iş sahibi ısrar ederse inşaatın telef olması halinde yüklenicinin özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle sözleşmeden dönme yoluna gidilemez.⁶⁹

Kontrol ve bildirim yükümlülüğü esasen sadakat ve özen borcunun özel bir uygulanış biçimidir. Yüklenici sadece malzemedeki mevcut olan ayıpları ya da kendisine gösterilen arsadaki elverişsizliği değil, eserin tamamlanarak gereği gibi veya zamanında

⁶⁷ ARAL, s. 338; TANDOĞAN, s. 58; GÖKYAYLA, s. 797; BİLGE, s. 251.

⁶⁸ EREN, s. 71; TANDOĞAN, s. 110-111

⁶⁹ EREN, s. 76; KOSTAKOĞLU, s. 355-356.

ifasını tehlikeye sokan diğer bütün durumları da iş sahibine derhal bildirmekle yükümlüdür (BK. md. 357/III). Aksi halde bunun olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Eserin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan durumlara, üçüncü kişilerin müdahalesi veya BK. md. 368'e göre olağanüstü hal sebebiyle telef olma halinde ortaya çıkan durumları örnek göstermek mümkündür.⁷⁰

Yüklenici açısından bildirim yükümlülüğünün doğabilmesi için yüklenicinin kendisinin, yardımcı kişilerin ya da ifa kendisine bırakılan alt yüklenicilerin ihbar edilmesi gereken durumdan haberdar olması gerekir. Bildirilmesi gereken durum açıkça belliyse veya yüklenicinin yapması gereken bir muayeneyle anlaşılabilirse yüklenici durumu bilmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.⁷¹ Ancak yüklenici, ihbar yükümlülüğü altında olduğu ayıp ve durumları başka kaynaklardan öğrenmişse, ihbarda bulunmaması sebebiyle ihbar yükümlülüğüne aykırı davrandığı söylenemez.⁷²

Yüklenici durumu bildirmenin bir yararı olmayacağını örneğin; iş sahibinin konudan haberdar olduğunu ve bu duruma bağlı riski göze almış olduğunu kanıtlayabilirse ihbar yükümlülüğünün olmadığını da kanıtlamış olur.⁷³ Bunun gibi iş sahibinin eserin yapımının tamamını yükleniciye bırakmadan kendi yönetimi altında yan yüklenicilere gördürdüğü hallerde de kontrol ve bildirim yükümlülüğü daha hafiftir. Dürüstlük kuralına göre uzman iş sahibinin eserin icrasını tehlikeye sokan durumu bildiğinin kabulü halinde yüklenicinin kontrol ve bildirim yükümlülüğünden söz edilemez. Buna karşılık iş sahibi uzman kişi değilse yükleniciden kontrol ve bildirim yükümlülüğü açısından daha fazla bir özen beklenecektir.⁷⁴

BK. md. 357/III' de yüklenici işin zamanında ve eksiksiz ifasına engel olacak bütün tehlikeleri derhal iş sahibine bildirmelidir denilerek yüklenicinin bildirim yükümlülüğü geniş bir şekilde düzenlenmiştir. Bu genel bildirim yükümlülüğü dürüstlük kuralı gereğince birçok konuda kontroller yaparak iş sahibine bilgi verme ve kendisinin uzman olmadığı konularda danışman tavsiye etmeyi de kapsar.⁷⁵ Ayrıca iş sahibinin çeşitli talimat ve değişiklik istemleri söz konusu olduğunda, yüklenici iş

⁷⁰ EREN, s. 72; ARAL, s. 336; SELİÇİ, s. 102.

⁷¹ TANDOĞAN, s. 111.

⁷² EREN, s. 72.

⁷³ TANDOĞAN, s. 112.

⁷⁴ SELİÇİ, s. 104.

⁷⁵ SELİÇİ, s. 105.

sahibine danışmanlık yaparak doğabilecek tehlikeler ve zarar konusunda uyarılarda bulunmalıdır.⁷⁶

Bildirim açık olmalıdır. Yüklenici iş sahibinin talimatına uyulması durumunda oluşabilecek zararları belirterek, iş sahibinin buna rağmen talimatın yerine getirilmesi konusunda ısrar etmesi halinde doğabilecek riskleri kendi üzerine almış olacağını ve yüklenicinin bu zararlardan sorumlu tutulamayacağını belirtmelidir. Ayrıca eserin telef olması söz konusu olursa yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere dâhil olmayan masraflarını iş sahibinden isteyebilir (BK. md. 368/III).⁷⁷

İhbar yüklenici ya da yetkili temsilcisi tarafından, bizzat iş sahibine ya da yetkili temsilcisine yapılır. Yüklenici gerekli ihbarı yaptıktan sonra iş sahibinin işin devam edip etmemesi konusundaki kararını beklemek zorundadır. Benzer işlerde diğer bir yüklenicinin her türlü özene rağmen zararlı sonucun oluşabileceğini öngörüp görememesi bildirim yükünün sınırını oluşturur. Her türlü özene rağmen zararlı sonucun öngörülmesi imkânı olmaması halinde yüklenici sorumluluktan kurtulur.⁷⁸

Yüklenicinin zamanında ihbarı sonucunda iş sahibi yüklenicinin zararını tazmin ederek sözleşmeyi feshedebilir ya da işe devam edilmesi için ısrar edebilir. Yüklenicinin ihbarına rağmen iş sahibinin işe devam edilmesi konusunda ısrar etmesi hasarın iş sahibine geçmesi sonucunu doğurur.⁷⁹

Bazı durumlarda ise alt yüklenici ya da yan yüklenicilerin önceki yüklenicinin işini kontrol ve bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Çünkü eserin imali belirli bir sıraya göre edimlerin birbirine eklemesiyle gerçekleşiyor olabilir. Bu durumda da önceki edimin bozukluğu sonraki edimin bozukluğuna yol açabilir. Örneğin; duvar düzgün örülmemişse sıva da düzgün olmayacaktır. Bu sebeple önceki edimin bozukluğu sonraki edimin bozukluğuna yol açacaksa, sonraki edim borçlusu yüklenici önceki edimin kendi edimini yerine getirmesi için uygun olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde iş sahibine durumu bildirmelidir.⁸⁰

Eserin tamamlanmasını imkânsız kılacak bir tehlike olması durumunda, yüklenici bu durumu da derhal iş sahibine bildirmelidir. Aksi halde imkânsızlık

⁷⁶ ARAL, s. 335; ZEVKLİLER- HAVUTÇU, s. 315; SELİÇİ, s. 107.

⁷⁷ ZEVKLİLER-HAVUTÇU, s. 315;SELİÇİ, s. 107.

⁷⁸ EREN, s. 72; SELİÇİ, s. 108.

⁷⁹ TANDOĞAN, s. 112; ZEVKLİLER-HAVUTÇU, s. 315.

⁸⁰ SELİÇİ, s. 108-109.

nedeniyle ortaya çıkan zarara katlanmak zorunda kalır.⁸¹ Yüklenicinin ihbar yükümlülüğüne aykırı davranışı BK. md. 96 ve BK. md. 357/III gereğince sorumlu tutulmasına sebep olur. BK. md. 357/III' de özel olarak düzenlenen kontrol ve bildirim yükümlülüğü yüklenicinin özen ve sadakat borcunun uzantısı niteliğindedir.⁸²

4. Yüklenicinin Sadakat Borcu

Sadakat borcu en sade tanımıyla; iş sahibinin yararına hareket edip, zararına sebep olabilecek davranışlardan kaçınmak anlamına gelmektedir. Bu açıdan sadakat borcu hem yapma hem yapmama borcu içermesi sebebiyle çift karakterli bir niteliğe sahiptir ve özen borcundan daha geniş bir anlam taşır.⁸³ BK' da eser sözleşmesiyle ilgili hükümlere bakıldığında sadakat yükümlülüğünün ayrıca ve açıkça düzenlenmediği görülür.⁸⁴ Ancak iş görme sözleşmelerinden olan vekâlet sözleşmesi için BK. md.390'da öngörülmüş olan sadakat borcunun, BK.md.386/2 gereğince diğer bir iş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesi için de kanunen sadakat borcunun mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.⁸⁵ Bununla birlikte yüklenicinin işi sadakatle yerine getirme zorunluluğu gerek dürüstlük kuralı (MK. md. 2) gerekse eser sözleşmesinin iş görme sözleşmeleri grubuna dâhil olması ve iş görme sözleşmelerinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin daha sıkı olmasından ileri gelmektedir.⁸⁶

Yüklenici iş görme borcunu yerine getirirken iş sahibinin çıkarlarını korumak zorundadır. Çünkü eser sahibi için öncelikli olan eserden sağlayacağı menfaattir ve yüklenici de bu menfaate uygun şekilde hareket etmek zorundadır.⁸⁷ Bu zorunluluk sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir ve sözleşmenin kurulması aşamasından önce başlayarak eserin ayıpsız ve zamanında ifasından sonra dahi devam eder. Yani yüklenici teslimle (ifayla) sadakat borcundan kurtulmuş olmaz. İfadan sonra dahi yüklenici, iş

⁸¹ BUZ, Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, SBFĐ., C. 49, Ocak- Haziran 1994, S. 1-2, s. 31.

⁸² ARAL, s. 336.

⁸³ SELİÇİ, s. 86; TANDOĞAN, s. 49; ARAL, s. 337.

⁸⁴ 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Borçlar Kanunu md. 471' de "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." denilmek suretiyle, 818 sayılı Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak sadakat yükümlülüğü ayrıca ve açıkça düzenlenmiştir.

⁸⁵ YAVUZ, s. 505; CANBOLAT, s. 51.

⁸⁶ TANDOĞAN, s. 48; ARAL, s. 337; SELİÇİ, s.86; ÖZ, s. 108; GÖKYAYLA, s. 785, 786;

⁸⁷ DAYINLARLI, Kemal, İstisna Akdinde Yüklenicinin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 34.

sahibinin sırlarını saklamakla, menfaatlerini zedeleyecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdür.⁸⁸

Sadakat borcu ile özen borcu birbiriyle sıkı bir ilişki içerisinde. Sadakat ve özen borcu arasındaki bu sıkı ilişki en çok sözleşmenin ifası sırasında kendini göstermektedir.⁸⁹

Sadakat borcu özen borcundan daha geniş kapsamlı olup aslında özen borcu, sadakat borcunun bir sonucunu yansıtmaktadır. Bu açıdan sözleşmenin şartlarına uygun olarak gereği gibi ifası için yüklenicinin, iş sahibini sözleşmenin hemen her aşamasında uyarma ve bildirim yükümlülükleri de sadakat borcundan kaynaklanmaktadır. Örneğin; söz konusu eserin yapımı için kullanılacak olan malzemenin iş sahibi tarafından karşılandığı durumlarda, malzemenin o iş için uygun kalitede olup olmadığını bildirmesi ve bu konuda iş sahibini uyarması, eser meydana getirilirken iş sahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerini ihlal edecek davranışlardan kaçınması, iş sahibine eserin kullanılması ve bakımıyla ilgili gerekli bilgileri vermesi yüklenicinin sadakat yükümlülüğünden ileri gelmektedir. Ayrıca yüklenici malzemeyi idareli kullanarak artan kısmı iş sahibine teslim etmek zorundadır. Bundan başka, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edilmesini engelleyecek, talimatları söz konusu olursa yüklenici iş sahibini bu durumda da uymalıdır.⁹⁰

Yüklenici iş sahibine ait öğrendiği sırları, bilgi ve kararları saklı tutmalı, eserin yapımı için kendisine verilmiş olan plan, proje, çizim, buluş ve yeni fikirleri patent hakkına konu olsa da olmasa da saklı tutmalı, başka eserlerin imalinde ne kendi ne de başkasının hesabına kullanmamalıdır. Aksi davranışı yalnızca iş sahibine karşı sadakat yükümlülüğüne aykırılığı değil, aynı zamanda plan ya da projeyi yapan mimar ya da teknisyenin de telif haklarına aykırılık sebebiyle yüklenicinin sorumluluğu sonucunu doğurur. Yüklenicinin bu yükümlülüğü eser sözleşmesi sona erdikten sonra da devam eder.⁹¹

İstisna sözleşmesinin konusu olan eser, sözleşme şartlarına uygun olarak, belirtilen yer ve zamanda teslim edilmiş dahi olsa, yüklenicinin sadakat yükümlülüğüne

⁸⁸ SELİÇİ, s. 86; ŞENOCAK, s. 29; GÖKYAYLA, s. 786.

⁸⁹ GÖKYAYLA, s. 787; SELİÇİ, s. 87.

⁹⁰ TANDOĞAN, s. 49; YAVUZ, s. 505-506; ŞENOCAK, s. 29-30; DUMAN, İlker Hasan, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 43-44, İstanbul, 2005.

⁹¹ SELİÇİ, s. 87; YAVUZ, s. 506; EREN, s. 77; DAYINLARLI, s. 36; ÖZ, s. 108.

aykırı davranması sebebiyle bir zarar oluşmuşsa; oluşan bu zararı, yüklenici tazmin etmekle yükümlüdür. Eserin tesliminden önceki aşamada da yüklenicinin sadakat yükümlüğüne aykırı davranışları söz konusuysa iş sahibi, şartları oluştuğunda, BK' da özel olarak düzenlenmiş hükümlere başvurabilir (BK md. 369, 358, 106).⁹² Bununla birlikte iş sahibi açısından zararlı bir sonuç meydana gelmese bile yüklenici sadakat yükümüne aykırı olarak bir fayda elde etmiş ise, elde etmiş olduğu bu faydayı iş sahibine vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iade etmesi gerektiği ileri sürülmüştür.⁹³

5. Yüklenicinin Özen Borcu

a. Genel Olarak

Özen yükümlülüğü, sadakat yükümlülüğünün eser sözleşmesinde somut olarak görünümüdür. Eser sözleşmesinde özen borcu daha genel bir niteliğe sahiptir ve bu niteliği sebebiyle diğer borçlardan ayrılır. Özen borcunun bu genel niteliğinin anlamı, yüklenicinin sözleşmenin her aşamasında işini özenle yapması, hatta daha sözleşme kurulmadan önce dahi birtakım araştırma ve çalışmaları yapması gerekliliğidir. Eserin imalinin her aşamasında yüklenicinin yerine getirmek zorunda olduğu borçlarına bağlı olarak özen borcu ortaya çıkmaktadır.⁹⁴ Yüklenicinin iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisi gereği, tek sorumluluğu eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek olmayıp, aynı zamanda iş sahibinin menfaatlerini de korumalıdır.⁹⁵

Ayıba karşı tekeffül hükümleri yüklenicinin, işin sonucundan sorumlu tutulmasını sağlarken, özen borcu eser sözleşmesinin her aşamasında işin niteliği gereği yerine getirilmesi gereken ve sonuç sorumluluğuyla karşılanamayan bir borçtur.⁹⁶ Zira eserin ayıplı olması özen yükümlülüğü ile doğrudan ilgili olmayıp gereği gibi ifa etmeme ile ilgilidir.

BK. md.356/1'de yüklenicinin genel özen yükümlülüğü, hizmet sözleşmesinde işçinin özen yükümlülüğünün düzenlendiği BK. md.321'e yollama yapılarak

⁹² TANDOĞAN, s. 51; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 313; GÖKYAYLA, s. 787.

⁹³ ÖZ, s. 108; TANDOĞAN, s. 50,51.

⁹⁴ ERDOĞAN, s. 142; GÖKYAYLA, s. 788.

⁹⁵ EREN, s. 73; BAYGIN, Cem, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler İstanbul, 1999, s. 25.

⁹⁶ TANDOĞAN, s. 51.

düzenlenmiştir.⁹⁷ BK. md.356/1’de yüklenici için öngörülen özen yükümlülüğü için “umumi surette” denilerek yüklenicinin genellikle işçiden beklenen özeni göstermekle yükümlü olduğu ancak eser sözleşmesi için özel durumların söz konusu olabileceği işaret edilmiştir.⁹⁸ Yani yüklenici üstlendiği işi yerine getirirken hizmet sözleşmesinin tarafı olan işçinin göstereceği özeni göstermekle yükümlüdür. Ancak işçi hizmet edimini borçlanırken yüklenici bir sonucu (eser meydana getirme) borçlanmaktadır. Bununla birlikte eser sözleşmesi ve hizmet sözleşmesinin arasındaki farklar, yüklenicinin mesleki açıdan uzman kişi olması sebebiyle işten daha iyi anlaması ve iş sahibinin emir ve talimatlarından daha bağımsız olarak çalışması sebebiyle işçiden daha fazla özen göstermesi gerekeceği ve işçiden beklenen özen ile yükleniciden beklenen özenin aynı derecede olduğunu kabulün güç olacağı ileri sürülmüştür.⁹⁹ Dolayısıyla yüklenicinin özen borcu işçinin özen borcuna oranla daha katı olmalı ve kurallara bağlanmalı, yüklenicinin bir işçiden daha fazla özen göstermesi istenmeli ve beklenmelidir.

Yüklenici eseri meydana getirirken ve bu eseri iş sahibine teslim ederken, diğer yüklenicilerin de üstlendiği ve benzer işlerde geçerli olan kurallara göre beklenen her türlü dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Bununla birlikte söz konusu işte egemen olan anlayışa göre, makul ve dürüst bir yükleniciden beklenen her türlü dikkat, çaba ve titizliği göstermeli, bilim ve teknik kurallarına uymalıdır. Yükleniciden beklenen o alanda yetenekli ve becerikli bir meslek adamının göstereceği özendir. Yüklenicinin göstermek zorunda olduğu bu özene “objektif özen” (objektiv gebotene sorgfalt) denilmektedir.¹⁰⁰

Buna karşın bazı işlerde subjektif ölçütlerin esas alınması gerekebilir. Örneğin; bir heykel tıraşın yapacağı büst ya da bir ressamın hazırlayacağı tabloda özen borcunun

⁹⁷ 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Borçlar Kanun’unda, 818 sayılı Borçlar Kanun’undan farklı olarak yüklenicinin özen yükümlülüğü düzenlenirken işçinin özen yükümlülüğünün düzenlendiği hükümlere yollama yapılmamıştır. 6098 sayılı BK. md. 471/II’ de “Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslekî ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.” Kanun koyucu bu hükümle doktrindeki haklı eleştirileri de göz önüne alarak yüklenicinin özen borcunun ölçüsü belirlerken objektif özen yükümlülüğünü esas alma yolunu seçmiştir.

⁹⁸ ARAL, s. 336; TANDOĞAN, s. 54; SELİÇİ, s. 93; GÖKYAYLA, s.789; KOSTAKOĞLU, s. 353.

⁹⁹ CANBOLAT, s. 47; TANDOĞAN, s. 54; EREN, s. 74; BİLGE, s. 249. ARAL, s. 336; SELİÇİ, s. 93; GÖKYAYLA, s.790.

¹⁰⁰ ARAL, s. 336; EREN, s. 74; GÖKYAYLA, s. 790; CANBOLAT, s. 47; BAYGIN, s. 25.

ölçüsü daha çok subjektiftir.¹⁰¹ Bir diğer ifadeye göre ise yüklenici edimini yerine getirirken, borcunun ifası için zorunlu olan irade azim, özen ve dikkat gibi subjektif unsurların yanında, söz konusu iş için bulunması gerekli olan bedeni ve fikri özelliklerin tamamı yüklenicinin özen borcunu oluşturur. Bu özelliklerin tamamı bir arada bulunmalıdır. Yani somut olayın özelliklerine göre ve objektif kıstaslar çerçevesinde yüklenicinin göstermesi gereken özenin sınırları belirlenecektir.¹⁰²

Eser sözleşmesinde özen yükümlülüğünün önemine binaen aşağıda yüklenicinin özen yükümlülüğü eser sözleşmesinin her aşamasında ayrı ayrı incelenecektir.

b. Eserin Meydana Getirilmesi Aşamasından Önceki Dönemde Özen

Borcu

Yüklenici bir işi üstlenmeden önce gerekli araştırma ve incelemeleri yapmalıdır. Bu araştırma ve incelemeleri yaparken kendisinin ve yardımcılarının mesleki bilgi, tecrübe ve yeterliliğini, uzmanlığını, mali gücünü objektif olarak değerlendirmeli; yeterli olduğu kanaatine varırsa işi üstlenmelidir. Örneğin; büyük işlerin altından kalkacak kadar yeterli mali gücü olmayan bir yüklenicinin büyük bir hastane ya da bir baraj yapımını üstlenmemesi gerekir.¹⁰³

Yüklenici ayrıca üstlendiği işin yapımına engel olabilecek fiili ve hukuki engeller olup olmadığını da araştırmalıdır. Malzeme ve araçların iş sahibi tarafından karşılanması durumunda da, yüklenici daha işi almadan önce ne kadar malzeme ve araç-gereç gerekeceği, bu malzeme ve araç-gereçlerin hangi kalitede olması gerektiğini doğru bir şekilde belirlemelidir. Örneğin; yüklenici yapımını üstlendiği eserin tahsis edileceği amaca hizmet eder nitelikte olup olmayacağını, eserin yapımında kullanılacak olan malzemenin, yapımı istenilen eserin meydana getirilmesi için yeterli kalitede ve miktarda olup olmadığını araştırmalı, gerekli incelemelerde bulunarak iş sahibini uyarmalıdır. Bunun gibi plan, proje kontrolü, arazinin eserin yapımına elverişli olup olmadığı gibi ön şartları da incelemelidir.¹⁰⁴ Aksi halde yüklenici kendi bilgi, becerisinin ve mali imkânlarının üstlendiği iş için yeterli ve elverişli olmadığını fark

¹⁰¹ GÖKYAYLA, s. 790.

¹⁰² ERDOĞAN, s. 142; ŞENOCAK, s. 28.

¹⁰³ ARAL, s. 338; TANDOĞAN, s. 56; DAYINLARLI, s. 37; GÖKYAYLA, s. 791; EREN, s. 77.

¹⁰⁴ GÖKYAYLA, s. 791; ÖZ, s. 106; DAYINLARLI, s. 40.

etmediğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.¹⁰⁵ Çünkü özen borcu daha önce de belirtildiği gibi objektif bir yükümlülüktür.

c. Eserin Meydana Getirilmesi Aşamasında Özen Borcu

Yüklenici yalnızca işin başında birtakım inceleme ve araştırmalar yaparak özen borcunu yerine getirmiş olmaz. Yüklenici işin tamamlanmasına kadar gerekli bilgi, beceri ve teknik esaslara uygun davranmak zorunda olduğu için özen yükümlülüğü işin üstlenilmesinden eserin teslim edilmesine kadar devam edecektir.¹⁰⁶

Yüklenici her şeyden önce eser meydana getirilirken iş sahibinin kişisel ve malvarlığı değerlerini, vücut bütünlüğü, sağlık, yaşama hakkı gibi değerlerini korumakla ve bu konuda gerekli tedbirleri almakla ve bunları ihlal edecek her türlü yapma ve yapmama fiillerinden kaçınmakla yükümlüdür. Ayrıca tehlikeli işler söz konusu olduğunda ya da tehlikeli araçlar kullanılırken yalnızca iş sahibi için değil üçüncü kişiler için de koruyucu tedbirler alınmalıdır. Örneğin; arsa kazılması esnasında ya da bir yapıda çeşitli tadilatlar yapılırken komşu arsaya ya da komşu binalara zarar verilmemesi için gerekli çalışmaların yapılmasına dikkat edilmelidir. Bunun gibi bir kuaför müşterisinin saçlarını keserken ya da bir organizatör havai fişek gösterisi yaparken müşterisinin ve izleyicilerin zarar görmemelerini sağlamalıdır.¹⁰⁷

Yüklenici daha önce denenmemiş bir mesleki veya teknik kuralı iş sahibinin olurlarını alarak denemişse özen borcuna aykırı davrandığından söz edilemez. Ancak iş sahibinin izni alınmamışsa bu durum özen borcuna aykırıdır. Bununla birlikte masraftan kaçınma gibi çeşitli sebeplerle uygulana gelen ve doğruluğu kabul edilmiş kurallardan haricindeki fiili kurallar mesleki ve teknik kural sayılmazlar.¹⁰⁸

¹⁰⁵ GÖKYAYLA, s. 791.

¹⁰⁶ KOSTAKOĞLU, Cengiz, İhtihatlî İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008, s. 355;

GÖKYAYLA, s. 792.

¹⁰⁷ ARAL, s. 338; EREN, s. 76; GÖKYAYLA, s. 793

¹⁰⁸ TANDOĞAN, s. 55; GÖKYAYLA, s. 792

d. Eserin Meydana Getirilmesinden Sonraki Aşamada Özen Borcu

Yüklenici, eseri tamamlar tamamlamaz yani vaktinden önce teslim edebilir (BK. md.80). Bazı durumlarda ise tarafların anlaşması sonucunda sözleşme hükümlerine göre ya da işin niteliği gereği, yüklenicinin vaktinden önce teslim borcunu ifa etmesi söz konusu olmayabilir. Bu durumlarda eser tamamlanmış olup henüz iş sahibine teslim edilmediği için, yüklenicinin özen yükümlülüğü teslim kadar sürmektedir. Çünkü yüklenicinin eseri tamamlamış olması özen yükümlülüğünün sona ermesi anlamına gelmez. Eser teslim edilene kadar yüklenicinin tasarruf alanında kalacaktır ve bu sebeple bu süreç içerisinde eser, uygun koşullarda muhafaza edilerek, niteliğine ve değerine zarar gelmeyecek şekilde saklanmalıdır. Bu yüklenicinin ifaya yardımcı koruma tedbirlerini alma yükümlülüğünün bir gereğidir.¹⁰⁹

Bununla birlikte eser teslim edilirken eserin bakımı ve kullanımı hakkında iş sahibi bilgilendirilmeli ve gerekli tavsiyelerde bulunulmalıdır.¹¹⁰ Böylelikle yanlış kullanım sebebiyle oluşabilecek zararların da önüne geçilmiş olacaktır.

Özetle; yüklenicinin özen yükümlülüğü işin icrasının her aşamasına yayılmış ve eserin tamamlanıp teslimine kadar devam eden geniş kapsamlı bir yükümlülüktür. Yüklenici, işin üstlenilmesi, bizzat ve kendi yönetimi altında ifa edilmesi, işin icrasını tehlikeye düşürebilecek durumlar olup olmadığını denetleyerek böyle bir durumun söz konusu olması halinde bunun derhal iş sahibine bildirmesi, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme, araç ve gereçleri özenle kullanma ve koruma yükümlülükleri altındadır. Söz konusu bu özen yükümlülüğü iş daha üstlenilmeden başlar ve eserin tamamlanarak teslim edilmesine kadar sürer.

B. Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu

Eser sözleşmesinde yüklenici bir eseri imal etmek ve sonuçta teslim etmekle yükümlüdür. Eserin teslimine ilişkin sorumluluk halleri ve iş sahibinin haklarıyla ilgili hükümler satım sözleşmesinde olduğu gibi sadece teslim (mülkiyetin geçirilmesine) ilişkin değildir. Yüklenicinin edim yükümlülüğü tek değil, bilakis yapma ve verme

¹⁰⁹ GÖKYAYLA, s. 798; EREN, s. 76.

¹¹⁰ ARAL, s. 338; TANDOĞAN, s. 60; DAYINLARLI, s. 37; GÖKYAYLA, s. 798.

niteliğinde olan farklı iki edimdir. Yüklenicinin bu edimleri dışında imale ilişkin diğer edimleri de bulunmaktadır.¹¹¹

Eserin meydana getirilmesi bir iş görme edimi ve iş görme sonucudur. Borcun bir eserin teslimini içermesi ve mülkiyetin nakli borcu kavramları birbirinden farklıdır ve birbirine karıştırılmamalıdır. Yüklenici eserin teslimi borcunu imal etme çerçevesinde borçlanır. Bunu, yüklenici hem sonucu hem de iş görmeyi borçlanmaktadır şeklinde açıklayabiliriz. Yani yüklenici imalin sonucunu taahhüt etmektedir.¹¹²

Yüklenicinin imal yükümlülüğü kavramını bir eserin imali kavramı takip eder. Yüklenici sadece iş görmeyi borçlanmaz. Bilakis iş görmenin sonucunu da borçlanır. Buna bağlı olarak da eserin teslimi kavramı söz konusu olur.¹¹³ Eser sözleşmesinde yüklenici eseri teslim borcunu da üstlenmiştir. Bu istisna sözleşmesinin nihai amacıdır.¹¹⁴

İstisna sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olsa da, ön planda olan çalışmanın kendisi değil bu çalışma sonucunda ortaya çıkan sonuçtur.¹¹⁵ Ancak eserin meydana getirilmesi safhasında da yüklenicinin davranışları hukuksal sonuçlara bağlanmıştır. Çünkü meydana getirme faaliyetleri teslim etme borcunun gereği gibi ifa etmesi amacına hizmet etmektedir.

Eser sözleşmesiyle belli bir sonucun elde edilmesi kararlaştırılmaktadır ve söz konusu eser ortaya çıkmadıkça yüklenicinin sorumluluğu devam eder. İmal edilen eser iş sahibine teslim edilmekle yüklenici borcunu ifa etmiş olmaktadır.¹¹⁶

Yüklenicinin eseri teslim borcu kanunda açıkça düzenlenmemiştir. İşin niteliği gereği yüklenicinin teslim borcu olduğu kabul edilir. Zira eser sözleşmesine ilişkin çeşitli hükümlerde de (BK. md. 358/I “...teslim için tayin edilen zaman...”, BK. md. 359/I “İmal olunan şeyin tesliminden sonra...”, BK. md. 360/I “...imal olunan şeyin tesliminden sonra...” , BK. md. 362, “...sarahatan veya zımnen kabulü...” BK. md.

¹¹¹ GAUCH, N. 622; NICKLAUS, s. 3.

¹¹² NICKLAUS, s. 3

¹¹³ NICKLAUS, s. 4

¹¹⁴ NICKLAUS, s. 9; ŞENOCAK, s. 26.

¹¹⁵ TANDOĞAN, s.1; YÜCEL, s. 781.

¹¹⁶ TANDOĞAN, s. 26; ERDOĞAN; s. 137; EREN, s. 72; SELİMOĞLU, s. 90.

363/III “...tesellüm zamanından...”, BK. md. 364 “İşin parası, teslim zamanında ödenir.”) yüklenicinin teslim borcu görülmektedir.¹¹⁷

Eserin teslim edilebilmesi için her şeyden önce tamamlanmış olması gerekir. İş sahibi tamamlanmamış bir eseri kabule zorlanamaz.¹¹⁸ Yüklenicinin sözleşmenin ifası amacıyla, iş sahibinin eser üzerinde zilyet olmasını sağlayarak eseri onun tasarruf altına bırakmasıyla teslim gerçekleşir.¹¹⁹

Yüklenicinin teslim borcunun karşılığı iş sahibinin eseri teslim alma (tesellüm) borcudur. Teslim alma borcunu ‘kabul’ ile karıştırmamak gerekir. Kabul bir irade beyanıdır.¹²⁰

Eserin teslim edileceği yer taraf iradelerine göre belirlenir (BK. md. 73). Sözleşmede bu husus kararlaştırılmamışsa, eser bir taşınmazsa taşınmazın bulunduğu yer teslim yeridir.¹²¹ Taşınırlarda ise, yüklenici iş sahibinin bıraktığı taşınır eşyayı tamir ya da işlemek borcu altındaysa eseri iş sahibi aramalıdır. Eğer yüklenici kendi malzemesiyle bir taşınır meydana getiriyorsa eseri iş sahibi götürmeli ya da masraf ve hasarı kendisine ait olmak üzere göndermelidir.¹²²

Taraflar teslim için bir süre tayin etmişlerse, o tarihte; her hangi bir süre kararlaştırmamışlarsa işin niteliğine ve tarafların farazi iradelerine göre teslim zamanı belirlenecektir.¹²³

Teslim ile yarar ve hasar iş sahibine geçer; iş sahibinin eseri muayene ve ihbar külfeti doğar; ayba karşı tekeffülden doğan davaların tabi olduğu zamanaşımı süreleri işlemeye başlar ve yüklenicinin ücret alacağı muaccel olur.¹²⁴

¹¹⁷ CANBOLAT, s. 58; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 312; TURANBOY, Asuman, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, s. 154; ARAL, s. 348; TANDOĞAN, s. 124; EREN, s. 72.

¹¹⁸ SELİÇİ, s. 37; EREN, s. 72; CANBOLAT, s. 59; ARAL, s. 349.

¹¹⁹ TURANBOY, s. 154; ARAL, s. 348; SELİÇİ, s. 35; ZEVKLİLER/ HAVUTÇU, s. 311.

¹²⁰ EREN, s. 72; CANBOLAT, s. 60.

¹²¹ TANDOĞAN, s. 128; TURANBOY, s. 155; ARAL, s. 349.

¹²² TANDOĞAN, s. 128; CANBOLAT, s. 64.

¹²³ ARAL, s. 350; EREN, s. 73

¹²⁴ ARAL, s. 350; EREN, s. 73; Ayrıca bkz. SOYSAL, Çiğdem, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin de Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdünün Sonuçları, PARADOKS, Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, (e-dergi), <http://www.paradoks.org>, S. 2 (06.08.2010).

C. Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Yüklenici, eser sözleşmesinde eserin eksiksiz ve vaktinde teslim edilmesinden kesin suretle sorumlu tutulmuştur. Bu sebeple eserin eksiksiz ve vaktinde teslimi borcu, yüklenicinin sonuç sorumluluğunun ayrıcı niteliğini ortaya koymaktadır.¹²⁵ Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eseri teslim etmesiyle birlikte, artık yüklenici işin sonucundan sorumlu tutulabilmekte yani ayıba karşı tekeffül hükümleri şartları oluştuğunda uygulama alanı bulabilmektedir.

Meydana getirilen eser sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımayan, ayıplı bir eserse yüklenici edim borcuna aykırı bir davranış içerisinde. Yüklenicinin ayıpsız eserin teslimi konusundaki asli edim yükümlülüğünün ihlali ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu doğurur.¹²⁶

Eserin ayıplı olması durumunda iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde olmayan eseri teslim almaktan imtina edebilir. Böyle bir durumda iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş olmaz. Bununla birlikte İş sahibi şartları oluştuğunda yükleniciyi borçlu temerrüdüne düşürmek suretiyle BK. md. 106 vd. hükümlerine başvurabilir.¹²⁷

Ayıba karşı tekeffülün ilk şartı tamamlanarak eserin teslim edilmiş olmasıdır. Sözleşmeye göre kararlaştırılan bütün çalışmalar bitmediyse eser tamamlanmamıştır ve ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulanamaz. Bu nedenle ayıplı da olsa eserin tamamlanarak teslim edilmiş olması gerekir.¹²⁸

Ayıba karşı tekeffülün ikinci şartı ise teslim edilen eserin ayıplı olmasıdır. Ayıp ile kastedilen meydana getirilen eserin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşıması ya da eserde bulunması gereken niteliklerin bulunmamasıdır.¹²⁹ Örneğin, tesisatın ısıtma derecesi olarak sözleşme ile belirlenen dereceye ulaşmaması halinde sözleşme ile kararlaştırılan vasıf eksikliği durumu söz konusudur. Buna karşın yeni yapılan bir evin çatısının akması halinde ise lüzumlu vasıflarda eksiklikten söz edilir. Bu noktada ifade

¹²⁵ SELİÇİ, s. 87; UÇAR, s. 36; TANDOĞAN, s. 160; GÖKYAYLA, s. 788.

¹²⁶ SELİÇİ, s. 128; UÇAR, s. 36.

¹²⁷ UÇAR, s. 36; SELİÇİ, s. 128.

¹²⁸ TANDOĞAN, s. 160; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 316.

¹²⁹ CANBOLAT, s. 65; TANDOĞAN, s. 161; EREN, s. 78; SELİÇİ, S. 136; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 109; TURANBOY, s. 158; ALTAŞ, s. 207.

edilmesi gereken bir husus da ayıp çeşitleridir. Buna göre maddi-hukuki, açık- gizli ve önemli-önemsiz ayıp ayırımı yapılabilir.¹³⁰

Ayıba karşı tekeffülün son şartı ise iş sahibi tarafından muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesidir. İş sahibi işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri muayene etmek ve bulduğu ayıpları yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi halde iş sahibi esere muvafakat etmiş sayılacak ve yüklenicinin sorumluluğu ortadan kalkacaktır (BK. md. 362/II).¹³¹

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları BK. md. 360'da düzenlenmiştir. Muayene ve ihbar külfetlerini yerine getiren iş sahibi, şartların oluşmasıyla sözleşmeden dönme (kabulden kaçınma), eserin düzeltilmesi (tamir ve ıslah) ya da ücretin indirilmesini talep edebilecektir. Bu seçimlik haklarla birlikte yüklenicinin kusurunun bulunması durumunda, iş sahibi eserdeki ayıplardan kaynaklanan zararların tazminini de talep edebilecektir.¹³²

Ayıplı teslim söz konusu olduğunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin yanı sıra, ayıptan ileri gelmeyen ancak özen yükümlülüğüne aykırılık sonucunda doğmuş zararlar mevcut olabilir. Böyle bir durumda ayıba karşı tekeffül hükümleriyle birlikte özensizlik sebebiyle de yüklenici sorumlu tutulabilecektir. Ancak ayıba karşı tekeffül hükümleri, özen sorumluluğuna göre daha özel mahiyettedir ve özen sorumluluğunu da kapsar. Özel hükümler genel hükümlerin uygulanmasını engellediği için özen borcuna aykırılık bir bozukluk (ayıp) olarak ortaya çıkıyorsa, iş sahibi özen borcuna aykırılık sebebiyle zararın tazminini isteyemez. Bu sebeple ayıp özensizlik sonucu oluşsa da ancak ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre tazminat talep edilebilecektir.¹³³

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, s. 74-79.

¹³¹ ERDOĞAN, s. 148; SELİÇİ, s. 145; CANBOLAT, s. 82; KARAHASAN, s. 269; TURANBOY, s. 163; ŞENOCAK, s. 128.

¹³² Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, s. 97 vd; UÇAR, s. 171; SELİÇİ, s. 185; TANDOĞAN, s. 176-177; ARAL, s. 361 vd.

¹³³ CANBOLAT, s. 49-50; GÖKYAYLA, s. 788; SELİÇİ, s. 89; TANDOĞAN, s.53; ZEVLİLER/HAVUTÇU, s. 317.

II. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcu

A. Genel Olarak

Borçlar Kanunu md. 358/I'de yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak eserin icra faaliyetlerini yavaş yürütmesi ve ertelemesinden doğan sorumluluğu düzenlenirken, BK md. 358/II' de ise eserin imali aşamasında yüklenicinin kusuru sebebiyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağı kesin olarak tahmin edilmesi halinde yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir.¹³⁴

Yüklenicinin borcu henüz muaccel olmadan, bazı şartların gerçekleşmesiyle BK. md. 358/I'e¹³⁵ göre iş sahibine dönme hakkı tanınmaktadır. Çünkü eser sözleşmesinde yüklenici tarafından sadece eserin teslimi değil, eserin meydana getirilmesi de borçlanılmaktadır. Buradan hareketle BK. md. 358/I'de eserin meydana getirilmesi aşamasındaki temerrüdün, başka bir ifadeyle eserin tesliminden önceki temerrüdün düzenlendiği söylenebilir.¹³⁶

Borçlar Kanunu md. 358/I'de dönme hakkının yanı sıra şartların oluşmasıyla teslim zamanını beklemeksizin iş sahibine daha imal aşamasında diğer bazı imkânlar da tanınmaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre BK. md. 358/I hükmü ile yüklenicinin teslimden önceki gecikmesi sebebiyle iş sahibine erken dönme hakkı tanınmakta ve bu hükmün işin icrasında temerrüde ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Bu sebeple temerrüdün şartlarının eksik düzenlendiği bu hüküm BK. 101-108'deki genel hükümlerle tamamlanmalıdır.¹³⁷

¹³⁴ KARAHASAN, Mustafa Reşit, İnşaat, İmar, İhale Hukuku, İstanbul, 1997, s. 251-252; ARAL, s. 346; ZEVLİLİLER/HAVUTÇU, s. 316; AYAN, s. 323 vd; ERMAN, s. 69 vd.

¹³⁵ Söz konusu hüküm, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda md. 473'ü karşılamaktadır. "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir."

¹³⁶ TANDOĞAN, s. 113; ALTAŞ, s. 98.

¹³⁷ ZINDEL/PULVER, Art. 366, N. 1; TANDOĞAN, s. 113; OLGAC, s. 460; SELİÇİ, s. 22; EREN, s. 78; ALTAŞ (Sözleşmeden Dönme), s. 98 vd, BAYGIN, s. 27; ŞENOCAK, s. 25; KAPLAN, s. 6; YAVUZ, s. 519.

B. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Yürütme Borcunun Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi aşaması ve ifaya hazırlık çalışmaları özel bir öneme sahiptir. Eserin meydana getirilmesinin belli bir süreyi gerektirmesi sebebiyle yüklenicinin eserin meydana getirilerek teslim edilmesini tehlikeye sokacak davranışları söz konusu olabilmektedir. Bu gibi durumları engellemek için kanun koyucu bu aşamaya ilişkin özel bir hüküm getirerek iş sahibine ileri sürebileceği bazı haklar tanımıştır.¹³⁸

BK. md. 358/I'e göre "Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir." Burada düzenlenen işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu yüklenicinin asli edim yükümlülüklerindedir. Yüklenici, hüküm gereğince işe sözleşmeye uygun olarak başlamalı, işi yapmayı düzenli sürdürerek eseri meydana getirmelidir. Bu da yüklenicinin borcunun yalnızca edim sonucuna ilişkin olmadığına, eseri meydana getirirken de uyması gereken yükümlülükleri olduğunun bir göstergesidir.¹³⁹

Borçlar Kanunu md. 358, özel bir durumu düzenleyen hüküm niteliğindedir. Bu hükümle yüklenicinin işi yürütmesiyle ilgili olarak özel bir temerrüt hali öngörüldüğü ve iş sahibine temerrüt hükümlerinden erken yararlanma imkânı verildiği kabul edilmektedir.¹⁴⁰ Bu hüküm düzenlemesinde, yüklenicinin tamamlanmış bir eserin mülkiyetini devir borcu değil, bir eserin imal edilmesi borcu bulunmaktadır. Hükümün birinci fıkrası iş sahibinin dönme hakkını düzenlerken, ikinci fıkra, işin sözleşmede

¹³⁸ ÖZ, s. 113; AYAN, s. 323.

¹³⁹ CANBOLAT, s. 45; ARAL, s. 346; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 316; YÜCEL, s. 78; SELİÇİ, s. 79.

¹⁴⁰ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 1; ALTAŞ, Hüseyin, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358), Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan, Ankara, 2006, s. 98; AYAN, s. 324; YAVUZ, s.519; EREN, s. 78; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 70; Karşı görüşte olan ÖZ'e göre BK. md. 358/I'de düzenlenen bir erken temerrüt hali değildir ve bu sebeple bu hükme kıyasen BK. md. 106/II'deki seçimlik hakların kullanılması söz konusu olamaz. Bkz. ÖZ, s. 49-50. OZANOĞLU'na göre de "BK. md. 358/I'de gerçek anlamda bir temerrütten bahsedilemez. Bu hükümün doğrudan doğruya veya kıyasen yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesinin ilişkin durumlara uygulanması söz konusu değildir." OZANOĞLU, s. 69;

öngörülen esaslara uygun bir şekilde ifasının imkânsız hale gelmesine ilişkin yüklenicinin sorumluluğunu düzenlemektedir.¹⁴¹

Yüklenici için BK. md. 358/I'de öngörülen sorumluluk, kanuni bir sorumluluk olup, iş sahibinin bu fıkarda düzenlenen haklara sahip olabilmesi için taraflarca özel bir taahhütte bulunulmasına gerek yoktur. İş sahibi hakkın kötüye kullanımı dışında eseri teslim süresini ve ayıpsız teslimini beklemeksizin yüklenicinin temerrüdü sonucu madde hükmünde öngörülen hakkını kullanabilmektedir.¹⁴²

BK md. 358 hükmü, eseri teslim borcundan önceki sorumluluğa ilişkindir. BK. md. 358'in açık düzenlemesine göre hükmün uygulanabilmesi için eserin teslimine ilişkin sürenin geçmiş olması veya eserin ayıplı olarak tesliminin beklenmesi gerekli değildir.¹⁴³

C. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu

Eser sözleşmesinde, eserin ayıpsız meydana getirilerek zamanında teslim edilmesi yüklenicinin asli edim yükümlülüğüdür. Yüklenicinin meydana getirmeyi üstlendiği eserin sözleşmeye ve yasaya uygun olarak ifa edilebilmesi için, yüklenici işe zamanında başlamalıdır. Aksi halde iş sahibi teslim için belirlenen sürenin dolmasını beklemeksizin sözleşmeden dönebilecektir.¹⁴⁴

İşe başlamak için bir engel ya da iş sahibinin yapması gereken bir hazırlık çalışması yoksa yüklenici zaman kaybetmeksizin işe başlamalıdır. Geçerli ve kabul edilebilir bir neden olmaksızın yüklenici işe başlamıyorsa iş sahibi, yükleniciyi BK. md. 358/I'e göre temerrüde düşürebilir.¹⁴⁵

İşe başlamadan anlaşılması gereken doğrudan eserin meydana getirilmesine yönelik, ilk ifa işlem ve eylemleri ile hazırlık çalışmalarıdır.¹⁴⁶ Örneğin; plan ve projelerin yapılması, gerekli ruhsat ve izinlerin alınması, eserin yapımında kullanılacak

¹⁴¹ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 1; ARAL, s. 346.

¹⁴² OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 2

¹⁴³ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 1

¹⁴⁴ TANDOĞAN, s. 112; BİLGE, s. 252; YÜCEL, s. 781; AYAN, s. 323, ŞENOCAK, s. 25; EREN, s.78; AYDEMİR, s. 380.

¹⁴⁵ YÜCEL, s. 781.

¹⁴⁶ KARAHASAN, s. 235; DUMAN, İlker Hasan, Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul, 2006, s. 298.

malzeme ve araç gereçlerin temini işe başlama faaliyetlerim arasında gösterilebilir.¹⁴⁷ Ancak yüklenicinin gerçekleştirdiği işlemlerin işe başlama sayılıp sayılmaması her somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Esas alınması gereken yüklenicinin işe başlamış sayılmak için gösterdiği faaliyetler değil kalan sürede eserin meydana getirilip getirilemeyeceğidir.

Bir eserin meydana getirilmesi için hem hazırlık aşamasında hem imal aşamasında belirli bir zamana gereksinim vardır. Yüklenici meydana getirme aşamasına geçmeyerek göstermelik olarak hazırlık faaliyetlerinde bulunmuşsa ve kalan süre eserin bitirilmesine yetmeyecekse yüklenicinin işe zamanında başladığını ve bu sebeple iş sahibinin sözleşmeyi feshedemeyeceğini söylemesi iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Yüklenicinin gerçekleştirdiği faaliyetler, iş sahibinin BK. md. 358/I'deki haklarını engellemeyi amaçlar nitelikte olmamalıdır.¹⁴⁸

İşin niteli ve sözleşme şartlarına göre yüklenici zorunlu olarak hazırlık faaliyetlerinde bulunacaksa, bu hazırlık faaliyetleri için gereken sürenin sonunda yüklenici işe başlamalıdır. Zira hazırlık faaliyetlerini tamamlayan yüklenici gecikmeksizin iş görme faaliyetlerine girişmezse işe başlamamış sayılır.¹⁴⁹

Yüklenicinin işe başlama zamanı taraflarca sözleşmede belirlenmiş olabileceği gibi kararlaştırılmamış da olabilir. Eğer işe başlama tarihi sözleşmeden açıkça kararlaştırılmamışsa yüklenici BK. md. 74 gereğince işe derhal başlamalıdır.¹⁵⁰ İşe başlama tarihi kararlaştırılmışsa yüklenicinin bu tarihte işe başlamış olması gerekir.

D. Yüklenicinin İşi Yürütme Borcu

Yüklenici işe zamanında başlamakla birlikte o işin niteliğine göre olması gereken tempoda işi yürütmekle yükümlüdür. Yüklenicinin işi daha yavaş yürütmesi ya da işin çeşitli sebeplerle kesintiye uğraması ve çalışmaya ara verilmesi işi yürütme borcuna aykırılık teşkil eder.

¹⁴⁷ KARATAŞ, İzzet, Eser Sözleşmeleri, Ankara, 2009, s. 417; AYAN, s. 343.

¹⁴⁸ ALTAŞ (Sözleşmeden Dönme), s. 101.

¹⁴⁹ GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2010, s. 34.

¹⁵⁰ TANDOĞAN, s. 114; SELİÇİ, s. 82-83; GÖKYAYLA, s. 163; OLGAC, s. 460; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 74; ARAL, s. 355.

Yüklenici, eseri meydana getirmek amacıyla iş görme faaliyetlerine başlamış olsa bile işin niteliğine ve sözleşmeye göre olması gereken çalışma temposundan daha yavaş işi görüyor ya da iş görmeyi kesintiye uğratiyorsa işin geciktirilmesi söz konusudur.¹⁵¹

İşin yürütülmesinin gereği gibi yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. İşin niteliği ile yüklenicinin sahip olduğu ya da kendisine sağlanan imkânlar göz önünde tutularak çalışma hızı her eser sözleşmesi için ayrı ayrı belirlenir. Çalışmaların benzer işlere oranla daha yavaş yürütülmesi böyle bir tespit için yeterli değildir. Bununla birlikte işin özelliğine göre yükleniciden benzer işlere oranla daha hızlı ilerlemesi beklenen durumlar da söz konusu olabilir. Çalışma temposu söz konusu eserin özelliğine göre ve tarafların tahminleri dışında objektif olarak belirlenecektir. Eserin imali sırasında taraflarca önceden öngörülemez engeller çıkması durumunda gecikmeler normal karşılanarak yüklenici bundan sorumlu tutulamayacaktır. Örneğin, temel kazımı sırasında zeminde çıkan kaya tabakasının işi yavaşlatması da durum böyledir. İş kolaylaştırıcı bir durum söz konusu olduğunda da yüklenici faaliyetleri hızlandırmaktan kaçınmayacaktır. Örneğin, yüklenicinin ileri teknoloji ve modern araçlara sahip olması durumunda iş sahibi, yükleniciden işi daha hızlı yürütmesini bekleyebilir.¹⁵²

Yüklenicinin yapımına başlanmış eserin imal faaliyetlerini geciktirmesi, teslim borcunun muaccel olmasından önce iş sahibinin BK. md. 358/I gereği temerrüt hükümlerinden yararlanabilmesini sağlar. Başlanmış bir eserin yapımında sözleşmeye aykırı olarak meydana gelen gecikmeler ve duraksamalar eserin belirlenen tarihte teslim edilmesini engeller. Yüklenicinin yeterli miktarda iş gücü ve malzeme kullanmaması, iş programına uymaması, ara vadeleri geciktirmesi, işlerin organizasyonu ve koordinasyonundaki aksaklıklar çalışma temposunun yavaşlamasına yol açar.¹⁵³

Eserin zamanında ve eksiksiz olarak iş sahibine teslimi, meydana getirilme aşamasındaki iş görme ediminin geciktirilmeden, gereği gibi yerine getirilmesine bağlıdır. Eserin meydana getirilmesi aşamasındaki gecikmeler teslim borcunu etkileyerek zamanında teslim imkânını ortadan kaldırır iş sahibine BK. md. 106 vd.

¹⁵¹ AYAN, s. 331; GÜMÜŞ, s. 35; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 102; AYDEMİR, s. 381.

¹⁵² ÖZ, İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s. 57-58; GÜMÜŞ, s. 36.

¹⁵³ SELİÇİ, s. 83; AYAN, s. 351; TANDOĞAN, s. 114; ARAL, s. 355; YÜCEL, s. 782.

düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümlerinden erken yararlanma imkânı verilmektedir. Bu da BK. md. 358/I ile mümkündür.¹⁵⁴

Son olarak belirtmek gerekir ki eserin meydana getirilmesi aşamasında iş sahibi işteki gecikmeleri görmesine rağmen dönme hakkını kullanmasa da, eserin bitirilmesi gereken zamanda yükleniciyi temerrüde düşürerek seçimlik hakları ve bunlardan biri olan dönme hakkına başvurabilir. Ancak iş sahibinin bu tercihi, ifanın gecikmesini zımnen kabul etmesi niteliğinde olmaması gerekir.¹⁵⁵

¹⁵⁴ SELİÇİ, s. 79; KOSTAKOĞLU, s. 312.

¹⁵⁵ ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 59.

İKİNCİ BÖLÜM

Yüklenicinin İşe Zamanında Başlamaması ve İş Geciktirmesi Nedeniyle İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı (Borçlar Kanunu 358/I)

§3. Genel Olarak Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmü

I. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükmünün Tamamlayıcı Niteliği

Borçlar Kanununda yer alan eser sözleşmesi ile ilgili hükümler genel olarak düzenleyici ve tamamlayıcı niteliktedir. Bu sebeple taraflar aksini kararlaştırarak BK. md. 358/I'de iş sahibine tanınan erken temerrüt ve dönme hakkını ortadan kaldıracırlar.¹

Borçlar Kanunu md. 358/I daha öncede belirtildiği gibi iş sahibine borçlu temerrüdünden erken yararlanma imkânı veren bir hükmüdür. Bu hükmün borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle tamamlanması gerektiği ve BK. md. 106 vd.'da düzenlenen temerrüde ilişkin diğer hakların da doğacağı doktrinde kabul edilmiştir.²

Borçlar Kanunu md. 358/I'nin uygulanabilmesi için öncelikle borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu, BK. md. 358/I hükmünün borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyici nitelikte olmasının bir gereğidir. İş sahibi her şeyden önce yükleniciye kural olarak bir temerrüt ihtarı göndermeli ve bunu takiben gereği gibi ifa için uygun bir süre tanımalıdır.³

Borçlar Kanunu md. 358/I'de sadece sözleşmeden dönmeden söz edilmektedir. Hükmün amacı ise temerrüde düşeceği kesin bir şekilde belli olan yükleniciye karşı, iş sahibini daha icra aşamasında borçlu temerrüdü halinde tanınan haklardan önceden yararlandırmaktır. Dolayısıyla temerrüde ilişkin diğer seçimlik haklar BK. md. 358/I kapsamına dâhil edilmelidir. Şartlar oluştuğunda iş sahibi teslim tarihini beklemeksizin BK. md.106 gereğince yükleniciye temerrüt ihtarı gönderip ek süre vererek (BK. md. 107'deki durumlar söz konusuysa ek süre vermeksizin) aynen ifa ile gecikme tazminatı, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararın

¹ YÜCEL, s.787.

² YAVUZ, s. 519; SELİÇİ, s. 79; AYAN, s. 325; DAYINLARLI, s. 63.

³ SELİÇİ, s. 80.

tazmini şeklindeki seçimlik haklarını daha eserin meydana getirilmesi aşamasında kullanabilecektir.⁴

Eser sözleşmesinde işe başlama veya eseri teslim sürelerinin belirlenmediği durumlarda, tarafların sözleşme ile erken temerrüt ve sözleşmeden dönme hakkını bertaraf ettikleri sonucuna varmak doğru olmaz. Çünkü başlama veya teslim tarihinin belirlenmemiş olması yüklenicinin, istediği zaman eseri meydana getirmeye başlayacağı ya da teslim edebileceği anlamına gelmez. Bu tarihler belirlenmemiş olsa da iş sahibi şartlar oluştuğunda yükleniciyi BK. md. 358 gereği erken temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanabilir.⁵

Karşı görüşte olan Öz'e göre ise BK. md. 358/I'de dönme dışında bir haktan söz edilmemektedir ve bu sebeple borçlu temerrüdünde alacaklıya dönme dışında tanınan diğer seçimlik hakların da tanınacağı hususuna kuşkuyla yaklaşmak gerekir. Yazar kanun koyucunun, temerrüde ilişkin diğer seçimlik hakları söz konusu hükmün kapsamına dâhil etmek amacıyla olsaydı temerrüde ilişkin hükümlere yollama yapmakla yetineceğini ileri sürmüştür. Bu sebeple Öz, BK. md. 358'de yer almadığı halde sözleşmeden dönmeden başka borçlu temerrüdünden doğan diğer seçimlik hakların bu hüküm kapsamında kıyasen dahi uygulanmasının mümkün olmadığını savunmuştur.⁶

Kanaatimizce BK. md. 358/I'de her ne kadar yalnızca dönme hakkından bahsedilse de iş sahibine, BK. md. 106/II'de yer alan seçimlik haklardan da yararlanma imkânı tanınmalıdır. Zira burada teslim süresini beklemeksizin yüklenicinin erken temerrüdü hali söz konusudur. Dönme ise borçlunun temerrüdü halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik haklardan biridir. Dolayısıyla dönmeden daha hafif sonuçları olan diğer seçimlik haklar evleviyetle uygulanabilmelidir.

II. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükümünün Uygulama Alanı

Borçlar Kanunu md.358, bütün tipik eser sözleşmelerinde uygulanabilir bir hükümdür. Eser teslim sözleşmelerinde (Werklieferungsvertragen) özellikle seri üretimlerde, bir yapının çeşitli parçalarının imal edilip teslim edilmesine ilişkin

⁴ DAYINLARLI, s.120; AYAN, s.325,326; SELİÇİ, s. 80; ERMAN, s. 70.

⁵ YÜCEL, s. 787.

⁶ ÖZ, s. 114.

sözleşmelerde, bir nesnenin işlenmesi ya da onarımında ve tarafların öngörülebilir iradesine göre iş görme ediminin mülkiyeti nakil borcuna göre açıkça belirgin olduğu cins borçlarında dahi uygulanabilir. Eser teslim sözleşmesinde malzeme ya da imal unsurlarının zamanında teslim edilmesinde yüklenicinin temerrüt etmesinin sonraki iş görme edimlerinin gecikmesine yol açması halinde, bunların zamanında temin edilmesinde özel bir menfaat söz konusu olur.⁷

Yüklenicinin kendi araç gereçleri ve kendi malzemesiyle, kendi yerinde meydana getireceği taşınır eser teslimine ilişkin sözleşmelerde durum farklıdır. Bu gibi sözleşmelerde iş sahibinin işin yürütülmesini denetlemek ve talimat vermek imkânı olmadığı gibi teslim borcu da iş görme borcunun önüne geçmiştir. Bu sebeplerle tarafların iradelerinin BK. md. 358/I'ı bir tarafa bıraktığı kabul edilmektedir. Dolayısıyla iş sahibi teslim tarihini bekleyerek, yükleniciye mehil verdikten sonra (kesin vadeli eser sözleşmesi söz konusuysa mehil vermeksizin derhal) sözleşmeden dönebilecektir.⁸

Yüklenicinin eseri kısmi teslim etmesi hali de BK. md. 358/I hükmünün uygulaması içerisinde kalır. Eserin bir kısmının tesliminde gecikmeyi de kapsayan BK. md. 358/I ile ayıp halinde yüklenicinin tamir ve düzeltme yükümlülüğünü düzenleyen benzer BK. md.360/II düzenlemesi ile sonuçları bakımından farklıdır. Çünkü BK. md. 360/II yüklenicinin işe zamanında başlaması veya imalde gecikmesi ile ilgili değildir.⁹

Borçlar Kanunu md. 358/I eser sözleşmesine ilişkin bir hüküm olsa da eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için de uygulanır.¹⁰

Ş4. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükümüne Göre Sözleşmeden Dönmenin Şartları

I. Genel Olarak

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi eser sözleşmesinde de iş sahibinin alacaklı sıfatıyla çeşitli hakları vardır. BK. md. 358/I bu konuda iş sahibine özel nitelikli haklar tanımaktadır.¹¹ Söz konusu hüküm, işin icrasında temerrüdü düzenlemektedir.¹² Buna

⁷ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.6; TANDOĞAN, s. 120,121; KARAHASAN, s. 239.

⁸ TANDOĞAN, s. 120; KARAHASAN, s. 239.

⁹ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.7

¹⁰ ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 69.

¹¹ GAUCH, Der Werkvertrag, N. 866.

göre yüklenici işin yürütülmesinde temerrüde düşerse iş sahibi BK. md. 358/I'e göre sözleşmeden dönebilir.¹³

Borçlar Kanunu md. 358/I'de iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği üç durum belirtilmiştir. Ancak söz konusu hükümde ihtar yapılması ve mehil verilmesi düzenlenmemiştir. Ancak bu konuda kanun boşluğu olduğu ve temerrüde ilişkin genel hükümlere başvurulması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴ Bu sebeple yüklenicinin yükümlülüklerine objektif olarak aykırı davranması durumunda, iş sahibinin, sözleşmeden dönebilmesi için, ihtar çekerek yükleniciye uygun bir mehil vermesi gerekmektedir. Bu mehil içinde yüklenicinin gereğini yapmayarak bu süreyi faydasız geçirmesi halinde, iş sahibi sözleşmeden dönebileceği gibi diğer seçimlik haklarını da kullanabilir.

II. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesinin Şartları

A. Yüklenicinin Yükümlülüğüne Aykırı Biçimde Eserin Meydana

Getirilmesinde Gecikmiş Olması

Yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüğüne objektif olarak aykırı davranması (objektiv pflichtwidrig)¹⁵ BK. md. 358/I'e göre şu üç durumda söz konusudur: Birinci durum yüklenicinin işe hiç başlamamasıdır. İkinci durumda yüklenici işe başlamıştır ancak sözleşme şartlarına aykırı olarak imali geciktirmektedir. Üçüncü ve son durumda ise bütün tahminlere göre sözleşmede belirlenen tarihte eserin teslimi mümkün gözükmemektedir.

Borçlar Kanunu md. 358/I'e göre dönme nedeni olarak öngörülen ilk durum işe zamanında başlamamadır. İşe zamanında başlamama kavramından anlaşılması gereken şudur: Yüklenici işe başlama konusunda çok uzun süre beklemiştir ve kalan süre işin tamamlanması için yeterli değildir. Bu tanımlama sözleşmede bir başlama süresi belirlenmediği durumlar için geçerlidir ve yüklenici bu çerçevede işe istediği zaman başlamada serbesttir. Çalışma aşamaları ve işin yürütülmesindeki çabukluğun yüklenici ayarlar. İş sahibi sözleşmeden ve hukuki ilişkinin niteliğinden bahisle BK. md. 74'e

¹² ARAL, s. 346.

¹³ GAUCH, Der Werkvertrag, N. 668.

¹⁴ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 17; BGE 115 II 55, Gauch, N. 482; ARAL, s.347; TANDOĞAN, s. 118; SELİÇİ, s.70; ALTAŞ, s.104; BİLGE, s. 252; DAYINLARLI, s. 117.

¹⁵ TANDOĞAN, s. 130.

göre ifayı talep edemez. Yüklenici sözleşmenin kurumasından itibaren işe başlamalıdır. Ancak her halde eserin imali için, mutad veya gerekli hazırlık çalışmaları göz önünde tutulmalıdır.¹⁶

Esere başlama süresi sözleşme ile kararlaştırılmışsa yüklenici bu süreye riayet etmekle yükümlüdür.

Borçlar Kanunu md. 358/I'de dönme sebebi olarak düzenlenen ikinci durum ise sözleşme şartlarına aykırı olarak işi ertelemedir. Sözleşme şartlarına aykırı olarak işi tehir, yani "Vertragswidrige Verzögerung" ile kastedilen yüklenicinin sözleşme ile kesin olarak belirlenmiş olan çalışma programına uymamasıdır. Yüklenici eseri meydana getirmek için işe başlamış olmakla birlikte, eser henüz ortaya çıkmadan başlanılan ve sürdürülen faaliyetlerin durdurulması söz konusudur. Burada belirlenen ara sürelerinin (Zwischentermine) ya da sözleşme ile kararlaştırılmış olan iş programına uymayarak çalışma aşamalarının kaçırılması ya da yeterli iş gücü, araç, gereç ve malzemenin sağlanmaması sözleşme şartlarına aykırı olarak işi erteleme kapsamında değerlendirilebilir.¹⁷

Dönme sebebi olarak Borçlar Kanunu md. 358/I'de belirtilen son durum ise işin tamamlanamayacağı kesin olarak tahmin edilmesidir. Bu durumda yüklenici işe başlamıştır ancak o işin niteliği gereği eserin imali normal çalışma temposunun oldukça gerisinde kalmıştır ya da eserin imaline ara verilmekte, iş kesintiye uğramaktadır.¹⁸

İşin tamamlanamayacağı kesin olarak tahmin edilmesi durumunda işin tamamlanmasındaki gecikme kaçınılmaz olmalıdır. Bunun için çok sayıda açık emare gerekir. Yüklenicinin o ana kadarki çalışmaları, işin yürütülmesi için yetersiz kalmalıdır. Örneğin; sık sık verilen ek sürelerin sonuçsuz kalması gibi durumlarda işin vaktinde tamamlanamayacağı kesin olarak tahmin edilmesinin iş sahibi tarafından ispatı kolaydır. Burada BK. md. 107' deki durumlar bir yana bırakılarak değerlendirme yapılmalıdır. Mehil gerekli olmayan durumlarla ilgili esaslar burada uygulanmaz.¹⁹

¹⁶ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.9; GAUCH N. 481, PEDRAZZINI, 511 FN 1 WEBER, Art 75 N80, 93; ÖZ (Sözleşmeden Dönme) s. 55 vd.

¹⁷ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.10; ARAL, s. 346; KARATAŞ, s. 418.

¹⁸ ÖZ, s. 118.

¹⁹ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 11

B.Yükleniciye İşin Zamanında İfası İçin İhtarda Bulunulması ve Mehil Verilmesi

Borçlar Kanunu md. 358/I'deki durumlardan herhangi birinin varlığı halinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmadan önce, devam eden ifa için genel temerrüt hükümlerine göre ihtar çekerek uygun bir mehil vermelidir (BK. md.101).²⁰ Mehil ile ihtar aynı anda yapılabilir. BK. md. 358/I'e göre dönme hakkı kullanılırken temerrüt şartlarının iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdü düzenleyen BK. md. 101-108 ve genel olarak borçlunun temerrüdünü düzenleyen BK. md. 101-105 hükümlerinin de dikkate alınması gerekir.²¹

Öz'e göre ise BK. md. 358/I, bir temerrüt hükmü olmadığından dönme hakkının kullanılabilmesi için temerrüt ihtarına ve mehil vermeye gerek yoktur. Bununla birlikte yazar, genel kaniya göre BK. md.106'ya kıyasen dönme hakkının kullanılabilmesi için yükleniciye işe başlayabilmesini sağlayacak belli bir süre verilmesinin uygun olacağını belirtmiştir. Ancak bu sürenin niteliği borçlu temerrüdündeki gibi ifanın gerçekleşmesi için değil hazırlık faaliyetlerine başlanması içindir. Sürenin uygunluğu da eserin tamamlanması açısından değil, işe başlama açısından belirlenmelidir.²²

Yükleniciye verilecek olan mehil, eser imal edilirken yüklenicinin iş temposu ve iş araç, gereçleri ile işçi maliyetlerindeki artışa tahammül edebilirliğine göre sürenin sonunda eserin tamamlanmasına yeterli olacak nitelikte olmalıdır. Bu sürede yüklenici ek bir çaba göstermek durumundadır.²³ Uygun mehilin belirlenmesi için yalnızca objektif ölçütler değil yüklenicinin iş sahibince bilinmesi gereken nitelikleri ve yetenekleri de esas alınır.²⁴ Karşı görüşte olan Seliçi ise mehilin belirlenmesinde yalnızca objektif kriterleri esas almış ve yükleniciye verilecek uygun sürenin, tecrübeli bir yüklenicinin yeterli iş gücü ve araç gereçlerle sağlayacağı iş temposuna göre, eseri

²⁰KARATAŞ'a göre iş sahibi ihtarda bulunarak, gecikmeden çok ifayı yani eserin teslimini önemsemektedir. İş sahibi ihtarla iradesini, eserin teslimine yönelik açıklamıştır. Bu amacın gerçekleşmesi için de yükleniciye süre vermiştir. Dolayısıyla yüklenici, ileride bu ihtara dayanarak sözleşmeden dönemez. Ancak KARATAŞ bu görüşünde yalnız kalmıştır. KARATAŞ s. 420.

²¹ TANDOĞAN, s. 130; SELİÇİ, s. 69; AYDEMİR, s. 386.

²² ÖZ, s. 117.

²³ TANDOĞAN, s.118; ALTAŞ, s. 105; ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 17; Normalin üzerinde bir çaba için bkz. CORBOZ, II,12.

²⁴ GAUTSCHİ, N.4b-9; ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 18; TANDOĞAN, s.118.

tamamlayabilmesi için gerekli olan süre olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur.²⁵

Yükleniciye verilecek olan mehile rağmen işin yapılmasındaki gecikme, yüklenicinin eseri zamanında bitirmesine imkân vermeyecek nitelikteyse mehil verilmesine gerek kalmaksızın sözleşmeden erken dönme yoluna gidilebilir.²⁶

Haklı gecikme (gerechtfertigte verzögerung) sebeplerinin söz konusu olduğu durumlarda gecikme nedeniyle eserin kararlaştırılan tarihe yetiştirilmesi mümkün değilse sözleşmede kararlaştırılan vade uygun bir süre uzatılabilir. Ancak bunun için yüklenici gecikmeyi ve nedenlerini iş sahibine gecikmesizin bildirmiş olmalıdır. Basit nitelikte olmayan ve telafi edilmeyen vadeler ile ilgili hatalı durumlarda, tarafların süre ile ilgili yeni bir anlaşma yapması gereklidir.²⁷

Borçlar Kanunu md. 107'de belirtilen, yüklenicinin hal ve vaziyetinden verilecek sürede işe başlamayacağını anlaşılması, işe zamanında başlanmaması sebebiyle eserin gereken zamanda tamamlanma imkânının kalmaması, bu sebeplerle eserin tamamlanmasının iş sahibi açısından önemini kalmaması ya da tarafların aralarındaki sözleşmeye göre işe başlama tarihinde işe başlanmaz ise artık çalışmanın kabul edilmeyeceğinin kararlaştırılmış olması durumlarında da yükleniciye mehil verilmeksizin sözleşmeden dönmek mümkündür. Bununla birlikte eserin teslim edileceği tarih kararlaştırılmışsa, kararlaştırılan bu tarih BK. md. 107/3 anlamında kesin vade olarak kabul edilmişse ayrıca bir süre vermeye yine gerek yoktur.²⁸

C. Diğer Şartlar

Borçlar Kanunu md. 358/I, teslimden önce belirli şartların gerçekleşmesiyle borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden erken yararlanma imkânı tanımaktadır. Dolayısıyla eser tamamlanarak teslim edilmişse artık bu hükme başvurulamaz. Teslimden sonra artık Borçlar Kanunu'nda düzenlenen genel hükümler uygulama alanı bulacaktır.²⁹

²⁵ SELİÇİ, s. 71.

²⁶ TANDOĞAN, s.118; ALTAŞ, s. 105; YÜCEL, s. 785; AYAN, s. 338; KARAHASAN, s. 237.

²⁷ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 16.

²⁸ SELİÇİ, s. 71; TANDOĞAN, s.118; ALTAŞ, s. 104; ERMAN,(İnşaat Sözleşmesi), s. 74; AYAN, s. 338; DAYINLARLI, s. 118.

²⁹ AYAN, s. 354.

Teslim borcunun yüklenicinin kusuru olmaksızın BK. md. 96 ve 117 anlamında imkânsızlaşması ve dönme hakkı doğuran durumlarda iş sahibine yüklenebilecek bir kusurun olması da BK. md. 358'e başvurulmasını engeller.³⁰

Yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı ile gecikme arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. BK. md. 358/I'de sayılan durumlar tamamen yüklenicinin dışında gerçekleşiyorsa iş sahibi erken temerrüde dayanarak sözleşmeden dönebilir.³¹

Teslimden önce BK. md. 358/I'in şartlarının oluşmasına rağmen iş sahibinin bu hükme başvurmaması onun gecikmeye rıza gösterdiği anlamına gelmez. Bu hüküm iş sahibine bazı ek haklar sağlamakla birlikte onu bu hükme başvurmaya zorlamamaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, iş sahibinin aleyhine yorumlanmamalıdır. İş sahibi dilerse teslim tarihini bekleyerek borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere gidebilecektir.³²

Borçlar Kanunu md. 358/I'de yukarıda açıklananlardan başka bir şart öngörülmemiştir. Son olarak belirtmek gerekir ki uygulama borçlunun temerrüdüne ilişkin BK. md.106-108 (Art. 101- 109) hükümleri ile doldurulabilir.³³

§5. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükümüne Göre İfa Zamanından Önce Sözleşmeden

Dönme Hakkı Doğuran Durumlar

I. Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi

A. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi

Eser sözleşmesinin kurulmasıyla eserin imaline başlanması ve teslimine kadar belirli bir süreye ihtiyaç vardır. Taraflar, söz konusu eserin imaline başlanması ve teslimi için belli ya da belli edilebilir bir tarih kararlaştırabilirler. İşe başlama için 1 Ocak 2012 gibi kesin bir tarih belirlenebileceği gibi malzemenin iş sahibine tesliminden sonra ya da kiracının konuttan tahliyesinden sonra gibi belli edilebilir bir tarih de kararlaştırılabilir. Sözleşmede bu şekilde eserin imaline ne zaman başlanacağı belirtilmişse, yüklenici bu tarihte işe başlamakla yükümlüdür. Yüklenici bu tarihi işe

³⁰ ERDOĞAN, s. 147; KAPLAN, İbrahim, Faruk EREM'e Armağan, İnşaatın Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımlı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Ankara, s. 381.

³¹ ALTAŞ(Dönme), s. 99; YÜCEL, s. 785.

³² AYAN, s. 355.

³³ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 13; BGE 115 II 55 Gauch N 482, Guhl –Merz – Kolle 482, Becker, N 4, Gautschi, N. 1c.

başlamadan geçirmesi ve iş sahibinin bu duruma itiraz etmemesi sözleşmenin işe başlamayla ilgili maddesinin değiştirildiği anlamına gelmez ve yüklenicinin sorumluluğu devam eder.³⁴

Yüklenicinin belli bir tarihte işe başlaması kararlaştırılmışsa ya da işin niteliği gereği belli bir tarihte işe başlanmasını gerektiriyorsa ve söz konusu bu tarih işe başlamadan geçirilirse iş sahibi yükleniciyi temerrüde düşürerek BK. md. 358'e göre dönme hakkını kullanabilecektir.³⁵ Çünkü eser sözleşmesinde sadece tamamlanmış bir eserin teslimi değil imali de üstlenilmiştir. Eserin meydana getirilmesi aşamasındaki temerrüt, bir başka ifadeyle eserin tesliminden önceki temerrüt de yüklenicinin sorumluluğunu doğuracaktır. Ancak yükleniciye de zorunlu olarak veya teamül gereği bir hazırlık süresi tanınmalıdır.³⁶

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, taraflarca sözleşmede işe başlama tarihi değil de teslim tarihi belirtilmişse, bu durumda yüklenicinin temerrüdü nedeniyle dönme hakkından bahsedebilmek için kalan sürede işin bitirilemeyeceği objektif olarak belli olmalıdır. Çünkü burada yüklenici için işe zamanında başlama değil işi zamanında tamamlama yükümlülüğü öngörülmüştür.³⁷

Bazı durumlarda taraflar ara vadeler koyarak belli bir teslim tarihi kararlaştırabilirler. Ara vadelerle sonuç borcu, adeta kısımlara ayrıldığı için, iş sahibi işin ilerleyişini denetleyebilmektedir. Yüklenici bu ara vadelere uymak kaydıyla kalan süre eseri teslim tarihinde yetiştirmeye yeterli olacak şekilde işe başlamayı bekletebilir. Ancak ara vadede kararlaştırılan sonucun sağlanamamış olması halinde BK. md. 358/I hükmü uygulanabilir.³⁸

Yüklenici kesin ve ciddi bir şekilde işe başlamayı reddediyorsa BK. md. 358/I'in şartları oluşmadan iş sahibi BK. md. 106 vd. gereğince borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Ancak tarafların sözleşmenin yorum üzerinde anlaşmazlığa

³⁴ ÖZ, s.66; KOSTAKOĞLU, s. 310; AYAN, s. 340; DAYINLARLI, s. 48.

³⁵ ALTAŞ (Dönme), s. 100; ÖZ, s. 117; YÜCEL, s.781; SELİMOĞLU (İstisna Sözleşmesi) s. 106; YAVUZ BK. md. 358/I'in teslim süresi belli olan sözleşmelerde uygulama alanı bulacağını, teslim süresi belli olmayan sözleşmelerde iş sahibinin BK. md.106'daki seçimlik haklardan yararlanabileceğini ileri sürmüştür. (YAVUZ, s. 518,519). Aynı görüşte olan TANDOĞAN'a göre de teslim süresi belli olmayan sözleşmelerde yüklenici derhal işe başlamamışsa iş sahibi ihtarla onu temerrüde düşürdükten sonra BK. md. 106'daki seçimlik haklarını kullanabilir. Bu sebeple BK. md. 358/I'e gitmeye gerek yoktur. (TANDOĞAN, s. 123,124).

³⁶ TANDOĞAN, s. 113,114.

³⁷ ALTAŞ (Dönme), s. 100, 101; ÖZ, s.117; KARAHASAN, s. 237; KOSTAKOĞLU, s. 397.

³⁸ TANDOĞAN, s. 114; AYAN, s. 331.

düşmelerini yüklenicinin işe başlamayı kesin ve ciddi bir şekilde reddetmesi olarak kabul etmek doğru olmaz.³⁹

İş sahibi yüklenicinin geciktiği iddiasını, hazırlık çalışmalarını tamamlamadığı ve birlikte çalışmaya katılmadığı ya da vaktinde icrada bulunmadığına dayandırır. Örneğin; eserin imalinde kullanılacak malzemesinin temini, sipariş ve ödemeleri, çalışma planının hazırlanması teslimi, değişiklik ve tamamlama taleplerinin bildirilmesi ya da icra talimatlarının verilmesi gibi.⁴⁰

Yüklenicinin, BK. md. 358/I gereğince işe başlamada gecikmiş sayılması için kusurlu olması gerekmeyip sözleşmeden doğan yükümlülüğüne aykırı davranmış olması yeterlidir. Gecikme ve ihlal objektif nitelikte olmalıdır.⁴¹ Yüklenicinin iradesi dışında gerçekleşen ve öngörülmesi mümkün olmayan sebeplerle işe zamanında başlamaması durumunda, sözleşmeye aykırı davrandığından söz edilemez, iş sahibi sözleşmeden dönemez. Bunun gibi sözleşmenin kurulmasından sonra yüklenicinin edimi imkânsızlaşırsa, edim yükümlülüğü de ortadan kalkar. Dolayısıyla bu durumda edim yükümlülüğüne aykırı bir gecikme sebebiyle temerrütten de söz edilemez.⁴²

Teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde işe ne zaman başlanacağına kural olarak yüklenici karar verir. Kapasite ve imkânlarını göz önüne alarak ne kadar sürede eserin tamamlanacağına karar vermek yüklenicinin ödevidir. Bu sebeple teslim süresi belli olan sözleşmelerde yüklenici işe zamanında başlamadı diye sözleşmeden dönmeye ender olarak rastlanacaktır.⁴³

BK. md. 358/I'de işe başlamada gecikmenin iş sahibinin kusurundan kaynaklanmaması gerektiği belirtilmiştir.⁴⁴ Burada "kusur" ile kastedilen iş sahibine isnat edilebilecek bir gecikmenin olup olmadığıdır. İş sahibinin bazı hazırlayıcı faaliyetlerde ya da edime yardım edici eylemlerde bulunmaması sebebiyle gecikme söz konusu olmuşsa artık iş sahibi BK. md. 358/I'e dayanarak sözleşmeden dönemez.

³⁹ TANDOĞAN, s. 115; DAYINLARLI, s. 114.

⁴⁰ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.12

⁴¹ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.15; (Becker N 3 Oser Schönerberger N 2, Gauch, N. 482, Pedrazzini, 512); GÜLEÇ, Şafak, Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara, 2009, s. 97; ARAL, s. 347; TANDOĞAN, s. 115; SELİÇİ, s. 82; ÖZ, s. 52; KARAHASAN, s. 235; BİLGE, s. 252; DAYINLARLI, s. 58; ERMAN, s. 71.

⁴² SELİÇİ, s. 82; ÖZ, s.115; TANDOĞAN, s. 115.

⁴³ SELİÇİ, s. 83.

⁴⁴ Bu esas BK. md. 358/I'de belirtilen üç durum (işe geç başlama, işin yürütülmesinin gecikmesi ve eserin teslim tarihine yetişmeyeceğinin kesin bir şekilde anlaşılması) için de geçerlidir. (OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.12)

Örneğin; iş sahibi tarafından malzemenin yükleniciye geç verilmesi, arsa paylarını zamanında devretmemesi, yer altı engellerini gidermemesi, yükleniciye yapılması gereken ödemelerin geciktirilmesi, plan ve projelerin hazırlanmaması, iş sahibinin değişiklik istekleri ve işin icrasına ilişkin talimatları, alt yüklenicilerin işlerinin birbirine bağlı olması gibi sebepler, iş sahibine yüklenebilir sebepler olarak ortaya çıkabilir. İş sahibine isnat edilebilecek sebepler temerrüdü önler ve meydana gelen gecikmelerden yüklenici sorumlu tutulamaz.⁴⁵

İş sahibinin riziko alanından kaynaklanmayan, iş sahibine yükletilmesi mümkün olmayan ve kötü hava şartları, grev, malzemenin geç gelmesi gibi yüklenicinin edimi yerine getirmesini geçici olarak engelleyen durumlar yüklenicinin temerrüdünü ortadan kaldırmaz.⁴⁶ Ancak işe zamanında başlamaya engel olan durum iş sahibine atfedilecek bir durumdan ya da önceden kestirilemeyen dış olaylardan kaynaklansa da yüklenicinin iş sahibine zamanında uyarıda bulunması halinde böyle bir gecikme olmayacak idiye, somut olaya göre yine de yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olabilir.⁴⁷

B. Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde Yüklenicinin İşe Başlamakta Gecikmesi ve İşin Ertelemesi

Teslim süresi belli olmayan işlerde eserin imaline zamanında başlanması uygun bir sürede bitirilmesi açısından önemlidir. Tarafların sözleşmede işe başlama tarihi kararlaştırmamış olmaları yükleniciye işe başlamak için sınırsız bir süre verildiği ve yüklenicinin işe istediği zaman başlayabileceği anlamına gelmez. Yüklenici makul bir sürede işe başlamalıdır. Ancak yükleniciye herhalde somut duruma göre uygun ve yeterli bir hazırlık süresi tanınmalıdır.⁴⁸

İşe başlama zamanı sözleşme ile kararlaştırılmamışsa ya da hukuki ilişkinin niteliği gereği başka bir tarih belirlenmemişse yüklenici sözleşmenin kurulmasıyla

⁴⁵KAPLAN, İbrahim, İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Faruk EREM'e Armağan, s. 393, Ankara, 1999; TANDOĞAN, s. 115,116; BİLGE, s. 252; KARAHASAN, s. 235; ÖZ, s. 115; ARAL, s. 347; SELİÇİ, s.81; ERMAN, s. 72; DAYINLARLI, s. 114, 115; AYAN, s. 354.

⁴⁶ TANDOĞAN, s. 116; "...İnşaatın, deprem olmasa dahi kalan sürede tesliminin yapılamayacağı aşikar olduğuna göre, BK'nın 358/I. Maddesi uyarınca, davacı arsa sahiplerinin vadeden önce dahi sözleşmeden dönme haklarının doğduğu da göz önüne alındığında, davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken, reddi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." 15. HD. T. 07.05.2007, 161-3059 sayılı karar.

⁴⁷ ÖZ, s. 116; KARAHASAN, s. 236.

⁴⁸ ERMAN, s. 71; KARATAŞ, s. 417.

“derhal” işe başlamalıdır. Bazen de işin niteliği gereği işe belirli tarihte başlanması gerekir. Örneğin; ağaçları budayacak olan bahçıvan işin niteliği gereği budama mevsimi gelmeden işe başlayamaz. Bunun gibi kışın ısının sıfırın altına düştüğü bir zamanda yükleniciden sıva yapması işin niteliği gereği istenemez.⁴⁹ Teslim süresi belli olmayan işlerde yüklenicinin derhal işe başlaması BK. md. 74’ün bir gereğidir. Zira BK. md. 74 gereğince işe başlama zamanı kararlaştırılmışsa ya da işin niteliğinden işe ne zaman başlanacağı anlaşılamiyorsa yüklenici hemen işe başlamakla yükümlüdür. Derhal işe başlamaktan anlaşılması gereken şudur: İşe başlamak için bir engel ya da iş sahibinin yerine getirmesi gereken bir hazırlık eylemi yoksa yüklenici, vakit kaybetmeksizin iyi niyet kuralları ve işin niteliğine göre tespit edilecek en kısa sürede işe başlamalıdır.⁵⁰ Bazı işler nitelikleri gereği derhal işe başlanmaya elverişli olmayabilir. Bu durumda da bütün şartların hazır olmasından sonra ilk uygun zamanda yükleniciden derhal işe başlanması beklenmeli, aksine davranışı üzerine sözleşmeden dönme hakkı kullanılmalıdır.⁵¹

İşin niteliği sözleşmenin yapılmasından belli bir süre sonra işe başlanmasını gerektirmiyorsa ve yüklenici de hemen işe başlamamışsa iş sahibi ihtarda bulunarak yükleniciyi temerrüde düşürebilir. İhtara rağmen yüklenici işe başlamazsa, iş sahibi uygun bir mehil vererek, bu mehil içinde de işe başlamayan yükleniciye karşı BK. md. 106’da yer alan aynen ifa ve gecikme tazminatı talebi, dönme, müspet zararın tazmini seçimlik haklarına başvurabilir. Dolayısıyla teslim süresi belli olmayan sözleşmelerde işe başlamada gecikme halinde BK. md. 358/I’e gitmeye gerek yoktur.⁵²

Yüklenici işe başlaması için kendisine verilen sürede işe başlamaması ve buna rağmen iş sahibinin BK. md.358/I’e göre dönme hakkını kullanmaması, iş sahibinin BK. md. 106 vd. maddelerine başvurmasına engel olmaz. İş sahibi, eserin teslim edilmesi gereken zaman geldiğinde yükleniciyi temerrüde düşürerek BK. md. 106’daki seçimlik haklarını kullanabilir.⁵³

⁴⁹ YAVUZ, s. 518; ARAL, s. 346;TANDOĞAN, s. 123;KARAHASAN, s. 250; ÖZ, s. 82.

⁵⁰ ALTAŞ (Dönme), s. 100; ÖZ, s. 82; YÜCEL, s. 781.

⁵¹ ÖZ, s. 117; AYAN, s. 350.

⁵² TANDOĞAN, s. 123,124; DAYINLARLI, s. 49; KARAHASAN, s. 251; YAVUZ, s. 518,519.

⁵³ ÖZ, s. 118.

II. Yüklenicinin İş Görme Faaliyetlerini Geciktirmesi

A. Teslim Süresi Belli Olan İşlerde Yüklenicinin İş Görme Faaliyetlerini Geciktirmesi

Teslim süresi belli olan sözleşmelerde teslim tarihini dikkate alarak çalışma temposunu ayarlamak yüklenicinin işidir. Eserin meydana getirilmesi aşamasındaki gecikmeler, eserin tamamlanması imkânı söz konusu oldukça önem arz etmeyebilir. Ancak gecikmenin telafi edilerek eserin objektif olarak zamanında teslim edilmesi mümkün değilse BK. md. 358/I'e göre iş sahibi dönme hakkını kullanabilir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda da iş sahibi yükleniciye temerrüt ihtarında bulunarak uygun bir süre verecektir. Verilen bu süre mecburi olarak teslim tarihinden daha ileri bir tarih olacaktır.⁵⁴

Doktrinde ileri sürülen bazı görüşlere göre, teslim süresi belli olan sözleşmelerde dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin işi sürdürme borcuna aykırı davranışının tek başına yeterli olmadığını, ayrıca söz konusu aykırılık sebebiyle kalan sürede eserin tamamlanmasının mümkün olmaması gerektiğini ileri sürmüşlerdir.⁵⁵ Diğer bir görüşe göre ise BK. md. 358/I'de yüklenicinin erken temerrüde düşürülerek iş sahibine dönme hakkı tanınan üç durum sayılmıştır. İşin tamamlanmama koşulu yalnızca üçüncü durum için geçerlidir. Dolayısıyla işi sürdürme borcuna aykırılık tek başına yeterli olup ayrıca kalan sürede eserin tamamlanıp tamamlanamayacağını bir önemi yoktur.⁵⁶

İş sahibi, sözleşmeye aykırı şekilde eserin imalinin geciktirilmesi durumunda, daha eserin teslim tarihine kadar yetiştirilmesi imkânsız olmadan, yükleniciye iş temposunu arttırmasını ve yeterli iş gücü düzeyini sağlamasını ihtar edebilir. Yüklenici böyle bir ihtara rağmen gerekeni yapmazsa ve bu yüzden eserin tamamlanması imkânsızlaşırsa iş sahibi, BK. md. 107 gereğince süre vermeksizin erken dönme hakkını kullanabilir.⁵⁷

Yüklenicinin, objektif olarak sözleşme şartlarına aykırı bir biçimde eserin imalini geciktirmesine örnek olarak, birden fazla vardiya çalıştırılması gerekirken bir

⁵⁴ SELİÇİ, s. 85; KOSTAKOĞLU, s. 309.

⁵⁵ ALTAŞ, s. 103; DAYINLARLI, s. 57; KARAHASAN, s. 237; KOSTAKOĞLU, s. 309.

⁵⁶ YAVUZ, s. 519; YÜCEL, s. 783.

⁵⁷ SELİÇİ, s. 85; ÖZ, s. 119.

vardiya çalıştırılması, ara vadeleri kararlaştırıldığı halde bu vadelerin geçirilmesi, bağlayıcı olan programa uyulmaması gösterilebilir.⁵⁸

Taraflarca sözleşme kurulurken tahmin edilemeyen ve önceden öngörülemeyen sebeplerin ortaya çıkmasıyla meydana gelen gecikmeler dönme için yeterli değildir.⁵⁹

İş sahibinin işin yürütülmesi sırasında gecikmeler olmasına rağmen dönme hakkını kullanmaması genel temerrüt hükümlerine göre seçimlik hakları kullanmaktan vazgeçtiği anlamına gelmez. İş sahibi ifanın gecikmesi halinde şartların oluşmasıyla genel temerrüt hükümlerine başvurabilir.⁶⁰

B. Teslim Süresi Belli Olmayan İşlerde İş Görme Faaliyetlerini

Yüklenicinin Geciktirmesi

Teslim süresi belli olmayan sözleşmelerde yüklenici eserin imaline başladıktan sonra ara vermeksizin benzer işlerdeki normal tempoya ve iş gücüne göre işi yürütmelidir. Aksi halde iş sahibi yükleniciye ihtarda bulunarak eserin tamamlanması için uygun bir süre verir. Bu süre verimsiz geçirilirse iş sahibi BK. md. 106'daki seçimlik haklarından birini kullanabilir.⁶¹

Yükleniciden beklenen, gerekli alet ve malzemelerle ve normal bir iş gücüyle eseri ortalama bir sürede tamamlayarak teslim etmesidir. Çalışma temposu belirlenirken çalışmanın benzer işlere göre yavaş yürümesi tek başına yeterli olmayıp somut olayın bütün özellikleri (örneğin; işin aciliyeti), işin kapsamı ve niteliğiyle birlikte iş sahibince bilinmesi gereken yüklenicinin mesleki yetenekleri, kapasitesi ve nitelikleri de dikkate alınmalıdır.⁶² Bu şekilde belirlenen çalışma temposunun gerisinde kalan yükleniciye karşı BK. md. 358/T'e başvurulabilecektir. Örneğin; “bir bahçeye artezyen kuyusu

⁵⁸ TANDOĞAN, s. 113.

⁵⁹ ALTAŞ(Dönme), s. 102;

⁶⁰ ALTAŞ, s. 104; ÖZ, s. 119.

⁶¹ TANDOĞAN, s. 124; SELİÇİ, s. 83; YAVUZ, s.519; UÇAR, Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003, s. 113; Teslim süresi belli olmayan sözleşmelerde BK. md. 358/T'in mi yoksa BK. md. 106 vd. düzenlenen genel temerrüt hükümlerinin mi uygulanacağı konusunda farkı görüşler vardır. ÖZ, (s.117) Ve ALTAŞ, (s. 100) BK: md. 358/'in uygulanabileceği görüşündedir. DAYINLARLI, s. 58; KOSTAKOĞLU, (s. 312); KARAHASAN, (s. 250,251) ise genel temerrüt hükümlerinin uygulanacağı görüşündedirler.

⁶² TANDOĞAN, s. 124; KOSTAKOĞLU, s. 311; AYAN, s. 351; ALTAŞ(Dönme), s. 102; KARAHASAN, s. 251; BAYGIN, s. 26.

vurarak su çıkaracak olan kişinin bazı günler gelmemesi, geldiği günlerde yarım gün çalışması nedeniyle kuyunun zamanında yetişmeyecek olmasında” durum böyledir.⁶³

Yüklenici normal bir temponun altında işi ağır yürütüyorsa temposunu hızlandırması ve işin ifası için iş sahibi uygun bir süre tayin edebilir. Yükleniciye verilecek bu sürenin mutlaka eserin tamamlanmasına ilişkin bir süre olması gerekip gerekmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüşe göre eser olması gerekenden daha geri bir seviyede kalmışsa, beklenen seviyeye ulaşması için iş sahibi yükleniciye uygun bir süre vererek bunun giderilmesini talep edebilir. Diğer bir görüşe göre ise bu süre eserin tamamlanması içindir ve yükleniciye eserin tamamlanabileceği süre göz önünde bulundurularak bir süre belirlenmelidir.⁶⁴ Seliçi’ye göre verilecek süre eserin yürütülmesinde normal bir çalışma temposunun sağlanmasına yöneliktir. Yükleniciye tanınacak sürenin mutlaka eserin tamamlanmasına ilişkin bir süre olarak saptanması borca aykırı davranan yükleniciyi iş sahibine karşı adil olmayacak şekilde korumak anlamına gelecektir. Bu sebeple iş sahibine yükleniciye çalışma temposunu normal düzeye çıkarmak için yeterli bir süre imkânı tanınmalıdır. Bu sayede iş sahibi daha kısa bir süre içerisinde seçimlik haklarını kullanabilecektir.⁶⁵

Ayan ise Koller tarafından ileri sürülen görüşü benimsemiştir. Buna göre tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin ortalama bir iş gücü ve tempoyla ara vermeksizin eseri tamamlayarak teslim etmesi gerektiği yönünde olduğunu kabul etmek gerekir. Böylece eserin teslim borcu ortalama bir süre sonunda muaccel olacak ve iş sahibinin ihtarı üzerine yüklenici temerrüde düşürülecektir.⁶⁶

Yüklenici eserin imaline ara vermişse, ifa iradesinin devam edip etmediğinin tespit edilmesi için yükleniciye esere kaldığı yerden devam etmesi için ek bir süre verilebilir. Bu sürenin sonunda yüklenici esere kaldığı yerden devam ederek ifa iradesini ortaya koymazsa, iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilmelidir.⁶⁷ Yükleniciye verilecek bu ek süre eserin tamamlanması için değil, çalışma temposunun normal düzeye çıkarılması ya da çalışmalara ara verilmişse tekrar başlanması içindir.⁶⁸

⁶³ ALTAŞ(Dönme), s. 102;

⁶⁴ TANDOĞAN, s. 118.

⁶⁵ SELİÇİ, s. 84; YÜCEL, s. 783.

⁶⁶ AYAN, s. 352.

⁶⁷ ÖZ, s. 104; AYAN, s. 353.

⁶⁸ ÖZ, s. 119; KOSTAKOĞLU, s. 312.

III. Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması

Borçlar Kanunu md. 358/I'e dayanarak iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği son durum, eserin tamamlanması için belirli bir süre tespit edilmiş olup bu tarihe eserin yetiştirilemeyeceğinin kesin bir suretle anlaşılmasıdır. Bu sebebe dayanabilmek için eserin teslim tarihi belirlenmiş olmalıdır. Bu tespit, belirli bir tarih olabileceği gibi belirli bir olayın gerçekleşmesi şeklinde de olabilir.⁶⁹

Bu durumda, diğer iki durumdan farklı olarak yükleniciye süre verilmesi gerekmediği savunulmuştur.⁷⁰ Bu görüşe göre, iş sahibi ihtarla yükleniciyi temerrüde düşürebilir ve ayrıca mehil vermeden sözleşmeden dönebilir. Aslında bu üçüncü durum diğer durumlardan ayrı tutularak işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi özel olarak düzenlenmiştir. Diğer iki durumda bu ölçüde bir gecikmenin olması aranmamaktadır.

Doktrinde bir görüşe göre, teslim süresinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde BK. md. 358/I'in uygulanabilmesi için ancak eserin zamanında tamamlanmasının mümkün olmaması sebebine dayanılabilir, işe geç başlama ve işin yavaş yürütülmesi sebeplerine dayanarak BK. md. 358/I'e başvurulamaz. Teslim süresi belli olan sözleşmelerde işe başlanmama ya da işin geciktirilmesi sebebiyle iş sahibine dönme hakkı tanınması için gecikmenin eserin vadesinde teslimini imkânsız kılmış olması gerekir Çünkü teslim süresi kararlaştırılmışsa eserin tamamlanması mümkün oldukça kural olarak yüklenici dilediği zaman eserin imaline başlayabilir, ara verebilir veya yavaşlatabilir. Kalan sürede hızlı bir tempo ile çalışarak eserin vadeye yetiştirilebilme imkânı varsa iş sahibi BK. md. 358/I'e dayanarak dönme hakkını kullanamaz.⁷¹

Eserin tamamlanmasının mümkün olup olmadığı belirlenirken ortalama bir çalışma hızı esas alınmalıdır. Somut durumun bütün koşulları dikkate alınarak ortalama bir yüklenicinin, ortalama bir çalışma temposuyla eseri tamamlayabilmesi için ne kadar süreye gereksinim olduğunun tespit edilmesi gerekir. Ayrıca tespit edilen çalışma temposu yükleniciden beklenebilir olmalıdır. Her durumun özelliğine göre eserin mevcut seviyesine, yüklenicinin sermaye ve iş gücüne göre karar verilmelidir.⁷²

Yüklenici uzman kişidir ve eserin belirlenen tarihe yetişip yetişmeyeceğini tespit etmeli ve çalışma temposunu ona göre ayarlamalıdır. Somut olayın özellikleri ve

⁶⁹ ALTAŞ(Dönme), s. 103; ÖZ, s. 120; KARATAŞ, s. 419.

⁷⁰ YAVUZ, s. 519; ALTAŞ, s.105; SELİÇİ, s. 85; YÜCEL, s. 783,784.

⁷¹ KARATAŞ, s. 420; AYAN, s. 333; ÖZ, s. 120; ALTAŞ (Dönme), s. 103.

⁷² AYAN, s. 336; KARATAŞ, s. 420 ÖZ, s. 118.

hayatın olağan akışı göz önüne alındığında çeşitli sebeplerle eserin belirlenen tarihte tamamlanarak teslim edilmesi olanaksızsa iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Bu sebepler sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabileceği gibi sözleşme kurulmadan önceki bir duruma ilişkin de olabilir. Ancak yüklenicinin çalışma temposunu arttırarak faaliyetlerini hızlandırması halinde eserin kararlaştırılan teslim zamanına yetiştirilmesi imkânı varsa dönme hakkı kullanılamaz⁷³ Kalan iş, eserin zamanında teslim edilmesine imkân vermeyecek kadar çoksa BK. md. 358/I'e başvurulabilir.⁷⁴ Ancak yüklenici kesin ve ciddi bir şekilde açıkça ya da zımnen eserin imaline devam etmeme iradesini ortaya koymuşsa kalan sürenin eserin tamamlanmasına yeterli olup olmadığının tespiti gerekmeksizin BK. md. 358/I'e başvurulabileceği kabul edilmektedir.⁷⁵ Ayrıca böyle bir durumda seçimlik hakların kullanılması için de yükleniciye ek bir süre vermek gerekmemektedir. BK. md. 107'ye göre mehil verilmesinin faydasız olduğu durumlarda mehil verilmeksizin seçimlik haklara başvurulabilmektedir.

Esere başlama ve teslim tarihi açıkça kararlaştırılmışsa, yüklenicinin belirlenen bu tarihte işe başlamaması üzerine eserin zamanında tamamlanma olanağının olup olmadığının tespiti gerekmeksizin iş sahibi uygun bir ek süre vererek sözleşmeden dönebilir.⁷⁶

⁷³ ALTAŞ (Dönme), s. 104; KOSTAKOĞLU, s. 310; ÖZ, s. 121-122.

⁷⁴ "...Yanlar arasındaki sözleşmede, inşaatın süresi ruhsat tarihinden itibaren 3,5 yıl olarak kararlaştırılmış, ruhsat için 6 ay ek süre öngörülmüştür. Yapılan ek sözleşme ile de, ilk sözleşmede kararlaştırılan toplam süre 7 ay daha uzatılmıştır. Bu haliyle, kalan süre nazara alınarak, zaman bakımından eserin bitirilip, tesliminin mümkün olup olmayacağı saptanması gerekir. Bu husus, teknik ve fenni bilgi gerektirdiğinden, mahkemece, kalan sürede işin yapılıp bitirilmesinin olanaksız kabul edilmesi ve bu nedenle davanın reddi doğru olmuştur..." 15. H.D. T. 06.05.1995, 2285-2402 sayılı kararı.

⁷⁵ ERMAN, s. 74; AYAN, s. 337; DAYINLARLI, s. 81; Aksi yön. gör. İçin, ARAL, s. 347.

⁷⁶ AYAN, s. 344; Aks. gör. TANDOĞAN, s. 67; SELİÇİ, s. 83; Yargıtay 15.HD. 18.09.1973, 15/54 sayılı kararında, işe başlama tarihi açıkça kararlaştırılsa ve yüklenici bu tarihte işe başlamasa dahi, eserin tamamlanma imkânı varsa iş sahibi sözleşmeden dönebilir. (Karar için ayrıca bkz. ERMAN, s. 70, dn. 41)

§6. Borçlar Kanunu md. 358/I Hükümüne Göre İş Sahibinin Sözleşmeden

Dönmesinin Hukuki Sonuçları

I. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme ve Menfi Zararı Talep Etme Hakkı

A. Sözleşmeden Dönme

Borçlar Kanunu md. 358/I'deki hallerden biri sebebiyle yükleniciye ihtarda bulunularak bir mehil verilmiş ve verilen bu mehil verimsiz geçirilmişse, iş sahibi sözleşmeden dönebilir.⁷⁷ İş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesi için anılan şartların tümünü yerine getirmesi gerekir.⁷⁸ Bununla birlikte BK. md. 358/I'in şartları oluşsa da iş sahibi isterse seçimlik haklarını hemen kullanmayarak teslim borcunun muaccel olmasından sonra borçlunun temerrüdü hükümlerine de başvurabilir.⁷⁹

Dönme hakkının yanı sıra doktrinde çoğunluğun görüşüne göre, 358'nci madde borçlunun temerrüdüne ilişkin BK. md. 106'nın tamamlayıcısıdır ve bu sebeple iş sahibi dilerse aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini de isteyebilir.⁸⁰ Ancak edimin aynen ifası ya da tazminat talepleri iş sahibine sözleşmeden dönmesinden daha az bir yarar sağlayacaksa iş sahibi dönme hakkını kullanabilir.⁸¹

Dönme hakkı genel olarak BK. md. 106'da düzenlenmiş olup kullanımı da BK. md. 106-108 hükümlerine tabidir. BK. md. 358'in bütün şartları BK. md 101 ve 108 hükümlerince tamamlanabiliyorsa iş sahibi teslim tarihin beklemeden sözleşmeden dönebilir.⁸²

Dönme beyanı taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran ve bu açıdan yenilik doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır. Dönme beyanının kullanılmasıyla

⁷⁷ 1.07 2012'de yürürlüğe girecek 6098 sayılı Borçlar Kanun'da fesih yerine genel kabule uygun olarak 'fesih' yerine 'dönme' ibaresi kullanılmıştır.

⁷⁸ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 24.

⁷⁹ YAVUZ, s. 520; AYAN, s. 357; ÖZ (Dönme), s. 56.

⁸⁰ "...Teslim süresi geçmiş olmasına rağmen eser teslim edilmemiş olduğundan, yüklenici davalı borçlu temerrüdüne düşmüştür. Arsa sahipleri BK. md 106 –108. maddelerine dayanarak seçim hakkını akdin feshi doğrultusunda kullanabileceklerinden fesih istemi ile işin tasfiyesi de gerekeceğinden tasfiyenin doğal sonucu olarak davalılar üzerinde sözleşme ile geçen kayıtlar varsa bunların arsa sahibi davacılar adına tescili gerekir." 15 HD. 10.10.2001 T, 2001/3777 E, 2001/4463 K (YKD. C. 28, S. 4, Y. 2002s. 581,582)

⁸¹ YAKUPPUR, Sendi, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009, s. 113.

⁸² ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N.19-20. (BK. md. 358 benzeri durum seyahat düzenleme sözleşmesinde de uygulanabilir. N. 19)

tarafların arasındaki hukuki ilişki değişmektedir. Zira tarafların yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesi gerekecek; yerine getirmedikleri edim yükümlülükleri ise sona erecektir.⁸³ Bu irade beyanı herhangi bir şekle tabi olmamakla birlikte şartsız ve açık olmalıdır. Dönme beyanı yükleniciye ulaşmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğuracağından sözleşmeden dönmek için dava açarak bir hüküm almaya ya da karşı tarafın kabulüne gerek yoktur.⁸⁴

İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez. Kusur, tazminat istenebilmesinin koşuludur ve tazminat miktarının belirlenmesinde önem arz eder.⁸⁵ Yüklenici temerrütten sorumlu tutulamayacağını kanıtlarsa iş sahibinin tazminat talepleri söz konusu olamaz. Böyle bir durumda iş sahibi ya ifayı talep edebilir ya da sözleşmeden dönebilir.⁸⁶

Dönme hakkını kullanan iş sahibinin ücret ödemekten kaçınması, eserin tamamlanmamış kısmı için söz konusudur ve bu kısma ilişkin olarak ücret ödemesi yapılmışsa iadesi istenebilir. Buna karşılık iş sahibi dönme hakkını kullanmakla eserin tamamlanmasını ve tamamlanan kısmının teslimini talep hakkını ise kaybeder. Tamamlanarak teslim edilen bir kısım varsa bunu da iade eder.⁸⁷

İş sahibinin sözleşmeden dönmesiyle yüklenicinin eseri tamamlama, iş sahibinin de ücret ödeme borçları sona erecektir. Eserin yapımına hiç başlanmaması sebebiyle sözleşmeden dönülmüşse sözleşmenin tasfiyesi kolaydır. Ancak eserin yapımına başlanmış ve bir kısmı tamamlanmışsa sözleşmenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre mi yoksa borç ilişkisinin içeriğinin değiştiği kabulüne dayanarak mı sona erdirileceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre sözleşme ilişkisinin içeriğinin değişerek devam ettiğinin kabulüyle sözleşme ilişkisi ortadan kalkmayarak bir tasfiye ilişkisine dönüşecektir. Bu şekilde talep edilecek edimler yer değiştirmiş olacak, yüklenici o ana kadar yaptığı eserin kendisine verilmesini, iş sahibi de fazla ücret ödemişse bunun iadesini isteyebilecektir. İş sahibi artık eserin tamamlanmasını, yüklenici ise ücretin ödenmesini talep edemeyecektir.⁸⁸ Bir diğer görüşe göre ise, sözleşmeden dönme bozucu nitelikte yenilik doğuran bir haktır ve sözleşme tamamen ortadan kalkar. Dönme

⁸³ BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998, s. 75; OĞUZMAN, Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2000 s. 396; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009, s. 1075.

⁸⁴ KARAHASAN, s. 978; DAYINLARLI, s. 76; AYAN, s. 252; ERGEZEN, s. 51.

⁸⁵ ÖZ (Sözleşmeden Dönme) s. 284, İstanbul, 1989; AYAN, s. 252; BUZ, s. 110; YAKUPPUR, s. 114.

⁸⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 389.

⁸⁷ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 20.

⁸⁸ SELİÇİ, s. 77, 78; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 37; AYAN, s. 253; ERGEZEN, s. 50.

beyanının ulaşmasıyla sebep ortadan kalkmıştır. Taraflar ifa ettikleri edimleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre aynen, buna imkân yoksa nakden talep edebilirler. Yüklenici, iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesine dayanarak ancak ediminin yerine getirdiği kısmı için ya da tamamladığı kısım ile orantılı bir bedel isteyebilir.⁸⁹

Son olarak değinilmesi gereken bir husus da iş sahibinin dönme hakkından feragat etmesidir. İş sahibinin dönme hakkından feragati, sözleşmesel ilişkinin asli içeriğinin sona erdirilmesi anlamına gelir. Bu feragatle yüklenicinin eserin tamamlanması ile ilgili artık sorumluluğu kalmaz. Buna karşılık iş sahibinin yerine getirilen ifa ile ilgili olan sorumluluğu (ücret borcu) devam eder.⁹⁰

B. Menfi Zararın Giderilmesi Talebi

Yüklenicinin yükümlülüklerine uymaması üzerine verilen mehlin dolmasıyla iş sahibi, teslim zamanını beklemezsizin sözleşmeden dönerek olumsuz zararlarının tazminini isteyebilir. BK. md. 358/I'de menfi zararın tazmininin istenebileceği açıkça düzenlenmemiştir. Bu BK. md. 106'dan kaynaklanan bir haktır. Burada dikkat edilmesi gereken bir husus iş sahibinin, aynen ifadan vazgeçtiğini yükleniciye derhal bildirmesi gerekliliğidir.⁹¹ BK. md. 106/II'de yer alan derhal kavramı BK. md. 358 için de uygulanabilir.⁹²

Menfi zarar, iş sahibinin sözleşmenin kurulmuş olmasına güveninin boşa çıkmış olması ve bu sebeple sözleşme geçerli olarak kurulsaydı uğramamış olacağı zarardır. Menfi zarara, güvenden doğan zarar da denilmektedir.⁹³ Menfi zararın giderilmesindeki amaç, iş sahibinin, sözleşme hiç yapılmıyaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmesidir. Bunun için de iş sahibinin sözleşme kurulmamış olsaydı sahip olacağı malvarlığı ile sözleşmeden döndükten sonra sahip olduğu malvarlığı arasındaki fark esas alınır.⁹⁴

⁸⁹ TANDOĞAN, s. 147; ARAL, s. 348; OĞUZMAN/ÖZ, s. 397; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 37

⁹⁰ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 22; GAUCH, N. 488.

⁹¹ ERMAN, s. 76,77; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 316; YÜCEL, s. 786,787.

⁹² ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 25.

⁹³ KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010, s. 601; BUZ (Dönme), s. 243; OĞUZMAN/ÖZ, s. 328; EREN (Borçlar Genel), s. 1079; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 285; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 76.

⁹⁴ BUZ, s. 240; EREN (Borçlar Genel), s. 1079; ÖZ, s. 285.

İş sahibinin yoksun kaldığı kar ile fiili zararları da menfi zarar kapsamındadır.⁹⁵ İfaya olan güvenle sözleşmenin kurulması için yapılan noter, vergi, pul masrafları ya da iş sahibinin sözleşmeden dönmek için yaptığı sözleşmenin tasfiyesi için yapılan ihtar, dava açma, vekâlet ücreti masrafları fiili zarar kalemlerini oluşturur. Ayrıca iş sahibinin sözleşmeden dönme sebebiyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı tazminat ya da cezai şart da fiili zarardır.⁹⁶ Bunlara ek olarak yüklenici iş sahibinin verdiği bazı şeyleri kullanmış, hasara uğratmış ya da elden çıkarmışsa bunlar da fiili zarar kapsamında yükleniciden talep edilebilir. Örneğin; iş sahibinin yükleniciye eserin yapımı için verilen malzeme, araç ve gereçlerin geri verilmesi artık mümkün değilse yükleniciden bunların bedeli talep edilebilir.⁹⁷

Yoksun kalınan kar ile kastedilen ise, iş sahibinin kurulan eser sözleşmesinin hüküm ifade edeceğine olan güvenle daha elverişli koşullarda sözleşme yapma fırsatını kaçırmasıdır. Eser sözleşmesinde menfi zarar, akdedilme fırsatı kaçan sözleşmenin maliyeti ile sözleşmeden döndükten sonra başka bir yükleniciyle yapılacak olan sözleşmenin maliyeti arasındaki farka göre belirlenir. Daha elverişli şartlarda sözleşme yapma fırsatının kaçması sebebiyle oluşan olumsuz zararlar tespit edilirken başka bir yükleniciden teklif alınmışsa o teklif, eğer böyle bir teklif söz konusu değilse rayiç bedeller esas alınır.⁹⁸

Yoksun kalınan kar, iş sahibinin eser sözleşmesini daha elverişli şartlarla yapsaydı elde edeceği menfaatlerin yanı sıra yapılan sözleşmeye bağlı kalmak sebebiyle kaçırılan başka nitelikteki kazançları da kapsar. Örneğin; iş sahibinin yükleniciye verdiği işle şahsen ilgilenmek zorunda kalması sebebiyle kendi işinde elde edeceği gelir ve kardan mahrum kalması da yoksun kalınan kar kapsamındadır.⁹⁹

Eser sözleşmesinin ifa edileceğine olan inançla yükleniciye verilen şeylerin kullanılamaması sebebiyle elde edilemeyen menfaatler de kazanç kaybı olarak menfi zarar sayılmaktadır. Örneğin; inşaat yapılacağı düşüncesiyle zirai faaliyetler

⁹⁵ “...Sözleşmeden dönen taraf ise ancak BK 108/2. maddesinde öngörülen menfi zararını, başka bir anlatımla cebinden çıkan paranın tahsilini isteyebilir. Yani, davacı iş sahibi davalı ile sözleşme yapmamış olsaydı tarihi itibarıyla davalının teklifine en yakın teklifte bulunmuş başka yüklenici varsa o yüklenicinin teklif ettiği fiyat ile (böyle bir yüklenici yoksa anılan tarih itibarıyla o işin rayiç bedeli ile) davacı iş sahibinin feshini müteakip makul süre içerisinde kalan eksik işler için başka yükleniciye ödediği bedel arasındaki fark menfi zarardır.” 15. HD. 8.11.2000 T. 2000/2826 E, 2000/4884 K. (YKD.,C. 27, S. 2, Y.2001, s.232, 233).

⁹⁶ EREN (Borçlar Genel), s. 1079-1080; ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 285-289; DAYINLARLI, s. 147.

⁹⁷ ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 288; YAKUPPUR, s. 121.

⁹⁸ AYAN, s. 279-280; BUZ (Dönme), s. 243; ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 289; KARAHASAN, s. 979.

⁹⁹ ÖZ,(Sözleşmeden Dönme), s. 290.

durdurularak yükleniciye teslim edilmişse iş sahibinin üretim kaybı bu tür bir menfi zarardır.¹⁰⁰

Yoksun kalınan kar farazi bir zarar olması sebebiyle hesaplanması oldukça güçtür. Bu yüzden yoksun kalınan karın hesaplanmasında BK. md. 98/II'nin atfi sebebiyle BK. md. 42 hükmü uygulanır. Bu sebeple hâkimin takdir yetkisi oldukça geniştir.¹⁰¹

Yüklenici menfi zararların tazmini sorumluluğundan ancak gecikmede kusuru olmadığını kanıtlayarak kurtulabilir. Burada yüklenici aleyhine bir kusur karinesi söz konusudur.¹⁰² Yüklenici, imalin gecikmesinin kendi kusurundan kaynaklanmadığını ispatlamadıkça, iş sahibi sözleşmenin sona ermesinden doğan zararlarını BK. md. 108/II'ye göre talep edebilir.¹⁰³ Yüklenici beklenmeyen hal ya da mücbir sebep söz konusuysa bunu ispat ederek menfi zararı tazmin etmekten kurtulur.¹⁰⁴ İş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmezken menfi zararların tazmininin talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şarttır.¹⁰⁵

Menfi zararın tazminine ilişkin alacak sözleşmeye kanununun bağladığı bir alacak olduğu için akdi alacak niteliğindedir. Dolayısıyla bu alacağa ilişkin davalar yüklenicinin kastı ya da ağır kusuru varsa 10 yıl, kastı ya da ağır kusuru yoksa 5 yıllık zamanaşımına tabidir (BK. md. 126/4).¹⁰⁶ Zamanaşımı süresi dönme tarihinden itibaren başlar.¹⁰⁷

C. Dönme Sonucunda Edimlerin Geri Verilmesi Borcunun Hukuki Niteliği

Dönme ile sözleşmenin geriye etkili mi (ex tunc) yoksa ileriye etkili (ex nunc) olarak mı sona ereceği tartışmalıdır. Klasik dönme teorisine göre; dönme halinde borç

¹⁰⁰ EREN (Borçlar Genel), s. 1080.

¹⁰¹ EREN (Borçlar Genel), s. 1080.

¹⁰² ERMAN, s. 76; ÖZ,(Sözleşmeden Dönme), s. 271, TANDOĞAN, s. 115; AYAN, s. 278; OĞUZMAN/ÖZ, s. 398.

¹⁰³ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 26; Becker, Art. 366, N. 4; (BK. md. 358'in, md. 369'dan farkı; md. 369'dan iş sahibinin, yüklenicinin zararını tazmin etmesine karşın, md. 358'de iş sahibinin böyle bir yükümlülüğü yoktur. Gauch, N. 482)

¹⁰⁴ KARAHASAN, s. 78; DAYINLARLI, s. 78.

¹⁰⁵ EREN, s. 1055; YAVUZ, s. 520; TANDOĞAN, s. 133.

¹⁰⁶ TANDOĞAN, s. 121; DAYINLARLI, s. 78; BUZ (Dönme), s. 275; ÖZ (Dönme), s. 301.

¹⁰⁷ AYAN, s. 279.

ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacak ve iade talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanacaktır.¹⁰⁸

Yeni dönme teorisine göre ise, sözleşmeden dönme ile borç ilişkisinde tarafların borçları adeta yer değiştirmektedir. Bu görüşün savunucularından Serozan iade ilişkisini bir borç ilişkisi kabul etmektedir ve¹⁰⁹ BK. md. 96 vd. genel kurallarıyla birlikte, BK'da iade, masraf ve tazminat taleplerini düzenleyen bütün sorumluluk hükümleri sözleşmeden dönme için yöneltilen iade taleplerine uygulanabilmelidir.

Doktrinde baskın olan görüşe göre, dönme ile sözleşme geriye etkili olarak ortadan kalkacaktır. Sözleşme ilişkisinin bu şekilde tasfiye edilmesinin hukuki dayanağının ne olduğu konusu tartışmalı olmakla birlikte genel kabule göre sebepsiz zenginleşmedir.¹¹⁰ Dolayısıyla sözleşme başlangıçtan itibaren yok sayılacağı için yerine getirilmiş olan edimler sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilecek, henüz yerine getirilmemiş borçlar ise artık talep edilemeyecek, ortadan kalkacaktır. Yani iş sahibinin ücret, yüklenicinin eser teslimine ilişkin alacağı sona erer. Daha önce ifa edilmiş edimlere ilişkin olarak ise yüklenici ödenmiş olan ücreti, iş sahibi ise teslim aldığı eseri iade etmekle yükümlüdür. Taraflar iyi niyetle elden çıkarmış oldukları edimleri geri vermekle yükümlü değildirler.¹¹¹

Azınlıkta kalan görüşe göre ise sözleşme hiç yapılmamış gibi ortadan kalkmaz; iş sahibinin yükleniciye dönme beyanının ulaşmasıyla sözleşme geçmişe dönük olarak sona ermemekte, yalnızca borç ilişkisinin içeriği değişmektedir. Buradaki iade borcu sözleşme ilişkisinden doğması sebebiyle sözleşmesel niteliktedir. Bu sebeple tarafların dönmeden önce yerine getirdikleri edimlerin iadesine ilişkin talepleri sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, içeriği değişmiş olan sözleşmeye dayanır. İş sahibi, yüklenicinin tamamlamış olduğu kısmın ücretini öder ve iş sahibinin sonraki edimlere ilişkin hakkı da devam eder. (BGE 116/II 452,114/II 157)¹¹²

¹⁰⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s. 395; TANDOĞAN, s. 121-122; ÖNEN, s. 97.

¹⁰⁹ SEROZAN, s. 552 vd.

¹¹⁰ Bu konuyla ilgili görüşler için bkz. BUZ, Vedat, İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 1989, s. 65 vd.

¹¹¹ TANDOĞAN, s. 121; YÜCEL, s. 786; DAYINLARLI, s. 119.

¹¹² OR- ZINDEL/PULVER, Art. 366, N.21; SELİÇİ, s. 100; DAYINLARLI, s. 142; ERMAN, (İnşaat Sözleşmesi), s. 75; ERMAN'a göre, eserin büyük bir bölümünün bitmiş ancak teslim tarihine yetiştiremeyeceğinin kesin olarak belli olması durumunda iş sahibinin sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmesi dürüstlük kurallarına uygun değildir, s. 76.

Sözleşmenin ileriye etkili olacağını kabul eden görüşe¹¹³ göre iş sahibinin BK. md.108'e göre talep edeceği menfi zararın tazminine ilişkin alacağı, akdi bir alacak niteliğindedir. Yüklenici ancak kendi kusurunun olmadığını kanıtlayarak menfi zararı ödemekten kurtulabilir. Ayrıca BK. md. 358/1'e dayanarak iş sahibinin erken dönmesi halinde yüklenici BK. md. 369'a göre zararının tazminini isteyemez.¹¹⁴

Tandoğan, eserin tamamlanmış olduğu durumlarda erken dönmenin genelde söz konusu olmayacağını belirtmiştir. Bununla birlikte eser, yüklenicinin kusuru sebebiyle tamamlanamamışsa yükleniciye tamamlanan kısım ile orantılı bir ücret ödeme, hem hakkaniyete hem de yüklenicinin kusurunun bulunmaması halinde ücret alma hakkı tanıyan BK. md. 371'e aykırıdır.¹¹⁵

İş sahibinin ileriye dönük sona erdirme hakkı sözleşmenin ileriye etkili olduğu her durumda geçerlidir. Yüklenicinin menfaatinin olduğu objektif durumlarda olduğu gibi iş sahibi de sözleşmeyi ileriye dönük olarak feshedebilir. Buna göre yüklenicinin işi geciktirmesi halinde iş sahibi, seçimlik hakka sahiptir. Sözleşmeyi dilerse ileriye dilerse geçmişe olarak sona erdirebilir. Yüklenici açıkça bir zarara uğramıyorsa (ek kazanç elde edememe durumu dâhil olmak üzere) iş sahibi bunlardan birini seçebilir.¹¹⁶

Bu konuda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun da görüşünü belirtmek gerekir. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kuruluna göre, her ne kadar eser sözleşmeleri ani edimli bir borç ilişkisi doğursa da edim borcu genel olarak uzun bir zaman süreci içerisinde yayılmıştır. Bu sebeple olayın özelliği ve niteliği haklı gösteriyorsa MK md. 2 gereğince dönme ileriye etkili sonuç doğurabilir.¹¹⁷

¹¹³ “ ... eser sözleşmesinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda kusuruyla borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin, inşaatı tamamladığı kısmın getirildiği seviye ve olayın özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medeni Kanununun 2. maddesindeki dürüst davranma kuralı doğrultusunda sözleşmenin ileriye etkili feshi olanağı varsa da, bunun için öncelikle ve özellikle yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın sözleşme konusunun bütününe göre getirildiği seviyeye bakmak lazımdır. Zira ileriye etkili fesihte öne çıkan düşünce yükleniciyi korumak, inşaatları getirdiği seviyeye göre sembolik bir para ile feshin sonuçlarından zarar görmesinin önüne geçmektir. Bilirkişi raporlarına bakılırsa, yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesi ancak % 86'dır. Sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı açık seçiktir. O halde olayda borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapıyı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı yoktur...” 15 HD. 8.12.2003 T, 2003/2673 E, 2003/6105 K (YKD., C. 30, S. 3, Y. 2004, s. 410, 411)

¹¹⁴ TANDOĞAN, s. 121, 122.

¹¹⁵ TANDOĞAN, s. 122.

¹¹⁶ OR- ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 23.

¹¹⁷ YİBK, 25.01.1984 tarihli, E. 3, K. 1 sayılı karar; MK. md. 2 göz önüne alınarak feshin ileriye etkili sonuçlar doğuracağına ilişkin ayrıca bkz. 25.1.1985 tarihli E. 1983/3, K. 1984/1 sayılı YİBK; Y. 15.HD., 14.12.2000 tarihli E. 3809, K. 5517, Y. 14. HD., 19.02.2007 tarihli E. 1188, K. 1450; ARAL, s. 348.

II. Diğer Seçimlik Hakların Kullanılması

A. Genel Olarak

Borçlar Kanunu md. 358/I borçlu temerrüdünü düzenleyen özel bir norm niteliğindedir. Genel kabule göre yüklenici eserin imalinde beklenen tempoda işi ilerletmiyorsa, iş sahibi BK. md. 106 vd.'da öngörölmüş imkânlardan da yararlanabilir.¹¹⁸ BK. md. 106'daki seçimlik hakların kullanıp kullanılmayacağı konusunda Gautschi, yüklenicinin işe hiç başlamamasıyla, işe başlayıp da geciktirmesi durumlarını farklı değerlendirmektedir. Yüklenici işe hiç başlamamışsa ifayı kesin olarak reddetmekte olduğu varsayıldığı için iş sahibi BK. md. 106'daki seçimlik haklardan birini kullanabilir. Ancak yüklenici işe başlamış ancak işin devamında gecikme göstermişse iş sahibi sadece BK. md. 358/I'e göre erken fesih hakkını kullanabilir, BK. md. 106'daki seçimlik haklardan yararlanamaz. İşin devamında gecikme gösteren yüklenici BK. md. 106'daki seçimlik haklara başvurmak istiyorsa sözleşmedeki teslim tarihini beklemek zorundadır. Çünkü işe devam eden yüklenici, teslim tarihinden önce temerrüt ya da akdi hiç ifa etmeme durumuna girmez.¹¹⁹

Gauch'a göre BK. md. 358/I, genel temerrüt hükümlerinin sınırlı bir uygulamasıdır. BK. md. 106'da bulunan seçimlik haklar, BK. md. 358/I'de sınırlandırılmıştır.¹²⁰ İş sahibinin dönme hakkı dışındaki diğer iki seçimlik hakkı kullanabilmesi bunların şartlarını yerine getirmesiyle mümkündür.¹²¹

İş sahibi BK. md. 106/II gereğince sahip olduğu haklardan hangisini seçtiğini "derhal" yükleniciye bildirmelidir. Aksi halde aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı istediği kabul edilir. Derhal bildirimle kastedilen somut duruma göre iş sahibinin imkan bulur bulmaz yükleniciyi haberdar etmesidir.¹²² Bu bildirim mehil verilirken de yapılabilir. Aynı zamanda ihtar, mehil ve seçimlik haklardan hangisinin kullanılmak istendiği de tek bir beyanla bildirilebilir.¹²³

¹¹⁸ ARAL, s. 348; TANDOĞAN, s. 119; SELİÇİ, s. 80; YAVUZ, s. 519; ŞENOCAK, s. 25 DAYINLARLI, s. 125; GÜLEÇ, s. 100; GÖKYAYLA, Emre, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, s. 160, İstanbul, 2009.

¹¹⁹ TANDOĞAN, s. 119.

¹²⁰ GAUCH, Art. 366, N. 675.

¹²¹ ZİNDEL/PULVER, Art. 366, N. 24; GAUCH, N. 482.

¹²² ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 179; OĞUZMAN/ÖZ, s. 391.

¹²³ BUZ, s. 107; TANDOĞAN, s. 141.

B. İş Sahibinin Aynen İfadan Vazgeçerek Müspet Zararı Talep Etme Hakkı

Müspet (olumlu) zarar, borcun ifa edilmemiş olması sebebiyle alacaklının borcun ifasındaki menfaatinin elde edilememesinden doğan zarardır. Bir başka deyişle edimin zamanında ve borca uygun ifa edilmemesi sebebiyle meydana gelen zarardır.¹²⁴ Borçlanılan edim gereği gibi ifa edilmiş olsaydı iş sahibinin malvarlığı değeri ile hali hazırdaki durumu arasındaki fark iş sahibinin uğradığı müspet zararı ifade eder.¹²⁵

İş sahibi, yükleniciye verdiği ek sürenin dolmasıyla aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini isteyebilir. İfanın artık iş sahibi için önemi kalmamışsa ve müspet zararın tazminiyle elde edilecek menfaat eserin değerinden çoksa, aynen ifanın reddedilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi iş sahibinin yararınadır.¹²⁶ İş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini ve müspet zararının tazminini istediğini gecikmeksizin yükleniciye bildirmelidir. Aksi halde verilen uygun mehilin geçmesiyle iş sahibi artık sadece aynen ifa ile gecikme tazminatını talep edebilir. İş sahibinin mehilin sonunda bir bildirimde bulunmaması aynen ifayı hala istediğine karine teşkil eder.¹²⁷

İş sahibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini seçtiğinde sözleşme ilişkisi sona ermez; içeriği değişmiş olarak devam eder. Yüklenici asli edim borcundan kurtularak tazminat ödeme borcu altına girer; iş sahibi ise ifayı talep hakkını kaybeder. Sözleşmeden dönmede olduğu gibi aynen ifadan vazgeçilmesi, yüklenici için ifa etmediği edimler bakımından borçtan kurtarıcı etki sağlar.¹²⁸ İş sahibinin karşı edim yükümlülüğünün devam edip etmediği konusu ise doktrinde tartışmalıdır. Fark teorisine göre iş sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep ettiğinde kendi edimini ifadan kurtulmakla birlikte, kendi ediminin değeri ile müspet zarar arasındaki farkı yükleniciden talep edebilir. Mübadele (değişim) teorisine göre ise yüklenicinin edim yükümlülüğü sona ererken, iş sahibi kendi edimini ifa etmekle yükümlüdür. Eserin tamamlanması için gereken masraflar müspet zarar olarak iş sahibinden talep edilir.¹²⁹ İş

¹²⁴ KILIÇOĞLU, s. 601; EREN (Borçlar Genel), s. 1073; OĞUZMAN/ÖZ, s. 328.

¹²⁵ KOSTAKOĞLU, s. 714; AYAN, s. 233; EREN (Borçlar Genel), s. 1073.

¹²⁶ AYAN, s. 357; ARAL, s. 348; DAYINLARLI, s. 124

¹²⁷ TANDOĞAN, s.138-139; DAYINLARLI, s. 128; EREN (Borçlar Genel), s. 1071.

¹²⁸ ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 92; AYAN, s. 229; EREN, s. 1071-1072; DAYINLARLI, s. 124.

¹²⁹ AYAN, s. 231.

sahibi, müspet zararın fark teorisine ya da mübadele teorisine göre hesaplanmasında seçimlik hakka sahiptir.¹³⁰

İfa beklentisiyle yapılan harcamalar, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar (noter masrafları), dava giderleri, üçüncü kişilere ödenen tazminatlar, cezai şartlar ve yoksun kalınan karlar müspet zarar kalemleridir.¹³¹

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmini istendiğinde ayrıca gecikme tazminatının da istenip istenemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. TANDOĞAN'a göre müspet zararı talep eden iş sahibinin, aynen ifayı talep etmesi durumundan daha kötü bir durumda kalmaması için müspet zarar kapsamına temerrütten doğan zarar da dâhil edilmelidir. Zira burada amaç iş sahibinin ifayla elde edeceği menfaatin eksiksiz olarak sağlanmasıdır.¹³² Aksi görüşte olan BECKER'e göre ise iş sahibi tarafından talep edilen müspet zarara temerrüt dolayısıyla uğranılan zarar dâhil değildir.¹³³

Son olarak belirtmek gerekir ki diğer tazminat taleplerinde olduğu gibi müspet zararın tazmininin istenebilmesi için de yüklenicinin kusurlu olması gerekir.

C. İş Sahibinin Aynen İfa ile Birlikte Gecikme Tazminatı Talep Etmesi ve Kararlaştırılmışsa Cezai Şart Ödenmesini Talep Etme Hakkı

1. Aynen İfa ile Gecikme Tazminatı Talep Etme Hakkı

Borçlar Kanunu md. 358/P'in diğer bir sonucu da yüklenicinin, iş sahibinin gecikmeden dolayı uğradığı zararları tazmin etmesidir.¹³⁴ İş sahibi, işin geç teslim edilmesi durumunda BK. md. 106 vd. hükümlerine göre yükleniciden her zaman aynen ifa ile gecikme tazminatı isteyebilir, bunun için ayrıca bir beyanda bulunmasına gerek yoktur. Ancak yüklenicinin gecikme tazminatına mahkûm edilmesi kusurlu olması şartına bağlıdır. Gecikmeden doğan zarar dolaylı zarar olduğu için tespit edilmesi güçtür. Yüklenici gecikmenin kendi kusurundan kaynaklanmadığını kanıtlayarak tazminat ödemekten kurtulabilir. Yüklenici, her türlü özeni gösterdiğini ve gerekli bütün

¹³⁰ BUZ (Dönme), s. 153; DİRİCAN, Gökhan, Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s. 60; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 94; EREN (Borçlar Genel), s. 1073.

¹³¹ EREN, s. 1073

¹³² TANDOĞAN, s. 140; AYAN, s. 240; DAYINLARLI, s. 140.

¹³³ YAKUPPUR, s. 111, dn. 487; BECKER, I. Kısım, md. 106, s. 24; N. 41.

¹³⁴ GAUCH, Art. 103, N. 470; ZINDEL/PULVER, Art. 366, N. 27.

tedbirleri aldığını ispat ederek gecikme tazminatı ödeme sorumluluğundan kurtulabilir. Kusursuzluğunu ispat yükü yüklenicidedir.¹³⁵

Gecikme nedeniyle doğan zararı, iş sahibi zamanında ifada bulunsaydı malvarlığının değeri ile hali hazırdaki malvarlığı değeri arasındaki farkı ifade eder. İş sahibi isterse açacağı ifa davasıyla birlikte gecikme tazminatını da ya da daha sonradan tazminat davasıyla gecikme tazminatını talep edebilir.¹³⁶

Gecikme tazminatıyla, iş sahibinin ifadan beklenen menfaati geç elde etmiş olması sebebiyle uğramış olduğu zararların karşılanması amaçlanır. Bu sebeple gecikme tazminatı hukuki niteliği bakımından müspet zararın sınırlı ve özel bir görünümüdür.¹³⁷ Bu bağlamda takip giderleri için yapılan masraflar, eserin teslimi için yapılan hazırlık masrafları, teslimdeki gecikme nedeniyle kredi faizlerinin artması, kararlaştırılan eser yerine kullanmak için kiralanan başka bir eser için ödenen kira bedeli, iş sahibinin temerrüt nedeniyle üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart ve tazminatlar sayılabilecek bazı gecikme zararı kalemleridir. Bunlardan başka eser gereği gibi teslim edilmiş olsaydı iş sahibinin eseri satarak ya da kiralayarak bir menfaat elde etmesi söz konusu olacak idiyse, iş sahibinin yoksun kaldığı bu kazanç da gecikme zararı kapsamına girer.¹³⁸

Son olarak belirtmek gerekir ki gecikmeden doğan zararın tazmini asıl borcun ifasına bağlı olup ifa talebini genişletmektedir. Bu sebeple yüklenici, temerrüt sebebiyle oluşan zararı tazmin etmedikçe iş sahibi gecikmiş ifayı kabule zorlanamaz. Ayrıca cezai şart talebinden farklı olarak, gecikmiş ifa ihtirazı kayıt ileri sürülmeden kabul edilmiş olsa bile daha sonra da gecikme tazminatı talep edilebilir.¹³⁹

2. Gecikmeye Dayalı Cezai Şartın Ödenmesini Talep Etme Hakkı

Kanun da tanımlanmamış olan cezai şart için doktrinde çeşitli tanımlamalar yapılmaktadır. Doktrinde temel olarak cezai şart için iki şekilde tanım verilmektedir. İlk tanıma göre cezai şart kavramı taraflar arasındaki cezai şartı doğuran hukuki işlemi ifade ederken, ikinci tanıma göre, hukuki işlemle kararlaştırılmış ve asıl borçtan ayrı

¹³⁵ ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 316; SELİÇİ, s. 72; EREN (Borçlar Genel), s. 1061; OĞUZMAN/ÖZ, s. 356-358.

¹³⁶ EREN, (Borçlar Genel), s. 1059.

¹³⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s. 368; OZANOĞLU, s. 73.

¹³⁸ TANDOĞAN, s. 134; OĞUZMAN/ÖZ, s. 374; EREN, (Borçlar Genel), s. 1059-1060.

¹³⁹ OZANOĞLU, s. 74.

olan edimi ifade etmektedir.¹⁴⁰ Bu tanımlamalardan hareketle, cezai şart için “ borçlunun yerine getirmeyi taahhüt ettiği borcu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi ya da geç ifa etmesi durumunda alacaklıya karşı önceden kararlaştırılmış ekonomik değer taşıyan bir edimi yerine getirmeyi taahhüt etmesidir.” şeklinde bir tanım verilebilir.¹⁴¹

Eser sözleşmelerinde de, eserin zamanında teslimini güvence altına almak amacıyla cezai şart kayıtlarına sıkça rastlanmaktadır. Eser zamanında teslim edilmediği takdirde yüklenici bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir. Örneğin; bir inşaatın yapımını konu alan eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düştüğü her ay için belli bir miktar para ödemesi. Bu örnekte yüklenicinin ödeyeceği miktar genelde yapıdan elde edilecek kira bedeline göre tespit edilir.¹⁴²

Taraflar sözleşmede işin kararlaştırılan sürede bitmemesi halinde cezai şart kararlaştırabilirler. Ancak cezai şartın talep edilebilmesi için sözleşmenin yürürlükte olması gerekir. İş sahibi BK. md. 358/I'e dayanarak sözleşmeden dönüyorsa artık kararlaştırılan cezai şartın ödenmesini isteyemez. Zira dönme halinde sözleşme ortadan kalkmaktadır.¹⁴³ Belirtmek gerekir ki tarafların cezai şart kararlaştırmış olmaları iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından ya da ifa etmeme sebebiyle oluşan zararın tazminini talep etmekten vazgeçtiği anlamına gelmez.¹⁴⁴

İş sahibi cezai şart ödenmesini aynen ifa ile isteyebileceği gibi cezai şart talep hakkını saklı tutarak aynen ifadan sonra da isteyebilir. Cezai şart fer'i nitelikte bir haktır ve gecikme tazminatından farklı olarak aynen ifadan sonra talep edilecekse iş sahibi bu hakkını saklı tuttuğunu yükleniciye bildirmelidir. Aksi halde iş sahibi cezai şart isteme hakkından feragat etme niyetinde olmasa bile, bu hakkını açıkça saklı tutmazsa daha sonra talep edemez.¹⁴⁵

Taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa iş sahibinin cezai şart talep edebilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması gerekir.¹⁴⁶

İş sahibinin seçimlik hakkını kullanmak için çok süre beklemesi cezai şart miktarının aşırı artmasına sebep olacaktır. Hâkime BK. md. 161/III gereğince fahiş ceza

¹⁴⁰ KOCAAĞA, Köksal, Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003, s. 33 vd.

¹⁴¹ OZANOĞLU, s. 75.

¹⁴² SELİÇİ, s. 72; ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 295.

¹⁴³ ERMAN, (İnşaat Sözleşmesi), s. 76; ZEVKLİLER/HAVUTÇU, s. 316; KARAHASAN, s. 239; YÜCEL, s. 786; DAYINLARLI, s. 135; ÖZ, (Sözleşmeden Dönme), s. 295.

¹⁴⁴ SELİÇİ, s. 74.

¹⁴⁵ OĞUZMAN/ÖZ, s. 907; SELİÇİ, s. 76; DAYINLARLI, s. 136.

¹⁴⁶ OĞUZMAN/ÖZ, s. 909.

şartı miktarını indirme yetkisi verilse de tarafların tacir olduğu durumlarda TTK. md. 24 gereğince cezai şartın aşırı olduğundan bahisle indirim istenemeyecektir. Bu sebeple sözleşmede cezai şart için azami bir sınır belirlenmesinin yararlı olacağı belirtilmiştir.¹⁴⁷ Yargıtay çeşitli kararlarında iş sahibinin seçimlik haklarını kullanmak için gerektiğinden fazla beklemesini, BK. md. 44 gereğince iş sahibini yükleniciyle birlikte kusurlu saymıştır. Yargıtay iş sahibinin sözleşmeden döneceği en erken tarihi cezai şartın belirlenmesinde esas almış, bu tarihten sonrası için iş sahibiyle yükleniciyi kusurlu saymıştır.¹⁴⁸ Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1991 tarihli bir kararında bu görüşünün aksi yönde bir karar vererek iş sahibinin seçimlik hakkını geç kullanmasının dürüstlük kurallarına aykırı olmadığına ve iş sahibinin yükleniciyle birlikte kusurlu sayılmayacağına hükmetmiştir.¹⁴⁹

¹⁴⁷ SELİÇİ, s. 75; YAKUPPUR, s. 106.

¹⁴⁸ ÖZ (Sözleşmeden Dönme), s. 297; KOSTAKOĞLU, s. 314; KARAHASAN, s. 590.

¹⁴⁹ YHGK., 09.10.1991 tarihli, E. 340; K. 467 sayılı karar: "... İş sahibinin 106/II. madde ki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. Çünkü yukarıda açıklandığı gibi dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanmak iş sahibinin yasal hakkıdır. Diğer taraftan davacı sözleşmenin yerine getirilmesinde ve işin tesliminde davalıyı duraksamaya düşürerek, işin gecikmesine neden olan bir eylemi de bulunmamaktadır. Bu nedenle davacının, BK. md. 44'deki özel halleri oluşturma yönünde bir eylemi bulunmadığı gibi yasaya uygun davranışını tazminat indirmesinin nedeni olarak kabul etme olanağı da yoktur.

(...)Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemsi hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemez(MK. 2/2). Hakkın kötüye kullanılması hakkın sırf başkasına zarar vermek için kullanıldığı hallerin dışında "hem kendine yarar sağlamak ve hm de karşı tarafa zarar vermek kastı ile hakkın kullanıldığı hallerde" söz konusu olabilir(...) Davacı sözleşmeden doğan hukuka uygun bir hakkını kullanmakla kendine yarar sağlamaktadır; ancak bu hakkını davalıya zarar vermek kastıyla kullandığını söylemek olanağı yoktur..." YKD, 1992, S. 1, s. 33-34, YAKUPPUR, s. 107-108.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Eser Tamamlandığında Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olacağı Kesin Bir Şekilde Belli Olması Halinde Eserin Üçüncü Kişiye Yaptırılabilmesi

–Ersatzvornahme- (Borçlar Kanunu 358/ II)

§7. Borçlar Kanunu md. 358/II Hükmünün Niteliği

I. Genel Olarak

Eserin meydana getirilmesi aşamasında, yüklenicinin kusuruyla işin ayıplı olacağı ya da sözleşmede belirli olan menfaate aykırı olarak yapılacağı açıkça belirli olursa, iş sahibi uygun bir süre vererek bu süre içerisinde gereği yapılmadığı takdirde hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere tamirat veya imalatın devamının üçüncü bir şahsa tevdi edileceğini ihtar edebilir. BK. md. 358/II hükmünün amacı, müteahhidin işi ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olarak yapacağını anlaşılması halinde iş sahibinin hakkı bizzat yerine getirmesinin engellenmesidir (Pour parer a eventualites).¹

Bu konuda ileri sürülen bir görüş ise makul değil bilakis hatalı gözükmektedir. Buna göre, sözleşmesel menfaatin diğer zararların bulunması riskine karşı korunmasına ilişkin bir dönme hakkı bulunmaktadır. Bu görüşe göre, dönme hakkının iş sahibinin muhtemel yarar ve rizikolar karşısında sözleşmeyi belirli süreden önce sona erdirmesinin kanun koyucu tarafından çözüm olarak getirilmiş olduğu ifade edilmiş olmaktadır.²

Belirtmek gerekir ki, BK. md. 358'in yorumu yapıldığında, işin sözleşmedeki esasa göre yapılması değil bilakis, ayıplı ya da sözleşmede belirli esasa uygun olmamasının tahmin edilmesi birbiri içine geçmiş olarak bulunmalıdır. Bu sebeple kanundaki Pour parer a eventualites ifadesi esas alınmalıdır.³

Borçlar Kanunu md. 358/I'deki dönme hakkı, BK. md. 369'daki iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkından farklıdır. BK. md. 369'a göre de, eserin tesliminden önceki safhada, iş sahibinin herhangi bir şart gerçekleşmeksizin her zaman dönme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Ancak bu hükme göre yüklenicinin zararını

¹ GAUCH, Der Werkvertrag, N. 868; GÖKYAYLA, (Ek İş), s. 163.

² KOLLER, Nachbesserung, N. 145.

³ GAUCH, N. 869.

karşılama gerekir. BK. md. 358'de sözleşmenin ihlali gereklidir. İş sahibi bu nedenle BK. md. 358'e başvurmadan önce vaktinden önce dönme imkânının olup olmadığını araştırmalıdır. Her iki durumda da dönme hakkı münferit hali düzenlediği için, dönmenin BK. md.358' deki şartlara göre mi yoksa BK. md. 369'daki duruma göre mi yapıldığı araştırılmalıdır (BGE 98 II 115).⁴

Borçlar Kanunu md. 358'in I. ve II. fıkralarında farklı durumlar düzenlenmektedir. Bu iki fıkra arasındaki fark, ikinci fıkrada yüklenicinin kusuru ve iş sahibinin mehil vermesi gerekliliği yanında, 1. fıkrada buna gerek olmamasıdır.⁵ Birinci fıkranın sonucu dönme; ikinci fıkranın sonucu ise işin üçüncü bir kişiye yaptırılabilmesidir (Ersatzvornahme). Ancak bu iki fıkra birbirlerinin alternatifi olarak düzenlenmemiştir. Birinci fıkranın dar düzenlemesi, ikinci fıkranın düzenlemesini tamamlayan nitelikte değildir. Her iki fıkra da özel konuları özel şartlar altında düzenlemektedir.⁶

Eser teslim edildikten sonra, eserde bir ayıbın mevcut olması halinde yüklenici BK. md. 359-362'de düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumludur.⁷ Buna karşılık yüklenicinin eseri ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı eserin imali sırasında kesin bir surette anlaşılıyorsa iş sahibi, BK. md. 358/II'deki imkânlardan yararlanabilir.⁸ Zira Borçlar Kanunu md. 358/II, iş sahibine eseri imal için bizzat kendi yapma imkânı sağlayarak, sözleşmeye aykırı imali engelleme imkânı veren özel bir hükümdür.⁹

II. Borçlar Kanunu md. 358/II Uygulama Alanı

İş sahibi, işin devamı esnasında yüklenicinin yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini her zaman, sürekli olarak denetleyebilir. İş sahibinin iş devam ederken gözetim hakkı sınırsız olarak bulunmaktadır. Eserin kusurlu yapıldığını ya da yapılacağını kesinlikle öngörülebilir olması durumunda BK. md. 358/II uygulama

⁴ ZINDEL/PULVER, N. 5; Dönme hakkının BK. md. 369'a göre kullanıldığı karinesi kabul edilemez. GAUTSCHİ, N. 1c.

⁵ ZINDEL/PULVER, N. 3.

⁶ ZINDEL/PULVER, N. 4.

⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. CANBOLAT, s. 43 vd; UÇAR, s. 89 vd.

⁸ KOCAAĞA, Köksal, Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004, s. 180.

⁹ ZINDEL/PULVER, N. 31.

alanı bulur.¹⁰ Örneğin; yüklenicinin, yetkisiz alt yüklenici ataması halinde özellikle alt yüklenicinin eserin önemli bir kısmı için yetkilendirildiği bütün hallerde bu hükme başvurulabilir.¹¹ Bu sayede iş sahibi, işin sonunda ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanırım düşüncesiyle eserin tamamlanmasını beklemek zorunda kalmaksızın, BK. md. 358/II gereğince bazı önlemler alma imkânına sahip olur.

Borçlar Kanunu md. 358/II anlamında ayıplı imalat ile sözleşmeye aykırı imalat ayrı durumlardır. Sözleşmeye aykırı imalat, yetkisiz alt yükleniciye başvurma ya da sözleşmeye aykırı imal yöntemleri kullanma örnek gösterilebilir. Eserin imaliyle ilgili olmayan sözleşmeye aykırılıklar BK. md. 358/II'nin uygulama alanı dışında kalır.¹²

Teslim edilmiş eserde ayıp olması halinde öngörülmüş olan tamir hakkı ile 358/II' de düzenlenen hakkın (Ersatzvornahme) birbirine benzer olup olmadığı tartışmalıdır (BGE 107/II, 55 lehinde görüştür). Bu tartışmaların temelinde hâkimden izin almaya gerek olup olmadığından hareket edilmektedir. BK/md. 358/II' de hâkimden izin almanın öngörülmemiş olması sebebiyle (Ersatz) işi başkasına yaptırabilme hakkının, BK. md. 97/I'deki düzenlemenin buraya taşınması niteliğinde olmadığı ileri sürülmüştür.¹³

Diğer bir görüşe göre ise BK. md. 358/II'deki Ersatzvornahme hakkı, bir şeyin icrasına ilişkin genel nitelikli BK. md. 97'nin özel bir uygulaması olarak değerlendirilmelidir.¹⁴ İş sahibi masraf ve hasar yükleniciye ait olmak üzere işin iyileştirmesini ya da devamını üçüncü kişiye verebilir. Bu hakkın kullanılması ile iş sahibi yükleniciye karşı bir ücret alacağı elde eder. Yüklenici, iş sahibine karşı ücret alacağının ödemesi konusunda yükümlüdür. Burada iş sahibinin yardımcı kişisine ve iş sahibine yükletilemeyen bir sebeple üçüncü kişinin kötü ifasından da yüklenici sorumlu olur.¹⁵

Yüklenicinin ortadan kaldırması gerekli olmayan bir ayıp söz konusu olduğunda iş sahibi, işi başkasına yaptırabilme hakkına sahip değildir. Zira bu durumda ayıbı

¹⁰ NIKLAUS, N. 8; KOSTAKOĞLU, s. 356; TANDOĞAN, "Hatta önemli inşaat işlerinde kontrol için yetkili birisini tayin etmeyen iş sahibinin ortak (müterafik) kusuru bulunduğu söylenebilir.", s. 61.

¹¹ ZINDEL/PULVER, N. 29.

¹² TANDOĞAN, s. 64.

¹³ ZINDEL/PULVER, N. 28.

¹⁴ GAUCH, N. 870, Becker, N. 6; OSER/SCHÖNENERGER, N. 5; PEDRAZİNİ, SPR. VII/1 S. 524, SCHİMİD/GESCHAFSTFRÜUNG S. 386

¹⁵ GAUCH, N. 870; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5; BECKER, N. 6-7.

giderme ücreti çok fazladır ya da ayıp iş sahibinin bizzat kusurundan meydana gelmiştir.¹⁶

§8. Borçlar Kanunu. md. 358/II'nin Uygulanabilme Şartları

I. İşin Devamı Esnasında Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağı Kesin Olarak Tahmin Edilebilmesi

A. Eserin “Ayıplı” veya “Sözleşmeye Aykırı” Şekilde Yapılacağı Tahmin Edilmesi

Eserin ayıplı şekilde yapılması ile sözleşmeye aykırı şekilde yapılması BK. md. 358/II'de farklı durumlar olarak öngörülmüştür.¹⁷ Bununla birlikte kanunda eserin ayıplı imalinin yanı sıra sözleşmeye aykırı yapılmasından da bahsedilmesine gerek olmadığı, burada sadece eserin ayıplı imalinin düzenlendiği ileri sürülmüştür.¹⁸ Doktrinde ayıp ve sözleşme şartlarına aykırılık ayrımının hukuken bir önemi olmadığı, bunun ayıp kavramının bütünlüğünü zedelediği ve aynı kavramı ifade ettiği belirtilmiştir.¹⁹

Ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan ya da sözleşmede kararlaştırılmasa bile dürüstlük kuralı gereğince eserde bulunması beklenen nitelikleri taşınamamasıdır.²⁰ Ayıplı imal ise, eserin tamamlandığında açıkça ayıplı olacağı henüz işin yürütülmesi safhasında, tahmin edilebilir olmasını ifade eder. Ayıpla ilgili kesin sonucun oluşması ya da ara denemelerde açıkça bunun ortaya çıkması ayıplı imal kavramını oluşturur.²¹ Örneğin; dayanaksız araziye inşaat yapılıyorsa, çatının su geçireceği, makinenin istenen kapasitede çalışmayacağı anlaşılabiliriyorsa BK. md. 358/II anlamında eserin ayıplı şekilde yapılacağı tahmin edilmesi şartı gerçekleşmiş olur.²²

¹⁶ ZINDEL/PULVER, N. 31.

¹⁷ TANDOĞAN, s. 64; SELİÇİ, s. 111; ARAL, s. 340; GAUCH, N. 877.

¹⁸ ŞENOCAK, s. 190.

¹⁹ UÇAR, s. 355; TANDOĞAN, s. 162; ARAL, s. 356; YAVUZ, s. 522.

²⁰ CANBOLAT, s. 65; UÇAR, s. 124; ARAL, s. 356; TANDOĞAN, s. 161; YAVUZ, s. 522.

²¹ ZINDEL/PULVER, N. 31.

²² UÇAR, s. 125; TANDOĞAN, s. 162; SELİÇİ, s. 119.

Eserin ayıplı olacağı tahmin edilmesi ile kastedilen, yürütülen işte beklenen niteliklerin bulunmaması sebebiyle eser teslim edildiğinde ayıplı olacağı bilinmesidir. Yani eser tamamlanırsa ayıplı bir eser olacaktır.²³

Ayıplı ifanın henüz iş yapılırken ya da iş yürütülürken tahmin edilmesi gerekir. Yüklenici, eseri sözleşmeye uygun olarak ve belirli bir kalitede imal edeceğini, buna ilişkin gerekli önlemleri alacağını taahhüt etmemiş olabilir. Örneğin; yüklenici inşaat yapıyorsa, uygun olmayan malzemeyi depolayamaz. İş sahibi uygun olmayan malzemenin inşaat alanından uzaklaştırmasını yükleniciden isteyebilir. Yüklenicinin kendisine verilen sürede söz konusu malzemeyi uzaklaştırmaması halinde iş sahibi, gideri yükleniciye ait olmak üzere kendisi uzaklaştırabilir ya da mahkemeden ayıplı malzemenin inşaat alanından çıkarılmasını talep edebilir.²⁴

Eser, ayıplı olmasının dışında diğer sebeplerle sözleşmeye aykırı olduğunda da BK. md. 358/II uygulanır. Sözleşme şartlarına aykırılıkta ayıplı haller olarak, BK. md. 358/I'e göre işe zamanında başlamama, özellikle özen ve sadakat yükümlülüğünün ve dürüstlük kurallarının ihlali ile kanunda düzenlenen diğer ihlal halleri sayılabilir. Sözleşme şartlarına aykırı davranıştan bir zararın meydana gelmesi ya da meydana gelme ihtimalinin olması şart değildir. Ancak sözleşmeye aykırılık, işin üçüncü kişiye bırakılabilmesini haklı gösterecek derecede önemli bir aykırılık olmalıdır.²⁵ Eserin tesliminde temerrüt BK. m. 358/I'de düzenlenmiştir ve BK. md. 358/II kapsamına dâhil edilemez. Ayrıca eserin devamını ve tamamlanmasını engelleyen objektif nitelikte engeller çıkması durumunda da yüklenici sözleşme şartlarına aykırı davranmış sayılmaz. Bunun gibi eserin imaline ilişkin olmayan sözleşmeye aykırı davranışlarda BK. md. 358/II kapsamında değildir.²⁶

Sözleşmedeki esaslara aykırılık da, BK. md. 358/II anlamında ayıplı imalat olarak değerlendirilmelidir. Örneğin; yüklenicinin yetkisiz alt yüklenici çalıştırması ya

²³ GAUCH, N. 875; ZINDEL/PULVER, N. 32.

²⁴ GAUCH, N. 876; KOSTAKOĞLU, s. 357.

²⁵ ZINDEL/PULVER, N. 32; GÜMÜŞ, s. 41.

²⁶ KOCAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64; ÖZ (Dönme), “ BK. md. 358 diğer yasa hükümlerinin hiç birisiyle ilgili olmayan özel ve kendine özgü bir düzenleme getirdiğinden, BK. md. 360 hükümlerine kıyasen, ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan seçimlik olanaklara burada başvurulamaz. Bu yüzden ayıplı olmakla birlikte eser bütünüyle tamamlanmadıkça, iş sahibi sözleşmedeki bedeli ayıp oranında indirilmesini isteyemeyecektir.”, s. 64.

da yer üstü işletmesi yerine yer altı işletmesi yapmak gibi sözleşmeye aykırı bir metodun denenmesi de bu kapsamda değerlendirilmelidir.²⁷

B. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “Kesin Olarak” Tahmin Edilebilmesi

Yüklenicinin tutumunda eserin ayıplı ya da sözleşme şartlarına aykırı olacağıın muhtemel olması yetmez, kesin olarak tahmin edilebilir olmalıdır. Zira BK. md. 358/II, eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıın kesin olarak tahmin edilebilmesi durumunda iş sahibine, teslimi beklemeden, müdahalede bulunma hakkı tanımaktadır. Eserin imali esnasında, eserde belirli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasına sebep olacaksa kesin olarak tahmin edilme sağlanmış demektir. İş görmenin genel gidişatına bakılarak eserin ayıplı olacağı ya da sözleşmede kararlaştırılan niteliklerde olmayacağı öngörülebilir.²⁸ Örneğin; yüklenici kararlaştırılan eserin imali için uygun olmayan malzeme depolarsa ya da yüklenicinin işi projeye aykırı olarak yürütmesi durumlarında işin ayıplı yapılacağı kesin olarak tahmin edilebilir durumdadır. Tekrarlanan haller dışında bu durumda üçüncü kişiye tevdi sınırlı uygulanmalıdır.²⁹

Gauch'a göre de, ayıplı ifa ya da sözleşmeye aykırılığın her zaman önceden tahmin edilebilir nitelikte olması gerekir. Bunun yanında açıkça tahmin olunmalıdır. Ancak açıkça tahmin olunmadan iş sahibinin sübjektif endişesi anlaşılmamalıdır. Bu konuda ortaya çıkabilecek durumlar dikkate alınarak objektif bir değerlendirme yapılmalıdır. Buna karşın kesinlik ise gerekli değildir. Çünkü gelecekte olacakların kesinliği olmaz.³⁰

Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın eserin imali sırasında söz konusu olması gerekmeyip, böyle bir tehlikenin ileri aşamalarda vuku bulacak olmasının öngörülmesi yeterlidir. İş görme faaliyetleri başlamamış olsa da yapılacak eserin ayıplı olacağı kesin olarak söylenebiliyorsa BK. md. 358/II'ye başvurulabilir.³¹

²⁷ TANDOĞAN, s. 64; GAUCH, N. 877; GÜMÜŞ, s. 41; KOCAAĞA, s. 182.

²⁸ ÖZ, (Dönme), s. 62; GÜMÜŞ, s. 41; KOCAAĞA, s. 182; TANDOĞAN, s. 64.

²⁹ GAUCH, N. 890; TANDOĞAN, s. 63; ÖZ, (Dönme), s. 63.

³⁰ GAUCH, N. 878.

³¹ GÖKYAYLA, s. 799; GÜMÜŞ, s. 41.

C. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılacağıın “İşin Devamı

Esnasında” Tahmin Edilebilmesi

İşin yürütülmesi ifadesinin lâfzî yorumundan, yüklenici sözleşmede kararlaştırıldığı gibi eseri imale başlamış olmakla birlikte eserin henüz tamamlanmamış olduğu anlaşılır. Eserin ayıplı olması ya da sözleşmeye uygun olmamasının, işin yürütülmesinin başlangıcında olması BK. md. 358/II için asli şarttır. Bu yüzden iş tamamlandıktan ya da tamamlanmış eserin tesliminden sonra ayıp ortaya çıkarsa BK. md. 358/II uygulanmaz. Zira teslim edilmiş işin iyileştirmesi kavramı farklıdır.³²

Gauch’a göre BK. md. 358/II’nin amacı, iş sahibinin hâkimin iznine gerek olmadan, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi durumuna hızlıca müdahale edebilmesini mümkün kılmaktır. Bu sebeple eser tamamlandığında bu amaç ortadan kalkar ve acilen müdahale edilmesi gereken bir durumun varlığından söz edilemez.³³ Niklaus ise eserin tesliminden sonra da yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermede gecikmesi durumunda BK. md. 358/II’ye başvurulabileceği görüşündedir. Zira yüklenicinin teslim öncesi de teslim sonrası da eserin ayıplı olmasını önleme yükümlülüğü aynı niteliktedir. Her iki durumda da eserin ayıpsız olarak meydana getirilip teslimi amaçlanmaktadır. Bu yüzden teslimden sonraki ayıpların giderilmesinde de BK. md. 358/II kıyasen uygulanmalıdır.³⁴

Borçlar Kanunu md. 358/II’de “imal sırasında” denildiği için eserin yapımına başlanmış ancak henüz tamamlanmamış olması gerekir. Ancak eserin imaline henüz başlanmamış olmakla birlikte yapılacak eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesinlikle öngörülebiliyorsa, BK. m. 358/II hükmü lafzına rağmen, uygulanabilir.³⁵ Örneğin; eser için elverişli olmayan malzemenin işyerine depo edilmesi halinde, iş sahibi, söz konusu elverişsiz malzemenin oradan kaldırılmasını talep edebilir.³⁶

³² GAUCH, N. 873-874; TANDOĞAN, s. 63; “Eser sözleşmesi taraflara haklar ve borçlar yükleyen bir iş görme akdidir. Bu akitte, yüklenici eseri teknik ve sanatsal kurallar ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de eserin bedelini ödemekle mükelleftir. Yüklenicinin eseri teslim aşamasına kadar, eksik ve kusurlu işlerden sorumluluğu söz konusudur. Teslimden sonraki dönemde ise, tekeffül sorumluluğu gündeme gelmektedir.” 15. H.D. 2005/7623 E., 2006/166 K.

³³ KOCAAĞA, s.183.

³⁴ NIKLAUS, s. 158 vd.

³⁵ ARAL, s. 340; GAUCH, N. 874.

³⁶ TANDOĞAN, s. 63; ARAL, s. 340.

II. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapılmasında Yüklenicinin

Kusuru

A. Eserin Ayıplı ya da Sözleşmeye Aykırı Olmasının Yüklenicinin

Kusurundan Kaynaklanması

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

Bir görüşe göre ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan kaynaklanmakla birlikte, bunun için iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterlidir. Çünkü eserin ayıplı olması halinde, yüklenicinin sorumluluğu kusura dayanmaz ve bu durumda iş sahibinin kendi kusuruyla ayıba yol açmaması yeterlidir. İş sahibi eserin tesliminden sonra işin ayıplı olarak yürütülmesine ilişkin taleplerini (BK. md. 360) ileri sürebilir.³⁷

Yüklenicinin kusuru lâfzî anlamda yorumlanmamalıdır. Buradaki ölçü iş sahibinin sorumluluğu ile ilgili BK. md. 361'de olduğu gibi değerlendirilmelidir. Yüklenicinin buradaki sorumluluğu sebep sorumluluğu olup BK. md. 361'de iş sahibinin bizzat kusuru ile ilgili olan duruma benzer ve buradaki kusur kavramını açıklamak için yeterlidir. Ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kusura dayanmayan bir sorumluluk olduğu göz önünde tutularak iş sahibine eserin ayıplı olması konusunda bir kusurun yüklenememesi yeterlidir.³⁸

Diğer bir görüşe göre, masraflar yükleniciye ait olmak üzere eserin üçüncü kişiye yaptırılması için ayıp ya da sözleşmeye aykırılık yüklenicinin kusurundan ileri gelmelidir. Kusur, yardımcı kişinin davranışından da kaynaklanabilir. Bu durumda alt yüklenicinin ya da yardımcı kişilerin kusuru da yüklenicinin kusuru sayılır. Zira, alt yüklenicinin davranışlarından, yüklenici BK. 100 gereği sorumludur. Böyle bir

³⁷ZINDEL/PULVER, N. 33; GAUCH, N. 879-880; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 106.

³⁸GAUCH, N. 881; ZINDEL/PULVER, N. 34-35; GÜMÜŞ, s. 41.

durumda alt yüklenicinin kusurlu davranışlarının yükleniciye isnat edilebilmesi gerekir.³⁹

Bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş göre ise, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması durumlarını ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Buna göre eserin ayıplı olduğu durumlarda yüklenicinin kusuru aranmamalıdır. Sözleşmeye aykırılık durumlarında ise yüklenicinin kusurlu olması gerektiği ileri sürülmüştür.⁴⁰

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

Kusurunun Bulunması

Eserin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi ve masraflarının yükleniciden istenebilmesi, iş sahibinin kusurunun olmamasına bağlıdır. Burada iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterli olduğu için, yüklenici kusurlu olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olmasında hem iş sahibinin hem de yüklenicinin kusuru olması durumunda iş sahibi, BK. m. 358/II gereğince işi üçüncü kişiye yaptırabilir. Ancak bu durumda işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılmak zorundadır.⁴¹

İş sahibi, eserin gereği gibi ifası için yapılan fazla giderler ile birlikte ayıplı imal yüzünden uğranılan zararları ve üçüncü kişiden alınamayan ya da kaza sonucunda meydana gelen zararları yükleniciden talep edebilir. Ancak iş sahibi de işi tevdi edeceği kişiyi seçerken ve ona talimat verirken özenli davranmak zorundadır. Aksi halde zarara kendisi katlanır.⁴²

³⁹ NIKLAUS, s. 101 vd; TANDOĞAN, s. 64; GÖKYAYLA, s. 800; ŞENOCAK, s. 200; YAVUZ, s. 512.

⁴⁰ KOCAĞA, s. 186, dn. 37, BÜHLER, Art. 366 OR, N. 65.

⁴¹ ZINDEL/PULVER, N. 35; NIKLAUS, s. 104-105; GÖKYAYLA, s. 800; "Yüklenici, davacıya ait binanın zeminden ısıtma işini üstlenmiştir. İşin teslim tarihi 24.2.1993'tür. Davacı 24.2.1993- 14.12.1993 dönemi için gecikme tazminatı istemiş ve davanın kabulüne ilişkin bu karar kesinleşmiştir. İkinci dava 24.2.1993- 15.4.1997 dönemi için açılmış ve davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Her ne kadar yüklenicinin direniminden itibaren gecikilen sürede tazminat ödenmesi gerekli ise de, kendisine gönderilen 9.12.1993 ihtarnamede işin 14.12.1993 tarihinde iş sahibi tarafından teslim alınacağı; eksik ve ayıplı işlerin başkasına yaptırılacağı bildirilmiştir. Bu durumda davacı iş sahibi işi bizaat yapmayı üstlendiğinden, mahkemece yapılacak iş; başka bir yüklenici bulunması ve eksik/kusurlu işlerin tamamlanması için ne kadar bir süre gerektiğinin tespiti ile o süreye göre gecikme tazminatının hesaplanıp ortak kusur nedeniyle bundan bir indirim yapmaktan ibaret olacaktır." 15. HD. T. 24.01.2005 04/2922, 05/153 YKD. S. 5, Y. 2005, s. 732.

⁴² TANDOĞAN, s. 65-66; KARAHASAN, s. 252 "Taraflar arasındaki Kocaeli-Gebze-Denizli Sulama Göleti işine ait 3.7.1984 tarihli sözleşmeyle işin 15.9.1985 tarihinde tamamlanarak teslimi öngörülmüştür. Gerçekten, ihale edilen işin sözleşmede belirlenen zamanda tamamlanarak kabule elverişli bir durumda

III. Yükleniciye Uygun Bir Mehil Verilmesi ve İşin Üçüncü Kişiye

Yaptırılacağı İhtarında Bulunulması

İş sahibi, yükleniciye BK. md. 106'ya göre uygun bir süre vermeli ve hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesinin ya da işin devamının üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmalıdır. İş sahibi vereceği mehili kendisi belirleyebileceği gibi hâkime de tayin ettirebilir. Sürenin yeterli olup olmadığı konusunda çıkabilecek uyuşmazlıklarda, ispat kolaylığı açısından sürenin hâkime tayin ettirilmesi daha uygundur. Yüklenici, kendisine verilen bu sürede iş görme faaliyetlerini yeniden yapılandırıp yanlışlığı düzeltecek, hatalı kısımları tamir edecektir. Zira iş sahibine verilen bu hak eserin gereği gibi ifa edilmesi içindir.⁴³ İşin üçüncü kişiye tevdi edilebilmesi için verilen mehil sonuçsuz kalmalı, süre yüklenicinin ihtara uymaması ile geçirilmiş olmalıdır. Örneğin; söz konusu hata giderilmemiştir.

Süre vermedeki amaç yüklenicinin kusurlu eylemine son vererek eserin sözleşmeye uygun şekilde, zamanında ve gereği gibi teslim edilmesini sağlamaktır. Bu süre geçmeden iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırma yetkisi yoktur. İş sahibi yükleniciye uygun bir mehil verip ihtarda bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptırması durumunda masrafları yükleniciden talep edemez.⁴⁴ Zira iş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, üçüncü kişinin yükleniciye verilen sürenin dolmasından sonra çalışmaya başlamasıyla doğar. Ancak yükleniciye verilen süre dolmadan üçüncü kişi işe başlamak için hazırlık yapabilir. Üçüncü kişinin hazırlık faaliyetlerine başlaması için yükleniciye verilen sürenin geçmiş olması gerekli değildir. Ücret ile ilgili alacağın kapsamına bu hazırlık işleri için yapılan harcamalar da dâhil edilir. Burada iş sahibi tarafından sözleşmenin feshine benzer bir durum oluşur.⁴⁵

Verilen mehil, eserin tamamlanması için uygun ve deneyimli bir yüklenicinin gerekli tedbirleri alarak eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için yeterli olmalıdır.

teslim edilmesi yüklenicinin sözleşmeden kaynaklanan borcudur. Ancak somut uyuşmazlıkta yüklenicinin neden olmadığı ve onun ortadan kaldırmaya gücünün yetmediği, inşaat alanının atış emniyet sahasında yer alması, optimum toprak rutubetinin sözleşme şartlarına uygun düşmeyişi ve yağışlar nedeniyle davalı idare tarafından yükleniciye 213 gün süre uzatımı verildiği anlaşılmaktadır. Bu durumun iş programında değişikliğe neden olacağı, bu değişikliğin de ertesi yıla aktarılan iş için fiyat farkı istemini haklı kılacağı muhakkaktır...”, 15. H.D., 1993/3607 E., 1994/3784 K.

⁴³ ZİNDEL/PULVER, N. 34; SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 107; ÖZ, (Dönme), s. 63; KOCAAĞA, s. 187.

⁴⁴ TANDOĞAN, s. 65; GÖKYAYLA, s. 800.

⁴⁵ GAUCH, s. 882.

Zira süre vermenin amacı eserin gereği gibi ifası için yükleniciye son bir şans tanımaktır. Örneğin; kalitesiz malzeme kullanılmışsa, bu malzemenin değiştirilmesi ya da malzemelerin saklanması için bir baraka yapılması gerekiyorsa bu barakanın yapılması için yeterli bir süre verilmelidir.⁴⁶ Ortaya çıkan ayıbın giderilmesi imkânı varsa, mehil süresini belirleyen iş sahibi, yüklenicinin ortaya çıkan ayıbı ne kadar süre içerisinde giderebileceğini dikkate almalıdır. Mehil verme yüklenicinin karar verme özgürlüğünü sınırlar. Bu sınırlama iş sahibinin menfaatinin korunması ile ilgilidir. Özellikle eserin sorunsuz olarak devamı için zarardan korumasına ve vaktinde eserin ayıpsız teslimine ilişkin iş sahibinin menfaati dikkate alınmıştır.⁴⁷

Yüklenici, kendisine verilen süreyi yeterli bulmazsa derhal itiraz etmelidir; daha sonradan sürenin yetersiz olduğunu ileri süremez. Mehili içeren ihtar geçerli hukuki sonucunu doğurur.⁴⁸ Verilen mehil kısa olsa bile yüklenici için de uygun ise yüklenici sürenin kısa olmasına itiraz edemez. Eğer mehil verilmesinin gereksiz olduğu ortaya konularsa süre verilmesine de gerek yoktur. Örneğin; yüklenicinin ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırma imkânı olmadığı ya da yüklenicinin ayıbı ve sözleşmeye aykırılığı gidermeyi kesin ve ciddi olarak reddetmiş olduğu durumlarda süre verme gereksiz bir uygulama niteliği taşır.⁴⁹ Ayıp ve sözleşmeye aykırılık eserde büyük bir zarara sebep olmuşsa da BK. md. 107 gereğince süre vermeye gerek yoktur. Süre vermenin amacı, ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın zarar meydana gelmeden giderilmesini sağlamaktır. Zarar meydana gelmişse ihtar yapılarak zararın tazmini istenebilir.⁵⁰

Yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderse dahi iş sahibi gecikme sebebiyle yükleniciden tazminat talep edebilir. Zira verilen süre yükleniciye işleri uzatma yetkisi vermez. Ancak bunun için eseri teslim alırken ihtirazı bir kayıt ileri sürmesi gerekir. İhtirazi kayıt ileri sürmeksizin eseri kabul eder ya da yüklenicinin ücretini ödeyen iş sahibi tazminat talebinde bulunamaz.⁵¹

⁴⁶ SELİÇİ, s. 112.

⁴⁷ GAUCH, s. 884.

⁴⁸ SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; KARAHASAN, s. 252; GÖKYAYLA, s. 800; GÜMÜŞ, s. 42; YAVUZ, s. 512.

⁴⁹ GAUTSCHİ, N. 7; GAUCH, s. 885; ÖZ, (Dönme), s. 63; SELİÇİ, s. 119; KARAHASAN, s. 252.

⁵⁰ SELİÇİ, s. 112; GÖKYAYLA, s. 800; ERGEZEN, s. 66.

⁵¹ TANDOĞAN, s. 65; KOSTAKOĞLU, s. 357; ÖZ, (Dönme), “Müteahhit verilen süre zarfında eserin ayıplı olacağı tehlikesini bertaraf etmesine rağmen, bu düzeltme faaliyetleri yüzünden artık eser vadeye yetişmez hale gelirse, iş sahibi bu kez de doğrudan BK. md. 358/I’de düzenlenen bu nedenle, ifa zamanından önce sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmelidir.”, s. 63.

İş sahibi, verilen süre içerisinde ayıp ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi durumunda masraflar yükleniciye ait olmak üzere işin üçüncü kişiye yaptırılacağını en geç süre tayininde ihtar etmelidir. Mehilin dolmasından sonra yapılan ihtar geçerli değildir. İhtar içermeyen uygun süre tayini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasını sağlamaz. Bunun gibi verilen süre dolmadan iş üçüncü kişiye ikame edilemez. Eğer iş sahibi yükleniciye böyle bir ihtarda bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptırırsa masraflara kendisi katlanır. Böyle bir durumda işin üçüncü kişiye yaptırılması masrafları ancak BK. md. 106/II'ye göre müspet zarar olarak talep edilebilir.⁵²

§9. Borçlar Kanunu. md. 358/II'nin Sonuçları

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

A. Genel olarak

Borçlar Kanunu md. 358/II'deki şartların gerçekleşmesiyle iş sahibinin, işin devamında söz konusu olabilecek hasar ve ücret yükümlülüğü yükleniciye ait olmak üzere işi, üçüncü kişiye yaptırması ve tamiri mümkündür. Zira yüklenici, eserin zamanında ve eksiksiz teslimini borçlanmıştır. BK. md. 97'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada söz konusu değildir.⁵³

Borçlar Kanunu md. 358/II'nin lafzından üçüncü kişiye eserin tamiratının ya da imalatının devamının bırakılacağı sonucu çıkarılabilir. Üçüncü kişi, eserdeki ayıbı giderme, iyileştirme ya da eserin meydana getirilmesine devam edebilecektir.

B. İşin Üçüncü Bir Kişiye Yaptırılması veya Tamiri

Şartların oluşmasıyla işin üçüncü kişiye bırakılması durumunda iş sahibi ile üçüncü kişi (ikame yüklenici) arasında, ilk yükleniciyle iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız yeni bir eser sözleşmesi kurulurken, ilk yüklenici ile iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinin tasfiyesi söz konusu olur. Böyle bir durumda iş sahibi yeni yükleniciye karşı aralarındaki eser sözleşmesi gereğince bütün haklara sahip

⁵² NIKLAUS, s. 106–107; SELİÇİ, s. 112; TANDOĞAN, s. 65; KARAHASAN, s. 252; ŞENOCAK, s. 201-202.

⁵³ ZINDEL/PULVER, N. 35; BGE 107 II 55.

olduğu gibi, ayrıca ücret ödeme borcu altına da girmiş olur. İlk yüklenici ise işin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle söz konusu olan masrafları ödeme borcu altındadır.⁵⁴ İlk yüklenici ile ikame yüklenici arasında ise herhangi bir sözleşme ilişkisi yoktur. Ancak ikame yüklenicinin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı ifade bulunması durumunda iş sahibi bunlardan dilediğine başvurabilir. Burada ilk yüklenici ile ikame yüklenici arasında BK. md. 51 gereğince eksik teselsül söz konusudur ve bir rücu ilişkisi meydana gelir.⁵⁵

Ücretin aşılması durumunda dahi, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilir. Ancak belirtmek gerekir ki ücretle ilgili sınırları dürüstlük kuralına göre tayin etmek gerekir (MK. md. 2).⁵⁶

İşin BK. md. 358/II gereğince üçüncü kişiye bırakılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmasının bir önemi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre işin yüklenicinin şahsına bağlı olup olmamasının bir önemi yoktur. Zira edimin yüklenicinin şahsına bağlı olması alacaklının menfaatedir ve alacaklı dilerse bundan feragat ederek işi üçüncü bir kişiye bırakabilir. Yüklenicinin sanatsal ya da bilimsel nitelikleri tercih edilme sebebiyse ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi üçüncü kişiye tevdi edilmez.⁵⁷ Karşıt görüşe göre ise, işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için edimin yüklenicinin şahsına bağlı olmaması gerekir. Yüklenicinin, eserin meydana getirilmesinde kişisel özelliklerinin önemli olduğu hallerde, üçüncü kişinin eserin yapımına katılması eserin değerinde azalmaya yol açabileceği için kalan kısmın tamamlanması üçüncü kişiye bırakılamaz. Böyle bir değer kaybı iş sahibinin menfaatlerini zedelediği gibi dolaylı olarak yükleniciye de zarar verebilir. Bu yüzden iş sahibi, yüklenicinin onayını almaksızın ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için üçüncü kişiye başvuramaz.⁵⁸

İş sahibi tamir ve işin devamını istemekte serbest seçim hakkına sahip değildir. Kural olarak ayıp ya da sözleşmeye aykırılık hallerinde üçüncü kişiye sadece işin tamiri yaptırılabilir. İşin tamamının yapılması üçüncü kişi için söz konusu olmaz. İşin kalan kısmının üçüncü kişiye yaptırılabilmesi eserin zamanında ve gereği gibi ifasının tehlikeye düştüğü durumlarda söz konusu olabilir. Buna karşılık iş sahibi BK. md.

⁵⁴ ŞENOCAK, s. 204; KOCAAĞA, s. 190.

⁵⁵ NIKLAUS, s. 112; GÜMÜŞ, s. 44; ŞENOCAK, s. 205.

⁵⁶ GAUCH, N. 871.

⁵⁷ KOCAAĞA, s. 191, dn. 56; BECKER, Art. 98, OR, N. 1.

⁵⁸ ALTAŞ (Dönme Hakkı) s. 107; NIKLAUS, s. 100; GAUCH, N. 893; ŞENOCAK, s. 199-200; GÜMÜŞ, s. 41.

97'deki durumda olduğu gibi tamir veya işin devamını üçüncü kişiye gitmeden bizzat kendisi yapabilir.⁵⁹ Bu konuda ileri sürülen karşı görüşe göre böyle bir sınırlama yapmak gereksizdir. İş sahibi, BK. md. 358/II gereğince ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın üçüncü kişi tarafından giderilmesinden sonra işin devamını üçüncü kişiye bırakabileceği gibi yüklenicinin de devam etmesini tercih edebilir. Yüklenicinin kendisine tanınan sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gidermesi işe devam etme niyetinde olduğunu gösterir. Aksi halde yüklenici verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı ortadan kaldırmazsa, iş sahibi ayıbın ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte işin kalan kısmını da üçüncü kişiye yaptırabilir.⁶⁰

İşin devamının üçüncü bir kişiye tevdi edilebilmesi yüklenicinin ayıpsız ve eksiksiz olarak imal etmeyi borçlanmış olduğu iş görmedir ki buna malzeme temini borcunu da dâhil etmek gerekir. BK. md. 358'in amaçsal yorumuna göre bir değerlendirme yapıldığında sözleşmeye aykırılığı engellemekte yeterli olursa henüz yerine getirilmemiş çalışmanın ayrılabilen kısmının üçüncü kişiye tevdi edilmesi mümkündür.⁶¹

Yüklenici, ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı giderme konusunda ciddi ve samimi olmalıdır. Verilen sürede işi yapıyormuş izlenimi vererek göstermelik faaliyetlerde bulunuyorsa, yani ihtarın hükmünden kurtulmak amacındaysa iş sahibi BK. md. 358/II'den faydalanabilmelidir.⁶²

İşin üçüncü kişi tarafından yapılması sebebiyle doğacak masraflarla birlikte hasar rizikosunu da yükleniciye ait olup yüklenici kazaen meydana gelen zararları da karşılamakla yükümlüdür. İşin devamının üçüncü kişi (ikame yüklenici) tarafından yapılması sırasında bir hasar meydana gelirse BK. md. 358/II uyarınca bundan ilk yüklenici sorumlu olacaktır. Ancak zarar ve hasar, ikame yüklenicinin seçilmesi ya da ona talimat verilmesi gibi iş sahibine isnat edilebilecek bir sebepten ileri gelirse bu durumda ilk yüklenici sorumlu tutulamaz.⁶³

⁵⁹ ZINDEL/PULVER, N. 36; GAUCH, N. 889; TANDOĞAN, s. 64; ARAL, s. 341.

⁶⁰ GÜMÜŞ, s. 43; KOCAĞA, s. 192.

⁶¹ GAUCH, N. 888.

⁶² GÖKYAYLA, s. 801.

⁶³ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN, s. 62-63; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5.

C. İşin Üçüncü Kişiyeye Yaptırılmasının Masrafları

İşin üçüncü kişiyeye yaptırılmasından doğan ücret, muhtemel tehlikelerden meydana gelecek zarardan ve kötü işin tevdi edilen kişi tarafından giderilemeyen sonuçlarından doğan sorumluluk yükleniciye aittir. Yüklenicinin eser meydana getirme edimi, ikame ifanın masrafları ve gerektiğinde tazminat ödeme borcuna dönüşür. İş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yaptığı anda ilk yüklenicinin sorumluluğu doğar ve iş sahibi yaptığı masrafları istemek hakkını kazanır. Bunun dışında iş sahibi, üçüncü kişiyeye ödemiş olduğu tutarı da talep edebilir. Bu bir tazminat talebi niteliğinde değildir. Bilakis eserin tamamlanmasında üçüncü kişinin kullanılmasından doğan bir alacak hakkı vardır.⁶⁴

İlk yüklenicinin sorumlu olduğu masraf miktarı, işin ikame yükleniciye yaptırıldığı miktarla sınırlıdır. İş sahibi en az maliyetli yükleniciyi seçmek zorunda olmadığı gibi işi en yüksek maliyetle yapan yükleniciyi tercih etme yetkisi de yoktur. İş sahibi, ikame yükleniciyle daha masraflı ve lüks bir metot kararlaştırmışsa bu masrafları ilk yükleniciden isteyemez. Önemli olan masrafların dürüstlük kuralına uygun yapılmış olmasıdır.⁶⁵

Verilen mehilin dolmasını beklemeden işi kendisi yapan iş sahibi sadece zorunlu giderlerini talep edebilir. Bu durumda yüklenici, eser gereği gibi ifa edilseydi zaten karşılamak zorunda olduğu masrafları ödemek zorundadır. Ancak ikame yüklenicinin işi tamamlaması sebebiyle eser değer kazanmışsa, bu değer ilk yüklenicinin karşılamak zorunda olduğu masraflardan indirilmelidir.⁶⁶

İşin üçüncü kişiyeye yaptırılması sebebiyle söz konusu olacak masraflar için genel kabule göre iş sahibinin, ilk yükleniciden avans istemesi mümkündür. Bunun için iş sahibinin ikame yükleniciyle sözleşme yapması zorunlu olmayıp görüşmelere başlamış olması yeterlidir. Avansın miktarı işin üçüncü kişiyeye yaptırılması sebebiyle doğacak

⁶⁴ ZINDEL/PULVER, N. 37; GAUCH, N. 1287; ARAL, s. 342; "Eser sözleşmelerinde kural olarak, yüklenicinin iş bedelinin tamamına hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve iş sahibinin ondan beklediği amacına uygun ve ayıpsız olarak yapıp teslim etmesi gerekir. Eserin eksik ve kusurlu yapılması nedeniyle iş sahibi eksik ve kusurlu işlerin başkasına yaptırılmasından dolayı alacak talebinde bulunabileceği gibi eserin tamamen reddini gerektirmiyorsa iş bedelinin eksik ve kusurlu işlere ilişkin kısmını ödemekten kaçınılabilir." 15. H.D. 2005/7466 E., 2005/6769 K.

⁶⁵ GAUCH, N. 871; NIKLAUS, s. 119.

⁶⁶ NIKLAUS, s. 123; KOSTAKOĞLU, s. 357; ŞENOCAK, s. 206.

muhtemel masraflara göre belirlenir. Bu masraflar eserin tamamlanabilmesi için mahkemeye başvurulduğu sırada piyasa rayicine göre ortalama bir tutarı kapsmalıdır.⁶⁷

İlk yükleniciden alınan bu avans daha sonra onun ödemek zorunda olduğu masraflardan indirilir. Avansın, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeye yetmemesi durumunda iş sahibi tekrar avans isteyebileceği gibi, yüklenici de artan avans miktarını iş sahibinden geri talep edebilir.⁶⁸

İş sahibi ücret ödeme borcunu henüz yerine getirmemişse, BK. md. 81 gereğince ödemezlik def'inden yararlanarak ücret ödeme borcunu ifadan kaçınabilir. Böylelikle iş sahibi sonradan talep edeceği tazminatla ücret ödeme borcunu takas edebilir. Eğer iş sahibi ücret ödeme borcunu ifa etmişse, böyle bir durumda ödemezlik def'i söz konusu olamayacağından tazminat talep edebilecektir.⁶⁹

D. İş Sahibinin İşi Bizzat Kendi Yapması Durumu

İş sahibi işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda olmayıp bizzat kendisi de yapabilir.⁷⁰ Eserdeki ayıp ya da sözleşmeye aykırılık durumunda iş sahibi, BK. md. 358/II'ye gereğince işi bir başkasına tevdi edebileceği gibi, BK. md. 97/I'e göre kalan işin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir.⁷¹

Borçlar Kanunu md. 358/II'de işin üçüncü kişiye tevdi (Beizug Dritten) ifadesi yer almaktadır. İş sahibi bu hüküm sayesinde işin tamamlanması ya da tamirine ilişkin menfaati elde eder. Bu açıdan BK. md. 358/II hükmü, BK. md. 97/I'e benzemektedir. İşin tamamlanması ya da tamiri yetenek gerektirdiği için üçüncü kişiye yaptırmak kavramı getirilmiştir. Bu yüzden, eserin iş sahibi tarafından yapılması halinde beklenen menfaat sağlanamaz. Çünkü iş sahibinin kararlaştırılan eserin imaline ilişkin uzmanlığı ve altyapısı yoktur.⁷²

Yüklenicinin işi şahsen yürütme borcunun olduğu hallerde üçüncü kişiye, işin tamamlanması ve tamiri için tevdi etmek söz konusu olmaz. Çünkü bu temsili mümkün bir durum arz etmez. Bu durum BK. md. 358'de düzenlenmemiştir. Burada boşluk

⁶⁷ AYAN, s. 182; GÜMÜŞ, s. 44; ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 90; KOCAAĞA, s. 194.

⁶⁸ KOCAAĞA, s. 194-195; UÇAR, s. 206; ŞENOCAK, s. 207.

⁶⁹ DİRİCAN, s. 52-53.

⁷⁰ ZINDEL/PULVER, N. 38; GAUCH, N. 891; ŞENOCAK, s. 191.

⁷¹ SELİÇİ, s. 81; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 108; TANDOĞAN, s. 20; DAYINLARLI, s. 64.

⁷² GAUCH, N. 891.

olduğu için iş sahibinin bu gibi durumlarda koruması söz konusu değildir.⁷³ İş sahibini korunmasız bırakmamak için BK. md. 358/1'in amaçsal yorumundan hareket ederek iş sahibine sözleşmeden dönme hakkını tanımak gerektiği belirtilmiştir.⁷⁴ Ancak Gauch'a göre BK. md.358/II'de düzenlenmemiş olan bu durumu BK. md. 358/I' deki hükümlerle doldurmak mümkün değildir. Zira her iki hüküm farklı durumları düzenlemektedir.⁷⁵

II. İş Sahibinin Borçlar Kanunu. md. 106'da Öngörülen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması

A. Genel Olarak

Yüklenici, verilen sürede ayıbı ya da sözleşmeye aykırılığı gideremezse, iş sahibinin işi üçüncü bir kişiye yaptırmasının yanı sıra BK. md. 106'da düzenlenen seçimlik haklardan yararlanıp yararlanamayacağı konusunda BK. md. 358/II'de açıklık yoktur. Yüklenicinin kendisine verilen süreyi faydasız geçirmesi durumunda, iş sahibinin tekrar süre vermek mecburiyetinde kalmadan, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine BK. md. 106'daki seçimlik hakları kullanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.⁷⁶ İş sahibinin işi üçüncü kişiye tevdisi seçimlik haklardan feragat ettiği anlamına gelmez.⁷⁷

B. İş Sahibinin Tazminat Hakkı

İş sahibinin, işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmasının BK. md. 106'daki seçimlik haklardan vazgeçtiği anlamına gelmediği kabul edilmektedir. Bu çerçevede işin üçüncü kişiye yaptırılması, müspet zararın somut yöntemle hesaplanması niteliğindedir.⁷⁸ İş sahibi ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmezse işi üçüncü kişiye yaptırabileceği gibi, aynen ifayı ya da derhal bildirmek kaydıyla müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönerek menfi zararın tazminini talep edebilir.

⁷³ GAUCH, N. 893.

⁷⁴ ZINDEL/PULVER, N. 41.

⁷⁵ GAUCH, N. 893.

⁷⁶ SELİÇİ, s. 113; TANDOĞAN; s. 65; NIKLAUS, s. 42; YAVUZ, s. 515.

⁷⁷ TANDOĞAN, s. 66; KARAHASAN, s. 253.

⁷⁸ TANDOĞAN, s. 66; SELİÇİ, s. 113–114; YAVUZ, s. 515.

Yüklenicinin işin üçüncü kişiye tevdisi sebebiyle oluşan masrafları ödemekten kaçınması halinde cebri icra, bir para alacağı üzerinden yapılacaktır. Dolayısıyla eserin tamamlanması ikame yükleniciye verilmişse müspet zarar fiilen yapılmış olan masraflara göre belirlenecektir. Bu sebeple iş sahibi işi başka birine tevdi etmek yerine zararın doğrudan doğruya nakden tazminini de isteyebilir.⁷⁹ Bununla birlikte daha önce de belirtildiği gibi, yüklenici ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı kendisi gidermiş de olsa gecikmeden dolayı iş sahibi tazminat talep edebilir.

İş sahibinin ücrete ilişkin alacak hakkı, BK. md. 97/I'deki hakka benzer ve bir tazminat alacağı olarak nitelendirilemez.⁸⁰ Ücrete ilişkin olan tazminatın sınırları, iş sahibinin taahhüdü ölçüsünde takdir edilmelidir. Buna karşılık iş sahibinin üçüncü kişiye yaptırarak tasarruf ettiği kısım ise yüklenicinin borçlandığı teslim borcundan mahsup edilir.⁸¹

Tandoğan, yapılacak işin sadece düzeltme ya da işin tamamının olmasına göre bir ayırım yapmaktadır. Düzeltme halinde işin tamamı değil, sadece düzeltilecek kısmı üçüncü kişiye yaptırılır. Burada iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine tazminat da talep edebilir. Zira masrafların yükleniciden alınması somut metotla müspet zararın hesaplanması niteliğindedir.⁸²

Yükleniciye süre verilmesi, zarar tehlikesinin olduğu dönemde önem arz ettiğinden, büyük bir zarar söz konusuysa işin üçüncü bir kişiye yaptırılması yerine doğrudan tazminat talebinde bulunulabilir.⁸³

Eserdeki eksiklikler ayıp olarak nitelendirilemeyen çeşitli sebeplerden kaynaklanabilir. İş sahibi özen borcuna aykırılıktan kaynaklanan yan yükümlülüklerin ve koruma yükümlülüklerinin ihlali halinde de tazminat talebinde bulunulabilir.⁸⁴

Belirtmek gerekir ki iş sahibinin ihtarda bulunarak mehil vermeden işi başkasına yaptırması, yükleniciden masrafların yanı sıra tazminat istemesine de engel olur.

⁷⁹ SELİÇİ, s. 114; TANDOĞAN, s. 66.

⁸⁰ BECKER, N. 5; ZINDEL/PULVER, N. 39; GAUCH, N. 871.

⁸¹ GAUCH, N. 871.

⁸² TANDOĞAN, s. 66; Ayrıca bkz. YAVUZ, s. 519.

⁸³ SELİÇİ, s. 112

⁸⁴ ZINDEL/PULVER, N. 32; TANDOĞAN, s.60-61; SELİÇİ, s. 110-111.

C. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönme Hakkı

İşin üçüncü kişiye tevdisinde BK. md. 358/I veya md. 360'da olduğu gibi iş sahibinin dönme hakkı var mıdır? Yoksa bu hak eserin tesliminden sonra mı bulunur? Ayıp giderilmez ya da iş sözleşmeye uygun hale getirilmezse iş sahibi sözleşmeden dönebilir mi? Bu konu BK. md. 358/II'de açıkça düzenlenmemiştir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumunda yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine iş sahibinin BK. md. 106'daki seçimlik haklara başvurabileceği kabul edilmektedir.⁸⁵ O halde borçlunun temerrüdüne ilişkin BK. md. 106'da öngörülmüş olan dönme hakkı BK. md. 358/II'de öngörülen durumlar için de geçerlidir denebilir. Zira BK. md. 358/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve BK. md. 358/II'nin amacı da iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak olmayıp BK. md. 106'daki seçimlik haklara ek olarak işin üçüncü kişiye yaptırılarak iş sahibinin daha iyi bir duruma gelmesini sağlamaktır. Dolayısıyla ayıplı ya da sözleşmeye aykırı eseri vaktinden önce düzeltme imkânının yanı sıra sözleşmeden erken dönme imkânının da tanındığı kabul edilmelidir.

BK. md. 358/I'e kıyasen sözleşmeden dönmek, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygunsuz sonuçlar meydana getireceği ve bir yarar sağlamayacağı, eserin zamanında bitirilmesinin mümkün olamayacağı ya da üçüncü kişinin eseri zamanında bitiremeyeceğinin kesin olduğu durumlarda söz konusu olabilir. Ek olarak yüklenici işi şahsen ifa borcu altındaysa, yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimi borçlanmışsa ve yürütülecek işin özelliklerine göre tercih edilmişse de iş sahibi sözleşmeden doğrudan dönebilecektir. Bu durumlar haricinde iş üçüncü kişiye yaptırılacaksa, iş sahibinin sözleşmeden dönmeyeceği belirtilmiştir.⁸⁶ Ancak sözleşme süresinden önceki dönme hallerinde eserin ayıplı olması durumunda, istisnaen sözleşmenin kurulması aşamasında objektif imkânsızlık ya da sonraki imkânsızlık hallerinde dönme söz konusu olabilir.⁸⁷

⁸⁵ TANDOĞAN, s. 69; ÖZ (Dönme), s. 62; KOCAĞA, s. 197; DAYINLARLI, s. 126-127; EREN, s. 78; ŞENOCAK, s. 192; ERGEZEN, s. 66; DUMAN, s. 345.

⁸⁶ GAUCH, N. 893; ZINDEL/PULVER, N. 40; TANDOĞAN, s. 119-120; ARAL, s. 344; ÖZ, (Dönme), s. 63; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 107.

⁸⁷ ZINDEL/PULVER, N. 38-39; GÜMÜŞ, s. 41

İş sahibinin sözleşmeden dönmek için tekrar süre tayin etmesine gerek yoktur. Sözleşmeden dönmeye birlikte iş sahibi menfi zararlarını da isteyebilecektir.⁸⁸

Dikkat edilmesi gereken bir husus da, iş sahibinin, eserdeki ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın, yüklenici namına kendisinin ya da bir başkasının gidermesini talep hakkının sözleşmeden dönme anlamına gelmemesidir. BK. md. 358/II sözleşmenin feshini öngören bir hüküm değildir. Dolayısıyla kusurlu kısmın yüklenici tarafından düzeltilmemesi sebebiyle buradaki bozukluğun iş sahibi ya da üçüncü bir kişi tarafından giderilmesi, sözleşmenin bozulması sonucunu doğurmaz. Yüklenicinin yarım kalan esere devam etmesi gerekir. Zira sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri ve eserin gecikmesinden doğan zarardan sorumluluğu devam etmektedir. Ayıbın ya da sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için gereken ve eserin tamamlanmasını geciktiren bu süre ek süre olarak sözleşme süresine eklenemez.⁸⁹

İş sahibinin sözleşmeden dönebilme imkânı bulunduğu takdirde taraflar için sözleşmenin tasfiyesi söz konusu olacaktır. Buradaki dönme, ister BK. md. 106'ya ister BK. md. 358/I' e dayandırılınsın kural olarak geriye etkili bir dönme niteliği taşır. Şartları varsa taraflar karşılıklı borçlarını takasla sona erdirebilirler. Sözleşmeden dönme halinde, iş sahibinin menfi zararını ödeyen yüklenici, dönme tarihine kadar yapmış olduğu işin bedelini de iş sahibinden talep edebilecektir. Dönme nedeniyle söz konusu olacak iade yükümlülükleri aynı anda ifa edilir.⁹⁰

⁸⁸ SELİÇİ, s. 114; DAYINLARLI, s. 127; KARAHASAN, s. 253; GÖKYAYLA, s. 801; "Taraflar arasındaki 26.4.1989 tarihli sözleşmeye göre, imalat ve montaj işinin 15.4.1990 tarihinde bitirilip teslim edilmesi gerekmektedir. Bu tarihte sözleşmeye uygun olarak iş yapıp teslim edilmediği halde davacı, 25.10.1990 tarihine kadar gereksiz yere bekleyerek bu tarihte davalıya ihtar çekmiş ve ondan sonra gene gereksiz yere bekleyerek 11.12.1990 tarihinde sözleşmeyi feshetmiştir. Bundan sonra, kalan işi başkasına yaptırmıştır.

Sözleşme feshedildiğine göre, davacı sadece bu yüzden uğradığı menfi zararlarını isteyebilir. Bu durumda, iki ihale arasındaki fark, yani feshedilen sözleşmedeki fiyat ile sonradan yaptırılan iş dolayısı ile ödenen fiyat arasındaki fark talep edilemez, ancak feshedilen sözleşme tarihinde, yani 26.4.1989 tarihinde serbest piyasa fiyatına göre bu imalat ve montaj işinin kaçta yapılabileceği saptanıp, teslim tarihi olan 15.4.1990 tarihinden itibaren makul bir bekleme süresi eklenerek bulunacak tarihte aynı işin serbest piyasa fiyatlarına göre kaçta yaptırılabilceği tespit edilip, bu iki fiyat arasındaki farka menfi zarar olarak hükmedilmesi gerekirken, mahkemece sözleşmede kararlaştırılan fiyat ile tespit tarihindeki fiyat arasındaki farka hükmedilmesi usul ve yasaya aykırıdır." 15. H.D. 1993/854 E., 1993/4589 K.

⁸⁹ KOSTAKOĞLU, s. 357; ERDOĞAN, s. 147.

⁹⁰ TANDOĞAN, s. 70; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 342.

§10. Borçlar Kanunu. md. 358/II ile Borçlar Kanunu. md. 97/I Arasındaki Hukuki İlişki

Yapma borcu, kural olarak iş görme edimlerine ilişkindir. Bu sebeple yapma borcuna aykırılığın ve bu durumun müeyyidesinin düzenlendiği BK. md. 97'nin de incelenmesi gerekmektedir.⁹¹

Borçlar Kanunu md. 97/I'de "Bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Her türlü zarar ve ziyan davası hakkı mahfuzdur." denilerek bir şeyin yapılmasına ilişkin borcun yerine getirilmemesi durumunda alacaklıya, borçlu yerine geçerek ifada bulunma yetkisi verilmesi ya da işin üçüncü kişiye yaptırılmasına izin verilemesi için mahkemeye başvurma imkânı tanınmıştır.

Borçlar Kanunu md. 97/I, yapma borçlarında masrafları borçluya ait olmak üzere, alacaklının ikame işlem yapmak suretiyle, borcun konusunun kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılmasını sağlayan genel bir hükümdür. Burada yapma borcunun aynen ifasının cebri icra yoluyla yerine getirilmesi sağlanmaktadır.⁹² BK. md. 358/II ile BK. md. 97/I karşılaştırıldığında BK. md. 358/II'nin daha özel bir hüküm (lex specialis) olduğu kabul edilmektedir.⁹³ BK. md. 97/I sayesinde iş sahibi eseri tamamlatarak eser sözleşmesiyle amaçladığı menfaati elde etmektedir.⁹⁴

İş sahibinin BK. md. 358/II'ye göre işi üçüncü kişiye yaptırması için hâkimden izin almasına gerek yoktur. Burada BK. md. 97/I'deki kuraldan ayrılınmaktadır. BK. md. 358'in amacı işin sözleşmeye aykırı olarak yapılacağını anlaşılması üzerine bunun acilen önlenmesinin sağlanmasıdır. Bunun için hâkimden izin alınmasına gerek görülmemiştir. Buna karşılık iş sahibi dilerse süreyi hâkime tayin ettirebilir.⁹⁵ Bunun haricinde işin üçüncü kişiye tevdi edilmesi ve bunun masraflarının yükleniciden istenebilmesi açısından BK. md. 97/I ve BK. md. 358/II paralellik göstermektedir.⁹⁶

⁹¹ DİRİCAN, s. 50.

⁹² KILIÇOĞLU, s. 522; EREN (Borçlar Genel), s. 990-991.

⁹³ GÜMÜŞ, s. 40; ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 108; ŞENOCAK, s. 196.

⁹⁴ AYAN, s. 175.

⁹⁵ BECKER, N. 7; OSER/SCHÖNENBERGER, N. 5; GAUCH, N. 887; TANDOĞAN, s. 65; SELİÇİ, s. 114; ARAL, s. 341.

⁹⁶ ALTAŞ (Dönme Hakkı), s. 108.

Borçlar Kanunu md. 97/I, aynen ifanın sağlanması niteliğindedir. Bu sebeple eser sözleşmesinden kaynaklanan borç herhangi bir sebeple sona ererse bu hüküm uygulanamaz. Eserin tamamlanması objektif olarak imkânsızlaşmışsa ya da iş sahibi BK. md. 106/II'ye dayanarak aynen ifadan vazgeçmişse bu hükmün uygulanması söz konusu olmaz.⁹⁷

Borçlar Kanunu md. 358/II'nin amacı ivedi bir şekilde henüz eserin meydana getirilmesi aşamasında söz konusu olabilecek ayıp veya sözleşmeye aykırılığın önüne geçilmesidir. Eser tamamlandığı anda artık BK. md. 358'in uygulama amacı ortadan kalkar ve BK. md. 97/I uygulama alanı bulur.⁹⁸

Borçlar Kanunu md. 97/I'in son fıkrasında yer alan "Her türlü zarar ve ziyan davası hakkı mahfuzdur." cümlesinden, yüklenicinin kusursuzluğunu ispatlayamaması halinde, iş sahibinin eserin sözleşmeye uygun olarak teslim edileceği zamana kadar geçen dönem için gecikme tazminatı ya da cezai şart talep edebileceği sonucuna varılabilir.⁹⁹

⁹⁷ AYAN, s. 177.

⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 40.

⁹⁹ ERMAN (İnşaat Sözleşmesi), s. 90; AYAN, s. 182; DİRİCAN, s. 53.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir. İş görme sözleşmelerinden olan eser sözleşmesiyle, görülen iş sonucunda bir eserin meydana getirilmesi amaçlanmaktadır.

Yüklenicinin iş görme borcu süre unsuruna bağlı olsa da, eser sözleşmesi sürekli sözleşme olarak değerlendirilemez. Zira edim sonucundan beklenen menfaat, eserin teslim edilmesiyle bir anda gerçekleşmektedir. Sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesinde edime yönelik hareketlerin uzun sürmesi değil, iş sahibinin menfaatinin eserin teslimi ile aynı anda gerçekleşmesinin esas alınması gerekir. İş sahibinin menfaati belirli bir zamana yayılmayıp, eserin teslimiyle gerçekleştiği için, eser sözleşmesi kural olarak ani edimli ilişki doğuran bir sözleşme olarak kabul edilmelidir.

Bir eser meydana getirme taahhüdü, ücret ve tarafları anlaşması, eser sözleşmesinin unsurlarıdır. Yüklenici, bir eser meydana getirerek teslim etmeyi, başka bir deyişle sonuç sorumluluğunu taahhüt etmektedir. Bu bağlamda meydana getirme kavramı geniş yorumlanmalıdır. Yeni bir şeyin oluşturulmasının yanında var olan bir şeyi tamir etme, değiştirme, temizleme, hatta ortadan kaldırma ve tahrip etme de meydana getirme kavramı içerisinde değerlendirilmelidir.

Eser sözleşmesinde taraflar ücreti, götürü ya da yaklaşık olarak kararlaştırabilirler. Ücretin önceden belirlenmemiş olması sözleşmenin kurulmasına engel değildir.

Eser sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için, tarafların bir eserin meydana getirilmesi ve bunun karşılığı olarak bir ücret ödenmesi konusunda anlaşmış olmaları gerekir. Bunun dışında eser sözleşmesinin geçerliliği kural olarak BK. md. 11 gereğince herhangi bir şekil şartına bağlı değildir.

Eser kavramı için kanunda bir tanım verilmemiştir. Bu sebeple doktrinde ve uygulamada eser kavramının kapsamına nelerin girdiği konusunda görüş birliği yoktur. Kanımızca eser kavramını sadece maddi varlığı olan şeyler ile sınırlandırmak yerinde değildir. Maddi bir varlığı olmasa da, bedeni veya fikri bir emeğin sonucunda ortaya çıkan, bağımsız bir hukuki varlığa sahip, ekonomik bir değeri bulunan her şey eser olarak kabul edilmelidir.

Borçlar Kanunu md. 355 vd. düzenlenen eser sözleşmesinde, yüklenicinin, eseri meydana getirme, imal ettiği eseri teslim etme ve ayıba karşı tekeffül olmak üzere üç temel borcu bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde eseri meydana getirme safhası eseri teslim safhasını takip eder. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesi borcundan kaynaklanan çeşitli yan borçları da bulunmaktadır.

Her şeyden önce yüklenicinin kişisel bilgi, beceri ve tecrübesi önemli olduğu için kural olarak yüklenici işi bizzat yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak zorundadır (BK. md.356/2). Ancak, işin niteliğine göre yüklenicinin kişisel bilgi ve becerisi önemli değilse, iş başkasına da (alt yükleniciye) yaptırılabilir.

Aksine teamül ve anlaşma yoksa eserin meydana getirilmesi için kullanılacak malzeme ve aracı yüklenicinin temin etmesi gerekmektedir (BK. md.356/III). Araç ve gereçlerle eserin yapımında kullanılacak malzemeyi birbirinden ayırmak gerekir. Araç ve gereç eser teslim edildikten sonra ondan ayrılabilen ve yüklenicinin mülkiyetinde olduğu için geri alınabilen şeylerdir. Malzeme ise eserin imalinde kullanılan ve onun içinde kalan hammadde ya da yarı mamul maddedir. Yüklenici malzeme ve araçların iyi cinsten olması konusunda satıcı gibi sorumlu olduğu için, bu sorumluluk, hem zapta karşı hem ayıba karşı tekeffülü kapsar Bunun için yüklenici, eserin yapımında kullanılacak malzemenin amaca uygun olup olmadığını belirlemeli, bu konuda iş sahibini aydınlatmalıdır. Özellikle malzemenin iş sahibi tarafından verilmesi halinde malzemeyi özenle kullanmalı ve korumalıdır.

Yüklenici eserin meydana getirilmesi açısından uzman kişi olması sebebiyle, eserin meydana getirilmesi için önem taşıyan her konuda iş sahibini aydınlatmalı ve gerekirse tavsiyelerde bulunmalıdır. Eserin meydana getirilmesi için gerekli ön çalışmaların (plan, proje, ruhsat ve izinler, masraf hesapları vb.) yapılıp yapılmadığını kontrol etmeli, varsa yanlışlık ve eksiklikler konusunda iş sahibini uyararak düzeltilmesini istemelidir.

Yüklenici, eserin imali aşamasındaki bütün faaliyetlerini özen ve sadakatle yerine getirmelidir. Sadakat borcu, iş sahibinin yararına hareket edip, zararına sebep olabilecek davranışlardan kaçınmak anlamına gelmektedir. Özen borcu ise, sadakat borcunun eser sözleşmesinde somut olarak görünümüdür. Eser sözleşmesinde özen borcu daha genel bir niteliğe sahiptir ve bu niteliği sebebiyle diğer borçlardan ayrılır. Özen borcunun bu genel niteliğinin anlamı, yüklenicinin sözleşmenin her aşamasında

işini özenle yapmasıdır. Yüklenicinin iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisi gereği tek sorumluluğu, eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmek olmayıp aynı zamanda iş sahibinin menfaatlerini de koruması gerekir. Bu bağlamda yüklenici, iş sahibinin şahıs ve malvarlığı değerlerine zarar vermekten özenle kaçınmalı, oluşabilecek herhangi bir zararı önlemek için gerekli tedbirleri almalı veya bu tedbirlerin alınmasını iş sahibinden talep etmelidir.

Eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşme hükümlerine göre imal ettiği eseri sonuçta teslim etmekle yükümlüdür. Eser sözleşmesiyle belli bir sonucun elde edilmesi kararlaştırılmaktadır ve imal edilen eser iş sahibine teslim edilmekle yüklenici borcunu ifa etmiş olmaktadır.

Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eseri teslim etmesiyle birlikte, artık yüklenici işin sonucundan sorumlu tutulabilmekte yani ayıba karşı tekeffül hükümleri şartları oluştuğunda uygulama alanı bulabilmektedir. Teslim edilen eser ayıplı ise, iş sahibi muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmek şartıyla ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir.

Sözleşmenin kurulmasından eserin teslimine kadar birçok teknik ve hukuki sorunlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sorunlardan biri de yüklenicinin asli edim yükümlülüklerinden olan işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcuna aykırı davranmasıdır.

BK md. 358/I'de yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme şartlarına aykırı olarak eserin icra faaliyetlerini yavaş yürütmesi ve ertelemesinden doğan sorumluluğu düzenlenirken, BK md. 358/II'de ise eserin imali aşamasında müteahhidin kusuru sebebiyle eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı bir şekilde yapılacağı kesin olarak tahmin edilmesi halinde yüklenicinin sorumluluğu düzenlenmiştir.

Yüklenici sadece eserin teslimini değil, eserin meydana getirilmesini de borçlanmaktadır. Yüklenicinin, yükümlülüğüne aykırı biçimde eserin meydana getirilmesinde gecikmiş olması durumunda, iş sahibi, BK. md. 358/I gereğince sözleşmeden dönebilecektir. Bu hüküm adeta bir erken temerrüt halini düzenlemektedir. Bu sayede, yüklenicinin eserin meydana getirilmesi aşamasında gecikmesi sebebiyle, iş sahibine sözleşmeden erken dönme hakkı tanınmaktadır. Belirtmek gerekir ki eserin

icrasında temerrüde ilişkin olan bu hüküm, temerrüdün şartları bakımından eksik düzenlenmiştir ve BK. 101-108'deki genel temerrüt hükümleriyle tamamlanmalıdır.

Borçlar Kanunu md. 358/I'in, borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyici nitelikte olmasının bir gereği olarak, uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle borçlu temerrüdünün şartlarının gerçekleşmesi gerekir. Bu sebeple iş sahibi her şeyden önce yükleniciye kural olarak bir temerrüt ihtarını göndermeli ve bunu takiben gereği gibi ifa için uygun bir süre tanımalıdır.

Yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüğüne objektif olarak aykırı davranması BK. md. 358/I'e göre şu üç durumda söz konusudur: Birinci durum yüklenicinin işe hiç başlamamasıdır. İkinci durumda yüklenici işe başlamıştır ancak sözleşme şartlarına aykırı olarak imali geciktirmektedir. Üçüncü ve son durumda ise bütün tahminlere göre sözleşmede belirlenen tarihte eserin teslimi mümkün gözükmemektedir.

Belirtilen bu durumlar söz konusu olduğunda, yüklenicinin yükümlülüklerine aykırılığı gidermesi için ihtarla bulunularak bir mehil verilmiş ve verilen bu mehil faydasız kalmışsa, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Aynı zamanda BK. md. 358 borçlunun temerrüdüne ilişkin BK. md. 106'nın tamamlayıcısıdır ve bu sebeple iş sahibi dilerse aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini de isteyebilir.

İşin devamı esnasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesin olarak tahmin edilebilmesi durumunda, BK. md. 358/II gereğince işin devamı ya da tamiri, masraflar yükleniciye ait olmak üzere üçüncü kişiye bırakılabilir. Bunun için iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek, hasar ve masrafı ona ait olmak üzere ayıpların giderilmesinin ya da işin devamının üçüncü kişiye yaptırılacağını ihtar etmelidir. BK. md. 97'de öngörülmüş olan hâkimden izin almak zorunluluğu burada yoktur.

Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasında yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Eserin ayıplı ya da sözleşmeye aykırı olmasında iş sahibinin de kusuru varsa, iş sahibi işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılmak zorundadır.

İş sahibi, işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda değildir. BK. md. 358/II'ye gereğince işin devamı ya da tamirini bir başkasına tevdi edebileceği gibi, BK. md. 97/I'e göre kalan işin masrafları yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden talep edebilir.

Ayıp ve sözleşmeye aykırılık durumunda, yüklenicinin verilen süreyi verimsiz geçirmesi üzerine, iş sahibinin BK. md. 106'daki seçimlik haklara başvurabileceğini kabul etmek gerekir. Zira BK. md. 358/I'de iş sahibine dönme hakkı tanınmıştır ve BK. md. 358/II'nin amacı da iş sahibini daha elverişsiz bir duruma sokmak olmayıp, işin üçüncü kişiye yaptırılmasına ek olarak BK. md. 106'daki seçimlik haklardan da yararlanarak, iş sahibinin daha iyi bir duruma gelmesini sağlamaktır

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin, :Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. md. 368), Ankara, 2002.
- ALTAŞ, Hüseyin, :İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358), Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan Ankara, 2006.
- ALTAŞ, Hüseyin, :İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara, 2006.
- ARAL, Fahrettin, :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2010.
- AYAN, Serkan, :İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
- AYDEMİR, Efrail, :Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2009.
- BAYGIN, Cem, :Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler İstanbul, 1999.
- BECKER, Hermann :Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941; II. Abt., Die einzelne Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, 2.Aufl., Bern 1934.

- BİLGE, Necip, :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1971.
- BUZ, Vedat, :Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1998.
- BUZ, Vedat, :Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması, AÜSBFD., C. 49, Ocak- Haziran 1994, S. 1-2.
- BUZ, Vedat, :İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara, 1989.
- CANBOLAT, Ferhat, :İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara, 2009.
- DAYINLARLI, Kemal, :İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, Ankara, 2008.
- DIRİCAN, Gökhan, :Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007.
- DUMAN, İlker Hasan, :Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2005.
- DUMAN, İlker Hasan, :Açıklamalı İçtihatlı İnşaat Hukuku, İstanbul, 2006.
- ERDOĞAN, İhsan, :İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş görme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, SÜHFD, C.3, S.1, Ocak-Haziran Konya, 1990.
- EREN, Fikret, :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2009.

- EREN, Fikret, :Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici- İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart, 1996.
- ERGEZEN, Muaz, :İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007.
- ERİŞEN, Muhammet, :Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara, 2005.
- ERMAN, Hasan, :Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2007.
- ERMAN, Hasan, :İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK.365/2) İstanbul, 1978.
- GAUTSCHİ, Georg, :Berner Kommentar, Bd. IV, Das Obligationenrecht, Der Wervergtrag, Art. 363- 379 OR., Bern, 1967.
- GAUCH, Peter, :Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich, 1996.
- GÖKTÜRK, H. Avni, :Borçlar Hukuku İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevi'leri, Ankara, 1951.
- GÖKYAYLA, Emre, :Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009.

- GÖKYAYLA, Emre, :Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergi, Ocak, 2002, S. 1.
- GÜLEÇ, Şafak, :Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Ankara, 2009.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, :Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul, 2010.
- GÜRPINAR, Damla, :Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006.
- KARAHASAN, M. Reşit, :İnşaat İmar İhale Hukuku, İstanbul, 1997.
- KARATAŞ, İzzet, :Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009.
- KAPLAN, İbrahim, :İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer Ankara 18-29 Mart, 1996.
- KAPLAN, İbrahim, :İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar, Prof. Dr. Faruk EREM'e Armağan, Ankara, 1999.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet, :Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, 1976.

- KOCAAĞA, Köksal, :Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Biçimde Yapacağıın Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. md. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, C. 6, S. 1, Y. 2004.
- KOCAAĞA, Köksal, :Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara, 2003.
- KOLLER, Alfred, :Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teil bd., I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., Bern 1998.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz, :İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2008.
- KÜRŞAT, Zekeriya, :İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul, 2004.
- OĞUZMAN, K./ÖZ, T., :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1998.
- OLGAÇ, Senai, :İstisna Akdi, Ankara, 1977.
- OSER H./SCHÖNENBERGER W, :Zürcher Kommentar zum, Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183 OR, 2. Aufl.,Zurich 1929; 2. Teil, Art. 184-418 OR, 2. Aufl., Zurich 1936.

- OZANOĞLU, H. Seçkin, :İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart Kayıtları, GÜHFD, C. III, S. 1-2, Ankara, 2003.
- ÖNEN, Turgut, :Borçlar Hukuku, Ankara, 1990.
- ÖZ, Turgut, :İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989.
- ÖZ, Turgut, :İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2007.
- NICLAUS, Jurg, :Das Recht auf Ersatzvornahme gemass Art. 366 Abs. 2- OR, Diss. St. Gallen, 1999.
- PEDRAZZİNİ, Mario M., :Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbbd., Basel/Stuttgart 1977.
- SELİÇİ, Özer, :İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.
- SELİMOĞLU, Y. Engin, :Eser Sözleşmesi ve Kavramlar, Prof. Dr. Faruk EREM'e Armağan, Ankara, 1999.
- SELİMOĞLU, Y. Engin, :İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara, 2010.
- SEROZAN, Rona, :Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

- SOYSAL,Çiğdem, :Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesin de Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdünün Sonuçları, Paradoks, Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, (e-dergi), <http://www.paradoks.org>, S. 2 (06.03.2011).
- SUNGURBEY, İsmet, :“Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir.” Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Zorunlu Bir Yanıt, YHD, C. 5, S. 2, 1982.
- SUNGURBEY, İsmet, :Medeni Hukuk Sorunları, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Ölümüyle Sona Ermesi, C. 4, İstanbul, 1989.
- ŞENOCAK, Zarife, :Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- TANDOĞAN, Haluk :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, Ankara, 1987.
- TANDOĞAN, Haluk :İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi, İmran Öktem’e Armağan, Ankara, 1970.
- TURANBOY, Asuman, :Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C. 41, S. 1–4.

- UÇAR, Ayhan, :İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003.
- YAKUPPUR, Sendi, :Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, 2009.
- YAVUZ, Cevdet, :Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2010.
- YILDIRIM, A. Ayça, :Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Erdirmenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan, İstanbul, 2004.
- YÜCEL, Özge, :Borçlar Kanunu 358/1 Hükümüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, AÜHFD, C. 57, S.3.
- ZEVKLİLER, Aydın, :Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.
- ZINDEL, G./PULVER,U. :Kommentar zum Art. 363-379, Basler Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996.
- WEBER, R.H. :Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Obligationenrecht, Art. 68-96 OR, Bern, 1983.