

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

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORCUNU İFA ETMEMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Alihan Sağır

Ankara - 2017

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

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORCUNU İFA ETMEMESİ

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Hasan İşgüzar

Alihan Sağır

Ankara - 2017

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KAYNAKÇA	v
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK.....	5
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI	6
a. Eser Sözleşmesinin Tanımı	6
b. Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	7
i. Bir Eser Meydana Getirme.....	8
ii. Bedel Ödeme.....	10
iii. Tarafların Anlaşması	12
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	14
IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ.....	15
a. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi.....	15
b. Vekalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	18
c. Yayım Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi.....	19
d. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	20

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	23
II. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI	25

a. Genel Olarak	25
b. Bedel Ödeme Borcu.....	25
i. Götürü Bedel.....	26
1. Genel Olarak	26
2. İşin Götürü Bedel ile Yapılmasının Son Derece Güçleşmesi	28
ii. Yaklaşık Bedel	30
iii. Bedelin Belirtilmemiş Olması.....	35
III. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	36
a. Genel Olarak	36
b. İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu	37
i. Genel Olarak.....	37
ii. Sadakat Borcu	39
iii. Özen Borcu.....	41
c. İş Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu	42
d. İş Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu.....	46
i. Genel Olarak.....	46
ii. Yüklenicinin İş Zamanında Bitiremeyeceğinin Açıkça Anlaşılması (TBK md. 473/I).....	47
iii. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceğinin Açıkça Görülmesi (TBK md. 473/II).....	54
e. Araç, Gereç ve Malzemeye İlişkin Borçlar	58
i. Genel Olarak.....	58
ii. Malzemeye İlişkin Borçlar	59

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCUN İFA EDİLMEMESİ

I. GENEL OLARAK.....	64
II. BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ	65
a. Genel Olarak	65
b. Uluslararası Hukuktaki Yeni Yaklaşımlar	69
c. Türk Borçlar Kanunu'nun Sistematiik Tercihii ve Borcun İfa Edilmemesi Halleri	76
i. Genel Olarak.....	76
ii. İmkansızlık.....	77
iii. Sözleşmenin Müspet İhlali ve Terminoloji Sorunu	80
iv. Temerrüt	83
1. Borçlunun Temerrüdü	83
2. Alacaklının Temerrüdü	86
III. ESER SÖZLEŞMESİNDE BORCUN İFA EDİLMEMESİ.....	89
a. İmkansızlık Sebebiyle Borcun İfa Edilmemesi	89
i. Genel Olarak	89
ii. İş Sahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması (TBK md. 485)	90
iii. Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi Sebebiyle İfanın İmkânsızlaşması (TBK md. 486).....	93
iv. Eserin Teslimden Önce Yok Olması ve İmkânsızlık ile İlişkisi (TBK md. 483)	95
b. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi	97
i. Genel Olarak.....	97
ii. Yüklenicinin Eserin Ayıpsız Olmasını Sağlama Yükümlülüğü	99

iii. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Doğması İçin Gerekli Şartlar	100
iv. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Sonuçları.....	106
v. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunda Zamanaşımı	111
c. Temerrüt	113
i. Genel Olarak.....	113
ii. Yüklenicinin Temerrüde Düşmesinin Şartları.....	116
1. Genel Olarak	116
2. Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması	118
3. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Gerekip Gerekmediği Sorunu	120
iii. Yüklenicinin Temerrüde Düşmesinin Sonuçları	121
1. Genel Sonuçlar	121
2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelere Özgü Sonuçlar	127
a. Genel Olarak.....	127
b. İş Sahibinin Müspet Zararlarının Tazminini Talep Etmesi.....	129
c. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi	131
IV. ESER SÖZLEŞMESİNDE ÜST KAVRAM OLARAK YÜKLENİCİNİN	
BORCUNU İFA ETMEMESİ.....	135
SONUÇ.....	138
ÖZET.....	141
ABSTRACT	142

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, HÜSEYİN** : “Eserin Teslimden Önce Telef Olması”, Ankara, 2002
- ALTUNKAYA, MEHMET** : “Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı”, Ankara, 2005
- ARAL, FAHRETTİN** : “Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa”, Ankara, 2011
- ARAL, FAHRETTİN /
AYRANCI, HASAN** : “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 11. Baskı, Ankara, 2015
- ATAMER, YEŞİM M.** : “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik” (“Armağan”), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010
- ATAMER, YEŞİM M.** : “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları” (“CISG”), İstanbul, 2005
- AYDEMİR, EFRAİL** : “Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku”, 3. Baskı, Ankara, 2016
- BASEDOW, JÜRGEN** : “Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties”, Uniform Law Review, Vol. 11, Issue 4, s. 731-746

- BAŞ, ECE** : “Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 623-656
- BAYGIN, CEM** : “Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler”, İstanbul, 1999
- BERGER, KLAUS PETER** : “Harmonisation of European Contract Law the Influence of Comparative Law”, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 50, No. 4, 2001, s. 877-900
- BUZ, VEDAT** : “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması” (“İmkansızlık”), AÜSBFD, C. 49, 1994, s. 23-40
- BUZ, VEDAT** : “Ödemezlik Def’inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi” (“Def’i”), BATİDER, C. 29, S.4, 2013, s. 83-111
- BÜYÜKAY, YUSUF** : “Eser Sözleşmesi”, 1. Baskı, Ankara, 2013
- DAYINLARLI, KEMAL** : “İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları” (“Ademi İfa”), Ankara, 1986
- DAYINLARLI, KEMAL** : “İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü” (“Temerrüt”), 4. Baskı, Ankara, 2008
- ERDOĞAN, İHSAN** : “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, SÜHFD C.III, 1990

- EREN, FİKRET** : “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” (“Borçlar Genel”), 18. Baskı, Ankara, 2014
- EREN, FİKRET** : “Borçlar Hukuku Özel Hükümler” (“Borçlar Özel”), Ankara, 2014
- ERZURUMLUOĞLU, ERZAN** : “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, Ankara, 2014
- GÜMÜŞ, MUSTAFA ALPER** : “Borçlar Hukuku Özel Hükümler” c.II, 3. Bası, İstanbul, 2014
- GÜNEŞ, BAŞAK/**
- MUTLAY, FARUK BARIŞ** : “Yeni Borçlar Kanunu’nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, s. 231-288
- JANSEN, NILS /**
- ZIMMERMANN, REINHARD** : “A European Civil Code In All But Name: Discussing the Nature and Purposes of the Draft Common Frame of Reference”, Cambridge Law Journal, 69 (1), 2010, s. 98-112
- KILIÇOĞLU, AHMET M.** : “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” (Borçlar Hukuku), 16. Bası, Ankara, 2012
- KILIÇOĞLU, AHMET M.** : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. 32, S. 1-4, s. s. 185-199

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU,

NECİP

: “Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme”, Borçlar Hukuku - Genel Bölüm c.I, İstanbul, 2010

KURT, LEYLA MÜJDE

: “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü”, Ankara, 2012

LANDO, OLE

: “CISG and Its followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, The American Journal of Comparative Law, Vol:53, No:2, 2005, s. 379-401

LANDO, OLE/BEALE, HUGH

: “Principles of European Contract Law Parts I and II”, Lahey, 2000

OĞUZ, ARZU:

“Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”; AÜHFD, C.49, S.1-4, 2000, s. 31-65

OĞUZMAN, KEMAL/

ÖZ, TURGUT

: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 10. Bası, C.I, İstanbul, 2012

ÖZ, TURGUT

: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi” (“Dönme”), İstanbul, 1989

ÖZ, TURGUT

: “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması” (“CISG”), İstanbul, 2016

- ÖZÇELİK, BARIŞ** : “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, AÜHFD, C. 63, S.3, 2014, s. 569-621
- REİSOĞLU, SAFA** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul, 2014
- SELİÇİ, ÖZER** : “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu”, İstanbul, 1978
- SEROZAN, RONA** : “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması” (“Armağan”), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 2029-2036.
- SEROZAN, RONA** : “Sözleşmeden Dönme” (“Dönme”), 2. Bası, İstanbul, 2007
- SEROZAN, RONA** : “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme” (“İfa Engelleri”), Borçlar Hukuku Genel Bölüm c.III 6. Bası, İstanbul, 2014
- ŞENOCAK, ZARİFE** : “Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı”, Ankara, 2002
- TANDOĞAN, HALUK** : “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı” (“Zamanaşımı”), BATİDER, C. XI, S. 3, 1982, s.1-11
- TANDOĞAN, HALUK** : “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” (“Borçlar Hukuku”), c.II, İstanbul, 2010
- TANDOĞAN, HALUK** : “Türk Mes’uliyet Hukuku” (“Mes’uliyet”), 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010

TEKİNAY, SELAHATTİN

SULHİ/AKMAN, SERMET/

BURCUOĞLU, HALUK/

ALTOP, ATİLLA

: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, İstanbul, 1993

TUNÇOMAĞ, KENAN

: “Borçlar Hukuku” c. II, 2. Bası, İstanbul, 1974

VON BAR, CHRISTIAN/

CLIVE, ERIC/

SCHULTE-NÖLKE, HANS

: “Principles, Definitions and Model Rules of Private Law : Draft Common Frame of Reference”, Münih, 2009

YAKUPPUR, SENDİ

: “Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları”, 1. Baskı, İstanbul, 2009

YAVUZ, CEVDET

: “Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler”, 14. Baskı, İstanbul, 2016

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

İNTES Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, “İnşaat Sektörü Raporu”, Mart, 2014

SİNERJİ Mevzuat ve İçtihat Programı

YARGITAY Kararları Dergisi

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Art.	: <i>Article</i> (madde)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
bkz.	: Bakınız
c.	: Cilt
dn.	: Dipnot
E.	: Esas numarası
eBK	: 818 sayılı (mülga) Borçlar Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
ibid	: <i>ibidem</i> (aynı eserde)
İBK	: İçtihadı birleştirme kararı
K.	: Karar numarası
md.	: Madde
no.	: Numara
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

- RG** : Resmi Gazete
- s.** : Sayfa
- S.** : Sayı
- SÜHFD** : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
- T.** : Tarih
- vd.** : ve devamı
- vol** : *Volume* (cilt)
- Y.** : Yargıtay

GİRİŞ

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda istisna akdi olarak adlandırılan eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda 470. ila 486. maddeler arasında düzenlenmiş olup, her sözleşme gibi tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının buluşmasıyla kurulur.¹ Mevcut hukuk düzenimizde eser sözleşmesinin karşımıza çıktığı pek çok mesleki alan ve ilişki bulunmakla beraber; esasen gelişen inşaat sektörü göz önüne alındığında, eser sözleşmesinin önemi daha da iyi anlaşılacaktır. Nitekim Türkiye İstatistik Kurumu verileri uyarınca, inşaat sektörünün gelişme hızı, çeşitli dalgalanmalar yaşasa da, bir süredir gayri safi yurt içi hasıla gelişme hızının üstünde seyretmektedir.² Bu nedendir ki kullanım sıklığı ve işlem hacmi bakımından; eser sözleşmesinin çoğunlukla gerek arsa payı karşılığı, gerekse bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri görünümüyle karşımıza çıktığını söylemek yanlış olmaz. Ne var ki kanun koyucu, özel hukuk bağlamında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri yahut bedel karşılığı inşaat sözleşmeleri için Türk Borçlar Kanunu'nda ayrı bir düzenleme yapmamıştır. Bu sebeple inşaat ilişkilerinde de öncelikle Kanun'un eser sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmaktadır. Bunun yanında uygulama alanı bulan 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu nezdindeki düzenlemeler ise, bu çalışmanın kapsamı dışında kalması sebebiyle incelenmeyecektir.

Eser sözleşmesinin yanında bu çalışmanın ikinci temel noktasını oluşturan geniş anlamıyla 'borcun ifa edilmemesi' yahut 'ifa engelleri' kavramı ise, gerek 818

¹ **Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** "Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme", Borçlar Hukuku - Genel Bölüm c.I, İstanbul, 2010, s.165

² **İNTEŞ** Türkiye İnşaat Sanayicileri İşveren Sendikası, "İnşaat Sektörü Raporu", Mart 2014, s.2

sayılı eski Borçlar Kanunu'nda, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır. Her ne kadar mülga Kanun'un 96. ve yürürlükteki Kanun'un 112. maddesinin kenar başlığı 'Borcun İfa Edilmemesi' ise de, bu kavramın kullanımı, uluslararası metinlerdeki şemsiye kavramdan uzaktır. Zira 117. maddenin kenar başlığı, 'Borçlu Temerrüdü' olup, bu kavram, 'Borcun İfa Edilmemesi'nden ayrı tutulmuştur. Nitekim eski kanun döneminde 96. maddeye yapılan eleştirilere uygun olarak yeni Kanun'da 112. maddede "hiç veya gereği gibi ifa etmeme" kavramı kullanılmıştır ve bu ifade esasen imkansızlık ile kötü ifa hallerini kapsamaktadır.³ Tamamen kanun koyucunun sistematığıne dayanan bu tercih sonucunda; Türk Borçlar Kanunu'nunda temerrüt, borcun gereği gibi ifa edilmemesi ve nihayet imkansızlık hususları ayrı ayrı düzenlemelere tabi tutulmuştur. Ne var ki uluslararası hukukta karşımıza çıkan; Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Temel İlkeleri (*Principles of International Commercial Contracts - PICC*), Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri (*Principles of European Contract Law - PECL*) ve Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (*Draft Common Frame of Reference - DCFR*) da dahil olmak üzere bir takım *soft law* metinlerinde ve Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG*) metninde, borcun ifa edilmemesinin (*Nichterfüllung, Non-performance*) bir şemsiye kavram olarak kullanıldığı ve yaptırımların da buna göre sistematize edildiği görülmektedir. Nitekim 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren BGB değişikliği ile Alman hukukunda da yeknesak bir borca aykırılık sistematığı karşımıza çıkmaktadır. Ne var ki kanun koyucu, uluslararası hukuktaki bu gelişmeleri, yeni Borçlar Kanunu taslağı hazırlanırken

³ Aral, Fahrettin: "Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa", Ankara, 2011, s. 67-68

dikkate almamış ve 818 sayılı Kanun'un borca aykırılık türlerine göre yaptığı tasnif, yeni kanunda da aynen korunmuştur. Biz bu çalışmada, borcun ifa edilmemesi kavramını ve eser sözleşmesinde kazandığı görünümü; gerek mevcut Kanun hükümlerine, gerekse şemsiye kavramın muhtemel mevcudiyetine göre irdelemeye çalışacağız.

Bu tez çalışmasının birinci bölümünde, eser sözleşmesinin günümüzdeki hukuki durumu genel hatlarıyla ele alınmıştır. Bu kapsamda Türk hukukunda sözleşmeler sistemi ve eser sözleşmesinin bu sistemdeki yeri, eser sözleşmesinin tanımı ve unsurları, hukuki niteliği ve benzeri sözleşmelerden ayırt edilmesi açıklanmıştır.

İkinci bölümde, çalışmanın kapsamında arz ettiği önem bakımından, eser sözleşmesinde tarafların hak ve borçları ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Zira esasen borcun ifa edilmemesi hususu, tarafların sözleşmeden doğan bu borçlarına aykırılık şeklinde tezahür etmektedir. Bu bölümde de Kanun'un sistematığına uygun olarak, yüklenicinin borçları ile iş sahibinin borçları, ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Nitekim yüklenicinin eseri teslim ve ayıba karşı tekeffül borçları, daha ayrıntılı olarak üçüncü bölümde yer bulduğu için bu bölümde incelenmemiştir.

Üçüncü bölümde, borcun ifa edilmemesi kavramı, bir üst kavram olarak değerlendirilmiş, bu hususta uluslararası hukukta yaşanan gelişmeler genel hatlarıyla ele alınmış; daha sonra borca aykırılık türlerine göre konuyu tasnif eden Türk Borçlar Kanunu'na uygun olarak imkansızlık, kötü ifa ve nihayet temerrüt konuları, Kanun'un Genel Hükümleri kitabı çerçevesinde tartışılmıştır. Yine bu bağlamda, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümlerin eser sözleşmeleri açısından aldığı

görünümler; yani bu cümleden hareketle eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim borcunda imkansızlık, onun ayıptan doğan sorumluluğu ve nihayet temerrüt konuları incelenmiştir. Nihayet bu bölümün üçüncü ve son kısmında, bir üst kavram olarak eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu ifa etmemesi hususu irdelenmiştir.

Çalışmanın sonuç kısmında ise genel bir değerlendirme yapılarak, çalışmanın genelinde izah edilen görüşlerimiz nihai olarak özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ

I. GENEL OLARAK

Türk hukukunda borç kavramı, geniş anlamda borç ve dar anlamda borç olmak üzere iki ayrı kavramı kapsamaktadır. Geniş anlamda borçtan anlaşılması gereken, iki taraf arasında meydana gelen ve alacaklıya bir talep hakkı bahşederken aynı zamanda borçlunun da bir edim yükümlülüğü altına girmesi sonucunu doğuran bir ‘borç ilişkisi’ iken; dar anlamda borç ise, bu borç ilişkisinden doğan münferit borçları, diğer bir deyişle borçlunun yükümlülüğünü ifade etmektedir.⁴ Geniş anlamda borç ilişkisinin hukukumuzdaki kaynakları ise, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sayılmıştır. Buna göre borç ilişkisinin kaynakları; sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmedir.

Borçlar Kanunu’nun ikinci kısmını teşkil eden özel hükümlerde (Özel Borç İlişkileri’nde) ise, belirli sözleşme tipleri düzenlenmiş olmakla birlikte, bu sözleşme tipleri sınırlı sayı ilkesine tâbi (*numerus clausus*) olarak sayılmamıştır. Bu cümleden hareketle, Genel Hükümler’de çizilen çerçeve içerisinde kalmak koşuluyla, Türk hukukunun her tür ve şekilde sözleşmeye cevaz verdiği anlaşılmaktadır. Nitekim Kanun’un 26. maddesi de bu yöndedir.

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu’nda 27 madde halinde düzenlenmiştir. Bu maddeler; sözleşmenin tanımı, hükümleri, tarafların hak ve borçları ve nihayet sözleşmenin sona ermesini içermektedir.

⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, s.5; **Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut**: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 10. Bası, C.I, İstanbul, 2012, s. 3; **Eren, Fikret**: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” (“Borçlar Genel”), 18. Baskı, Ankara, 2014, s. 21 vd.

Bu bilgilerden hareketle, eser sözleşmesinin geniş anlamda bir borç ilişkisi doğurduğu ve taraflara münferit borçlar yüklediği söylenebilir. Zira eser sözleşmeleri, Borçlar Kanunu'nda da düzenlendiği üzere, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen (*sinallagmatik*) sözleşmelerdendir. TBK md. 470, eser sözleşmesini “yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamıştır.⁵ Maddede belirtilen edimler öyle edimlerdir ki, birinin ifası karşısındakinin ifasına, onun karşılığı niteliğinde olması sebebiyle sıkı sıkıya bağlıdır.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE UNSURLARI

a. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Yukarıda da belirtildiği üzere, eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesinde tanımlanmıştır. Tanıma göre, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, buna karşılık iş sahibinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmeler, eser sözleşmesidir.

818 sayılı mülga Borçlar Kanunu (eBK) ise 355. Maddesinde şu ifadeyi kullanmıştır: “İstisna, bir akittir ki onunla bir taraf (müteahhit), diğer tarafın (iş sahibi) vermeğe taahhüt eylediği semen mukabilinde bir şey imalini iltizam eder.”⁶ Hemen belirtmek gerekir ki, 818 sayılı kanundaki “bir şey imali” ifadesinden yeni Kanun'da vazgeçilerek “bir eser meydana getirme” ifadesinin kullanılması, kanımızca yerinde olmuştur. Nitekim “bir şey imali” ifadesi, eski kanun döneminde yerinde olarak eleştirilmiş, çalışma sonucu ortaya çıkan ve objektif olarak

⁵ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 27836 s. RG, T:5 C:50, 4/2/2011

⁶ 818 sayılı Borçlar Kanunu (eBK), 366 s. RG, 8/5/1926

gözenmesi kabil olan sonucun, mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği hususu ifade edilmiştir.⁷ Bu değişiklik yerinde olup, meydana getirilecek eserin salt fikrî düzeyde kalması ve maddi bir varlığa bürünmemesi, yeni kanun hükümleri çerçevesinde mümkün kabul edilmek gerekir. Bu husus, eser sözleşmesinin unsurları başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

Eser sözleşmesinin bir başka tanımını da öğretide görmek mümkündür. Buna göre eser sözleşmesi, “İş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır.⁸ Kanımızca bu tanım, eserin teslimi borcunu da ihtiva etmesi bakımından yerindedir. Zira kanunun tanımında; yalnızca eserin meydana getirilmesinden bahsedilmekte, teslimine değinilmemektedir.

b. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinin unsurları; bir eseri meydana getirme, bedel ödeme ve tarafların anlaşmasıdır.⁹ Bir görüşe göre ise ‘eser’ ve ‘meydana getirme’, diğer bir deyişle ‘imal’, ayrı unsurlar olarak incelenmiştir.¹⁰ Eser ve imalin ayrı unsurlar

⁷ **Tandoğan, Haluk**: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” (Borçlar Hukuku), c.II, İstanbul, 2010, s. 1-2

⁸ **Büyükay, Yusuf**: “Eser Sözleşmesi”, Ankara, 2013, s.27

⁹ **Erdoğan, İhsan**: “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması”, SÜHFD C.III, 1990, s.135; **Yavuz, Cevdet**: “Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler”, 14. Baskı, İstanbul, 2016, s.534 vd.; **Büyükay**, s.28; **Eren, Fikret**: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler” (“Borçlar Özel”), Ankara, 2014, s.583 vd.; **Tunçomağ, Kenan**: “Borçlar Hukuku” C. II, 2. Bası, İstanbul, 1974, s. 497 vd.; **Dayınlı, Kemal**: “İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü” (“Temerrüt”), 4. Baskı, Ankara, 2008, s. 6 vd.

¹⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 2 vd.; **Gümüş, Mustafa Alper**: “Borçlar Hukuku Özel Hükümler” c.II, 3. Bası, İstanbul, 2014, s.4 vd.

olarak incelenmesinin pratikte herhangi bir fark yaratmadığı hususu da göz önüne alınarak, çalışmamızda bu ayrım yapılmamıştır.

i. Bir Eser Meydana Getirme

Bir eser meydana getirme unsuru, eser sözleşmesinin karakteristik unsurudur. Zira eser sözleşmesi, tanımı itibariyle yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi üstlendiği sözleşmedir. Bu bağlamda ‘eser’ ve ‘meydana getirme’ kavramlarının açıklanmasında yarar vardır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yüklenicinin bu borcu bir edim fiili değil; bir edim sonucudur, başka bir deyişle sonuç borcudur.¹¹ Günümüz doktrininde, bu sonuç borcunun konusunu oluşturan eserin, maddi varlığı olabileceği gibi, maddi (cismani) varlığı olmayan edimlerin sonucunu da kapsadığı yönünde bir fikir birliği olduğu görülmektedir.¹² Bu cihetle, cismani varlığı olmayan eserler için ‘fikri eser sözleşmesi’ kavramı geliştirilmiştir.¹³ Bir diğer görüşe göre ise, cismani varlığı olmayan iş görme sonucunun meydana getirilmesine ilişkin sözleşmeler eser sözleşmesi değil, *sui generis* sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir.¹⁴ Örneğin bir konser verilmesi yahut tiyatro sahnelenmesine, yani bedel karşılığı cismani varlığı olmayan bir iş görme borcunun doğmasına ilişkin bu gibi sözleşmelerin *sui generis* sözleşme olarak nitelendirilmesi ve dolayısıyla bunlara vekalet sözleşmesi

¹¹ **Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan**: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, 11. Baskı, Ankara, 2015, s.361; **Seliçi, Özer**: “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu”, İstanbul, 1978, s. 5

¹² **Aral/Ayrancı**, s.361

¹³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 588; Gautschi’nin İsviçre Borçlar Hukuku’nda “fikri istisna akdi” kavramına yer olmadığına ilişkin eleştirileri ve konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 14; **Aral/Ayrancı** s.362 vd.

¹⁴ **Gümüş**, s.6

hükümlerinin uygulanması sonucunu doğuran bu görüşe katılmıyoruz. Zira gerek Yargıtay'ın verdiği son kararlarla, gerekse İsviçre Federal Mahkemesi'nin defaatle fikir değiştirmesine rağmen geldiği son durumda ve gerekse öğretilerde; fikri eser sözleşmesinin baskın görüş haline geldiğini bu vesileyle tekrar belirtelim.¹⁵ Kanımızca bu görüş yerinde olup, iş görme sonuçlarının maddi bir varlığı bulunan eserlerle sınırlı tutulmaması, cismani varlıkta kendini göstermeyen iş görme sonuçlarının da bu kapsamda kabul edilerek TBK md. 470 vd. hükümlerinin uygulanması gerekir. Kaldı ki kanunun ifadesi de bu yöndedir.

Öğretilerde 'meydana getirme' kavramı yönünden yorum yapılırken, bu deyimden salt yeni bir şeyin vücuda getirilmesi anlamının çıkarılmaması gerektiği, bir şeyin tamirinin, şeklinin değiştirilmesinin yahut ona bir parça eklenmesinin de bu kapsamda değerlendirileceği yerinde olarak belirtilmiştir.¹⁶ Gerçekten de meydana getirilecek eserin sadece baştan yapılması değil, örneğin ortadan kaldırılması dahi bu kapsamda değerlendirilmelidir, bir binanın yıkım işlerini üstlenen yüklenicinin durumunda olduğu gibi. Hemen belirtmek gerekir ki; meydana getirme kavramını bu hususları kapsadığında bir fikir ayrılığı olmamakla beraber, meydana getirmenin türleri arasında yapılan ayrımlarda farklılıklar olduğu görülmektedir. Kimi yazarlar¹⁷ 'mevcut bir eseri ortadan kaldırma'yı meydana getirme kavramının türleri arasında sayarken, kimi yazarlar¹⁸ ise 'insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen çalışma sonuçları'nı bir tür olarak ele almıştır. Bu ayrımların pratik olarak bir farkı yoktur. Sonuç itibariyle, yüklenicinin gördüğü iş sonucu olarak eski durumdan farklı bir

¹⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.20.

¹⁶ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.23; **Seliçi**, s. 6

¹⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s.590

¹⁸ **Aral/Ayrancı**, s.366

durum yaratılması, diğere bir deyişle farklı bir sonucun meydana gelmesi gerekli ve yeterlidir.¹⁹

Son olarak, bir şeyin yerinin değıştirilmesine ilişkin edim borçlarının, eser sözleşmesinin değıil, taşıma sözleşmesinin konusu olduğunu belirtelim.²⁰ Buradan anlaşılması gereken, konusu salt nakil olan sözleşmelerin eser sözleşmesi olarak değıerlendirilemeyeceğidir. Buna karşılık nakil işi, bir bütün teşkil eden bir edimin yalnızca bir parçasıysa, edimin tamamına eser sözleşmesi hükümleri uygulanabilecektir.²¹ Örneğın bir bina meydana getirme borcu üstlenen yüklenicinin edim borcu içine pek çok nakil işi girebilir. Bu bağlamda yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşme yine eser sözleşmesidir. Ne var ki bu nakil işleri için bir taşımacılık şirketi ile anlaşılan aynı yüklenicinin, bu şirket ile arasındaki sözleşme eser sözleşmesi değıil, taşıma sözleşmesi olarak nitelendirilecektir.

ii. Bedel Ödeme

Eser sözleşmesinin bir diğere unsur ise bedel ödeme unsuru olup, bu unsur, eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden ayrılması yönünden önem arz etmektedir.²² Sözleşmenin tanımından da görüleceğı üzere, eser sözleşmesi ile iş sahibi, bir bedel ödeme borcu altına girmektedir. Bu bedel ödeme borcu, yüklenicinin eser meydana getirme borcu ile karşılıklıdır. Kanun koyucu, burada 'ücret' yerine 'bedel' kavramını kullanmış, böylece eser sözleşmesi ile hizmet

¹⁹ **Gümüş**, s.4; **Tunçomağ**, s. 500; **Yavuz**, s. 535

²⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 24

²¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 24

²² Eser sözleşmesinin benzer sözleşmelerden ayırt edilmesi hususu, bu bölümün 4. kısmında incelenecek olup, burada ayrıca ele alınmayacaktır.

sözleşmelerini bu unsur bakımından da birbirinden ayırmıştır.²³ Bedel, kural olarak bir miktar para olup; bedelin yokluğunda eser sözleşmesinden değil, vekalet sözleşmesinden veya isimsiz bir sözleşmeden bahsedilebileceği de öğretide haklı olarak belirtilmiştir.²⁴

Uygulamada eser sözleşmesinin yaygın bir görünümü olarak ortaya çıkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, yüklenici, bedel olarak bir miktar para değil, doğrudan doğruya ortaya çıkarılacak bir taşınmaz malın, örneğin bağımsız bölümlerin devrini üstlenmektedir. Dolayısıyla bedel kavramının da geniş yorumlanması ve salt paraya hasredilmemesi gerekir.²⁵

Sözleşmede bedelin doğrudan doğruya kararlaştırılması gerekmez. Bedel ödeme taahhüdünün bulunması yeterlidir.²⁶ Hatta bedel karşılığında meydana getirilmesi teamülden olan eserler için, bedel ödeneceği konusunda açık bir taahhüdün bulunmaması, bu hususta zımnen uyuşulması dahi mümkündür.²⁷ Örneğin terziye bir ceketini tamir için bırakıp açıkça bedel ödeme taahhüdünde bulunmayan müşterinin durumunda olduğu gibi. Burada tarafların bedel ödeme hususunda zımnen anlaşığı ve eser sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmelidir. Aksi takdirde günlük hayatta sıkça rastlanan bu gibi durumlar yönünden vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği sonucuna varılacaktır ki bu da kanun koyucunun amacıyla bağdaşmaz.

²³ Aral/Ayrancı, s. 366

²⁴ Eren, Borçlar Özel, s.591

²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Selici, s. 7 vd.

²⁶ Aral/Ayrancı, s. 366

²⁷ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.24

Bedelin hesaplama şekli de bu konuda önem taşımamaktadır, yalnızca bu bedel ödeme unsurunun varlığı gerekli ve yeterlidir. Bedel, yaklaşık olarak veya götürü olarak belirlenebileceği gibi; iş saatine veya gününe göre de hesaplanacağı önceden kararlaştırılabilir; bu, sözleşmenin mutlaka hizmet sözleşmesi niteliği kazanacağı manasına gelmeyecektir.²⁸

iii. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesi, rızai sözleşmelerden olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının buluşması ile kurulmuş olur.²⁹ Bu sebeptendir ki bütün rızai sözleşmelerde olduğu gibi, ‘tarafların anlaşması’, bu sözleşmenin de unsurlarındandır.

Eser sözleşmeleri, hiçbir şekil şartına tâbi değildir. Bu cümleden hareketle, eser sözleşmeleri yazılı veya sözlü olarak kurulabilir. Sözleşmenin kuruluşu için yapılacak icabın da, kabulün de zımni olması mümkündür.³⁰ Bir görüşe göre, bir yükleniciye mesleği ile ilgili bir işin yapılması için icapta bulunulmuşsa, örneğin saatçiye tamiri için bir saat bırakılmışsa, vekalet sözleşmesinin kurulmasına ilişkin TBK md. 503 hükmü kıyasen uygulanmalı ve yüklenici bu icabı mümkün olan ilk anda reddetmedikçe kabul etmiş ve sözleşme kurulmuş sayılmalıdır.³¹ TBK md. 503 yahut eBK md. 387 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulmayacağı görüşünde olan

²⁸ **Aral/Ayrancı**, s.366; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.27 - Eser sözleşmesinde bedele ilişkin ayrıntılı açıklamalara, iş sahibinin borçları başlığı altında yer verilmiştir.

²⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s.591, **Aral/Ayrancı**, s.366, **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 28

³⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 28-29; **Aral/Ayrancı**, s.367; **Eren**, Borçlar Özel, s.591

³¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.29, **Altaş, Hüseyin**: “Eserin Teslimden Önce Telef Olması”, Ankara, 2002, s. 46-47

yazarlar da vardır.³² Kanımızca TBK md. 503 hükmünün kıyasen uygulanmasını savunan ve yüklenicinin icabı reddetmedikçe zımnen kabul ettiği sonucuna varan ilk görüş yerindedir.

Yine belirtmek gerekir ki, kural olarak eser sözleşmeleri şekle bağlı olmamakla beraber, uygulamada sık karşılaşılan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, taşınmaz devrine yönelik edim borcunu ihtiva ettiklerinden bahisle resmi şekil şartına tâbidirler. Esasen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri çift edimli karma sözleşmeler olup; yüklenicinin edimi eser sözleşmesinin, arsa sahibinin edimi ise taşınmaz satış vadinin özelliklerini taşımaktadır; bu sebeple taşınmaz satış vadinin bağlandığı şekil şartı, karma sözleşmenin de geçerlilik şartı haline gelmektedir.³³ Buradan hareketle örneğin bedel karşılığı akdedilen inşaat sözleşmelerinde herhangi bir şekil şartı aranmaksızın sözleşmenin kurulması mümkün olacak, yalnız ispat hukuku bakımından yazılı şekil şartının arandığı durumlar meydana gelebilecektir. Bu açıdan eser sözleşmelerinin yazılı olarak yapılmasında hukuki ve pratik yararlar bulunduğu da öğretide haklı olarak belirtilmiştir.³⁴ Yine Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu kapsamında akdedilen eser sözleşmelerinin de özel şekil şartlarına tâbi tutulduğunu belirtmek gerekir.³⁵

Tarafların, hiçbir şekil şartına tâbi olmayan eser sözleşmelerini yazılı yahut resmi şekil şartına tâbi tutmaları da mümkün kabul edilmelidir.³⁶ Böylece tarafların

³² **Gümüş**, s.7

³³ **Eren**, Borçlar Özel, s.592; **Seliçi**, s. 14

³⁴ **Altaş**, s. 47

³⁵ **Aral/Ayrancı**, s.367-368; **Eren**, Borçlar Özel, s.593

³⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 593

belirledikleri bu iradi şekil şartına uyulmaksızın yapılacak sözleşme, TBK md. 17 hükmü karşısında tarafları bağlamayacaktır.

III. ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu özelliğine ek olarak eser sözleşmesini; ivazlı, rızai, şekle bağlı olmayan ve gerek ani, gerekse sürekli edimler içeren bir sözleşme olarak nitelendirmek mümkündür.³⁷ Gerçekten de TBK md. 479 uyarınca “İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur.”

Görüleceği üzere, kanun, farklı koşullara farklı sonuçlar bağlamış ve kimi zaman ani edimli bir borç ilişkisinin, kimi zaman ise sürekli edimli bir borç ilişkisinin doğmasına olanak ve hukuki temel sağlamıştır. Buna karşılık, eser sözleşmesini; meydana getirilen eserin tesliminin edim sonucu olması sebebiyle ani edimli sözleşme, yahut eserin imal sürecini ve bu süreç boyu ifa edilecek iş görme edimini dikkate alarak sürekli borç ilişkisi olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur.³⁸ Eserin meydana getirilme sürecini dikkate alarak eser sözleşmesini sürekli edimli bir borç ilişkisi olarak nitelendiren görüşe katılmıyoruz. Zira yüklenici, eserin imali aşamasında borcunu ifa etmemektedir; o, eserin imalinin yanında teslimini de borçlanmıştır. Kaldı ki TBK md. 479 uyarınca iş sahibinin bedel ödeme borcu, ancak eserin teslimi anında muaccel olacaktır. Öyleyse kural olarak eser sözleşmesi, ani edimli bir borç ilişkisi doğurur. Eser sözleşmesinin uzun süreli

³⁷ Büyükay, s.37; Yavuz, s. 536, Altaş, s.48

³⁸ Gümüş, s.2

olarak kurulmuş olması da bu hususta bir değişikliğe sebep olmayacaktır.³⁹ Yalnızca art arda teslimi gerektiren eser sözleşmelerinin sürekli edimli bir borç ilişkisi doğurduğu görüşü kanımızca yerindedir.⁴⁰

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının varlığını gerektiren eser sözleşmesi, daha önce de belirtildiği üzere rızai sözleşmelerden olup; düzenlendiği maddeler içerisinde geçerliliği bir şekil şartına bağlı tutulmamış olmakla, TBK md. 12 uyarınca şekle bağlı olmayan sözleşmelerdendir.⁴¹

Eser sözleşmesinin amacı, eser meydana getirme ve bedel ödemedi ibaret asli edimlerin değişimidir; dolayısıyla ivazlı sözleşmelerdendir.⁴² Eserin yapılması borcu, ivazsız olarak üstlenilmişse; artık bir eser sözleşmesinin varlığından söz edilemeyecektir.⁴³ Böyle bir durumda olsa olsa isimsiz bir sözleşmeden bahsedilecektir ki; TBK md. 502/II hükmü karşısında bu tip iş görme sözleşmelerine vekaletle ilişkin hükümler uygulanır.

IV. ESER SÖZLEŞMESİNİN BENZERİ SÖZLEŞMELERDEN AYIRT EDİLMESİ

a. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

TBK md. 393 uyarınca işçinin, işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve; buna karşılık işverenin de ona zamana veya yapılan

³⁹ Aral/Ayrancı, s. 360

⁴⁰ Altaş, s.50

⁴¹ TBK md. 12- “Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

⁴² Aral/Ayrancı, s. 359

⁴³ Eren, Borçlar Özel, s.582; Aral/Ayrancı, s.359; Gümüş, s.2; Altaş, s.49

işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmeye, hizmet sözleşmesi denir. Öğretide, bu tanımın eBK'dakine kıyasla daha açık ve anlaşılabilir olduğu ve 25 Haziran 1971 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan tanıma daha uygun olduğu belirtilmiştir.⁴⁴ Bununla beraber İş Kanunu md. 8'deki gibi yalın bir tanım yapılmaması ve ücretin sadece zamana ve yapılan işe göre ödeneceğinin belirtilmesinin isabetsiz olduğu, zira götürü ücretle de hizmet sözleşmesinin kurulmasının mümkün olduğu yönünde görüşler de mevcuttur.⁴⁵

Kanunun getirdiği tanıma yöneltilen eleştiriler bir yana, madde metninden de anlaşılacağı üzere, işçi, yüklenicinin aksine; bir edim sonucu değil, bir edim fiili borçlanmaktadır.⁴⁶ Başka bir ifadeyle işçi, yüklenicide olduğu gibi bir bütün teşkil eden sonucu taahhüt etmemektedir; o, işinde gereken özeni göstermesine rağmen istenen sonuç meydana gelmese dahi, borcunu ifa etmemiş sayılamayacaktır.⁴⁷ Buna karşılık yüklenicinin sadece gereken özeni göstermesi yetmez, zira o, belirli bir sonucun meydana getirilmesini taahhüt etmiştir. Yine bunun bir sonucu olarak; kusuru aranmaksızın eserdeki ayıplardan sorumluluğu doğan yüklenicinin aksine, işçi, yalnızca kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulabilecektir.⁴⁸

İki sözleşmeyi birbirinden ayıran bir diğer önemli unsur ise işveren ve işçi arasında var olan bağımlılık ilişkisidir. İşçinin işverene tâbiyeti söz konusu iken,

⁴⁴ **Erzurumluoğlu, Erzan**: “Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)”, Ankara 2014, s.143

⁴⁵ **Güneş, Başak/Mutlay, Faruk Barış**: “Yeni Borçlar Kanunu'nun Genel Hizmet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin İş Kanunu ve 818 sayılı Kanunla Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi”, Çalışma ve Toplum Dergisi, 2011/3, s. 235

⁴⁶ **Gümüş**, s.9

⁴⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 36, **Eren**, Borçlar Özel, s.594

⁴⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s.594

yüklenici işçiye nispeten daha bağımsız bir konumda yer almaktadır.⁴⁹ İşçinin tâbiyeti, onun işverene hukuki ve ekonomik yönden bağımlı olmasını ve onun emir ve talimatlarıyla çalışmasını gerektirir; buna karşılık yüklenici, iş sahibinin bazı talimatları hariç olmak üzere eseri meydana getirirken bağımsızdır, hatta eseri kendi işyerinde, kendi araçlarıyla ve çalışanlarıyla dahi imal edebilir.⁵⁰

Hizmet sözleşmesi, sürekli edim borcu içeren sözleşmelerdendir.⁵¹ Buna karşılık, yukarıda ayrıntılı olarak izah edildiği üzere eser sözleşmesi, gerek ani, gerekse sürekli edimler içeren bir sözleşmedir.

Nihayet öğretide, parça başına ücret verilen sözleşmelerin, hizmet sözleşmesi veya eser sözleşmesi olduğunun tespit edilmesinin zorluğuna değinilmiş; iş görenin kendi evinde çalışıp çalışmadığı, bütün çalışma gücünü söz konusu işe adayıp adamadığı, işverenin işe nezaret edip etmediği gibi kıstaslardan bahsedilmiştir.⁵² Biz iş aletlerini işverenin tedarik ettiği, işverene ait yerde çalışıldığı, işverenin işe nezaret ettiği gibi durumlarda hizmet akdinden bahsedilebileceğine ilişkin bu görüşe katılmıyoruz. Kanımızca burada dikkate alınması gereken en önemli kıstas, bağımlılık unsuru olup; işgörenin işverenden aldığı talimatların niteliği, sıklığı, yine bu talimatların işgören tarafından uygulanma usulü ve nihayet işgörenin işverene ekonomik anlamda bir bağımlılığının bulunup bulunmadığıdır.

⁴⁹ **Gümüş**, s.9; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.36

⁵⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s.594-595

⁵¹ **Eren**, Borçlar Özel, s.594

⁵² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 38

b. Vekalet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Vekalet sözleşmesi, TBK md. 502'de; vekilin, vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır. Vekalet sözleşmesi kapsamında vekil, belirli bir sonucu değil; bu sonuca yönelik özenli bir şekilde faaliyette bulunmayı yüklenir.⁵³ Hizmet sözleşmesindeki zaman ve bağımlılık unsuru; eser sözleşmesindeki bir sonuç meydana getirme unsuru burada yoktur.⁵⁴ Vekilin yaptığı çalışma sonunda istenilen sonucun meydana gelip gelmemesi önemli değildir; önemli olan, vekilin özen ve sadakat borçlarına uygun hareket etmesidir.⁵⁵ Yine buna bağlı olarak, hizmet akdinde belirttiğimiz gibi; vekil yalnızca kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumludur, buna karşılık yüklenici kusuru olmasa dahi eserdeki ayıplardan sorumlu olacaktır.⁵⁶

Bedel, eser sözleşmesinin aksine, vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir. TBK md.502/III uyarınca vekil, yalnızca sözleşmede kararlaştırıldıysa, yahut bu yönde bir teamül varsa ücrete hak kazanacaktır. Oysa eser sözleşmesinin bedel unsuru olmaksızın kurulması mümkün değildir.

Yine taraflar arasındaki güven ilişkisinin niteliği bakımından da eser ve vekalet sözleşmeleri birbirinden ayrılır.⁵⁷ Gerçekten de vekil, kural olarak borcunu şahsen ifa ile yükümlüdür; ancak TBK md. 506 uyarınca kendisine yetki verildiğinde, durumun zorunlu yahut teamülün mümkün kıldığı hallerde işi başkasına yaptırabilecektir. Buna karşılık eser sözleşmesinde kural; TBK md. 471/III

⁵³ **Gümüş**, s.9

⁵⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s.595; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.39; **Tunçomağ**, s. 506

⁵⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.39

⁵⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 596

⁵⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 596

kapsamında yüklenicinin eseri kendi yönetimi altında, yahut yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda doğrudan doğruya başkasına yaptırabilmesidir. Görüldüğü üzere, taraflar arasındaki güven ilişkisindeki farklılığın da bir sonucu olarak, vekalet sözleşmesinde vekilin borcunu şahsen ifa etmediği durumlar daha istisnaidir.

c. Yayım Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Türk Borçlar Kanunu, 487. maddesinde, yayım sözleşmesini, “bir fikir ve sanat eseri sahibinin veya halefinin, o eseri yayımlanmak üzere yayımcıya bırakmayı, yayımcının da onu çoğaltarak yayımlamayı üstlendiği sözleşme” olarak tanımlamıştır. İsmarlama üzerine hazırlanan veya zaten hazırlanmış olan bir eserin çoğaltılmasına ilişkin edim yükümlülüğünün varlığı halinde, eser sözleşmesinin mi yoksa yayım sözleşmesinin bulunduğu tespit edilmesinin önemli olduğu; öğretide haklı olarak belirtilmiştir.⁵⁸ Zira gerek yayım sözleşmesinin, gerekse eser sözleşmesinin konusu; iş görme ve bir eserin meydana getirilmesidir.⁵⁹

Burada eser sözleşmesinin yayım sözleşmesinden ayrılması konusunda en büyük kıstas, iş görenin aynı zamanda eseri yayma yükümlülüğünün de bulunup bulunmadığıdır.⁶⁰ Zira yüklenici, yalnızca eseri meydana getirmeyi üstlenmiştir; ayrıca meydana getirdiği eseri yayma yükümlülüğü yoktur. Yine yayım sözleşmesinde yayıncıya mali hakların devri söz konusu iken, eser sözleşmesinde iş sahibi yükleniciye mali haklarını devretmemekte, ona yalnızca bir bedel ödeme

⁵⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 47

⁵⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 599

⁶⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 47; **Eren**, Borçlar Özel, s. 599

borcu altına girmektedir.⁶¹ Yine yayım sözleşmesinde yayımlatanın bedel isteme hakkının TBK md. 496 kapsamında sözleşme ile ortadan kaldırılabilmesi mümkün iken; eser sözleşmesinde yükleniciye bedel ödenmeyeceğinin kararlaştırılması mümkün değildir.

Son olarak belirtmek gerekir ki, TBK md. 488 uyarınca yayım sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmalarına bağlı iken; eser sözleşmelerinde, daha önce de belirtildiği üzere, geçerlilik şekil şartı bulunmamaktadır.

d. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Satış sözleşmesi, TBK md. 207’de, “Satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme” olarak tanımlanmıştır. Satış sözleşmesinde de, eser sözleşmesine benzer olarak; bir şeyin bedel karşılığı teslimi söz konusudur. Bu sebeple satış sözleşmesinin eser sözleşmesinden hangi cihetle ayrıldığıın tespiti gerekir.

Bedel karşılığı tespit edilecek şeyin, sözleşmenin yapıldığı anda mevcut olup olmadığı bu hususta belirleyicidir.⁶² Satış sözleşmesinde alıcı, satıcıya o anda mevcut ve hazır olan bir şey devretmektedir.⁶³ Alıcı için, satılanın meydana getirilme

⁶¹ Eren, Borçlar Özel, s. 599

⁶² Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 42

⁶³ Eren, Borçlar Özel, s. 597

aşaması önemli değildir.⁶⁴ Buna karşılık, yüklenici, hazır bir şeyi değil, sözleşmenin kurulmasından sonra imal edeceği bir eseri teslim edecektir.⁶⁵

Zaman bakımından teslim konusu şeyin mevcudiyetine dayalı olarak yapılan bu ayırım, bir noktada karışıklığa sebebiyet vermektedir. İleride imal edilecek şeylerin satışa konu olması durumunda eser sözleşmesinin mi yoksa satış sözleşmesinin mi söz konusu olacağı, bu bağlamda açıklamaya muhtaçtır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, imal edilecek şeyin malzemesini iş sahibi vermişse, burada bir eser sözleşmesinin söz konusu olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır.⁶⁶

Bunun dışında kalan durumlarla ilgili olarak ise; öğretide farklı yazarlar, ayırım için çeşitli kıstaslar önermişlerdir. Bir görüşe göre, "... teslim edilecek şeyin imaline ilişkin dâva edilebilir bir iş görme borcu varsa istisna, aksi takdirde satım sözleşmesi karşısında bulunulur."⁶⁷ Bir başka görüşe göre, yüklenici sözleşme konusunu, kendi malzemesini kullanarak bir defada meydana getirecekse kural olarak eser sözleşmesi; yüklenicinin malzemesiyle seri üretim metodu kullanılarak meydana getirilecekse kural olarak ilerideki eşyanın satımına ilişkin bir satış sözleşmesinin varlığından söz edilmelidir.⁶⁸ Kanımızca, her iki kıstas da yerinde olup, bunların birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır. Buna ek olarak, iş görenin sadakat ve özen yükümlüğünün bulunup bulunmadığı, iş sahibinin talimatlarının önem arz edip etmediği, iş görenin işi kendisi yapmak veya kendi gözetimi altında

⁶⁴ **Gümüş**, s.8

⁶⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 597

⁶⁶ **Gümüş**, s.9

⁶⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 42

⁶⁸ **Gümüş**, s. 8-9; **Tunçomağ**, s. 505

yaptırmak borcu bulunup bulunmadığı hususları da bu bağlamda değerlendirilmelidir.

Son olarak teslim konusu şeyin montajının gerekeceği durumlarda; eser sözleşmesinden mi yoksa satış sözleşmesinden mi bahsedileceği konusunda duraksamalar yaşanabileceğine öğretilmiş yerinde olarak değinilmiştir.⁶⁹ Burada önemli olan husus, hangi yükümlülüğün ağır bastığıdır. Bu cümleden hareketle; teslim konusu şeyin monte edilmesindeki emek unsuru ağır basıyorsa eser sözleşmesinden; malın varlığı üstünse ve montaj bir yan edim yükümlülüğü görünümündeysen satış sözleşmesinden bahsedilmelidir.⁷⁰

⁶⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.42; **Eren**, Borçlar Özel, s. 598

⁷⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.42-43; **Eren**, Borçlar Özel, s. 598

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE TARAFLARIN BORÇLARI

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızın bu bölümünde, ana hatlarıyla önce iş sahibinin, daha sonra da yüklenicinin; eser sözleşmesi akdetmekle üstlendikleri borçlar açıklanacaktır. Sistematik açıdan üçüncü bölümde ele almayı uygun gördüğümüz bu borçların ifa edilmemesine bağlanan sonuçlar ise bu kısımda anlatılmayacaktır.

Bu bağlamda tarafların borçlarına geçmeden önce, tarafların kim olduğu hakkında kısa bir açıklama yapmayı uygun görüyoruz. Eser sözleşmesinin tarafları, iş sahibi ve yüklenici, eski ifadeyle müteahhittir. Her iki taraf da gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.⁷¹ İş sahibi, hem özel hukuk hem de kamu hukuku tüzel kişisi olabilir. İş sahibinin kamu hukuku tüzel kişisi olduğu durumlarda, Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Devlet İhale Kanunu ve bu kanunlar kapsamında tanzim edilen Yönetmelikler de uygulama alanı bulabilecektir.⁷²

Türk Borçlar Kanunu kapsamında bir adi ortaklık türü olan ve aslında tüzel kişiliği olmayan ortak girişimler de, uygulamada inşaat sözleşmelerinin tarafları olarak karşımıza çıkmaktadır.⁷³ Ortak girişimler, birden fazla gerçek veya tüzel kişinin işi birlikte üstlenmesiyle oluşan “İş Ortaklıkları” yahut yine birden fazla gerçek veya tüzel kişinin işi kendi uzmanlık alanlarına göre ayrı ayrı üstlenmeleri

⁷¹ **Gümüş**, s. 7

⁷² **Eren**, Borçlar Özel, s. 600

⁷³ **Aydemir, Efrail**: “Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku”, 3. Baskı, Ankara, 2016, s. 203

sonucu oluşan “Konsorsiyum” olmak üzere ikiye ayrılmaktadırlar.⁷⁴ Sonuç itibariyle gerçek veya tüzel kişiliklerin yanında bu iş ortaklıkları veya konsorsiyumlar da uygulamada eser sözleşmelerinin tarafı haline gelmektedirler.

Bunun yanında eser sözleşmelerinden olan inşaat sözleşmelerinde sık görülen bir ayırım uyarınca; bir inşaat işinin bir kısmının yapımını üstlenen yükleniciye kısmi yüklenici, inşaat işinin yapımını tamamen üstlenen yükleniciye ise genel yüklenici denir.⁷⁵

Son olarak inşaat sözleşmeleri kapsamında uygulamasına sık rastlanan alt yüklenicilik kavramından bahsetmekte yarar vardır. Yüklenicinin, akdettiği inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını, tamamen veya kısmen, yeni bir sözleşme ile devrettiği yükleniciye alt yüklenici denir.⁷⁶ Asıl yüklenicinin işi başka bir alt yükleniciye vermesi durumunda, asıl yüklenicinin bu ilişkide iş sahibi sıfatını alacağını da belirtelim.⁷⁷ Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilen bu sözleşme, ilk sözleşmeden bağımsız ve yine eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir.⁷⁸

⁷⁴ **Aydemir**, s. 204

⁷⁵ **Gümüş**, s.8; **Eren**, Borçlar Özel, s.600-601; **Seliçi**, s. 16

⁷⁶ **Seliçi**, s. 17; **Eren**, Borçlar Özel, s. 601

⁷⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s.599

⁷⁸ **Eren**, Borçlar Özel, s. 601 – Bu hususla ilgili olarak, yüklenicinin borçlarından “İşi Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu” başlığı altında ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

II. İŞ SAHİBİNİN BORÇLARI

a. Genel Olarak

İş sahibinin başlıca borcu, yapılan işin, diğer bir deyişle meydana getirilen eserin bedelini ödeme borcudur.⁷⁹ İş sahibinin bunun dışında da yan yükümlülükleri ve borçları vardır. Sözleşme ile kararlaştırılmış olması halinde malzemeyi sağlama borcu, eserin ayıplı olup olmadığını inceleme ve ayıp varsa ihbar yükümlülüğü, eseri teslim alma borcu ve sır saklama yükümlülüğü; iş sahibinin diğer borç ve yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilir.⁸⁰

Malzeme sağlama borcu ve ayıplı eseri ihbar külfeti yüklenicinin borçları kapsamında; eseri teslim alma borcu da alacaklı temerrüdü kapsamında inceleneceği için, biz bu kısım altında salt bedel ödeme borcunu incelemeyi uygun gördük.

b. Bedel Ödeme Borcu

Eser sözleşmesinin unsurlarından bahsedilirken, bedel ödeme taahhüdü olmaksızın eser sözleşmesinin meydana gelmesinin mümkün olmadığını belirtmiştik. Bedel unsurunu içermeyen sözleşmeler, bu bağlamda isimsiz sözleşmelerdir. Bedelin belirtilmiş olması gerekmemekle birlikte; bedelin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığı üzerinde tartışmanın olduğu durumlarda, bunu ispatla mükellef olan taraf yüklenicidir.⁸¹

Bedel sözleşme ile götürü olarak yahut yaklaşık olarak belirlenmiş olabileceği gibi, hiç belirtilmemiş de olabilir.⁸² Bedel türlerini “Kesin Bedel” ve “Bedel

⁷⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 650

⁸⁰ Büyükay, s.151; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 233-234; Eren, Borçlar Özel, s. 650

⁸¹ Büyükay, s.151

⁸² Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 234

Tutarının Hiç Belirlenmemesi ve Yaklaşık Bedel” olarak ikiye ayıran yazarlar da bulunmakla beraber⁸³, biz bu çalışmada TBK’nın terminolojisine uygun olarak sırasıyla götürü bedel ve yaklaşık bedel üzerinde duracak; daha sonra da bedelin hiç belirtilmemiş olması durumunu açıklayacağız.

i. Götürü Bedel

1. Genel Olarak

Bedelin; yüklenicinin işe başladıktan sonra fiilen yaptığı masraflara, yahut meydana getirdiği eserin değerine bağlı tutulmaksızın, önceden ve kesin olarak belirlenmesi durumunda götürü bedelden söz edilir.⁸⁴ Götürü bedel metodu, iş sahibinin bilip bilmediği önem arz etmeksizin, yüklenicinin kendi kârını da içerecek şekilde yaptığı maliyet hesabına dayanır, bu hesapta meydana gelebilecek rizikolar da yükleniciye aittir.⁸⁵ Zira TBK md. 480 uyarınca eser, yüklenicinin öngördüğünden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile, belirlenen bedelin artırılması istenemeyecektir. Bu metotla doğrudan doğruya belirlenen bedele, “anahtar teslimi sabit bedel” de denmektedir.⁸⁶

Götürü bedelde yüklenici, nasıl öngörülenden fazla emek ve masraf yaptığı vakit dahi bedelin artırılmasını isteyemiyorsa; iş sahibi de, yüklenicinin eseri tespit edilen fiyattan düşük bir miktara mâl etmesi durumunda da bedelin indirilmesini isteyemez.⁸⁷

⁸³ **Gümüş**, s.79 vd.

⁸⁴ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.235; **Eren**, Borçlar Özel, s.651; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 163

⁸⁵ **Gümüş**, s. 80; **Seliçi**, s. 6

⁸⁶ **Büyükay**, s. 154

⁸⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.238; **Büyükay**, s. 154

Anahtar teslimi sabit bedel yerine, götürü bedelin birim fiyat üzerinden hesaplanması da mümkündür. Bu bağlamda yüklenici ile iş sahibi, işin hangi malzemeler kullanılarak yapılacağı ve bu malzemelerin birim fiyatının ne olacağı üzerinde anlaşılır. Birim bedel, harcanan emek ve yapılan giderler için birim fiyat üzerinden hesaplanır.⁸⁸ Yapılan birim tutarını yüklenici ispatla mükelleftir.⁸⁹ İş sahibi ve yüklenicinin üzerinde anlaşıldığı birim fiyat listeleri, kesin delil hükmündedir.⁹⁰

Nihayet götürü bedelin üçüncü ve son hali, global götürü bedeldir. Global götürü bedelde de önceden kararlaştırılmış bir bedel olmakla birlikte; bu bedel, işçilik ve malzemeye fiyatlarındaki artışa bağlı olarak yeniden belirlenebilecektir.⁹¹ Bu fiyatlardaki artışa ilişkin bir kloz sözleşmeye dahil edilebileceği gibi, azalmanın da ücrete yansıtılacağı kararlaştırılabilir.⁹²

İş sahibi ve yüklenici, sözleşme serbestisi çerçevesinde, yukarıda açıklanan götürü bedel türlerinin birden fazlasını kullanmak suretiyle bir karma bedel tutarı belirleme yoluna da gidebilirler.⁹³ Özellikle inşaat sözleşmelerinde, bazı iş kalemlerinin sabit götürü bedel, bazılarının ise birim fiyat üzerinden ödenmesi üzerinde anlaşılmaktadır; ki bu tip bedele “götürü bedel-birim fiyat kombinasyonlu ücret” denmektedir.⁹⁴

⁸⁸ **Gümüş**, s. 80

⁸⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s.236

⁹⁰ **Eren**, Borçlar Özel, s. 654

⁹¹ **Gümüş**, s. 80

⁹² **Büyükcay**, s. 155

⁹³ **Gümüş**, s.80

⁹⁴ **Baygın, Cem**: “Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler”, İstanbul, 1999, s. 47

2. İşin Götürü Bedel ile Yapılmasının Son Derece Güçleşmesi

Kanun koyucu, götürü bedelin yüklenici üzerine yüklediği rizikoyu, TBK md. 480/II hükmüyle bir bağlamda azaltmaktadır. Bu hükme göre, öncelikle, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan bir durumun mevcudiyeti şarttır. Bu durumun mücbir sebep olması şart değildir; madde metninde de belirtildiği üzere, tarafların öngördükleri fakat meydana gelmeyeceğini düşündükleri olağanüstü haller de bu kapsamdadır.⁹⁵ Bu hallerin sözleşmeye açıkça şart olarak yazılması da gerekmez, bu olayların sözleşmenin yapılmamasını gerektirip gerektirmediği iyi niyet kuralları çerçevesinde değerlendirilerek bedel artırma yahut fesih yoluna gidilebilecektir.⁹⁶

Bu durumun, götürü usulü belirlenmiş olan bedel ile eserin yapılmasına engel olması veya eserin yapılmasını son derece güçleştirmesi gerekmektedir. Eski kanun dönemindeki “işin yapılmasına mani olur (...)” ifadesi öğretide haklı olarak eleştirilmiş, bunun “eserin belirlenen götürü bedelle yapılmasına engel olma” şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.⁹⁷ Nitekim kanun koyucu, bu konudaki eleştirileri dikkate alarak, TBK’da “taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur” ifadesine yer vermiştir. Eserin yapılmasının son derecede güçleşmesi ise, yüklenicinin, eseri tamamlamak için yapacağı masrafların aşırı

⁹⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 239; **Aral/Ayrancı**, s. 417

⁹⁶ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 241-242

⁹⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 418; **Gümüş**, s. 92

derecede artması manasına gelmektedir.⁹⁸ Sözleşmeden doğan yükümlülükleri ifaya devamın, yüklenicinin ekonomik mahvına sebep olacak olması aranmaz.⁹⁹

Söz konusu olağanüstü durumların, yükleniciye yüklenememesi, diğer bir deyişle ona isnat edilememesi gerekir.¹⁰⁰ Aksi takdirde TBK md 480/II uygulama alanı bulmaz. Son olarak belirtmek gerekir ki, TBK md. 480/II hükmü emredici değil, tamamlayıcı nitelikte olup; taraflarca TMK md. 23/II hükmünün sınırları çerçevesinde aksinin kararlaştırılması mümkündür.¹⁰¹ Diğer bir deyişle TBK md. 480/II hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, tarafların açıkça aksini kararlaştırmamış olması gerekir. Yüklenicinin bu hükümden kaynaklanan haklarından feragat ettiğini ispat yükü ise iş sahibindedir.¹⁰²

Bu koşullar gerçekleştiği vakit yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteyebilecek, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönebilecektir. Yine aynı madde uyarınca yüklenici, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda, ancak fesih hakkını kullanabilecektir.

Bu hüküm, TMK md. 2'den kaynaklanan *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin bir görünümüdür.¹⁰³ Bu ilke, kıyas yoluyla salt yüklenici için değil, iş sahibi için de ücretten indirim talep edilebilmesi şeklinde uygulama alanı bulacaktır.¹⁰⁴

⁹⁸ Aral/Ayrancı, s. 418

⁹⁹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.245; Aral/Ayrancı, s. 418

¹⁰⁰ Gümüş, s. 93; Aral/Ayrancı, s. 418

¹⁰¹ Aral/Ayrancı, s. 419; Gümüş, s. 95; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 247 vd.

¹⁰² Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.249

¹⁰³ Gümüş, s. 90; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 239; Aral/Ayrancı, s. 417

¹⁰⁴ Büyükay, s.160

Baskın görüşe göre, TBK md. 482 uyarınca yaklaşık bedelin artması halinde sözleşmeyi feshedebilen iş sahibi, olağanüstü durumların ortaya çıkması dolayısıyla evleviyetle TBK md. 480/II'den yararlanabilmelidir.¹⁰⁵ Kanımızca bu görüş yerinde olup, kanun koyucunun amacı da bu yöndedir.

ii. Yaklaşık Bedel

Taraflarca ücretin önceden götürü usulü belirlenmesi yerine, yaklaşık olarak belirlenmesi yoluna da gidilebilir. Yaklaşık bedel, dayanağını TBK'nın 481. maddesinde bulur. Buna göre, "Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir."

Öğretide; taraflarca yaklaşık bedel kararlaştırılmışsa, esasen ödenecek bir bedel tutarına ilişkin anlaşmanın mevcut olmadığı, bu durumun, bağlayıcılığı olmayan ve tarafları sözleşmesel ilişki içerisine girmeye yönelten bir işlem temeli olduğu ve nihayet yaklaşık bedelin, yalnızca "sağlam temellere dayalı bir bedel tahmini" olduğuna ilişkin görüşler ortaya atılmıştır.¹⁰⁶ Ne var ki buna karşılık bazı yazarlar, yaklaşık bedelin de götürü bedel gibi bağlayıcı bir bedel olduğu görüşünü savunmaktadırlar.¹⁰⁷ Buradaki karşıt görüşlerin doğru değerlendirilebilmesi adına, 'yaklaşık bedel' ile 'yaklaşık gider' kavramları arasındaki farka değinmeyi uygun görüyoruz.

Çoğu zaman aynı anlamda kullanılan yaklaşık bedel ve yaklaşık gider, diğer bir deyişle ücretin yaklaşık olarak tespiti ve masrafların yaklaşık olarak tespiti,

¹⁰⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 258

¹⁰⁶ Gümüş, s. 81

¹⁰⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 666

birbirinden ayırt edilmelidir.¹⁰⁸ Yaklaşık bedelde, önceden belirlenen yahut sözleşmenin yorumlanması suretiyle elde edilen bir alt ve üst sınır vardır ve bu sınırlar yüklenici için bağlayıcıdır; buna karşılık yaklaşık gider, yalnızca yapılacak masrafların yaklaşık olarak tespitinden ibarettir ve yükleniciyi bağlamaz.¹⁰⁹ Bu şekilde bir masraf belirlenmesi, eser sözleşmesinin bir unsuru değildir, bir gider tahminidir; yalnızca iş sahibinin sözleşmesel ilişki içerisine girme iradesine temel teşkil edebilir.¹¹⁰

Hemen belirtmek gerekir ki yaklaşık bedel ve yaklaşık gider kavramları, esasen eBK döneminde aynı konuyu düzenleyen 366. ve 367. maddelerde kullanılmakta ve çözümü güç sorunlara yol açmaktaydı.¹¹¹ Öğretide eBK md. 366'da geçen “yapılan şeyin kıymeti” ifadesinin tercüme hatası olduğu ve hükmün amacını iyi ifade edemediği yönünde görüşler de mevcuttu.¹¹² Kanun koyucu TBK ile yaklaşık gider kavramından uzaklaşmış ve gerek 481. maddede, gerekse 482. maddede yalnızca yaklaşık bedel kavramını kullanmıştır. Yaklaşık bedelin tespitinde de yüklenicinin yaptığı giderleri bir kıstas olarak zikretmiştir. Böylelikle kanımızca bu tartışma, artık hukukumuz açısından pratik bir anlam ifade etmemektedir.

Bedelin miktarını ispat külfeti yüklenicidedir.¹¹³ Yüklenici; teslim edilen eserin sözleşme konusu eser olduğunu, eserin meydana getirilmesi için yaptığı giderleri ve iş miktarını, işçilik, malzeme ve makineye ödenecek ücret karşılığını ve

¹⁰⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 281 – **Gautschi** ve **Dürr**'ün aksi yöndeki görüşleri için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 419

¹⁰⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 281

¹¹⁰ **Aral/Ayrancı**, s. 420; **Eren**, Borçlar Özel, s. 666

¹¹¹ **Aral/Ayrancı**, s. 419

¹¹² **Baygın**, s. 50

¹¹³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 666

nihayet genel yönetim giderleri ve makul miktarda kârını ispat edecek ve bunların toplamı da yaklaşık bedel olacaktır.¹¹⁴

Burada önemli olan hususlardan biri ise, yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması durumudur. Nasıl ki götürü bedelde işin kararlaştırılan bedelden fazlaya mâl olmasının rizikosu yüklenicidedir, burada da bu bedelin aşırı olmayan ölçüde aşılması durumunda riziko iş sahibine aittir.¹¹⁵ Yaklaşık bedelin aşırı ölçüde aşılması durumunda ise, iş sahibinin bu rizikoya katlanmaması gerektiğini düşünen kanun koyucu, TBK md. 482/I'de bu durumu düzenlemiştir. Buna göre “Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir.”

Bu maddenin uygulama alanı bulabilmesi ve iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, öncelikle bedelin yaklaşık olarak belirlenmiş olması gerekir. Kararlaştırılan bedelin götürü bedel mi yoksa yaklaşık bedel mi olduğu konusunda tereddüdün varlığı halinde, yaklaşık bedelin varlığı esas alınacaktır.¹¹⁶ İkinci olarak; yaklaşık bedel aşırı ölçüde aşılmış olmalıdır. Kanun koyucu, aşırılık konusunda kesin bir sınır belirlemediğine göre; sınırın tayini her somut olayın özelliğine göre ve iyi niyet kuralları çerçevesinde belirlenecektir.¹¹⁷ Burada hakim, TMK md. 4'ten

¹¹⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 666-668

¹¹⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 281-282

¹¹⁶ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 282

¹¹⁷ Gümüş, s.83; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 283

kaynaklanan takdir yetkisini kullanacaktır.¹¹⁸ Bu artışta yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaz.¹¹⁹

Nihayet iş sahibi, bu aşamaya kusuruyla sebebiyet vermemiş olmalıdır. Buna, iş sahibinin davranışından sorumlu olduğu kişilerin kusuru da dahildir.¹²⁰ Bir görüşe göre, maddenin uygulama alanı bulmaması için, iş sahibinin kusurlu olması şart değildir; onun davranışı, yahut verdiği bir talimat ile bedeldeki artış arasında illiyet bağı olması dahi yeterlidir.¹²¹ İş sahibinin yaklaşık bedelin aşılmasına açıkça veya zımnen rıza göstermesi de bu kapsamdadır.¹²² Böyle bir durumda iş sahibinin TBK md. 482'ye dayanması, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır.¹²³

Bu şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra dahi sözleşmeden dönebilir. Eski kanunda kullanılan fesih kavramı yerine kanun koyucunun TBK ile birlikte sözleşmeden dönme kavramını kullanması kanımızca yerinde olmuştur. Zira öğretilde, eBK md. 367 kapsamındaki feshin geriye yürüyeceği, yani sözleşmeden dönmenin söz konusu olduğu zaten belirtilmekteydi.¹²⁴ Bu dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran hak niteliğindedir ve kullanılması ile birlikte eser sözleşmesi geriye dönük olarak ortadan kalkar.¹²⁵

¹¹⁸ Aral/Ayrancı, s. 424

¹¹⁹ Eren, Borçlar Özel, s. 669; Gümüş, s. 83

¹²⁰ Aral/Ayrancı, s. 424

¹²¹ Eren, Borçlar Özel, s. 669

¹²² Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 286

¹²³ Aral/Ayrancı, s. 424

¹²⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 288

¹²⁵ Gümüş, s. 84

Dönme hakkının yenilik doğurucu niteliği gereği, bu beyan şarta bağlanamaz ve beyandan dönülemez.¹²⁶

Kanun koyucu, yaklaşık bedeli aşıl原因 eserinin imalatının, iş sahibinin arsa yahut arazisinde gerçekleştiği durumlarla ilgili olarak bir de istisna öngörmüştür. Bu durumda iş sahibi artık sözleşmeden dönemeyecektir. O, ya bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebilecek, ya da eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, eserin tamamlanan kısmı için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilecektir. Bu hükmün getiriliş sebebi, iş sahibinin arsası üzerine yapılacak inşaatların, TMK md. 722'deki bütünleyici parça kuralı gereği iş sahibinin mülkiyetine geçecek olmasıdır.¹²⁷

Görüldüğü üzere iş sahibine tanınmış seçimlik hak, yalnızca eserin tamamlanmamış olması durumunda söz konusudur. Eser tamamlanmışsa artık sadece bedelden indirim talep edilebilir.¹²⁸ Eserin tamamlanmamış olması durumunda iş sahibine tanınan fesih hakkı ise, ileriye yönelik yenilik doğuran bir haktır.¹²⁹ Diğer bir deyişle fesih, etkilerine ileriye dönük olarak doğuracaktır. Kaldı ki iş sahibi, bu durumda, yükleniciye yapmış olduğu kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek zorundadır. Yüklenicinin kusurlu olduğu hallerde, yapılmış bulunan kısım iş sahibi için kullanılmayacak durumda ise; yüklenicinin hakkaniyete uygun bir tazminat isteyemeyeceğini de bu vesileyle belirtelim.¹³⁰

¹²⁶ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 288; **Eren**, Borçlar Özel, s. 672

¹²⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 424

¹²⁸ **Gümüş**, s 85

¹²⁹ **Eren**, Borçlar Özel, s. 671

¹³⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 296

iii. Bedelin Belirtilmemiş Olması

Bedelin hiç belirlenmemesi de, bedelin yaklaşık olarak belirlenmesi ile aynı maddede düzenlenmiş ve aynı esaslara tâbi tutulmuştur. Böylece eserin bedeli, eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir. Götürü bedelde masrafların giderlerden fazla olmasının rizikosu yükleniciye, yaklaşık bedelin aşırı olmayan ölçüde aşılmasının rizikosu da iş sahibine ait iken; bedelin hiç belirtilmemiş olduğu durumda sonradan yapılacak belirlemenin yüksek olmasının rizikosu tamamen iş sahibine aittir.¹³¹

Eski kanun döneminde, işin fiilen yapıldığı tarihteki rayiç bedelin mi, yoksa eserin teslimi anındaki rayiç bedelin mi değerlemeye esas olacağı hususu tartışma konusu yapılmıştır.¹³² Yargıtay uygulamasında ise, esasen masrafların fiilen yapıldığı an ve rayiç bedeller esas alınmıştır.¹³³ Kanun koyucu ise TBK md. 481 hükmünde, “(eserin) yapıldığı yer ve zamanda” ifadesini kullanmak suretiyle bu tartışmaları sonlandırmıştır.

Bedelin belirtilmemiş olması ile yaklaşık bedelin aynı madde kapsamında düzenlenmiş olmasının bir sonucu olarak, burada eserin bedelinin TBK md. 481 kapsamında nasıl belirleneceğine ilişkin daha önce yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

¹³¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 297

¹³² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 301; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 167

¹³³ **Gümüş**, s. 87-88 – Y. 15. HD, 31.10.2007 T., 2007/4007.E, 2007/6824.K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı – “O halde, mahkemece yapılacak iş; yerinde keşif ve uzman bilirkişi aracılığı ile keşif yapılmak suretiyle işin yapıldığı zamandaki piyasa rayiçlerine göre (...) iş bedelinin mahkemece belirlenmesi ve yasal delillerle kanıtlanan ödemelerin mahsubu ile varılacak sonuç dairesinde karar vermekten ibaret olmalıdır.”

III. YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

a. Genel Olarak

Yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan başlıca borçları, bir eser meydana getirmek ve bu eseri teslim etmektir.¹³⁴ Bunun yanında, yüklenicinin, bu esas borçlarını sözleşmeye uygun bir şekilde ifa etmesini sağlayan, özen yükümü ve diğer yan yükümleri bulunmaktadır.¹³⁵ Bu borçlar; yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu, işi kendisi yapmak yahut kendi yönetimi altında yaptırmak borcu, ayıba karşı tekeffül borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu ve nihayet yüklenicinin araç, gereç ve malzemeye ilişkin borçlarıdır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu ifa etmemesine yönelik çalışmamızda izlediğimiz sistematik hakkında, bu aşamada kısa bir açıklama yapmayı uygun gördük.

Uluslararası sözleşme ve metinler kapsamında kullanımı halihazırda devam eden ve bu çalışmanın üçüncü bölümünde inceleyeceğimiz borcun ifa edilmemesi kavramını, yine aynı bölümde eser sözleşmesi hükümleri açısından ele almaya çalışacağız. Bu vesileyle yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan asli edim yükümlülüklerini ifa etmemesi, üçüncü bölümün esas konusudur. Buradan hareketle; yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü, yüklenicinin eseri teslim borcunun imkansızlaşması ve nihayet yüklenicinin eseri teslim borcunu gereği gibi ifa etmemesi sonucu ortaya çıkan ayıba karşı tekeffül borcu; eser sözleşmesinde

¹³⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 602; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 48; Aral/Ayrancı, s. 369

¹³⁵ Aral/Ayrancı, s. 369; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 48

yüklenicinin borcunu ifa etmemesinin tipik halleri olup; çalışmada tekrara yer verilmemesi adına bu bölümde ele alınmayacaklardır.

Yukarıda kısaca açıklanan gerekçelerle, yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan borçlarını işlediğimiz bu bölümde; yalnızca yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu, işi kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu ve yüklenicinin araç, gereç ve malzemeye ilişkin borçlarını ve yüklenicinin bu borçları ifa etmemesinin sonuçlarını inceleyeceğiz.

b. İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

i. Genel Olarak

818 sayılı eBK'da, yüklenicinin işi sadakat ve özenle yapma borcu açıkça belirtilmemiştir. Ne var ki öğretide, eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi niteliği taşıması ve başkasının menfaatine hareketi gerektirmesi sebebiyle, yüklenicinin sadakat ve özen borcunun varlığı kabul edilmekteydi.¹³⁶

Eski Kanunun 356. maddesi, “Müteahhidin mesuliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mesuliyetine dair olan hükümlere tabidir.” demek suretiyle sorumluluğun derecesinin belirlenmesi açısından hizmet sözleşmesine yollama yapmaktaydı. Hizmet ve eser sözleşmelerinin; gerek taraflar arası ilişkileri, gerekse taahhüt edilen edimleri bakımından sahip oldukları farklılıklar sebebiyle; yapılan bu yollama haklı olarak eleştirilmiştir.¹³⁷ Kaldı ki kanunun “umumi surette” ifadesini kullanması sonucu, eser sözleşmesinin farklı bir takdiri gerektirmesinin mümkün

¹³⁶ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 48-49; Gümüş, s. 45 vd.

¹³⁷ Aral/Ayrancı, s. 380-381

olduğu ve buna göre yüklenicinin sorumluluğunun işçininkinden daha ağır olacağı sonucuna da varılmaktaydı.¹³⁸ Buna karşılık eBK'nın 356. maddesini salt yüklenicinin kusurunun belirlenmesi için gerekli olan zen ölçüsü şeklinde değerlendirerek, kusura ilişkin objektifleştirilmiş bir zen ölçüsü kullanılması gerektiğini savunan yazarlar da mevcuttu.¹³⁹ Sonuç itibariyle kanun maddesi, gerek uygulamada, gerekse öğretide duraksamalara ve belirsizliklere yol açmaktaydı.

Kanun koyucu, TBK'nın 471. maddesinde "Yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." ifadesine yer vermek suretiyle, yerinde bir kararla, sadakat ve zen borcunu açıkça düzenleme yoluna gitmiştir.

Bununla da yetinmeyen kanun koyucu, "Yüklenicinin zen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken meslek ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır." demek suretiyle, sadakat ve zen borcunun ölçütünü de belirlemiştir. Bu ölçütün, eBK döneminde işçinin hizmet sözleşmesinden doğan sorumluluğuna atıf yapmak suretiyle getirilen ölçüte kıyasla daha objektifleştirilmiş bir ölçüt olduğu, öğretide yerinde olarak belirtilmiştir.¹⁴⁰ Zira yükleniciden, ortalama bir yüklenicinin göstermesi gereken sadakat ve zen değil; basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken sadakat ve zen beklenmektedir. Bu cümleden hareketle yüklenici, eserin yapımı sırasında bilinen teknik ve meslek kurallara hakim olmakla ve bunları uygulamakla yükümlüdür.¹⁴¹ Zira basiretli bir yükleniciden beklenen de budur.

¹³⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 54; **Yavuz**, s. 542

¹³⁹ **Gümüş**, s. 46-47

¹⁴⁰ **Eren**, Borçlar zel, 619; **Gümüş**, s. 47

¹⁴¹ **Aral/Ayrancı**, s. 381; **Eren**, Borçlar zel, 619

ii. Sadakat Borcu

Yüklenicinin sadakat borcu, özen borcunun kaynağıdır; dolayısıyla bu iki borç birbirine sıkı sıkıya bağlıdır.¹⁴² Eski kanun döneminde gerek bu bağlılıktan, gerek vekaletle ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasından, gerekse TMK md. 2'deki dürüstlük kuralından çıkarılan sadakat borcu hakkında yapılan yorumların yeni kanun döneminde de geçerli olması gerekir.¹⁴³ Buradan hareketle ve eBK md. 357 ve TBK md. 472 arasındaki paralellik de göz önüne alınarak; sadakat borcunun kanundaki görünümünden bahsetmekte yarar vardır.¹⁴⁴

Yüklenici, TBK md. 472/II uyarınca iş sahibinin sağladığı malzemeleri kullanırken özen göstermek ve artanı iade etmekle; md 472/III uyarınca ise eserin yapılması için gösterilen yerin ayıplı olduğunu yahut eserin zamanında bitirilmesinin tehlikeye düştüğü anlaşılırsa bu hususu derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Yine TBK md. 476 uyarınca iş sahibinin verdiği talimat dolayısıyla eserde bir ayıp meydana gelmesi tehlikesi varsa, yüklenici, iş sahibini uyarmakla mükelleftir. Bu uyurma yükümlülüğü de sadakat borcundan ileri gelmektedir.¹⁴⁵

Yine sadakat borcu kapsamında yüklenici, işi gördüğü esnada öğrendiği iş sahibine ait sırları saklamak; bilgi, belge ve buluşları üçüncü kişilerle paylaşmamakla yükümlüdür.¹⁴⁶ Gerek bu kapsamda, gerekse genel manada sadakat yükümlülüğü, iş

¹⁴² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 49

¹⁴³ **Aral/Ayrancı**, s. 382; **Yavuz**, s. 541

¹⁴⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 49 vd.

¹⁴⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 49-50

¹⁴⁶ **Eren**, Borçlar Özel, s. 622; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 50

sahibi bu konudaki hukuki yararını ispat edebildiği sürece, sözleşmenin sona ermesinden sonra dahi devam eder.¹⁴⁷

İş sahibi, yüklenicinin sadakat borcuna aykırı davranması sebebiyle uğradığı olumlu zararları ondan talep edebilir.¹⁴⁸ Hatta yüklenici, eseri sözleşmeye uygun bir şekilde meydana getirmiş ve teslim etmiş olsa dahi iş sahibi, bu yönde bir talepte bulunabilecektir.¹⁴⁹ Yine sadakat borcu ihlali, şartları gerçekleşmişse sözleşmenin iş sahibi tarafından haklı sebeple feshine sebep olabilir.¹⁵⁰ Yüklenicinin sadakat borcuna aykırı hareket ederek bir kâr elde ettiği durumlarda ise vekaletsiz iş görmeye ilişkin TBK md. 530 hükmünün kıyasen uygulama alanı bulacağı ve iş sahibinin kârın kendisine devrini talep edebileceğine ilişkin eski kanun döneminde ileri sürülen bir görüşe karşılık¹⁵¹, bazı yazarlar bu hususta bir adım daha ileri giderek sadakat borcunun ihlalinin doğrudan doğruya vekaletsiz iş görme olarak yorumlanması gerekeceği ve bu cihetle TBK md. 530'un doğrudan uygulama alanı bulacağını savunmaktadırlar.¹⁵² Biz haksız elde edilen kârın iş sahibine devrini sağlayacak TBK md. 530'un kıyasen uygulanmasına ilişkin yorumu uygun görmekle beraber, doğrudan doğruya sadakat borcunun her ihlalinin vekaletsiz iş görme olarak nitelendiren ve TBK md. 530'un kıyasen değil doğrudan doğruya uygulama alanı bulacağını savunan görüşe katılmıyoruz.

¹⁴⁷ **Gümüş**, s. 48; **Eren**, Borçlar Özel, s. 622; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 50

¹⁴⁸ **Gümüş**, s. 48

¹⁴⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 50-51

¹⁵⁰ **Gümüş**, s. 48

¹⁵¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 51

¹⁵² **Gümüş**, s. 48

iii. Özen Borcu

Yüklenicinin özen borcunun gerek eski kanun, gerekse yeni kanun dönemindeki kaynağını ve gösterilecek özenin derecesini yukarıda açıklamıştık. Bu bağlamda yüklenicinin özen borcundan kaynaklanan münferit yükümlülüklerine değinmekte yarar vardır.

Yüklenici, her şeyden önce, eserin meydana getirilişi ile ilgili olarak iş sahibini aydınlatmak, ona tavsiyelerde bulunmak ve önemli durumlar hakkında onu bilgilendirmekle yükümlüdür.¹⁵³ Yukarıda izah ettiğimiz TBK md. 472/III ve md. 476 kapsamındaki bildirim yükümlülükleri bu kapsamdadır. Ne de olsa yüklenici, yüklenicinin sağladığı malzemelerin, eserin yapılacağı yerin yahut iş sahibinin verdiği talimatların ayıba yol açacağını yahut ortaya çıkan bir durumun eserin zamanında bitirilmesinin önüne geçeceğini anlayacak teknik bilgi ve uzmanlığa sahip olan kişidir. Yine o, eserin maliyetini aşırı ölçüde artıracak olağanüstü durumları, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür.¹⁵⁴ Aydınlatmanın hangi şekil şartına uyularak yapılacağına kanunda yer verilmemiş olmakla beraber, ispat hukuku açısından bildirim yazılı şekilde yapılması yerinde olacaktır.¹⁵⁵

Bilgi verme ve aydınlatma yükümlülüğüne ek olarak yüklenici, özellikle eserin konusunun tehlikeli bir işi veya vasıtayı gerektirdiği durumlarda, iş sahibinin şahıs ve mal varlığını, özen borcu çerçevesinde korumakla yükümlüdür.¹⁵⁶

¹⁵³ Eren, Borçlar Özel, s. 621; Aral/Ayrancı, s. 383

¹⁵⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 621

¹⁵⁵ Eren, Borçlar Özel, s. 621

¹⁵⁶ Aral/Ayrancı, s. 383; Seliçi, s. 21

Yüklenicinin ifaya yardımcı koruma tedbirleri alması, eserin imalinden teslimine kadar geçen sürede eseri muhafaza etmesi de bu kapsamdadır.¹⁵⁷

İş sahibi, yüklenicinin özen borcuna aykırı davranması sonucu uğradığı olumlu zararları, tıpkı sadakat borcuna aykırılıkta olduğu gibi, yükleniciden talep edebilir.¹⁵⁸

Bazı yazarlar, iş sahibinin TBK md. 473/II'den kaynaklanan haklarını kullanmasını, yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlalinin bir sonucu olarak değerlendirmekte ve yüklenicinin özen borcu başlığı altında incelemektedirler.¹⁵⁹

Bazı yazarlar ise bu konuyu, yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu altında değerlendirmişlerdir.¹⁶⁰ Kanımızca bu çözüm, kanunun sistematığıne daha uygundur. Kaldı ki eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin açıkça görülmesi, münhasıran yüklenicinin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği manasına da gelmez. Bu gerekçeyle iş sahibinin md. 473/II'den kaynaklanan haklarını kullanması hususu, yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcunu ihlali olarak, ilgili başlık altında değerlendirilecektir.

c. İşi Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu

Yüklenicinin işi kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmak borcu, TBK md. 471/III'te düzenlenmiştir. Buna göre “yüklenici, meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür.” Bu kuralın istisnası ise, yüklenicinin kişisel özelliklerinin,

¹⁵⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 622

¹⁵⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 60-61; Yavuz, s. 543

¹⁵⁹ Aral/Ayrancı, s. 384 vd.; Eren, Borçlar Özel, s. 623 vd.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 60 vd.; Yavuz, s. 543 vd.

¹⁶⁰ Gümüş, s. 26 vd.

eserin meydana getirilmesinde önem taşıdığı durumlardır. Eğer eser, yüklenicinin bireysel yeteneklerinden, başkası onun yönetiminde olsa dahi aynı eseri meydana getiremeyecek kadar etkileniyorsa, işi yüklenici doğrudan doğruya kendisi yapmak zorundadır.¹⁶¹ Bu durumda edim, yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlıdır; o, eseri başkasına yaptıramayacağı gibi, borcun ifasında yardımcı kişi de kullanamaz.¹⁶²

Öyleyse eserin meydana getirilmesi hususunda üç ayrı durum ortaya çıkabilmektedir¹⁶³:

1- Edimin yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olduğu durumda, edimin ifasının başkasına devri mutlak olarak yasaktır. Yüklenici, eseri doğrudan doğruya kendisi meydana getirecektir. Bu yükümlülüğün ihlali, haksız fiil teşkil edebilir.¹⁶⁴

2- Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımakla beraber, mutlak şahsilik ilkesi söz konusu değildir. Bu durumda yüklenici isterse eseri kendisi yapabileceği gibi, eseri kendi yönetimi altında da yaptırabilir.

3- Eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel becerileri, yetenekleri, özellikleri önem taşımamaktadır. İş kimin yaptığı da bu vesileyle iş sahibi açısından önem taşımaz. Bu durumda yüklenici eseri başkasına yaptırabilir, alt yüklenicilik ilişkisi kurabilir, alt yüklenicinin kendi yönetimi altında olması dahi gerekmez.

¹⁶¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 71

¹⁶² **Eren**, Borçlar Özel, s. 603

¹⁶³ **Eren**, Borçlar Özel, s. 603-604; **Gümüş**, s. 11

¹⁶⁴ **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. 32, S. 1-4, s. 191 – “Bu takdirde, istisna sözleşmesinden doğan sorumluluk ile haksız fiilden doğan sorumlulukların yarışması söz konusu olur.”; **Yavuz**, s. 545: “Hatta iş sahibi, borçlu temerrüdü hükümleri çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir.”

Kural, yukarıda sayılan durumlardan ikincisidir. Aksini iddia eden bunu ispatla mükellef olacaktır. Örneğin yüklenici eserin yapılmasının kişisel özelliklerine bağlı olmadığını iddia ediyorsa bu hususu, edimin yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olduğunu iddia eden iş sahibi ise bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.¹⁶⁵

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin borcunun şahsi olduğunun karineten kabul edilmesi; gerek eski Kanun döneminde, gerekse yeni Kanun döneminde eleştirilmiştir.¹⁶⁶ Gerçekten de eser sözleşmesinde şahsen ifanın kural olarak kabul edilmesi, günümüzdeki ekonomik hayatın gereklerine uymamaktadır.¹⁶⁷ Ne var ki, TBK md. 471/III hükmünün emredici olmaması karşısında, taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkündür.¹⁶⁸ Nitekim uygulamada, kanunun öngördüğü kural bu vesileyle tersine dönmüştür.¹⁶⁹ Buna karşılık Kamu İhale Kanunu, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi gibi mevzuattan; bayındırlık işleri uygulaması yönünden yüklenicinin şahsen ifasının kural olmaya devam ettiği görülmektedir.¹⁷⁰

Daha önce eser sözleşmelerinin taraflarından bahsederken değindiğimiz alt yüklenicilik kurumu da bu noktada karşımıza çıkmaktadır. Yüklenicinin, iş sahibi ile akdettiği inşaat sözleşmesinden doğan borçlarını, tamamen veya kısmen, yeni bir

¹⁶⁵ Aral/Ayrancı, s. 370; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 72; Gümüş, s. 12

¹⁶⁶ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 72; Aral/Ayrancı, s. 370; Kılıçoğlu, s. 188-189

¹⁶⁷ Aral/Ayrancı, s. 370; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 72; El sanatları ile ilgili eser sözleşmelerinde şahsen ifanın arz ettiği öneme ilişkin açıklamalar için bkz. Seliçi, s. 23, dn. 51

¹⁶⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 604, Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 73

¹⁶⁹ Aral/Ayrancı, s. 371; Özellikle inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işi tek başına meydana getirmesi beklenemez. “Denebilir ki yapı işlerinde bizzat ifa borcu, kural olarak müteahhidin kendi yönetimi altında inşaat işlerini yürütme borcu haine dönüşmektedir.” Seliçi, s. 24-25

¹⁷⁰ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 72-73; Aral/Ayrancı, s. 371-372

sözleşme ile devrettiği yükleniciye alt yüklenici denir.¹⁷¹ Asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında akdedilen bu sözleşme, ilk sözleşmeden bağımsızdır, eserin tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesine ilişkin olabilir ve yine eser sözleşmesi niteliğinde bir sözleşmedir.¹⁷² Bu sözleşmeye alt eser sözleşmesi de denir.¹⁷³ Yüklenici, alt eser sözleşmesi yönünden iş sahibi sıfatını alır.¹⁷⁴

İş sahibi, alt yüklenici ile yüklenicinin akdettiği bu sözleşmenin tarafı değildir, bunun doğal bir sonucu olarak yüklenicinin iş sahibine karşı olan sorumluluğu aynen devam etmektedir.¹⁷⁵ Bu cümleden hareketle asıl yüklenici, alt yüklenicinin eylemlerinden dolayı iş sahibine karşı sorumludur. Asıl yüklenici, alt yükleniciyi seçmekte veya talimat vermekte gerekli özeni gösterdiğini ispatlayarak da sorumluluktan kurtulamaz; o, ancak alt yüklenicinin gerçekleştirdiği eylemi kendisi gerçekleştirseydi dahi kusurlu sayılamayacak olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir.¹⁷⁶ Burada uygulama alanı bulan hüküm, alt yüklenicinin bir yardımcı kişi sayılması dolayısıyla, yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğu düzenleyen TBK md. 116 hükmüdür.¹⁷⁷ Bu sorumluluk, yüklenicinin de yardımcısının da gerçek manada bir kusurunu gerektirmediği için bir tür objektif sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁷⁸

¹⁷¹ Eren, Borçlar Özel, s. 601; Seliçi, s. 17

¹⁷² Eren, Borçlar Özel, s. 601, 604; Yavuz, s. 547; Seliçi, s. 17

¹⁷³ Gümüş, s. 12

¹⁷⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 599

¹⁷⁵ Gümüş, s. 12

¹⁷⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 609; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 94

¹⁷⁷ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 94; Kılıçoğlu, s. 192 – Yardımcı kişilerin iş sahibine değil de borç ilişkisinin tamamen dışındaki bir kişiye zarar vermesi durumunda uygulanacak hüküm ise TBK md. 66 kapsamında adam çalıştıranın sorumluluğudur.

¹⁷⁸ Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, İstanbul, 1993, s. 889

Alt yüklenici ile iş sahibi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki bulunmadığı için, bunların birbirine karşı herhangi bir talep hakları da yoktur: Alt yüklenici, iş sahibinden bedel talep edemeyeceği gibi; iş sahibi de alt yükleniciden eserin meydana getirilmesini ve kendisine teslimini talep edemez.¹⁷⁹ Öğretide vekalet işinin üçüncü kişiye gördürülmesine ilişkin TBK md. 507/III hükmünü alt yüklenicilik ilişkisine kıyasen uygulanabileceği, buradan hareketle yüklenicinin alt yükleniciye karşı sahip olduğu hakları iş sahibinin kullanmasının olanaklı olduğuna ilişkin görüşler de olduğunu bu vesileyle belirtelim.¹⁸⁰

d. İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

i. Genel Olarak

Yüklenicinin işe zamanında başlama ve devam etme borcu, TBK'nın 473. maddesinde, bu borca aykırılık halinde iş sahibinin ne gibi hakları olduğundan bahsedilmek suretiyle düzenlenmiştir. Maddenin ilk fıkrasında yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyecek olması, ikinci fıkrasında ise yüklenicinin eseri ayıplı yahut sözleşmeye aykırı olarak meydana getirecek olması üzerinde durulmuştur. Bu ihtimallere binaen iş sahibine, sözleşmeden dönme ve işin üçüncü kişiye bırakılması gibi “hukuksal koruma araçları” sunulmuştur.¹⁸¹

Her ne kadar yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmemesine ilişkin durumları bu çalışmanın üçüncü bölümünde inceleyecek olsak da; TBK md. 473 kapsamında öngörülen durumları esasen borcun ifa edilmemesine değil, borcun ifa edilmeyeceğinin anlaşılmasına ilişkin gördüğümüzden, konuyu çalışmanın bu

¹⁷⁹ Aral/Ayrancı, s. 373; Eren, Borçlar Özel, s. 607

¹⁸⁰ Gümüş, s. 15; Yavuz, s. 548

¹⁸¹ Gümüş, s. 21

bölümünde değerlendirmeyi uygun gördük. Yine kanunun sistematığına uygunluk açısından, maddenin ikinci fıkrasında düzenlenen eserin ayıplı olacağından önceden anlaşılması durumunu da bu kapsamda ele alacağız. Bu bağlamda 473. maddenin her iki fıkrasında belirtilen durumlar ve öngörülen koruma araçları, aşağıda ayrı alt başlıklar altında incelenecektir.

ii. Yüklenicinin İşi Zamanında Bitiremeyeceğinin Açıkça Anlaşılması (TBK md. 473/I)

Bu fıkra kapsamında iş sahibine tanınan hakların hangi durumlarda kullanılabilceği, diğer bir deyişle maddenin hangi durumlarda uygulama alanı bulabileceğine ilişkin açıklamalarımıza geçmeden önce; konuyla ilgili öğretide süregelen bir takım tartışmalı hususlara değinmekte yarar vardır.

TBK md. 473/I uyarınca, “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.” Bilindiği üzere TBK md. 479/I uyarınca iş sahibinin bedel ödeme borcu, eser teslim edildiği anda muaccel olacaktır. Öyleyse burada, eserin tesliminden önce iş sahibine tanınan sözleşmeden dönme hakkı, esasen her iki tarafın da borcunun muaccel olmasından önce tanınan bir dönme hakkıdır. Öğretide, bu hükümden hareketle, eser sözleşmesinde sadece eserin tesliminin değil, aynı zamanda meydana getirilmesinin de borçlanıldığı dolaylı olarak ifade edildiği belirtilmiştir.¹⁸² Yine bu görüşe göre,

¹⁸² Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 113

meydana getirmede gecikmeye böyle bir sonuç bağlanması, işin görülmesinde temerrüdün varlığına delalet etmektedir.¹⁸³

Öğretideki hakim görüş, bu hükmün, eserin meydana getirilme sürecinde, yüklenicinin temerrüde düşülmesini sağlamayı amaçladığını; bu bağlamda Kanunun borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerinin, bu maddenin tamamlayıcı normu olarak uygulama alanı bulabileceğini savunmaktadır.¹⁸⁴ Bu görüş taraftarlarına göre, yüklenicinin temerrüde düşmesi için, iş sahibinin ona TBK md. 117 uyarınca ihtarda bulunması ve uygun bir süre vermesi gerekir.¹⁸⁵ Kanunun TBK md. 117'ye atıf yapmaması, yahut ihtar ve mehili TBK md. 473/I'de düzenlememesi bir kanun boşluğudur ve borçlu temerrüdünü düzenleyen genel hükümlerle bu boşluk doldurulmalıdır.¹⁸⁶ Öyleyse iş sahibi; borçlunun temerrüdünün alacaklıya sağladığı diğer mekanizmalardan da yararlanabilir; o, aynen ifanın yanında gecikme tazminatını talep edebileceği gibi, ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek şartıyla müspet zararların tazmini talebinde de bulunabilir.¹⁸⁷

Katıldığımız karşıt görüş uyarınca ise, md. 473/I'de belirtilen bütün durumlarda, iş sahibine tanınan tek hak sözleşmeden dönmedir.¹⁸⁸ Bu madde

¹⁸³ **Aral/Ayrancı**, s. 390; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 113; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 112 vd.

¹⁸⁴ **Eren**, Borçlar Özel, s. 625; **Aral/Ayrancı**, s. 392; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 118; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 117

¹⁸⁵ **Eren**, Borçlar Özel, s. 625; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 117

¹⁸⁶ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 118; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s.

¹⁸⁷ **Eren**, Borçlar Özel, s. 626 – **Tandoğan**'a göre ise, yüklenici işe başlamış ve daha sonra gecikeceği anlaşılmışsa, iş sahibi artık ifadan vazgeçtiğini bildirerek müspet zararlarının tazminini isteyemeyecektir; zira gecikerek de olsa işe devam eden yüklenicinin vadeden önce temerrüde düştüğü kabul edilemez. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 119

¹⁸⁸ **Öz, Turgut**: “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi” (“Dönme”), İstanbul, 1989, s. 49 – Aynı doğrultuda bkz. **Gümüş**, s. 21-22

temerrüt durumunu düzenlememiştir, zira borçlu, muaccel olmayan bir borç için temerrüde düşemez.¹⁸⁹ Gerçekten de baskın görüş taraftarlarınca tamamlayıcı olarak uygulanması gereken TBK md. 117/I hükmü, “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.” ifadesine yer vermektedir. Halbuki TBK md. 473/I’de eserin teslim borcu henüz muaccel olmamıştır. Öyleyse yüklenicinin, muaccel olmayan borcundan dolayı temerrüde düşürülmesi kabul edilemez. Kaldı ki iş sahibi, sözleşmenin ifasında gecikme olursa, zaten dilediği takdirde TBK md. 125’te tanınan seçimlik haklarını kullanabilecektir; borcun muaccel olmasından önce iş sahibine bu hakların tanınması, bu nedenle herhangi bir ihtiyaca cevap vermemektedir.¹⁹⁰

Bu noktada tartışılması gereken bir başka konu da, yüklenicinin işi yarıda bırakması durumunda, diğer bir deyişle işi tamamen durdurması ve eserin zamanında teslim edilemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda; TBK md. 473/I’de öngörülen sözleşmeden dönme yerine, md. 473/II’de öngörülen işin başkasına tamamlattırılmasına ilişkin çözümün, veya doğrudan doğruya işin başkası tarafından ifasını düzenleyen TBK md. 113’ün uygulama alanı bulup bulmayacağıdır. Tandoğan, sözleşmede açık hüküm bulunmayan durumlarda, gerek TBK md. 473/II’nin kıyasen, gerekse TBK md.113’ün doğrudan uygulanabileceğini belirtmiştir.¹⁹¹ Buna karşılık teslim borcu yönünden yüklenicinin vadeden önce temerrüde düşemeyeceğine ilişkin katıldığımız azınlık görüşünü savunan Öz, bu

¹⁸⁹ Öz, Dönme, s. 49

¹⁹⁰ Öz, Dönme, s. 50

¹⁹¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 120 – Aynı yönde bkz. Gümüş, s. 24: “TBK md. 473/I’in uygulama alanına giren durumlarda, iş sahibinin işi bir başkasına yaptırması ancak TBK md. 113/I’de öngörülen şartlarda mümkündür.”

durumda da TBK md. 113'ün uygulanamayacağını, zira anılan hükmün “bağımsız bir iş görme borcunun ihlali halleri için getirilmiş özel bir hüküm” olduğunu; ne var ki yüklenicinin borcunu ifa etmeyeceği kesinse, kusurlu imkansızlık kapsamında tazminat borcu doğacağını ve bu hükmün ancak bu şekilde uygulanabileceğini belirtmiştir.¹⁹²

TBK md. 113/I hükmü uyarınca “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.” TBK md. 473/II'nin bu durumda kıyasen uygulanabileceği görüşüne katılmamakla beraber, kanımızca yüklenicinin eseri tamamlamayacağını anlaşıldığı durumlarda TBK md. 113/I'in doğrudan uygulama alanı bulabileceğini savunan görüş yerindedir. Zira madde, borçlunun münhasıran temerrüde düşmesini aramamakta; borcun ifa edilmemiş olmasını şart koşmaktadır. Yine TBK md. 113, yapma borcuna ilişkin bir hüküm olup; yapma borçlarının doğası gereği borçlunun aynen ifaya zorlanamaması hususunda alacaklıya tanınmış bir çözüm yoludur. Bu cihetle TBK md. 113/I'in yalnızca borcun ifa edilmediği durumlarda değil, ifa edilmeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda da uygulama alanı bulabilmesi, hukuk vicdanına da uygun bir çözüm olacaktır. Aksi takdirde alacaklının, borcun ifa edilmeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı durumlarda TBK md. 113/I'deki çözüm yolundan mahrum bırakılması sonucu doğacaktır.

TBK md. 473/I'in uygulanabilmesi için, öncelikle şu üç durumdan biri meydana gelmelidir:

¹⁹² Öz, Dönme, s. 52-53

1- Yüklenici işe zamanında başlamamış olmalıdır.

2- Yüklenici işe zamanında başlamış olmakla birlikte sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmektedir.

3- Yüklenici işe zamanında başlamış ve işi geciktirmemiş olmakla beraber, iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan bir gecikme olmalı ve bu gecikme dolayısıyla işin zamanında bitirilemeyeceği açıkça anlaşılmalıdır.

Yüklenicinin işe zamanında başlamamış olmasına dayanarak iş sahibinin TBK md. 473/I'den doğan haklarını kullanabilmesi için, sözleşmede eserin teslim tarihinin kararlaştırılmamış olması gerekir; zira teslim tarihi kararlaştırıldıysa, iş sahibi, sözleşmeden, artık sadece eserin teslim tarihine kadar bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması durumunda, yani yukarıda izah ettiğimiz 3. durumda dönebilir.¹⁹³ İstisnaen; eserin tamamlanması için sözleşmede öngörülmüş olan süre, yüklenici çalışmaya başladıktan sonra işlemeye başlayacaksa, iş sahibi yüklenicinin işe zamanında başlamamış olmasına dayanabilir.¹⁹⁴ Yargıtay ise, yüklenicinin işe zamanında başlamış olmasına dayanarak sözleşmenin feshedilebilmesi için, inşaat ruhsatı alınması ve işe başlanması için belirli bir vadenin kararlaştırılmasını ve iş sahibinin yükleniciye yapacağı uyarı amaçlı bir bildirimini gerekli görmektedir.¹⁹⁵

¹⁹³ **Gümüş**, s. 22; **Öz**, Dönme, s. 55

¹⁹⁴ **Öz**, Dönme, s. 55

¹⁹⁵ Y. 23. HD, 21.06.2013 T., 2013/1452.E, 2013/4306.K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı – “Bilindiği üzere, T.B.K.nın 473. maddesi uyarınca, yüklenicinin işe zamanında başlamaması sebebiyle arsa sahibinin erken fesih isteminde bulunabilmesi için, oluşan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi zamanında bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması gerekmektedir. Somut olayda ise sözü edilen bu şart gerçekleşmediği gibi, sözleşmede ruhsat alınması ve işe başlanması için belirli bir vade kararlaştırılmamış, arsa sahiplerince, bu konuda yükleniciye

İş sahibinin, yüklenicinin işi geciktirmesine dayanarak TBK md. 473/I'den doğan haklarını kullanabilmesi için; yine tıpkı işe zamanında başlamama durumunda olduğu gibi, eserin teslim tarihi sözleşmede kararlaştırılmamış olmalıdır.¹⁹⁶ Yüklenicinin işi geciktirip geciktirmediği değerlendirilirken, yalnız yapılan işin özellikleri değil, yüklenicinin mesleki becerileri ve özellikleri de dikkate alınmalıdır.¹⁹⁷ Yüklenicinin işi geciktirmesi ise, bu bağlamda yükleniciye yüklenebilen sebeplerden kaynaklanmalıdır; diğer bir ifadeyle yüklenicinin işi daha hızlı yapması beklenemiyorsa iş sahibi işin geciktirilmesine dayanarak sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.¹⁹⁸

Üçüncü ve son durumda, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitirilemeyeceği açıkça anlaşılmalıdır. Belirtildiği üzere, sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırıldığı durumlarda, iş sahibinin TBK md. 473/I'e dayanarak sözleşmeden dönebilmesinin tek yolu budur. Sözleşmede teslim tarihi, belirli bir gün şeklinde belirtilebileceği gibi; belirli bir tarihten (örneğin sözleşmenin kurulmasından) itibaren belirli bir sürenin geçmesi şeklinde belirlenmiş de olabilir.¹⁹⁹

Bu noktada belirtmek gerekir ki, öğretilerde eserin kararlaştırılan tarihte bitirilemeyeceğinin açıkça anlaşılması koşulunu, yüklenicinin işe başlamaması veya

gönderilen ihtarname tebliğ edilememiş, daha sonrasında da yüklenicinin işe başlaması yönünde uyarı amaçlı herhangi bir bildirimde bulunulmamıştır. Tüm bunlara ilaveten yukarıda açıklandığı gibi mahkemece, işin kararlaştırılan vadede tamamlanabileceği tespit edilmiştir. Açıklanan sebeplerle (...) mahkeme kararının bozulması gerekmiştir. “

¹⁹⁶ **Öz**, Dönme, s. 57

¹⁹⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 124

¹⁹⁸ **Gümüş**, s. 23

¹⁹⁹ **Öz**, Dönme, s. 59

yüklenicinin işi geciktirmesi ihtimallerinde de gerekli bir şart olarak gören görüşe²⁰⁰ katılmak mümkün değildir. TBK md. 473/I'in uygulama alanı bulacağı ilk iki durum ile üçüncü durum, birbirlerini sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılmış olup olmaması yönünden dışlamaktadır. Bu yorumdan, TBK md. 473/I'in uygulanabilmesi için, her şeyden önce sözleşmede bir teslim tarihinin belirlenmiş olması gerektiği; diğer bir deyişle teslim tarihinin belirlenmemiş olduğu sözleşmeler yönünden TBK md. 473/I hükmünün uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır ki, bu sonucun doğru olduğunu kabul etmek mümkün görünmemektedir.

Yukarıda izah edilen bu üç durumdan birinin gerçekleşmesi üzerine, iş sahibi, kanunun ifadesiyle “teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın” sözleşmeden dönebilir. İş sahibinin teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmadığına ilişkin ifade, yalnızca TBK md. 473/I'in uygulandığı üçüncü durum için geçerlidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, yüklenicinin işe başlamaması veya işi geciktirmesi durumlarında zaten kararlaştırılmış bir teslim tarihi yoktur.

İş sahibinin dönme beyanı, geriye dönük olarak sonuç doğurur ve kural olarak sözleşme bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.²⁰¹ İş sahibi sözleşmeden dönmenin yanında uğradığı menfi zararları da yükleniciden talep edebilir.²⁰²

²⁰⁰ Aral/Ayrancı, s. 391

²⁰¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.121; Aral/Ayrancı, s. 392; Gümüş, s. 24-25 – Yapımına başlanan işler yönünden iş sahibinin sözleşmeyi ileriye dönük olarak feshedebileceğine ilişkin yeni eğilimler için bkz. Aral/Ayrancı, s. 392 vd.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 122 vd.; Gümüş, s. 25 vd.

²⁰² Gümüş, s. 25

iii. Eserin Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Olarak Meydana Getirileceğinin Açıkça Görülmesi (TBK md. 473/II)

TBK md. 473/II uyarınca, “Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.”

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md. 473/I’de öngörülen durumlar yönünden sözleşmede teslim tarihinin kararlaştırılıp kararlaştırılmadığına ilişkin yaptığımız ayırım, bu fıkra yönünden önem arz etmemektedir; TBK md. 473/II, her halükarda uygulama alanı bulabilecektir.²⁰³ Burada dikkat edilmesi gereken husus, TBK md. 473/II’nin, yüklenicinin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı olan edimler yönünden uygulama alanı bulamayacak olmasıdır.²⁰⁴ Bunun sebebi, fıkranın iş sahibine tanıdığı çözüm yolunun, “onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye” verilebilecek olmasıdır. Buradan hareketle, üçüncü kişiye devredilemeyecek işler yönünden meydana gelen kanun boşluğu, TBK md. 473/I’in kıyasen uygulanması ve iş sahibinin böyle bir durumda sözleşmeden dönebilmesi ihtimalinin kabul edilmesiyle doldurulmalıdır.²⁰⁵

²⁰³ Öz, Dönme, s. 62

²⁰⁴ Gümüş, s. 26; Öz, Dönme, 62

²⁰⁵ Öz, Dönme, 62

İş sahibinin TBK md. 473/II'den doğan haklarını kullanabilmesi için, metnin ifadesinden de görüleceği üzere, belirli şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekir:

1- Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyor olmalıdır.

2- Bu ayıp veya sözleşmeye aykırılık, yüklenicinin kusurundan ileri geliyor olmalıdır.

3- İş sahibi, yükleniciye uygun bir mehil vermeli ve bu mehil içinde aykırılık giderilmediği takdirde işin üçüncü bir kişiye verileceğini ihtar etmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md. 473/I'den farklı olarak, eserin ayıplı olacağının “anlaşılması”, diğer bir deyişle muhtemel olması; iş sahibinin TBK md. 473/II'den doğan haklarını kullanması için yeterli değildir, eserin ayıplı olacağının açıkça “görülüyor” olması, diğer bir deyişle olayın gidişinden kesinlikle anlaşılması gerekir.²⁰⁶ Yine TBK md. 473/II'nin uygulanabilmesi için, maddede geçen “Meydana getirilmesi sırasında...” ifadesi karşısında, eserin henüz tamamlanmamış olması gerekir.²⁰⁷ Yine bu ilk koşulla ilgili, son olarak, eserin “sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi” durumunun, eserin “ayıplı olarak meydana getirilmesi” durumundan farkına değinmekte yarar vardır. Eserin meydana getirilmesi aşamasındaki her sözleşmeye aykırılık, eserin ayıplı olması sonucunu doğurmayabilir. Örneğin sözleşmede işin alt yükleniciye devrinin mümkün olmadığına kararlaştırılmasına rağmen, işi alt yükleniciye gördüren yüklenicinin

²⁰⁶ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 63; Gümüş, s. 27; Öz, Dönme, s.62

²⁰⁷ Aral/Ayrancı, s. 384; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 63

durumunda olduğu gibi.²⁰⁸ Böyle bir durumda, iş sahibi, TBK md. 473/II'den doğan haklarını, diğer şartların da varlığı halinde kullanabilecektir.

Bu vesileyle ikinci şartın, ayıp veya sözleşmeye aykırılığın, yüklenicinin kusurundan ileri gelmesi olduğunu tekrarlayalım. Bu bağlamda yardımcı kişilerin kusuru da yüklenicinin kusuru gibi sayılacaktır.²⁰⁹ Eğer yüklenicinin veya yardımcılarının bu durumda bir kusuru yoksa, iş sahibi; işi başkasına gördüremeyeceği gibi sözleşmeden de dönemeyecek, ancak eserin tesliminden sonra ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanabilecektir.²¹⁰

Öğretideki baskın görüşe göre, iş sahibinin TBK md. 473/II'den yararlanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması dahi şart değildir; olayda iş sahibinin kusurunun bulunmaması yeterlidir.²¹¹ Yüklenicinin sorumluluğu adeta bir sebep sorumluluğudur ve onun sorumluluktan kurtulabilmesi için, ayıba iş sahibinin kendi kusuruyla yol açtığını ispatlaması gerekir.²¹²

Yukarıda izah edilen her iki şartın gerçekleşmesi durumunda, kanun koyucu, iş sahibinin TBK md. 473/II'den doğan haklarını kullanabilmesi için, onun yükleniciye uygun bir mehil vermesini ve ihtarda bulunmasını gerekli görmüştür. Aynı konuda özel bir düzenleme getirmesi sebebiyle TBK md. 113 karşısında “*lex*

²⁰⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 64

²⁰⁹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 64

²¹⁰ **Öz**, Dönme, s. 63

²¹¹ **Gümüş**, s. 27; **Aral/Ayrancı**, s. 385-386; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 64

²¹² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 64

specialis” niteliği taşıyan TBK md. 473/II kapsamında²¹³, söz konusu hükümden farklı olarak hakimin iznine ihtiyaç yoktur.²¹⁴

Yükleniciye süre verilmesine ilişkin bildirim ile onarımın veya işe devamın üçüncü kişiye verileceğine ilişkin ihtar aynı anda yapılabilir.²¹⁵ Ne var ki bu bildirim, teslim tarihinin kararlaştırılmış olduğu sözleşmelerde, vadenin ertelenmesi sonucunu doğurmaz; diğer bir deyişle ayıbın giderilmesi için verilen süre vadeyi aştığı takdirde, süresi içinde ayıpları gideren yüklenicinin, bu sefer de işi zamanında bitiremeyeceği açıkça anlaşılıyorsa, iş sahibi TBK md. 473/I uyarınca sözleşmeden dönebilecektir.²¹⁶

Yüklenici, kendisine verilen sürenin kısa olduğunu düşünüyorsa buna derhal itiraz etmelidir, aksi takdirde daha sonra sürenin kısa olduğu iddiasına dayanamaz.²¹⁷ Öğretide, TBK md. 124’teki süre verilmesini gerektirmeyen durumlardan “verilecek sürenin yararsız olacağıın anlaşılması” halinde, ilgili hüküm burada kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle, yüklenicinin doğrudan doğruya sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği yönünde görüşler mevcuttur.²¹⁸ Gerçekten de TBK md. 124 hükmünün, “süre verilmesinin etkisiz olacağıın anlaşıldığı” durumları düzenleyen birinci bendi, kanımızca bu hususta uygulama alanı bulabilecektir.²¹⁹

²¹³ **Gümüş**, s. 26

²¹⁴ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 65; **Gümüş**, s. 27; **Aral/Ayrancı**, s. 386; **Eren**, Borçlar Özel, s. 627

²¹⁵ **Gümüş**, s. 27

²¹⁶ **Öz**, Dönme, s. 63

²¹⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 6

²¹⁸ **Öz**, Dönme, s. 63

²¹⁹ Maddenin 2. ve 3. bentleri, esasen borçlunun temerrüdüne ilişkin olduklarından bahisle, TBK md. 473/II kapsamında kıyasen dahi olsa değerlendirilmeleri mümkün görünmemektedir.

Verilen süre ve yapılan ihtarla rağmen yüklenicinin ayıbı veya aykırılığı gidermemesi üzerine iş sahibi, dilerse onarımı veya işe devamı üçüncü kişiye bir eser sözleşmesi ile bırakabilir. Söz konusu olan onarım ise, iş sahibi yalnızca onarım işi için TBK md. 473/II'den yararlanır; başka bir deyişle, üçüncü kişi onarım işini gördükten, yani ayıbı giderdikten sonra, yüklenici işe kaldığı yerden devam edecektir.²²⁰

Hemen belirtmek gerekir ki, iş sahibine tanınmış tek hukuki koruma, yukarıda yazılı şartların gerçekleşmesi halinde TBK md. 473/II uyarınca işi üçüncü bir kişiye verme hakkı değildir; o, verdiği bu mehilin sonucu olarak TBK md. 125'ten kaynaklanan seçimlik haklarını da ayrıca yeni bir mehil vermesine gerek olmaksızın kullanabilir.²²¹ Bu cümleden hareketle iş sahibi, verdiği mehil yararsız kalırsa, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal bildirmek suretiyle müspet zararlarının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararlarının tazminini de isteyebilir.

e. Araç, Gereç ve Malzemeye İlişkin Borçlar

i. Genel Olarak

Yüklenicinin araç, gereç ve malzemeye ilişkin borçları, TBK md. 471/IV ve TBK md. 472'de ayrı ayrı düzenlenmiştir. Bu bağlamda TBK md. 471/IV, eserin meydana getirilmesi işi sırasında kullanılacak araç ve gereçleri; TBK md. 472 ise doğrudan doğruya eserin yapı ve bünyesinde yer alacak malzemeleri kapsar.²²² Araç

²²⁰ Gümüş, s. 28

²²¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 65-66; Aral/Ayrancı, s. 389; Eren, Borçlar Özel, s. 627-628

²²² Gümüş, s. 16

ve gereçleri malzemedan ayıran, onların eserin tesliminden sonra eserden ayrılabilen veya yüklenici tarafından geri alınabilen şeyler olmalarıdır.²²³

i. Araç ve Gereçlere İlişkin Borçlar

TBK md. 471/IV uyarınca “Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.” Burada kastedilen araç ve gereçler, eserin meydana getirilme işi esnasında doğrudan kullanılan iş makineleri, matkap, beton kalıbı ve benzeri eşya olabileceği gibi; bu süreçte dolaylı olarak kullanılacak depo, baraka, ofis malzemeleri, elektrik, su, petrol ve benzeri eşya da olabilir.²²⁴ Yüklenici, yalnız bunları sağlamakla kalmaz, bunların kullanılmasından ve hatta iş bitince kaldırılmasından doğan masrafları da üstlenir.²²⁵ Madde metninde de belirtildiği üzere, tarafların hükmün aksine anlaşma yapmaları mümkündür; diğer bir ifadeyle eser sözleşmesinde araç ve gereçleri iş sahibinin sağlayacağı da kararlaştırılabilir.

ii. Malzemeye İlişkin Borçlar

TBK md. 472 bağlamında malzeme, kendisinden eserin imal edildiği şeydir; daimi olarak eserin yapısını oluşturur, onu meydana getirir.²²⁶ Malzeme, doğrudan eserin hammaddesi olabileceği gibi, yarı mamûl madde de olabilir.²²⁷

Kanun koyucu, malzeme sağlama borcunun kural olarak kimde olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş; yalnızca malzemenin yüklenici tarafından

²²³ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 102

²²⁴ Gümüş, s. 15; Eren, Borçlar Özel, s. 610; Seliçi, s. 27; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 102

²²⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 102; Seliçi, s. 27

²²⁶ Gümüş, s. 16; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 104; Eren, Borçlar Özel, s. 611; Seliçi, s. 27

²²⁷ Eren, Borçlar Özel, s. 611

sağlandığı veya malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda yüklenicinin yükümlülüklerini düzenlemekle yetinmiştir. Öğretideki bir görüş uyarınca, madde metninde malzemenin yüklenici tarafından sağlanmış olduğu durumun ilk fıkrada ele alınmış olması, malzemeyi yüklenicinin getireceği yorumuna daha elverişlidir; kaldı ki uygulamada taraflar bu hususta açık veya örtülü bir uyuşmaya varmaktadır, sözleşme kurulduktan sonra yüklenicinin kendi malzemesini kullanması veya iş sahibinin kendi malzemesini getirmesi ve karşı tarafın da buna uygun hareket etmesi ile sorun çözülmüş olur.²²⁸ Aynı sonuca TBK md. 471/IV'ün malzemeyi de kapsamaması gerektiği gerekçesiyle ulaşılan; yahut yine aynı maddenin aksi ile kanıt dayalı yorumundan, zıt sonuca vararak, malzemeyi kural olarak iş sahibinin sağlayacağını savunan görüşler de mevcuttur.²²⁹ Kanımızca eser sözleşmesini malzemenin sağlanması bakımından olağan eser sözleşmesi ve eser teslim sözleşmesi olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle; aksi kararlaştırılmadıkça olağan eser sözleşmesinde malzemeyi iş sahibin sağladığı, eser teslim sözleşmesinde ise malzemeyi yüklenicinin sağladığını savunan görüş yerindedir.²³⁰ Zira bu ayırım, her eser sözleşmesinin kendi hükümleri ve taraflarının iradeleri çerçevesinde yorumlanması yoluyla bir sonuca varılmasını sağlayacaktır ki, bunun yerinde bir çözüm olduğu kabul edilmelidir.

TBK md. 472/I uyarınca, “Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur.” eBK zamanında, maddenin”... malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve bu hususta bayi gibi mütekeffildir.” ifadesi

²²⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 105

²²⁹ Gümüş, s. 16; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 104

²³⁰ Eren, Borçlar Özel, s. 611

karşısında; malzemedeki ayıptan dolayı satış sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerine mi yoksa zapta karşı tekeffül hükümlerine mi gidilebileceği, eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulama alanı bulup bulmayacağı hususları tartışma konusu yapılmıştı.²³¹ Kanun koyucu, TBK ile birlikte bu tartışmaları sonlandırarak; yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olması durumunda, “eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin değil, satış sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanacağı” yönündeki görüşünü ortaya koymuştur.²³²

TBK md. 472/I uyarınca malzemeyi sağlayan yüklenici, en azından orta kalitede, yani işin kararlaştırılan şekilde meydana getirilmesi için elverişli nitelikte ve iyi cins malzeme kullanmakla yükümlüdür.²³³ Bu hususta son olarak belirtmek gerekir ki, malzemeyi yüklenicinin getirmesine rağmen, iş için elverişsiz olan bir malzeme çeşidi, yüklenicinin uyarısına rağmen iş sahibinin ısrarı sonucu kullanılmışsa, yüklenicinin TBK md. 472/I uyarınca sorumluluğu ortadan kalkar.²³⁴

Malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlar ise, 472. maddenin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. TBK md. 472/II uyarınca, “Malzeme işsahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.” Bu bağlamda yüklenici,

²³¹ **Gümüş**, s. 18; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 106 vd.; **Öz**, Dönme, s. 100 vd.

²³² **Gümüş**, s. 18; 6098 sayılı **TBK Gerekçesi** Madde 472 - “... Böylece yüklenicinin, kendisi tarafından sağlanan malzeme bakımından, zapttan sorumluluğunun değil, ayıptan sorumluluğunun söz konusu olduğu, fıkrada duraksamaya yer bırakmayacak biçimde belirtilmiştir. (...) ayıplı eserde kullanılan malzeme üzerinde bir üçüncü kişinin özel hukuktan doğan bir üstün hakka sahip olması durumunda, genel hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır.”

²³³ **Aral/Ayrancı**, s. 378-379

²³⁴ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 108

öncelikle iş sahibinin sağladığı malzemeleri kontrol edecek, sözleşme kapsamında görülecek iş için elverişli olup olmadıklarını değerlendirecek ve malzeme ayıplı ise bunu derhal iş sahibine bildirecektir.²³⁵ Yüklenicinin, malzemeyi kullanırken göstermesi gereken özen kapsamına, malzemenin muhafazası ve üçüncü kişilerin çalma, tahrip etme gibi etkilerinden korunması da dahildir.²³⁶ Bu yükümlülük, kural olarak malzemeyi sigorta ettirme zorunluluğunu içermemekle beraber; sözleşmede yüklenicinin açıkça veya örtülü olarak sigorta yaptırması kararlaştırılmışsa, yahut teamül sigorta yaptırılmasını gerektiriyorsa ve nihayet ortaya çıkan bir tehlike nedeniyle iş sahibine danışılacak vakit olmaksızın sigorta yapılması gerekiyorsa; müteahhit sigorta yaptırmalıdır.²³⁷

Malzemedeki ayıp veya elverişsizlik durumu işin devamı sırasında ortaya çıkarsa, yüklenici, bunları da aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca derhal iş sahibine bildirecek, aksi takdirde sorumluluğu doğacaktır.²³⁸ Zira TBK md. 472/III uyarınca, “Eser meydana getirilirken, işsahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen işsahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.” Bu bildirim yükümlülüğü, daha önce de belirttiğimiz üzere, yüklenicinin sadakat borcunun özel bir görünümüdür. Yüklenicinin, alt yüklenici yahut başka bir ifa yardımcısı kullandığı durumlarda, alt

²³⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 109

²³⁶ **Gümüş**, s. 19; **Aral/Ayrancı**, s. 380

²³⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 110-111

²³⁸ **Aral/Ayrancı**, s. 380; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 109

yüklenici veya ifa yardımcısı tarafından bildirilmesi gereken durumlar da yüklenicinin iş sahibine ihbar yükümlülüğü kapsamındadır.²³⁹

²³⁹ **Gümüş**, s. 20

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BORCUN İFA EDİLMEMESİ

I. GENEL OLARAK

Çalışmamızın ilk iki bölümünde, ana hatlarıyla Türk hukukunda eser sözleşmesini; bu vesileyle eser sözleşmesinin tanımını, unsurlarını, hukuki niteliğini ve bunun yanında eser sözleşmesinin taraflara yüklediği borçları inceledik. Çalışmanın sistematığı açısından, yüklenicinin esas borcunun, yani eseri meydana getirme ve teslim borcunun özelliklerini ve bu borcunu ifa etmemesine bağlanan sonuçları ise bu kısımda inceleyeceğimizi daha önce belirtmiştik.

Geniş anlamda yüklenicinin borcunu ifa etmemesinden bahsedildiği vakit, esasen yüklenicinin yalnızca eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesi değil, eser sözleşmesinden doğan ve daha önce değindiğimiz sadakat ve özen borcu, eseri kendisi yapma veya yönetimi altında yapma borcu, araç ve gereçleri sağlama borcu gibi diğer bütün borçları yönünden bir ifa etmeme durumunun varlığı anlaşılır. Dar anlamda yüklenicinin borcunu ifa etmemesi ise, yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesi manasına gelir. Biz, çalışmamızın bu bölümünde, esasen “yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesi” yerine, dar anlamıyla “yüklenicinin borcunu ifa etmemesi” kavramını kullanacağız.

Bu kapsamda öncelikle karşılaştırmalı hukukta borcun ifa edilmemesine, uluslararası metinlerdeki yeni yaklaşımlara ve Türk kanun koyucusunun bu yönde yaptığı tercihlere değinmeyi uygun gördük. Genel manada borcun ifa edilmemesi kavramının, ifa engelleri hukuku bağlamındaki yeni yaklaşımlar ışığında izahından

sonra, bunun eser sözleşmesinde aldığı görünümünü inceleyeceğiz.²⁴⁰ Buradan hareketle; eser sözleşmesinde sırasıyla yüklenicinin eseri teslim borcunu ifa etmesinin imkansızlaşması, yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmemesi ve nihayet temerrüde düşmesi anlatılacaktır.

Eser sözleşmesine ilişkin mevcut hukuk düzenindeki durumun bu şekilde incelenmesinden sonra, çalışmamızın son bölümünde, bir üst kavram olarak, “eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu ifa etmemesi” hususunun düzenleme konusu yapıp yapılamayacağı tartışılacaktır.

II. BORCUN İFA EDİLMEMESİ KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTAKİ YERİ

a. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu, gerek borcun ifasına, gerekse ifa edilmemesine bağlanan sonuçlara yer vermekle beraber; ifa kavramının tanımını yapmamıştır. Öğretide ifa, “borçlanılmış olan edimin yerine getirilmesi”²⁴¹, yahut “borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilerek borcun sona erdirilmesi”²⁴² şeklinde tanımlanmıştır. Serozan ise, daha kapsamlı bir ifadeyle şu tanıma yer vermiştir: “İfa, hukuki işlem ya da yasa gereği borçlanılmış olan edimin, borçlunun ya da üçüncü kişinin etkinliğiyle, onun borca uygun edim

²⁴⁰ Geniş anlamıyla “borcun ifa edilmemesi” üst kavramı, bu çalışma kapsamında “ifa engelleri” kavramı ile eşdeğer tutulmuştur.

²⁴¹ **Reisoğlu, Safa**: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul, 2014, s. 292; **Oğuzman/Öz**, s. 253

²⁴² **Eren**, Borçlar Genel, s. 906

eylemleriyle yerine getirilmesidir.”²⁴³ Kanımızca bu tanım, ifanın konusu olan edimlerin kaynağına ve ifanın üçüncü kişi tarafından da gerçekleştirilebileceğine yer vermesi açısından daha kapsamlı ve yerinde bir tanımdır.

Buradan hareketle; ifanın gerçekleştirilmediği, diğer bir deyişle edimin yerine getirilmediği durumların nasıl bir tasnife tâbi tutulması gerektiği sorunu ile karşılaşılır. Bir üst kavram olarak “borcun ifa edilmemesi” yahut bununla eş anlamda değerlendirdiğimiz “ifa engelleri” kavramı gerek eBK’da, gerekse TBK’da yer almamış; kanun, tasnifi somut borca aykırılık türlerine göre yapmıştır.²⁴⁴

818 sayılı eBK’da yapılan düzenlemeler, sistematik itibariyle yeni Kanunda da aynen korunmuştur. Ne var ki burada gerçekleşen bir takım değişikliklere değinmekte fayda vardır. Öncelikle eBK’da “Borçların Hükümü” başlıklı bap altındaki ikinci faslın “Borçların Ödenmemesinin Neticeleri” olması, ödenmenin yalnızca para borçları yönünden söz konusu olabileceğinden bahisle yerinde olarak eleştirilmiştir.²⁴⁵ Nitekim bu terminoloji hatası, yeni Kanunda “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” ifadesi kullanılmak suretiyle düzeltilmiştir.

Bunun yanında öğretide, eBK md. 96’da yer alan “Alacaklı hakkını kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde borçlu (...)” ifadesinin, İsviçre Borçlar Kanunu’nun ilgili maddesinin dilimize yanlış çevrilmiş olmasının bir sonucu olduğu, burada esasen “borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi” durumunun kastedildiği

²⁴³ **Serozan, Rona:** “İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme” (“İfa Engelleri”), 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 7

²⁴⁴ **Atamer, Yeşim M.:** “İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistematize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistematik” (“Armağan”), Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul, 2010, s. 218

²⁴⁵ **Aral,** s. 67

belirtilmekteydi.²⁴⁶ Kanun koyucu, bu çeviri hatasını da düzeltmek suretiyle, nihayetinde TBK md. 112’de “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” ifadesine yer vermiştir. Kanun, borçlunun temerrüdünü ise ayrı bir başlık altında, 117. maddeden itibaren düzenlemiştir. Böylelikle TBK md. 112’nin esasen kusurlu imkansızlık ile borcun gereği gibi ifa edilmemesi, diğer bir ifadeyle kötü ifa edilmesi hususlarını düzenlediği sonucuna varılacaktır.²⁴⁷ Bunun yanında kusursuz ifa imkansızlığı ise, borç ilişkilerinin sona ermesini düzenleyen Üçüncü Bölümde, TBK md. 136 vd. maddelerinde karşımıza çıkmaktadır. Buradan hareketle bazı yazarlar, TBK bağlamında borcun ifa edilmemesi hallerini; kusurlu imkansızlık, gereği gibi ifa etmeme ve temerrüt ile sınırlı tutmaktadırlar.²⁴⁸ Bazı yazarlar ise kötü ifa ve sözleşmenin müspet ihlalini, ayrı borca aykırılık halleri olarak tasnife tabi tutmaktadırlar.²⁴⁹

Görüldüğü üzere TBK sistematüğinde borcun ifa edilmemesine ilişkin durumlar, diğer bir deyişle ifa engelleri, ayrı ayrı düzenlemelere tâbi tutulmuş ve her birine de ayrı sonuçlar bağlanmıştır. Bu yaptırımlar, her bir ifa engeli için tekrar kurala bağlanmış ve böylece uygulamada uyumsuzluklar yaratılmıştır.²⁵⁰ Hatta borçlar hukukunun genel hükümlerinde belirtilen borca aykırılık yaptırımları, belirli sözleşme türleri için borçlar hukukun özel hükümlerinde tekrar ele alınarak yeknesak

²⁴⁶ Aral, s. 68

²⁴⁷ Aral, s. 68 – Bazı yazarlar ise, TBK md. 112’nin temerrüt halini de kapsadığı görüşündelerdir. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 851-852

²⁴⁸ Reisoğlu, s. 344; Tekinay, s. 851-852

²⁴⁹ Kılıçoğlu, Ahmet M.: “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” (Borçlar Hukuku), 16. Bası, Ankara, 2012, s. 632

²⁵⁰ Serozan, İfa Engelleri, s. 138

bir borca aykırılık sisteminden hepten uzaklaşmıştır.²⁵¹ Borca aykırılığın türlerine göre yapılan ve günümüz ekonomik düzenine uygunluğu tartışmalı olan bu ayırım, esasen Roma Hukuku'ndan değil, imkansızlık kavramını borca aykırılık sisteminin temeline yerleştirme düşüncesinde olan Alman hukukçu *Mommsen*'in çalışmalarından ve bu çalışmalarda ileri sürülen kavramların BGB'nin belirleyici kavramlarını oluşturmuş olmasından ileri gelmektedir.²⁵² 1.1.2002 tarihinde yürürlüğü giren yeni BGB'de ise, borcun ifa edilmemesi düzenlenirken imkânsızlık kavramının temel kavram olması düşüncesinden uzaklaşarak; imkânsızlık, temerrüt ve nihayet sözleşmenin müspet ihlalini de kapsayan “yüküm ihlali” (*Pflichtverletzung*) kavramı esas alınmıştır.²⁵³ Hatta bu reformun çalışmaları, esasen bir grup akademisyen tarafından Alman Adalet Bakanlığı'na 1992 tarihinde sunulan bir rapor ile başlamış ve on seneye yakın tartışılmıştır.²⁵⁴ Ne var ki yeni BGB'den on yıl, değişim fikirlerinin ortaya atılmasından ise yirmi yılı aşkın bir süre sonra, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren TBK'da, eski dönemde yapılan türlere göre ayırım ve imkânsızlığın sistemin temeline oturtulması fikri aynen korunmuştur.

Öyleyse uluslararası hukuktaki yeni yaklaşımlara geçmeden önce, “borcun ifa edilmemesi” yahut “ifa engelleri” kavramlarının hangi başlıklar altında toplanacağına ilişkin Serozan tarafından yapılan tasnife, burada yer vermeyi uygun görüyoruz: “Alacaklı temerrüdü, alacaklının etki alanında gerçekleşen ifa

²⁵¹ **Atamer**, Armağan, s. 221; **Atamer**, Yeşim: “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Uyarınca Satıcının Yükümlülükleri ve Sözleşmeye Aykırılığın Sonuçları” (“CISG”), İstanbul, 2005, s. 282

²⁵² **Atamer**, Armağan, s. 219

²⁵³ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 139-140

²⁵⁴ **Berger**, Klaus Peter: “Harmonisation of European Contract Law the Influence of Comparative Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, No. 4, 2001, s. 894-895

imkânsızlığı, baştan imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektiren sonraki imkansızlık, borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen sonraki imkansızlık, borçlu temerrüdü, sözleşmenin müspet ihlali, sözleşme öncesinde kusur, işlem temelinin çökmesi.”²⁵⁵ Gerçekten de kanun koyucu tarafından, her birine birbirinden farklı sonuçlar bağlanan bu borca aykırılık hallerinin, aşağıda inceleme konusu yapacağımız yeni yaklaşımların varlığına rağmen, henüz 1.7.2012 gibi yakın bir tarihte yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu’nda aynen korunmuş olması düşündürücüdür.

b. Uluslararası Hukuktaki Yeni Yaklaşımlar

Tarihsel gelişim içerisinde farklı ülkelerin hukuklarının uyumlaştırılması açısından uluslararası anlaşmaların kullanılması, mantığın bir gereğidir.²⁵⁶ Bu sebeptendir ki ifa engelleri hukukundaki farklı yaklaşımların tek bir çatı altında toplanması ve yeknesak bir sistemin oluşturulması açısından bu hususta en çok başarı sağlayacak olan kaynaklar, uluslararası hukuk metinleridir. Bu nedenle karşılaştırmalı hukuktaki ifa engelleri sistemlerinin, diğer bir deyişle borca aykırılık anlayışının değerlendirilmesinde, mevcut duruma, çalışmamızın girişinde de belirttiğimiz üzere, “Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması” (*CISG*), “Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Temel İlkeleri” (*PICC*), “Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri” (*PECL*), ve “Ortak Referans Çerçevesi Taslağı” (*DCFR*) açısından bakılacaktır. Bu metinlerin her birindeki ifa engelleri sisteminin ve borca aykırılık hallerine bağlanan sonuçların ayrı ayrı

²⁵⁵ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 112

²⁵⁶ **Basedow**, Jürgen: “Uniform Private Law Conventions and the Law of Treaties”, Uniform Law Review, Vol. 11, Issue 4, s. 734

açıklanması bu çalışmanın kapsamı dışında kaldığından, bu bölümde sadece ana hatlarıyla nasıl bir sistemin geliştirildiği üzerinde durulacaktır.

Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması, yani CISG, 1. maddesi uyarınca, işyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki satış sözleşmelerinde; bu devletlerin CISG'ye taraf devletler olması yahut milletlerarası özel hukuk kurallarının sözleşmeye taraf devletlerden birinin hukukuna atıf yapması durumunda uygulama alanı bulur. Birden fazla hukuk düzeninin görüşünü yansıtmakta olan CISG, bu bağlamda *civil law* sistemi ile *common law* sistemini bağdaştırma amacı güder.²⁵⁷ Ne var ki CISG, borca aykırılık hallerine bağlanan hukuki sonuçların düzenlenmesi hususunda, *common law* sisteminde olduğu gibi; hukuki sebepler değil, sonuçlar aşamasında ayırma gitmiştir.²⁵⁸ Bu bağlamda anlaşmanın 3. ayırımında, “Sözleşmenin Satıcı Tarafından İhlali Halinde Alıcının Sahip Olduğu Hukuki İmkanlar” düzenlenmiş, yani satıcının sözleşmeyi hangi gerekçeyle ihlal ettiğinden ziyade, hangi hukuki çarelere başvurabileceği yönünden dörtlü bir ayırım yapılmıştır: Bunlar; aynen ifa talebi, sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim yapılmasını isteme hakkı ve nihayet tazminat talebidir. CISG'nin, alıcının bu çarelerden hangisine başvurabileceğine ilişkin düzenleyici kriteri, sözleşme ihlalinin “esaslı” olup olmadığıdır.²⁵⁹ Sonuç itibariyle, yeknesak bir borca aykırılık kavramı benimsenmiştir.²⁶⁰ Bu vesileyle CISG, ifa engelleri

²⁵⁷ **Ersin, Meryem Kübra:** “Karşılaştırmalı Hukukta Borcun İfa Edilmemesi”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 76

²⁵⁸ **Atamer,** CISG, s. 289

²⁵⁹ **Atamer,** s. 290; **Öz, Turgut:** “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) ile Türk Borçlar Kanunu'nun İlgili Hükümlerinin Kısa Karşılaştırması” (“CISG”), İstanbul, 2016, s. 12

²⁶⁰ **Ersin,** s. 78

hukukundaki farklı yaklaşımları tek bir çatı altında toplayabilmiş²⁶¹, bunun dünya hukuklarının birleştirilmesi ve uyumlaştırılması hususunda büyük bir başarı olduğu, öğretide yerinde olarak belirtilmiştir.²⁶² Yine BGB’de gerçekleşen 2002 tarihli değişiklik de temelini CISG’nin getirdiği ifa engelleri sisteminde bulmaktadır.²⁶³ Türkiye Cumhuriyeti ise, Bakanlar Kurulu’nun 11/03/2010 tarih ve 2010/247 sayılı kararıyla, 02/04/2009 tarih ve 5870 sayılı Kanuna dayanarak, çekince koymaksızın CISG’ye katılmıştır.²⁶⁴ Ne var ki CISG’nin getirdiği çözümler, Türkiye’nin anlaşmaya taraf olduğu tarihten sonra dahi yeni Kanunun hazırlanışında dikkate alınmamıştır. Bu husus, CISG’nin uygulanışında da zorluklara sebep olacaktır.²⁶⁵

Bu başlık altında ele alacağımız diğer kaynaklar; yani PICC, PECL ve DCFR, ifa engelleri hukuku açısından benzer bir mantıkla hareket etmişlerdir.²⁶⁶ Bu sebeple bu üç kaynak için ifa engelleri hukuku açısından varılacak sonuçlar, her biri hakkında ana hatlarıyla bilgi verildikten sonra anlatılacaktır.

Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Temel İlkeleri, yani PICC; UNIDROIT tarafından uluslararası ticari hukukta uyumluluğu sağlamak amacıyla hazırlanmış bir metin olup, en son hali 2010’da yayımlanmıştır.²⁶⁷ BGB’de 2002 yılında gerçekleşen

²⁶¹ **Atamer**, CISG, s. 481

²⁶² **Lando**, Ole: “CISG and Its followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law”, The American Journal of Comparative Law, Vol:53, No:2, 2005, s. 379

²⁶³ **Berger**, s. 895

²⁶⁴ 07.04.2010 T., 27545 sayılı RG

²⁶⁵ **Öz**, CISG, s. 25

²⁶⁶ **Atamer**, Armağan, s. 231 vd.

²⁶⁷ PICC, bazı kaynaklarda kendisini hazırlayan kurumun adıyla, yani “UNIDROIT Principles” şeklinde anılmaktadır. Türkiye’nin de taraf olduğu bu organizasyon, milletlerarası özel hukukta küresel bir uyum sağlamayı hedefler.

değişikliklerde etkisi olan bir başka kaynak da, bu metnin taslağı olmuştur.²⁶⁸ PICC, CISG'nin aksine salt satım sözleşmelerini düzenlemekle sınırlı kalmaz; ama tıpkı onun gibi yeknesak bir borca aykırılık sistemini benimser.²⁶⁹

PICC, 7.1.1 maddesinde doğrudan doğruya borcun ifa edilmemesini (*non-performance*) tanımlamıştır. Buna göre “Borcun ifa edilmemesi, kötü ifa veya geç ifa da dahil olmak üzere, sözleşme tarafının, sözleşme kapsamındaki borçlarından herhangi birini yerine getirmemesidir.”²⁷⁰ Maddenin yorum kısmında ise, *non-performance* ifadesinin kapsamına ifanın gereği gibi yapılmamasının yanında hiç yapılmamasının da dahil olduğu belirtilmiştir.²⁷¹ Yani görüldüğü üzere ifanın gerçekleşmemesinde kusurun varlığı belirleyici bir etken değildir.

Buna karşılık, tıpkı CISG'de olduğu gibi, ifa etmemenin sonuçları üzerinde bir ayırım yapılmış; 7.2.1 vd. maddelerinde aynen ifayı talep, ayıbın giderilmesini isteme ve nihayet mahkeme aracılığıyla talep edilebilecek para cezası düzenlenmiştir. Metnin 7.3.1 vd. maddelerinde, yine CISG'de olduğu gibi borca aykırılığın esaslı olup olmaması ayırımına gidilmiş, esaslı borca aykırılık hallerinde alacaklıya sözleşmeyi fesih hakkı tanınmıştır.

²⁶⁸ Bergen, s. 899

²⁶⁹ Ersin, s. 112

²⁷⁰ Art. 7.1.1 – “non-performance is failure by a party to perform any of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.”

²⁷¹ “... non-performance is defined so as to include all forms of defective performance as well as complete failure to perform.”

Avrupa Sözleşme Hukukunun Temel İlkeleri, yani PECL, Ole Lando'nun başkanlığında²⁷², Avrupa'nın sözleşmeler hukuku alanında ileri gelen akademisyenleri tarafından kaleme alınmış ve Avrupa Birliği'nde ortak bir sözleşmeler hukuku kurmayı amaçlayan bir metindir; bu bağlamda PICC ile CISG'nin ciddi manada etkisinde kalmıştır.²⁷³ PECL de, tıpkı CISG ve PICC'de olduğu gibi, ifa engelleri hukuku yönünden yeknesak bir yaklaşım benimsemiştir. Bu bağlamda 8:101 no.lu maddede; sözleşme taraflarından birinin sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü yerine getirmedeği takdirde, bu ifa etmeme durumunun 8:108 no.lu madde uyarınca hukuka uygunluk sebebi de bulunmuyorsa, zarar gören tarafın 9. bölümde belirtilen hukuki korumalardan yararlanabileceği belirtilmektedir.²⁷⁴

Borca aykırılığın esaslı olup olmaması, PECL'de de ölçüt olarak alınmıştır. 8:103 no.lu madde uyarınca, borcun ifa edilmemesi; ifaya sıkı sıkıya bağlılığın sözleşmenin özüne ilişkin olması, zarar gören tarafın sözleşmeden beklentilerinden ciddi manada mahrum bırakılmış olması ve nihayet ifa etmemenin kasıtlı olması ve zarar gören tarafın, borcunu ifa etmeyen taraftan gelecekte de sözleşmeye uygun davranmasını bekleyemeyeceği durumlarda esaslı sayılacaktır.²⁷⁵ Sonuç olarak,

²⁷² Bu sebeple metni kaleme alan The Commission of European Contract Law, "Lando Commission", PECL metni de "Lando Principles" olarak anılmaktadır. – **Bergen**, s. 878

²⁷³ **Ersin**, s. 135

²⁷⁴ **Lando, Ole/Beale, Hugh**: "Principles of European Contract Law Parris I and II", Lahey, 2000, s. 359 - Art. 8:101 - "Whenever a party does not perform an obligation under the contract and the non-performance is not excused under Article 8:108, the aggrieved party may resort to any of the remedies set out in Chapter 9."

²⁷⁵ **Lando/Beale**, s. 364

metinde, borcun ifa edilmemesi kavramı, sözleşmeden doğan her türlü borcu ve her türlü ifa etmeme davranışını kapsayacak şekilde kullanılmıştır.²⁷⁶

Bu başlık altında değineceğimiz son metin olan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı, yani DCFR, 2009 yılında, Avrupa Medeni Kanunu Çalışma Grubu tarafından hazırlanmış akademik bir metindir.²⁷⁷ DCFR, esasen bir ortak Avrupa kanunu tasarısı olmaktan çok, Avrupa sözleşme hukuku alanında süregelen tartışmalar açısından akademik bir referans noktası olma amacı güder.²⁷⁸ Özellikle borcun ifa edilmemesini düzenleyen 3:101 no.lu maddesinde, PECL'den ciddi ölçüde esinlendiği görülmektedir. Zaten PECL'in mimari Lando, henüz DCFR'nin hazırlanışı aşamasında, bu hususa dikkat çekmiştir.²⁷⁹ PECL'in 8:101 no.lu maddesinde olduğu gibi, 3:101 no.lu maddede de, borçlunun bir yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, bu ifa etmeme durumunda bir hukuka uygunluk sebebi de yoksa, alacaklının bir takım hukuki korumalardan yararlanabileceği belirtilmektedir.²⁸⁰ DCFR, bu bağlamda borca aykırılık türlerinde yeknesak bir yaklaşım benimsemekle yetinmemiş; saydığımız diğer araçlardan farklı olarak bir borçlar özel bölümüne yer vermesine rağmen, ifa engellerine ilişkin olarak tekrardan

²⁷⁶ **Ersin**, s. 135

²⁷⁷ **von Bar**, Christian/**Clive**, Eric/**Schulte-Nölke**, Hans: "Principles, Definitions and Model Rules of Private Law : Draft Common Frame of Reference", Münih, 2009, s. 7

²⁷⁸ **Jansen**, Nils / **Zimmermann**, Reinhard: "A European Civil Code In All But Name: Discussing the Nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference", Cambridge Law Journal, 69 (1), 2010, s. 99

²⁷⁹ **Lando**, s. 382

²⁸⁰ **von Bar/Clive/Schulte-Nölke**, s. 238 – Art. 3:101 – "If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to any of the remedies set out in this Chapter."

kaçınmış ve genel bölümde yapılan düzenlemelere atıf yapmıştır.²⁸¹ Bu yönüyle DCFR, hem borca aykırılık türlerinde ayırım yapan, hem de ifa engelleri konusunda borçlar özel bölümünde aynı konuları defaatle düzenleyen Kanunumuzun sistematığından tamamen uzak bir düzenlemedir. Nihayet DCFR de, yukarıda belirttiğimiz diğer metinlerde olduğu gibi, borca aykırılığın esaslı olup olmamasına göre bir ayırım yapmış; 3:502 no.lu maddesinde alacaklıya, borca aykırılığın esaslı olması halinde sözleşmeyi fesih imkanı tanımıştır.²⁸²

Görüldüğü üzere; PICC, PECL ve DCFR, esasen CISG'den ve birbirlerinden etkilenmiş metinler olmalarının da doğal bir sonucu olarak, özellikle borca aykırılık hallerinin sistematize edilmesi açısından birbirlerine oldukça yakın düzenlemeler içermektedirler. Atamer'in yerinde olarak belirttiği üzere²⁸³, bu düzenlemelerdeki ortak noktalar, üç başlık altında toplanabilecektir:

1- Üç metinde de “ifa etmeme” (*non-performance*) kavramı esas alınmış, bu cümleden hareketle imkansızlık, temerrüt yahut kötü ifa gibi borca aykırılık hallerine yer verilmemiştir. Görülen tek ayırım, borca aykırılığın “esaslı” (*fundamental*) olup olmamasıdır.

2- Üç metinde de garanti sorumluluğu esas alınmış olup, borçlunun sorumluluktan kurtulabilmesi için mücbir sebebin varlığını ispat etmesi gerekir.

²⁸¹ Atamer, Armağan, s. 232

²⁸² von Bar/Clive/Schulte-Nölke, s. 244 – Art. 3:502 - “A creditor may terminate if the debtor’s non-performance of a contractual obligation is fundamental.”

²⁸³ Atamer, Armağan, s. 231-232

3- Üç metinde de ifa engelleri iki alt başlığa ayrılmış; ilk başlıkta ifa etmeme halinde alacaklının sahip olduğu haklar ana hatlarıyla ele alınmış, ikinci başlıkta da alacaklının başvurabileceği yaptırımlar ayrıntılı olarak incelenmiştir.

Modern sözleşmeler hukukundaki son yaklaşımları yansıtan bu metinlerin ve genel olarak hukukun birleştirilmesi konusundaki çalışmaların ülkemiz açısından da önem arz ettiği, öğretilerde yerinde olarak belirtilmiştir.²⁸⁴ Ne var ki aşağıda Türk Borçlar Kanunu'nun sistematik tercihi incelenirken öğretinin bu yöndeki görüşlerinin kanunun yapımı aşamasında dikkate alınmamış olduğu görülecektir.

c. Türk Borçlar Kanunu'nun Sistematik Tercihi ve Borcun İfa Edilmemesi Halleri

i. Genel Olarak

Gerek 818 sayılı eBK, gerekse Türk Borçlar Kanunu, farklı borca aykırılık türleri için farklı yaptırımlar öngörmektedir. Bu bağlamda kusurlu imkansızlık, kusura dayanmayan imkansızlık, temerrüt ve kötü ifa birbirinden farklı durumlarda söz konusu olmakta ve birbirinden tamamen farklı yaptırımlara tâbi tutulmaktadır. Bunun yanında daha önce de belirttiğimiz üzere bazı durumlarda kanunun genel bölümünde düzenlenen borca aykırılık halleri, özel borç ilişkilerine ilişkin hükümlerde tekrar karşımıza çıkabilmektedir. Borçlar özel-borçlar genel ikililiğinin yanında her bir borca aykırılık halinin gerek sebep gerekse sonuç yönüyle birbirinden bu şekilde ayrılması, pratik olmaktan uzaktır.²⁸⁵ Bu başlık altında ana hatlarıyla

²⁸⁴ **Oğuz**, Arzu: "Sözleşmeler Hukukunda Hukukun Birleştirilmesi", AÜHFD, C.49, S.1-4, 2000, s. 59; **Ersin**, s. 182

²⁸⁵ **Baş**, Ece: "Satım Hukukunda Aynen İfa Talebinin Birincil Yaptırım Olması Sorunu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C. 8, Özel Sayı, 2013, s. 630

TBK'nın sistematığı çerçevesinde borca aykırılık halleri ve öngördükleri yaptırımlar incelenecek; eser sözleşmesine ilişkin olarak bu borca aykırılık halleri ve sonuçlarının ayrıntılı incelemesine ise bu bölümün 3. başlığı altında yer verilecektir.

ii. İmkansızlık

İmkansızlığın Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenişi, imkansızlığın nitelendirilişine göre pek çok farklı maddeye dağılmış durumdadır. Kanımızca denebilir ki, TBK'nın ifa engellerinin düzenlenişindeki sistematik tercihinin düzensizliği, kendisini en net imkânsızlık hükümlerinde gösterir.

Bu konuda karşımıza çıkan ilk hüküm, TBK md. 27/I hükmüdür. Buna göre “... konusu imkansız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.” “Başlangıçtaki imkansızlık” olarak da adlandırılan bu halde, objektif ve sürekli bir imkânsızlık söz konusudur ve bu kapsamda kurulan sözleşme kesin olarak hükümsüzdür.²⁸⁶

Başlangıçtaki imkânsızlığın yanında, Kanun, 112. ve 136. maddelerinde, “sonraki imkânsızlık” hakkında düzenlemeler yapmış ve borçlunun kusurlu olup olmamasına göre bir ayrıma gitmiştir.²⁸⁷ TBK md. 112 uyarınca “Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat

²⁸⁶ **Özçelik**, Barış: “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkansızlık ve Sonuçları”, AÜHFD, C. 63, S.3, 2014, s. 571; **Dayımlarlı**, Temerrüt, s. 109; **Reisoğlu**, s. 139 - Objektif imkânsızlık ile kastedilen, edimin ifasının herkes için imkânsız olmasının gerekmesidir.; **Buz**, Vedat: “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması” (“İmkansızlık”), AÜSBFD, C. 49, 1994, s. 24 – “Edim sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyor, fakat borçlu dışındaki üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebiliyorsa, “Subjektif İmkansızlık” söz konusu olur.” Aynı yönde bkz. **Tandoğan, Haluk**: “Türk Mes’uliyet Hukuku” (“Mes’uliyet”), 1. Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul, 2010, s. 396 **Serozan**, İfa Engelleri, s. 168 - Baştan subjektif imkânsızlık, sözleşmenin kesin hükümsüzlüğüne yol açmaz.

²⁸⁷ **Reisoğlu**, s. 138; **Özçelik**, s. 571

etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”; buna karşılık TBK md. 136/I uyarınca “Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkânsızlaşırsa, borç sona erer.” TBK md. 112’de borcun hiç ifa edilmemesi ile kastedilen, madde metninde açıkça belirtilmemiş olsa da, borcun ifasının, borçluya yüklenebilen bir sebeple imkansız hale gelmesidir.²⁸⁸ TBK md. 136’da ise, borçlunun kusuru olmaksızın edimin ifasının imkânsız hale gelmesi durumunda, borcun sona ereceği düzenlenmektedir. Her iki sonraki imkânsızlık hali yönünden ise, imkânsızlığın objektif veya sübjektif olması önem taşımamakta ve her halükarda bu hükümler uygulama alanı bulmaktadır.²⁸⁹

Yani görülmektedir ki TBK, başlangıçtaki imkânsızlığı “Sözleşmenin İçeriği” başlığı altında, sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak; sonraki kusurlu imkânsızlığı “Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları” başlığı altında ve nihayet sonraki kusursuz imkansızlığı ise “Borç İlişkilerinin Sona Ermesi” başlığı altında düzenlenmiştir. Hatta daha önce de belirttiğimiz üzere başlangıçtaki imkânsızlığın objektif-sübjektif olmasına göre, imkânsızlığın geçici veya sürekli olmasına göre ve nihayet tam yahut kısmi olmasına göre daha pek çok ayırım yapılmaktadır.²⁹⁰ Her bir farklı imkânsızlık türünün yanında, Kanunun bunlara bağladığı sonuçlar da birbirinden farklılık arz etmekte ve bunların bir sonucu olarak ortaya oldukça karmaşık bir imkânsızlık sistemi ortaya çıkmaktadır.

Her şeyden önce, baştaki imkânsızlığa butlan yaptırımının ve sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında tasfiyenin bağlanmış olması, öğretide yerinde

²⁸⁸ Aral, s. 68; Özçelik, s. 571; Oğuzman/Öz, s. 388

²⁸⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 168; Tandoğan, Mes’uliyet, s. 396

²⁹⁰ Reisoglu, s. 351

olarak eleştirilmekte; örneğin edimin sözleşmenin kurulmasından hemen önce veya hemen sonra telef olmasının ortaya çıkacak hukuki sonuçlarda bu denli bir fark yaratmasının tatmin edici olmadığı belirtilerek, butlan yaptırımın tutarsız olduğu ifade edilmektedir.²⁹¹ İkinci olarak, “başlangıçtaki imkansızlık” deyiminden neyin anlaşılması gerektiği, diğer bir ifadeyle başlangıçtaki imkansızlık ile sonraki imkansızlık arasındaki ayrımı hangi noktada yapılacağı meselesi dahi tartışma konusudur: Bir görüşe göre sözleşme konusu edimin ifa anı, diğer bir görüşe göre ise sözleşmenin kurulduğu an esas alınmalıdır.²⁹²

Baştaki imkânsızlığa ilişkin bu sorunların aşıldığı varsayımında dahi, kalan imkânsızlık türlerine bağlanan sonuçlar ciddi bir karmaşa yaratmaktadır.²⁹³ Serozan, bu hususu şöyle ifade etmiştir: “Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümler bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara ve çarpıcı eşitsizliklere yol açmaktadır.”²⁹⁴ Gerçekten de kanun koyucunun belirlediği bu ayrımlar, ne modern hayatın gerekleriyle, ne de mantığıyla bağdaşır. Zaten artık seri imalata dayanan günümüz ekonomilerinde parça borcuna gitgide daha az

²⁹¹ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 164-165; Ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, Rona: “Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması” (“Armağan”), Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, İstanbul, 2007, s. 2030 vd.

²⁹² **Altunkaya, Mehmet**: “Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı”, Ankara, 2005, s. 102

²⁹³ **Atamer**, Armağan, s. 224; Örneğin borçlunun kusurundan ileri gelen sonraki imkansızlıkta borcun sona ermeyeceği ve imkansız hale gelen edimin yerini tazmin yükümlülüğünün alacağını savunan baskın görüşe karşılık; borçlunun kusurunun bulunup bulunmadığına bakılmaksızın ifası imkansızlaşan borcun sona ereceği görüşünde olan yazarlar da vardır. – **Oğuzman/Öz**, s. 395

²⁹⁴ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 136

rastlanmakta, bunun bir sonucu olarak da imkânsızlık kurumu önemini yitirmektedir.²⁹⁵

Bütün bu hususların yanında, konumuzla bağlantılı olarak bu bölümün üçüncü başlığı altında incelenecek olan, eser sözleşmesinde iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşmasını düzenleyen TBK md. 485 ve yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesini düzenleyen TBK md. 486 hükümleri de düşünüldüğünde, yukarıda açıklanan uluslararası hukuk kaynaklarındaki yeknesak düzenin pratik olarak sağladığı kolaylıklar hepten önem kazanmakta ve kanun koyucunun 6098 sayılı TBK'yı düzenlemesi esnasında seçtiği ifa engellerine ilişkin yaklaşımın isabetli olup olmadığının hepten sorgulanmasına yol açılmaktadır.

iii. Sözleşmenin Müspet İhlali ve Terminoloji Sorunu

Hukukumuzda ana hatlarıyla sözleşmenin müspet ihlali hallerinin düzenleniş şekli bahsetmeden önce, bu konuda uzun zamandır süre gelen terminoloji tartışmasına değinmekte fayda görüyoruz.

Kanununun 112. maddesinde bahsettiği “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” kapsamına giren borca aykırılık türlerinin nasıl tasnif edileceği, öğretide uzun zamandır tartışma konusu yapılmıştır. Kılıçoğlu, kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) ve sözleşmenin müspet ihlalini bu bağlamda birbirinden ayrı borca aykırılık halleri olarak değerlendirirken²⁹⁶; Serozan, sözleşmenin müspet ihlali ve kötü ifa kavramlarını eş anlamlı olarak kullanmış ve sözleşmenin müspet ihlali kavramının, “imkansızlık ve temerrüt sayılmayan tüm sözleşmeye aykırılıkları kucakladığını”

²⁹⁵ **Atamer**, Armağan, s. 220-221; Nitekim “Tür (cins) borçlarında kural olarak imkansızlık söz konusu olmaz.” – **Oğuzman/Öz**, s. 393

²⁹⁶ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 632

ifade etmiştir.²⁹⁷ Reisoğlu ise, sözleşmenin müspet ihlali yahut kötü ifa ayrımlarına girmeksizin, madde kapsamına giren her durum için doğrudan gereği gibi ifa etmeme kavramını kullanmıştır.²⁹⁸ Oğuzman/Öz ise, sözleşmenin müspet ihlalinin, ifanın gereği gibi yapılmadığı her durumu kapsayamayacağını belirterek; “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” veya “kötü ifa edilmiş olması” tabirlerini üst kavram olarak kullanmaktadır.²⁹⁹ Eren, “sözleşmenin müspet ihlali” kavramına hukukumuzda ihtiyaç bulunmadığından bahisle, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalinin, “gereği gibi ifa etmeme” çatısı altında toplamaktadır.³⁰⁰ Buna karşılık biz, bu çalışmamızda, Aral’ın yaptığı ve “geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme” ve “dar anlamda gereği gibi ifa etmeme” ayırımına dayanan tasnifi³⁰¹ ve “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” kavramını bir üst kavram olarak kullanmayı uygun gördük.

Geniş anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi, borçlunun, borç ilişkisinin taraflarına, edimin içeriğine, ifa yerine veya zamanına ilişkin olarak; kanun veya sözleşmeyle öngörülen edim yükümlülüğünü ihlal etmesidir; buna karşılık dar anlamda borcun gereği gibi ifa edilmemesi ise, edimin kanun veya sözleşme kapsamında taşıması gereken özellikleri taşımadığı, diğer bir deyişle ifanın ayıplı olduğu durumda söz konusu olur.³⁰² Her iki durumda da, yapılmaması gereken bir şey yapılmış, edim gerçekleştirilmiş, fakat sözleşmeye aykırı olarak gerçekleştirilmiştir; öyleyse yükümün olumlu bir davranışla ihlali, nihai deyişle “sözleşmenin müspet ihlali” söz konusudur; bu kavram, temerrüt ve imkânsızlık

²⁹⁷ Serozan, İfa Engelleri, s. 246

²⁹⁸ Reisoğlu, s. 351-352

²⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 405

³⁰⁰ Eren, Borçlar Genel, s. 1045

³⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 74 vd., s. 106 vd.

³⁰² Aral, s. 74-75

dışındaki tüm borca aykırılık hallerini kapsar.³⁰³ Bu bağlamda edim yükümünün ihlali, diğer bir deyişle ayıplı ifa, yan yükümlerin ihlali ve nihayet koruma yükümlerinin ihlali; sözleşmenin müspet ihlaline sebep olacaktır.³⁰⁴

Görüldüğü üzere, başlı başına “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” kavramının kapsamı dahi tartışma konusu olmuş, hatta TBK md. 112’nin sözleşmenin müspet ihlalini düzenleyip düzenlemediği dahi tartışılmıştır.³⁰⁵ Bunun yanında daha önce bahsettiğimiz Borçlar Hukuku genel bölüm-özel bölüm ikililiği kendisini bu noktada sıklıkla göstermektedir: TBK md. 219 vd. maddelerinde satıcının ayıptan sorumluluğu, TBK md. 304 vd. maddelerinde kiraya verenin kiralananın ayıplarından sorumluluğu ve nihayet bu çalışma kapsamında incelenecek olan TBK md. 474 vd. maddelerinde ise yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğu ayrı ayrı düzenlenerek, bunların her biri birbirinden farklı olgulara ve farklı sonuçlara bağlanmıştır.

Bu bağlamda sözleşmenin müspet ihlali yahut borcun gereği gibi ifa edilmemesi olarak nitelendirilebilecek hallerin kapsamının, hükümlerinin ve hatta terminolojinin bile tartışılmasına sebebiyet veren TBK hükümleri incelenirken; “basit, anlaşılır, tutarlı ve gelişmelere açık” olarak nitelendirilebilecek³⁰⁶ yeknesak borca aykırılık sisteminin ilgi çekiciliği, kanaatimizce hepten ön plana çıkmaktadır.

³⁰³ Aral, s. 78; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 974

³⁰⁴ Aral; s. 111 vd.

³⁰⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 249

³⁰⁶ Atamer, Armağan, s. 233-234

iv. Temerrüt

1. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdü, TBK'nın 117 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK md. 117/I uyarınca “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtarıyla temerrüde düşer.” Aral'ın ifadesiyle temerrüt, “İfası mümkün ve muaccel bir borcun, kanun veya taraflarca öngörülen zamanda yerine getirilmemesidir.”³⁰⁷ Borçlunun özel bir def'i ile ifadan kaçınabileceği halleri ve alacaklının ihtar şartını da hesaba katan daha kapsamlı bir tanım uyarınca ise “Borçlu, ifa etmekten kaçınamayacağı, muaccel ve mümkün bir edimi zamanında yerine getirmediği için alacaklının ihtarına maruz kalırsa, bu suretle gerçekleşen sorumluluk sebebine temerrüt denir.”³⁰⁸ Temerrüt yerine borçlunun direnimi ifadesini kullanan yazarlar da vardır.³⁰⁹

Öyleyse bu tanımlardan borçlunun temerrüde düşmesi için şu koşulların varlığının gerektiği görülmektedir:

1- Her şeyden önce ortada muaccel bir borç olmalıdır. Zira borcun ifasının gecikmesi için, öncelikle ifa zamanı gelmiş olmalıdır.³¹⁰

2- Bu borcun ifası mümkün olmalıdır. Bu bağlamda gerek vadeden önce, gerekse vadenin kaçırılması sebebiyle ifanın imkansızlaştığı durumlarda temerrüt değil, imkansızlık hükümleri uygulama alanı bulur.³¹¹

³⁰⁷ Aral, s. 72

³⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 911

³⁰⁹ Reisöglü, s. 369

³¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 377: “Bu açıdan ifa zamanı, alacaklının borcun ifasını talep yetkisine sahip olacağı zamanı ifade eder.”; Eren, Borçlar Genel, s. 1092-1093

³¹¹ Oğuzman/Öz, s. 384; Eren, Borçlar Genel, s. 1092

3- Borçlunun ifadan kaçınmasını haklı kılan bir def'i bulunmamalıdır. Örneğin borcun muaccel olmasına rağmen borçlunun zamanaşımı def'i veya ödemezlik def'i kullanması, onun temerrüde düşmesine engel olacaktır.³¹²

4- Alacaklının veya onun temsilcisinin ihtarı olmalıdır. İhtar, borç muaccel olduktan sona yapılacaktır ve herhangi bir geçerlilik şekil şartına tâbi değildir.³¹³ İhtar, varması gerekli irade beyanı olduğundan bahisle, “borçlunun hakimiyet alanına ulaştığı anda” etkisini doğurur.³¹⁴

Alacaklının ihtarının gerekmesine ilişkin kuralın ise pek çok istisnası mevcuttur. Öncelikle TBK md. 117 hükmü emredici olmadığı için, taraflar sözleşme ile ihtar koşulunu kaldırabilirler.³¹⁵ Hükmün ikinci fıkrasında ise, alacaklının ihtarının aranmadığı dört hal sayılmıştır. Bazı yazarlarca bu haller, “ihtar yerine geçen durumlar” olarak zikredilmektedir.³¹⁶ Buna göre; borcun ifa edileceği gün sözleşmede belirlenmiş ise, sözleşmede taraflardan birine vadeyi belirleme hakkı verilmiş ve bu taraf usulüne uygun bildirimde bulunarak vadeyi belirlemişse, haksız fiilde ve nihayet iyiniyetli olmayan sebepsiz zenginleşmede; alacaklının ihtarına gerek olmaksızın borçlunun temerrüde düşmesi mümkündür. Temerrüt için kusur

³¹² Oğuzman/Öz, s. 377

³¹³ Oğuzman/Öz, s. 378 vd. – Tacirler arasında ihtarı düzenleyen TTK md. 18/3 hükmü ile öngörülen şekil şartı saklı olup, maddede öngörülen şekil şartı geçerlilik şekil şartıdır.

³¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 1094

³¹⁵ Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 680

³¹⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 1095 vd.

aranmaz; yalnızca temerrüdün tazminat taleplerine ilişkin sonuçları bakımından kusurun varlığının arandığı durumlar mevcuttur.³¹⁷

TBK md. 123 vd. maddelerinde ise karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Nitekim bu kurallar, eser sözleşmeleri açısından da uygulama alanı bulacaktır; zira kanun koyucu, eser sözleşmesi açısından temerrüde ilişkin özel hükümlere yer vermemiştir. Bu sebeptendir ki karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin ayrıntılı açıklamalara, tekerrüre düşmemek adına yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünü incelerken yer vermeyi; bu noktada da ileride yapacağımız bu açıklamalara atıf yapmayı uygun görüyoruz.³¹⁸

Görüldüğü üzere kanun koyucu, temerrüdün varlığı için pek çok koşul aramış, bu koşulların bazıları hakkında istisnalar öngörmüş; buna karşılık karşılıklı borç yükleyen akitlerde alacaklının temerrüde bağlanan hukuki korumalardan yararlanabilmesi için, genel koşullara ek olarak daha sonra inceleyeceğimiz özel koşullar da düzenlemiştir.

İfa engellerinin düzenleniş sistemi açısından, bu kurallar çeşitliliğinin yanında, alacaklıya tanınan ve TBK md. 125'te belirtilen seçimlik hakların düzenlenişi de önemlidir. Şöyle ki; borçlunun temerrüde düşme sebebi ne olursa olsun, onun kusuru da bu konuda önem arz etmeksizin; alacaklı bu seçimlik haklarından herhangi birini kullanabilecektir. Diğer bir deyişle, alacaklı aynı temerrüt durumu için, dilerse aynen ifayı talep edebilecek, dilerse ifadan vazgeçip

³¹⁷ Örneğin TBK md. 118 ve TBK md. 125/III - **Reisoğlu**, s. 372; **Aral**, s. 73; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 684-685; **Eren**, Borçlar Genel, s. 1098-1099; **Dayınlı**, Temerrüt, s. 73

³¹⁸ Açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, III/c – “Temerrüt”

tazminat isteyebilecek, hatta dilerse sözleşmeden dahi dönebilecektir. Halbuki sözleşmeden dönme hakkı; gerek üzerinde durduğumuz uluslararası hukuk metinlerinde, gerekse yeni yasalarda³¹⁹, yalnızca sözleşmenin esaslı (*fundamental*) ihlalinde başvurulabilecek bir son çare yaptırımımızdır.

Gerçekten de borçlunun bu derece ağır bir yaptırımla karşı karşıya kaldığı hallerde, hukukumuzda borca aykırılığın esaslı olup olmadığına ilişkin bir ayırım yapılmıyor olması düşündürücüdür. Borçlu, esasen temerrüdü halinde hangi yaptırımla karşı karşıya kalacağını bilmemektedir. Örneğin temerrüde düştüğü takdirde kimi zaman aynen ifaya zorlanacak, kimi zaman ortada bir sözleşme dahi kalmayacaktır – kaldı ki bu iki yaptırım, aynı edim için ve aynı şekilde temerrüde düşülmesi ile ortaya çıkabilir. Borçluya TBK md. 123 uyarınca süre verilmek suretiyle bu belirsizliğin giderildiği iddia edilebilirse de, kanımızca süre verilmesinin gerekmediği durumların çokluğu ve özellikle de özel hükümlerde öngörülen istisnalar³²⁰ dikkate alındığı vakit, kanun koyucunun temerrüdü ve sonuçlarını düzenleme şekli; pratik gereklere uzak görünmektedir.

2. Alacaklının Temerrüdü

Türk hukukunda ifa engelleri sistematikliğini ana hatlarıyla anlatırken değinmekte fayda gördüğümüz son konu, alacaklı temerrüdüdür. Kanunumuz, alacaklı temerrüdünü, borçların ifa edilmemesi ayırımında değil, borçların ifası ayırımında inceleyerek kanaatimizce bu konuda da sistematik bir hataya düşmüştür.

³¹⁹ Serozan, İfa Engelleri, s. 236

³²⁰ Örneğin TBK md. 235/II uyarınca satım sözleşmesinde satıcının süre vermesine gerek olmaksızın sözleşmeden dönebileceği hususu düzenlenmiş ve daha önce de belirttiğimiz borçlar genel-borçlar özel ikililiğinin bir başka örneği yaratılmıştır.

TBK md. 106 uyarınca, “Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.” Yani kısaca ifade etmek gerekirse, alacaklı, borçlunun ifasını olumlu veya olumsuz bir tutumla engelliyorsa, alacaklı temerrüdü söz konusu olur.³²¹

Kanun, 106. maddede, alacaklının kabul etmediği edimin muaccel olup olmaması gerektiğinden bahsetmemiştir. Bazı yazarlara göre, muaccel olmayan borç için alacaklının temerrüde düşmesi mümkün değildir.³²² Diğer bir görüşe göre ise, alacak muaccel olmasa da alacaklı temerrüde düşebilir; yeter ki borç, TBK md. 96 uyarınca “vadesinden önce ifa edilebilir” nitelikte olsun.³²³ Kanımızca alacaklının temerrüdünün söz konusu olabilmesi için borcun muacceliyeti şartını aramayan ikinci görüş yerindedir. Gerçekten de TBK md. 96 uyarınca borçlu kural olarak edimi vadeden önce ifa edebilir. Nasıl ki geciktirilmiş edimlerin kabul edilmemesi ancak alacaklının çekeceği ihtarla borçluyu temerrüde düşürmesi şartına bağlıysa, muaccel olmadan ifası mümkün olan edimlerin vadeden önce ifası da kural olarak geri çevrilemez.³²⁴ Bu sebeptendir ki; kural olarak, vadeden önce kendisine önerilen ifayı geçerli bir sebebe dayanmaksızın kabul etmeyen alacaklı, temerrüde düşer. Alacaklının temerrüde düşmesi için, tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi, kusurlu olması şart değildir.³²⁵

³²¹ Serozan, İfa Engelleri, s. 143

³²² Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, s. 677

³²³ Reisoğlu, s. 337

³²⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 146

³²⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 145

Alacaklının temerrüde düşmesi sonucu, borçlu doğrudan doğruya borçtan kurtulmadığı gibi, borcun son bulması da söz konusu olmaz.³²⁶ Ancak kanun, TBK md. 107 vd. maddelerinde, borçluya bir takım hukuki imkanlar sağlamıştır. Borcun konusu bir şeyin teslimini gerektiriyorsa, borçlu, edim konusunu hakimın tayin edeceği yere tevdi ederek yahut tevdiin mümkün olmadığı hallerde sattırıp bedelini tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Borcun konusunun bir şeyin fiilen teslimini gerektirmediği durumlarda, örneğin iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, iş sahibinin haklı sebep olmaksızın üzerine düşen hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınması durumunda, TBK md. 110 uyarınca borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler kıyas yoluyla uygulanır ve yüklenici, yani borçlu bu kapsamda sözleşmeden dönebilir.

Görüldüğü üzere kanun, her şeyden önce alacaklı temerrüdünü “borcun ifa edilmemesi” hallerinden değerlendirmemiş, bunun yanında borçluya tanınan çözümler yönünden edim konusunun bir şeyin teslimini gerektirip gerektirmemesine göre ayrıma gitmiş, belirli durumlarda borçlu temerrüdüne atıf yapmış ve nihayet genel hükümler ile özel hükümler yönünden birbirinden ayrılan hükümlere yer vermiştir. Bu karmaşık çözüm sistemi yerine, daha önce incelediğimiz uluslararası hukuk kaynakları kapsamında getirilen çözümler, modern hayatın gelişmelerine açık ve daha pratik görünmektedir.³²⁷ Ne var ki, defaatle belirttiğimiz üzere, uluslararası

³²⁶ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 669

³²⁷ Örneğin CISG md. 80, alacaklı temerrüdünden bahsetmeden bu müesseseyi düzenler. – Art. 80 “A party may not rely on a failure of the other party to perform, to the extent that such failure was caused by the first party’s act or omission.” Buna göre sözleşmenin tarafı, karşı tarafın borcunu ifa etmemesine, bu ifa etmeme onun kendi olumlu veya olumsuz eyleminden kaynaklandığı ölçüde dayanamaz. Kanımızca bu çözüm, Kanunumuzun getirdiği sisteme oranla çok daha anlaşılabilir ve yerinde bir çözümdür.

hukuktaki bu gelişmeler, alacaklının temerrüdü yönünden de yeni Kanun hazırlanırken dikkate alınmamıştır.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE BORCUN İFA EDİLMEMESİ

a. İmkansızlık Sebebiyle Borcun İfa Edilmemesi

i. Genel Olarak

Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşme ilişkisi içine giren tarafların amacı, karşı edimi elde etmektir; zira sözleşme normal olarak her iki tarafın edimlerini ifa etmesiyle sona erer.³²⁸ Ancak taraf edimlerinin ifa edilemediği veya ifa edilemez hale geldiği durumlar mevcut olup, böyle durumlarda imkânsızlıktan söz edilir.³²⁹

Edimin sözleşmenin kurulduğu anda imkansız olması halinde başlangıçtaki imkansızlığın, sonradan imkansız hale geldiği durumlarda sonraki imkansızlığın söz konusu olduğu hususuna daha önce değinmiştik. Bu bağlamda somut olayda bir imkânsızlık tespit edilmişse, Kanunumuzun sistematığı açısından yapılması gereken, öncelikle bu imkânsızlığın hangi anda var olduğunu tespit etmektir. Daha sonra imkansızlığın borçlunun kusuruna dayanıp dayanmadığına göre bir ayırım yapılacaktır. Buradan hareketle denilebilir ki, Borçlar Kanunu'muzun genel hükümleri altında düzenlenen gerek başlangıçtaki ve gerek kusurlu gerekse kusursuz sonraki ifa imkânsızlığına ilişkin TBK md. 27/1, 112 ve nihayet 136. maddeleri, eser

³²⁸ Buz, İmkansızlık, s. 23; Altaş, s. 183

³²⁹ Buz, İmkansızlık, s. 23

sözleşmesi açısından da uygulama alanı bulacaktır. Bu hükümler çalışmamızda daha önce incelenmiş olup, tekröre yer vermemek adına burada ele alınmayacaklardır.³³⁰

Eser sözleşmeleri açısından borcun imkansızlık sebebiyle ifa edilmemesi hallerini incelediğimiz bu bölümde, kanımızca değinmemiz gereken üç husus bulunmaktadır: Bunlar, iş sahibi yüzünden ifanın imkansızlaşmasını düzenleyen TBK md. 485, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesini düzenleyen TBK md. 486 ve nihayet eserin yok olmasını düzenleyen TBK md. 483 hükümleridir. Görüldüğü üzere yüklenicinin kusurlu davranışıyla eseri teslim borcunun ifasının imkansızlaşmasını düzenleyen özel bir hüküm yoktur, öyleyse bu durumda genel hükümler ve özellikle TBK md. 112 vd. uygulama alanı bulacaktır.³³¹

TBK 485. ve 486. maddelerinin, yüklenicinin eseri tamamlama borcunun imkansızlaşması hakkında getirilmiş özel düzenlemeler olduklarında tartışma bulunmamakla beraber, eserin yok olmasına ilişkin TBK md. 483 hükmünün, imkansızlıkla ve anılan diğer maddelerle ilişkisi konusunda öğretide süregelen tartışmalara da bu başlık altında yer verilecektir.

ii. İş Sahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması (TBK md. 485)

Kanun koyucu, iş sahibi ile ilgili bir olayın, eserin tamamlanmasını imkânsız kılması durumunu düzenlemenin yanında, bu durumda iş sahibinin kusuru olup olmamasına göre de bir ayrıma gitmeyi gerekli görmüş ve eBK md. 370'e karşılık

³³⁰ Bu bağlamda, başlangıçtaki-sonraki, kusurlu-kusursuz, sübjektif-objektif imkansızlık ayrımlarına ilişkin olarak yukarıda “Borcun İfa Edilmemesi” bölümü altında yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

³³¹ **Dayınlarlı**, Kemal: “İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları” (“Ademi İfa”), Ankara, 1986, s. 18 – Bazı yazarlara göre ise eserin yok olmasını düzenleyen TBK md. 483, yüklenicinin sorumlu olduğu imkansızlığı düzenlemektedir. Bu konuda bkz. **Altaş**, s. 193

gelen TBK md. 485 hükmünü şu şekilde düzenlemiştir: “Eserin tamamlanması, işsahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında işsahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.”

Her şeyden önce denebilir ki, burada geçerli olarak kurulmuş bir eser sözleşmesi bulunduğu bahisle, sonraki imkansızlık düzenleme konusu yapılmıştır. Bu sonraki imkansızlık halinin, aynı zamanda da objektif olması, diğer bir deyişle eserin tamamlanmasının yalnızca yüklenici değil, herkes için imkansız hale gelmiş olması gerekir.³³²

Bunun yanında imkansızlığın, “iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay” dolayısıyla meydana gelmiş olması gerekir. Bu bağlamda yalnız iş sahibinin şahsından değil; onun işletmesinden yahut ifa yardımcılarının davranışlarından kaynaklanan olaylar da “iş sahibi ile ilgili” sayılacaktır.³³³ Örneğin üzerinde inşaat yapılacak olan arsanın su altında kalması yahut kamulaştırılması³³⁴, taşınmazın SİT alanı ilan edilmesi³³⁵, iş sahibinin hastalanarak anlaştığı ressama poz verememesi³³⁶ durumlarında ifanın iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkansızlaşması söz konusudur. Hakim, hangi hallerin bu kapsama girdiğini, her somut olayın ve sözleşmenin özelliklerine göre takdir edecektir.³³⁷

³³² **Buz**, İmkansızlık, s.26; **Altaş**, s. 189-190

³³³ **Buz**, İmkansızlık, s. 27

³³⁴ **Dayınlı**, Ademi İfa, s. 20

³³⁵ **Özçelik**, s. 606

³³⁶ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 327

³³⁷ **Tandoğan.**, s. 327

Bu şartların gerçekleşmesi halinde eser sözleşmesi, ileriye etkili olarak sona erer.³³⁸ Bu sonra erme, TBK md. 485'in yanında, TBK md. 136'dan da kaynaklanır.³³⁹ Yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değer dışındaki giderlerini iş sahibinden isteyebilir. Kanun, bu değer ve giderlerin hesabının ne şekilde yapılacağını belirtmemiştir. Kanımızca değer göre bedeli düzenleyen TBK md. 481 hükmünün burada kıyas yolu ile uygulama alanı bulacağını savunan görüş³⁴⁰ yerindedir. Bu bağlamda yükleniciye ödeme yapan iş sahibinin, eserin tamamlanmış kısmının kendine devrini talep edebileceği kabul edilmektedir.³⁴¹ İmkansızlık anında yüklenici borçlu temerrüdünde ise, beklenmedik hallerden sorumluluğu düzenleyen TBK md. 119 kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır.³⁴² Öğretide, yüklenicinin TBK md. 485'ten yararlanabilmesi için, beklenmedik olayın gerçekleşme tehlikesini iş sahibine gecikmeksizin bildirmiş olması koşulu aranmaktadır.³⁴³

TBK md. 485'in ikinci fıkrası gereği, imkansızlığın ortaya çıkmasında iş sahibinin kusuru varsa, yüklenici ayrıca tazminat da talep edebilecektir. İş sahibinin kusurlu sayılması için; eserin tamamlanması, kendi kasti yahut ihmali davranışıyla imkansız hale gelmiş olmalı veya iş sahibi bu hususta kendisinden beklenen özeni

³³⁸ **Buz**, İmkansızlık, s. 29; **Gümüş**, s. 109 – Eser sözleşmesinin sona ermesi için iş sahibinin fesih beyanının gerekeceği yönündeki görüşler için bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 329

³³⁹ **Altaş**, s. 194-195

³⁴⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 329

³⁴¹ **Buz**, İmkansızlık, s. 30

³⁴² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 331; **Buz**, İmkansızlık, s. 30-31

³⁴³ **Buz**, İmkansızlık, s. 31; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 331

göstermemiş olmalıdır.³⁴⁴ Burada yüklenicinin isteyeceği tazminatın kapsamı, müspet zararının ve yoksun kalınan kârın tamamıdır.³⁴⁵

iii. Yüklenicinin Ölümü veya Yeteneğini Kaybetmesi Sebebiyle İfanın İmkânsızlaşması (TBK md. 486)

TBK md. 486’da, yüklenicinin şahsıyla ilgili nedenlerden dolayı eseri teslim borcunun ifasının imkansızlaşması düzenlemiş, edim hasarı iş sahibine yüklenmiştir.³⁴⁶ Buna göre, “Yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olan sözleşme, onun ölümü veya kusuru olmaksızın eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda kendiliğinden sona erer. Bu durumda işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.”

Bu madde kapsamında sözleşmenin kendiliğinden sona erebilmesi için, her şeyden önce sözleşmenin, yüklenicinin kişisel özellikleri göz önünde tutularak yapılmış olması, diğer bir deyişle şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimin söz konusu olması gerekir.³⁴⁷ Yüklenicinin kişisel özelliklerinin göz önünde tutulduğunun iş sahibince açıkça belirtilmiş olması şart değildir, bu durum halin gereklerinden dahi anlaşılabilir.³⁴⁸ İkinci olarak eserin tamamlanmasının, yüklenicinin ölümü veya

³⁴⁴ **Buz**, İmkansızlık, s.32; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 331

³⁴⁵ **Özçelik**, s. 606-607; **Dayınlarlı**, Ademi İfa, s. 20; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 330

³⁴⁶ **Altaş**, s. 205; **Buz**, İmkansızlık, s. 34

³⁴⁷ **Altaş**, s. 205

³⁴⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 333

kusuru olmaksızın yeteneğini kaybetmesi sonucu imkansız hale gelmiş olması gerekir.³⁴⁹ Bu yetenek kaybı geçici değil, devamlı olmalıdır.³⁵⁰

Bu koşulların gerçekleşmesi halinde, eser sözleşmesi kendiliğinden sona erer. Bu sona erme, ileriye etkili olup, tarafların bildirimde bulunmasına ihtiyaç duymaksızın kendiliğinden gerçekleşir.³⁵¹ Yüklenicinin ölümü sebebiyle sözleşmenin sona erdiği durumda, yüklenicinin mirasçıları, eseri meydana getirme borcundan kurtulacaklardır.³⁵² Sözleşmenin sona ermesinin yanında kanun, bir de iş sahibinin eseri kabul yükümlülüğünü düzenlemiştir. Buna göre “(...) işsahibi, eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.” Öyleyse öncelikle iş sahibinin eserin tamamlanan kısmından yararlanabiliyor olması gerekir. İş sahibi, bu durumun aksini iddia ettiği ölçüde ispatla mükelleftir.³⁵³ Öğretide hakim olan görüş uyarınca, burada iş sahibinin vereceği karşılık; yapılan işin miktarının, eserin tamamına oranı dikkate alınarak hesaplanır.³⁵⁴

³⁴⁹ eBK md. 371’deki “...aciz kaldığı takdirde” ifadesi yerine “eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumunda” ifadesinin kullanılması, kanımızca yerine olmuştur. Zira eski Kanun döneminde mali aczin bu kapsamda olmadığı, yerinde olarak belirtilmekteydi. – **Altaş**, s. 206

³⁵⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 334; **Gümüş**, s. 112

³⁵¹ **Altaş**, s. 206; **Buz**, İmkansızlık, s. 36 – Fesih için iş sahibinin beyanının arandığı görüşüne ilişkin açıklamalar için bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 336

³⁵² **Dayınlırlı**, Ademi İfa, s. 19

³⁵³ **Buz**, İmkansızlık, s. 37

³⁵⁴ Sözleşmede bir ücret kararlaştırılmamışsa TBK md. 481’e göre işin değeri hesaplanıp, tamamlanan kısmın oranına göre ücret belirlenecektir. - **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 336; **Buz**, İmkansızlık, s. 37

Yüklenicinin kendi kusuruyla eseri tamamlama yeteneğini kaybetmesi durumu TBK md. 486'da düzenlenmemiştir. Bu durumda iş sahibinin, müspet zararlarının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir.³⁵⁵

iv. Eserin Teslimden Önce Yok Olması ve İmkânsızlık ile İlişkisi (TBK md. 483)

Eser sözleşmesinde hasarın geçmesini düzenleyen TBK 483. maddenin 1. fıkrası uyarınca, “Eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa işsahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe yüklenici, yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. Bu durumda malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.” Öyleyse eserin teslimden önce beklenmedik bir olay sonucu yok olması ile, eseri teslim borcunun ifasının imkansızlaşmasının aynı anda gerçekleştiği durumlar yönünden, hangi maddelerin uygulama alanı bulacağı netleştirilmelidir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, TBK md. 483, doğrudan doğruya bir imkânsızlık halini düzenlemez. Gerçekten de eserin teslimden önce yok olması, başlı başına eseri teslim borcunu imkânsız kılmaz. Ne var ki bu iki durumun aynı anda gerçekleşme ihtimalinin yüksek olduğu da bir gerçektir.³⁵⁶ Doktrindeki hakim görüş uyarınca, TBK md. 483 ile TBK md. 485, birbirinden tamamen farklı durumları düzenlemektedir; buna göre TBK md. 483 geçmişteki bir olayı, TBK md. 485 ise bir şeyin gelecekte gerçekleşmemesi hususunu düzenler.³⁵⁷ Her iki durumun birlikte gerçekleştiği durumlarda ise, yani iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay, hem eserin

³⁵⁵ **Buz**, İmkânsızlık, s. 37; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 337

³⁵⁶ Örneğin iş sahibine ait arsa üzerinde devam eden inşaatın, eserin tesliminden önce deprem sonucu yıkılması ve arsanın da artık bina yapılmasına elverişsiz hale gelmesi durumunda olduğu gibi. – **Buz**, İmkânsızlık, s. 33

³⁵⁷ **Altaş**, s. 199-200

tamamlanmasını imkansız hale getiriyor, hem de eserin yok olmasına yol açıyorsa; öncelikle TBK md. 483/I uygulanır.³⁵⁸ Bunun sonucu olarak yüklenici, yaptığı işin ücretinin ve giderlerinin ödenmesini isteyemez. O, yalnızca TBK md. 483/II uyarınca ücret talep edebilecektir.³⁵⁹

Buna karşılık azınlıkta kalan görüş uyarınca, TBK md. 483 ve md. 485 arasında kural-istisna ilişkisi vardır; esasen TBK md. 485 hükmü istisna teşkil etmekte, TBK md. 483 ile edim hasarını yükleniciye yükleyen katı kuralı yumuşatmaktadır.³⁶⁰ Böylece TBK md. 475 uygulama alanı bulacak ve yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değer dışındaki giderlerini iş sahibinden isteyebilecektir. Kanımızca bu görüş, TBK md. 483 ile yükleniciye eserin teslimden önce yok olması halinde yüklenen riskin büyüklüğü de dikkate alındığında³⁶¹, mevcut duruma daha yerinde bir çözüm getirmektedir. İş sahibi ile ilgili bir beklenmedik olay sebebiyle eserin tamamlanmasının imkansızlaştığı durumlarda, eserin yok olup olmadığına bakılmamalı ve doğrudan doğruya TBK md. 485 uygulanmalıdır.³⁶² Böylece yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderleri isteyebilecek, edim hasarı iş sahibinde olacaktır. Beklenmedik olayın iş sahibinin etki alanında meydana

³⁵⁸ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 326; **Gümüş**, s. 107; **Buz**, İmkansızlık, s. 33; **Altaş**, s. 200

³⁵⁹ **Altaş**, s. 200; **Gümüş**, s. 107 – TBK md. 483/II – “Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.”

³⁶⁰ **Altaş**, s. 202; **Buz**, İmkansızlık, s. 33; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 325-326

³⁶¹ **Altaş**, s. 203

³⁶² **Buz**, İmkansızlık, s. 34

geldiği böyle bir durumda, sorumluluğun da iş sahibine yüklenmesi, hukuk vicdanına daha uygun olur.³⁶³

Son olarak TBK md. 483 ile TBK md. 486 arasındaki ilişkiye değinmekte yarar vardır; zira yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi, aynı anda eserin telef olması sonucunu da doğurabilir. Böyle durumlarda TBK md. 486 değil, TBK md. 483 uygulanacak; buna karşılık eserin o ana kadar tamamlanan kısmı telef olmamış ise TBK md. 486 uygulanacak ve iş sahibi bu kısımdan yararlanabiliyorsa yükleniciye buna ilişkin karşılığı ödeyecektir.³⁶⁴

b. Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi

i. Genel Olarak

Borcun gereği gibi ifa edilmemesini Türk Borçlar Kanunu'nun sistematik çerçevesinde incelerken, “geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme” ve “dar anlamda gereği gibi ifa etmeme” kavramlarına daha önce değinmiştik.³⁶⁵ Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu dar anlamda gereği gibi ifa etmemesi, yani ayıplı ifa, TBK'nın 474 vd. maddeleri kapsamında ayrıca düzenleme konusu yapılmıştır. Yüklenicinin borcunu geniş anlamda gereği gibi ifa etmemesi ise, çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir.

Yüklenicinin ifayı, iş sahibinden başka üçüncü bir şahsa yaptığı ve bu hususta yüklenicinin böyle bir yetkisinin de bulunmadığı durumlarda, borcun gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur; ne var ki bu durumda iş sahibine tanınan çözüm,

³⁶³ Buz, İmkansızlık, s. 34

³⁶⁴ Altaş, s. 207

³⁶⁵ Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II/c/iii – “Sözleşmenin Müspet İhlali ve Terminoloji Sorunu”

yükleniciyi temerrüde düşürerek buradan kaynaklanan haklarını kullanmaktır.³⁶⁶ Benzer olarak, eseri meydana getirme ve teslim borcunun yüklenicinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olduğu durumlarda, borcun yüklenici değil de üçüncü bir kişi tarafından ifa edilmesi durumunda da borcun gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur.³⁶⁷ Halbuki bu durumda, daha önce de izah ettiğimiz üzere, yüklenicinin eser sözleşmesinden sorumluluğu ile haksız fiil hükümleri yarışır ve iş sahibi her iki hukuki korumadan da yararlanabilir.³⁶⁸ Nihayet yüklenicinin, eseri tamamlama ve teslim borcunu kısmen ifa ettiği durumlarda, iş sahibi, TBK md. 84 uyarınca kısmen ifayı reddedebilir. Bu durumda da iş sahibi; yükleniciyi borcun tamamı için temerrüde düşürebileceği gibi, kısmen ifayı kabul edip, onu yalnızca borcun ifa edilmeyen kısmı için de temerrüde düşürebilir.³⁶⁹

Görüldüğü üzere eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu geniş anlamda gereği gibi ifa etmemesi kapsamına giren haller, esasen çözümünü -bu çalışmada daha sonra inceleyeceğimiz- temerrüde dair hükümlerde, yahut -bu çalışmada daha önce incelediğimiz- yüklenicinin eseri teslim borcunun dışındaki borçlarını ihlali hallerinde bulmaktadır. Bu cümleden hareketle, biz, bu bölüm kapsamında yalnızca yüklenicinin borcunu dar anlamda ifa etmemesini, diğer bir deyişle ayıptan sorumluluğunu inceleyeceğiz.

³⁶⁶ Aral, s. 74; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 399

³⁶⁷ Aral, s. 75

³⁶⁸ Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. İkinci Bölüm, III/c – “İşi Kendisi Yapmak veya Kendi Yönetimi Altında Yaptırmak Borcu”

³⁶⁹ Aral, s. 75; Tandoğan, Mes'uliyet, s. 399

ii. Yüklenicinin Eserin Ayıpsız Olmasını Sağlama Yükümlülüğü

Yüklenici, eseri ayıpsız olarak meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür.³⁷⁰ Bu, onun eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır.³⁷¹ Kanunumuz, yüklenicinin bu yükümlülüğünü açıkça düzenlememekle birlikte, onun bu yükümlülüğüne aykırı hareket ettiği durumlarda iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakları düzenlemekle yetinmiştir. Ne var ki öğretide, “eserin ayıpsız olmasının da müteahhidin asli edim yükümlülüğünün muhtevasına dahil olduğu”, bu nedenle yüklenicinin ancak sözleşmeyle kararlaştırılan vasıflara sahip olan bir eseri teslim etmesi halinde borcundan kurtulabileceği, yerinde olarak belirtilmiştir.³⁷²

TBK md. 474 vd. maddelerinin yanında, yüklenicinin bu borcu, kendisini alacaklının temerrüdünü düzenleyen TBK md. 106 hükmünde de göstermektedir.³⁷³ Zira alacaklının temerrüde düşebilmesi için, edimin kendisine “gereği gibi” önerilmiş olması şarttır. Diğer bir ifadeyle, iş sahibi, ayıplı ifayı kabul etmezse, alacaklı temerrüdüne düşmez. Bu husus da, yüklenicinin eserin ayıpsız olmasını sağlama yükümlülüğünün bir başka görünümüdür.

TBK md. 473/II kapsamında, eserin ayıplı olarak meydana getirileceğinin açıkça görülmesi durumunda iş sahibine tanınan hakları daha önce ayrıntılı olarak açıklamıştık. Nitekim iş sahibine daha eserin meydana getirilme aşamasında dahi

³⁷⁰ Şenocak, Zarife: “Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı”, Ankara, 2002, s. 30

³⁷¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 160

³⁷² Şenocak, s. 30

³⁷³ Şenocak, s. 30

böyle bir korumanın sağlanmış olması, yüklenicinin eserin ayıpsız olmasını sağlama yükümlülüğünün bir başka görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.³⁷⁴

iii. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Doğması İçin Gerekli Şartlar

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun doğması için, kanunda çeşitli maddelere dağılmış durumda olan ve kimisi olumlu, kimisi olumsuz şartların varlığı gerekir. Öğretide bu şartların tasnifi farklı şekillerde yapılmakla beraber³⁷⁵; bizim de katıldığımız bir görüş³⁷⁶ uyarınca bu şartları beş başlık altında toplamak mümkündür.

1- Eser, tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır.

2- Tamamlanıp teslim edilen bu eser, ayıplı olmalıdır.

3- İş sahibi, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalıdır.

4- Eser, iş sahibince kabul edilmemiş olmalıdır.

5- Eserdeki bu ayıp, iş sahibine isnat edilememelidir.

Bu şartların varlığı halinde, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu doğacak ve iş sahibi, daha sonra inceleyeceğimiz bir takım hukuki korumalardan yararlanabilecektir. Bu bağlamda, öncelikle bu şartlarla ilgili olarak bir takım açıklamalar yapmayı uygun görüyoruz.

³⁷⁴ Şenocak, s. 30-31

³⁷⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 160 vd.; Şenocak, s. 78 vd.

³⁷⁶ Gümüş, s. 50 vd.

1. Eser, tamamlanarak teslim edilmiş olmalıdır.

Her şeyden önce yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun doğması, eserin teslim edilmiş olmasını gerektirir. Tamamlanmamış ve teslim edilmemiş bir eser ayıplı sayılamaz ve ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanamaz.³⁷⁷ Bu bağlamda teslim, “tamamlanmış bir eserin, sözleşmenin ifası maksadıyla madden iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi” olarak tanımlanmaktadır.³⁷⁸ Zaten iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilmekte olan eserlerde ise teslim, yüklenicinin işin tamamlandığına dair yapacağı beyan ile gerçekleşmiş olacaktır.³⁷⁹ Öyleyse bu iki durumu da dikkate almak suretiyle eser sözleşmesinde teslimin tanımını şu şekilde yapmayı uygun görüyoruz: “Eser sözleşmesinde teslim, yüklenicinin hakimiyet alanında meydana getirilerek tamamlanmış olan eserin, sözleşmenin ifası amacıyla madden iş sahibinin hakimiyet alanına geçirilmesi ile; iş sahibinin hakimiyet alanında meydana getirilen eserin ise tamamlandığına ilişkin yüklenicinin yapacağı beyanla gerçekleşen durumdur.” Bu bağlamda iş sahibinin eseri teslim almasıyla kabul etmesi birbirinden ayrı kavramlar olup; esasen teslim alma durumunda, iş sahibinin, ayıplı ifadan dolayı kendisine tanınan haklar saklı kalmak suretiyle eseri ifa olarak kabulü söz konusudur.³⁸⁰ Buna karşılık eserin kabulü ise, iş sahibinin, eseri ayıpsız bulduğu yönünde bir irade açıklaması olup³⁸¹, teslim almanın aksine iş sahibinin ayıplı ifadan dolayı kendisine tanınan hakları saklı tutması söz konusu değildir.

³⁷⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 160; **Gümüş**, s. 50; Eserin tamamlanmamış olmasının, teslim edilmesine engel olmadığına ilişkin görüşler için bkz. **Şenocak**, s. 87 vd.

³⁷⁸ **Şenocak**, s. 80

³⁷⁹ **Şenocak**, s. 80

³⁸⁰ **Şenocak**, s. 83

³⁸¹ **Gümüş**, s. 60

2. Tamamlanıp teslim edilen bu eser, ayıplı olmalıdır.

Bu bağlamda belirttiğimiz ikinci koşul uyarınca, eserin ayıplı olması gerekir. Eserin ayıplı olmasından kasıt, sözleşmede üzerinde anlaşılan niteliklerin veya gerekli niteliklerin bulunmamasıdır.³⁸² Sözleşmeyle kararlaştırılan nitelikler; eserin şekline, ölçüsüne, rengine ilişkin olan genel nitelikler olabileceği gibi, eseri daha yakından tanımlayan ve onun teknik ve bilimsel özelliklerine ilişkin özel nitelikler de olabilir.³⁸³

Sözleşmede üzerinde anlaşılmamış olup da gerekli olan niteliklerin bulunmaması hali de eserin ayıplı olması sonucunu doğuracaktır. Burada gerekli niteliklerden anlaşılması gereken, “güven ilkesi uyarınca sözleşmenin içeriğine göre taşınması gerekli olan” niteliklerdir.³⁸⁴ Bu bağlamda yüklenicinin teslim edeceği eser, kullanılmaya elverişli ve dürüstlük kuralları çerçevesinde normal bir eserin değer kalitesinde, diğer bir deyişle en azından orta kalitede olmalıdır.³⁸⁵ Bir inşaat yapılmasına ilişkin eser sözleşmeleri yönünden, yüklenicinin “teknikğin genel kabul görmüş kuralları” kapsamında eseri meydana getirmesi gerekmektedir; bu kuralların değişip gelişmekte olduğu da göz önüne alındığında, yüklenicinin bu kurallara uyup uymadığı hususu eserin teslim anına bakılarak belirlenecektir.³⁸⁶

³⁸² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 161

³⁸³ **Şenocak**, s. 94-95; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 162 – **Gümüş**, s. 51: “Örneğin bir yapı, projeye aykırı olarak yapılmışsa, (...) kararlaştırılan kalitede boya kullanılmamışsa genel nitelik eksikliğinden; buna karşılık (...) çatı kararlaştırılmış malzeme ile yalıtılmamışsa özel nitelik eksikliğinden kaynaklanan bir ayıp söz konusudur.”

³⁸⁴ **Gümüş**, s. 52

³⁸⁵ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 164; **Şenocak**, s. 97

³⁸⁶ **Şenocak**, s. 99-101; **Seliçi**, s. 20-21

3. İş sahibi, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalıdır.

Eserin yukarıda sayılan ayıplardan herhangi birini taşıdığıнын, iş sahibi tarafından tespiti ve bildirimine ilişkin olarak, “muayene ve ihbar külfeti” olarak da adlandırılan³⁸⁷ yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekmektedir. Zira TBK md. 474/I uyarınca “İşsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” Buna karşılık TBK md. 477/II uyarınca, “İşsahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.” Biz, TBK’nın kullandığı ifadelere de uygun olarak, “muayene ve ihbar külfeti” yerine “gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü” kavramını kullanmayı uygun gördük.

İş sahibinin gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, TBK md. 477/II uyarınca eseri örtülü olarak kabul etmesi ve seçimlik haklarını kaybetmesi sonucu doğar.³⁸⁸ Bu sebeple iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra, kanunun ifadesiyle “işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz” eseri gözden geçirmelidir. “İşlerin olağan akışı” ifadesi ile kastedilen, söz konusu eserin gözden geçirilme süresine ilişkin teamülün dikkate alınacağıdır.³⁸⁹ “İmkân bulur bulmaz” ifadesi gereği de somut olayın özelliklerine göre gözden geçirilme süresinin uzatılması mümkün olup; eğer yukarıda belirtildiği üzere gözden geçirilme süresine ilişkin bir teamül yoksa, doğrudan doğruya “imkan bulur bulmaz” unsuruna

³⁸⁷ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 167 vd.; Şenocak, s. 107 vd.; Gümüş, s. 56 vd.

³⁸⁸ Gümüş, s. 56; Dayınlı, Ademi İfa, s. 31

³⁸⁹ Şenocak, s. 110

dayanılabilir.³⁹⁰ Bu koşullarla gözden geçirme yükümlülüğünü yerine getiren iş sahibi, bir ayıba rastlaması halinde, bunu “uygun bir süre içinde” yükleniciye bildirecektir. Bu bildirim, iş sahibinin dayandığı her ayıbı ayrıca göstermeli ve açıklamalıdır.³⁹¹ Bildirim, herhangi bir şekle bağlı olmadığı gibi; iş sahibinin yetkili temsilcisi veya belirlenecek bir aracı vasıtasıyla dahi yapılabilir.³⁹²

Yukarıda yaptığımız açıklamalar, eserdeki açık ayıplara ilişkin olup; sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar, TBK md. 477/III’te düzenlenmiştir. Buna göre, “Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.” Burada görüldüğü üzere sadece bildirim yükümlülüğü mevcuttur. Ne var ki bu bildirim yükümlülüğünün süresinin, TBK md. 474/I’de belirtilen “uygun bir süre” yerine, “gecikmeksizin” ifadesiyle belirlenmiş olmasının, Kanunda çelişki ve örtülü boşluk yarattığı, bu sebeple maddedeki “gecikmeksizin” ifadesinin de “uygun bir süre” olarak okunmasıyla bu boşluğun doldurulması gerektiği, öğretide yerinde olarak belirtilmiştir.³⁹³

4. Eser, iş sahibince kabul edilmemiş olmalıdır.

İş sahibinin eseri kabul etmesi; eseri sözleşmeye uygun, diğer bir ifadeyle ayıpsız bulduğu anlamına gelen bir irade açıklamasıdır.³⁹⁴ Bu kabul, sadece eserin teslimi anında mevcut olan ayıplar için söz konusudur. Zira TBK md. 477/I uyarınca, “Eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü

³⁹⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 169-170; **Şenocak**, s. 110-111

³⁹¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 172; **Şenocak**, s. 126 – Bildirilmeyen ayıplara ise, iş sahibinin muvafakat ettiği kabul edilecektir.

³⁹² **Şenocak**, s. 125

³⁹³ **Gümüş**, s. 58

³⁹⁴ **Gümüş**, s. 60

sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” Kabul beyanı geriye alınamaz.³⁹⁵

İş sahibinin eseri kabul etmiş sayılacağı durumlar, aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre, eserin teslimi anında mevcut olan ayıplar yönünden; eseri gözden geçirmeyi ve gördüğü ayıpları bildirmeyi ihmal eden iş sahibi, eseri kabul etmiş sayılır. Sonradan ortaya çıkan ayıplar yönünden ise, durumu gecikmeksizin yükleniciye bildirmeyen iş sahibi de, eseri kabul etmiş sayılacaktır.³⁹⁶

5. Eserdeki bu ayıp, iş sahibine isnat edilememelidir.

TBK md. 476 uyarınca, “Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” Öyleyse kanun iki halde iş sahibinin seçimlik haklarını kaybedeceğini öngörmektedir:

1- İş sahibinin, yüklenicinin açık ihtarına uymaksızın, iş görmeye yönelik verdiği talimat ile ayıbın meydana gelmesi. Bu talimatlar, sözleşmenin kurulmasından sonra verilmiş olabileceği gibi, sözleşme metni içerisinde de yer alabilen; yüklenicinin uymakla yükümlü olduğu ve eserin nasıl meydana getirileceğini belirleyen talimatlardır.³⁹⁷ Bu talimatın eserde ayıba sebep olacağını

³⁹⁵ **Gümüş**, s. 60

³⁹⁶ Bu konuyla ilgili olarak, tekrere yer vermemek adına, yukarıda gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla yetiniyoruz.

³⁹⁷ **Şenocak**, s. 136-137

bilen yahut bilmesi gereken yüklenici ise, iş sahibini uyarmakla yükümlü tutulmuştur. Daha önce de belirtildiği üzere bu ihtar, onun sadakat borcunun bir görünümüdür.³⁹⁸ İş sahibi bu ihtara rağmen işin görülmesine elverişsiz bir talimat veriyorsa, artık yüklenicinin ayıptan sorumluluğu doğmayacaktır.

2- İş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebeple ayıbın meydana gelmesi. Bu bağlamda örneğin iş sahibinin yahut onun yardımcı kişinin davranışı ile ayıp meydana gelmişse³⁹⁹, yahut iş sahibinin sağladığı malzeme veya gösterdiği arsa ayıba yol açmışsa⁴⁰⁰; yüklenici artık ayıp sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır. Bu ihtimal kapsamında ayıbın “iş sahibine herhangi bir sebeple yüklenebilirliği” yeterlidir.⁴⁰¹

Yukarıda izah edilen beş koşulun da varlığı halinde, yüklenicinin eser sözleşmesinden ayıp sebebiyle sorumluluğu doğar. Onun eseri teslim borcu ortadan kalkmış, zira artık eser teslim edilmiştir; iş sahibi yönünden ise eserin teslimini talep hakkı yerine, kanunda öngörülen ve aşağıda izah edeceğimiz seçimlik haklar söz konusu olacaktır.

iv. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunun Sonuçları

TBK'nın eser sözleşmesine münhasıran ayıp halinde iş sahibine tanıdığı hakları düzenleyen özel hükümlerine geçmeden önce, TBK md. 475/II uyarınca iş sahibinin genel hükümlere de başvurabileceğini öncelikle belirtelim. Zira Kanun, “İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.” ifadesine yer

³⁹⁸ Konu ile ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm, III/b/ii – “Sadakat Borcu”

³⁹⁹ Şenocak, s. 135-136

⁴⁰⁰ Gümüş, s. 62

⁴⁰¹ Gümüş, s. 62

vermek suretiyle iş sahibinin, TBK md. 474/I ve TBK md. 478’de öngörülen sınırlamalarla bağlı kalmaksızın TBK md. 112 vd. maddeleri kapsamında tazminat talebinde bulunabilmesinin önünü açmıştır.⁴⁰²

TBK md. 475’te, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun doğması sonucu, iş sahibinin kullanabileceği üç tane seçimlik hak sayılmıştır. Buna göre iş sahibi,

“1- Eser (kendisinin) kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme,

2- Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme,

3- Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.” haklarına sahiptir. Bu hakları ayrı alt başlıklar altında incelemeyi uygun görüyoruz.

1. Sözleşmeden Dönme Hakkı

818 sayılı eBK’nın 360. maddesinde, TBK md. 475’in sözleşmeden dönme hakkını düzenleyen 1. bendine karşılık gelen fıkrada tanınan hak, iş sahibinin kabulden kaçınabilmesi idi.⁴⁰³ Esasen bu ifade ile kast edilenin sözleşmeden dönme hakkı olduğu da öğretide belirtilmekteydi.⁴⁰⁴ Nitekim kanun koyucu bu hususta sözleşmeden dönme hakkını açıkça ifade etmek suretiyle belirsizlikleri gidermiştir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi için, her şeyden önce ayıbın

⁴⁰² **Gümüş**, s. 49

⁴⁰³ eBK md. 360/I - “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mütaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.”

⁴⁰⁴ **Şenocak**, s. 48; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 177

veya sözleşmeye aykırılığın eseri kullanmasına engel olması ya da hakkaniyet gereği kendisinden eseri kabul etmesinin beklenememesi gerekir. Esasen eserin kullanılamaz oluşu ile kabulün iş sahibinden beklenememesi aynı hususu ifade etmekle, burada yapılması gereken, tarafların menfaatleri de göz önüne alınarak iş sahibinin eseri kabulünün beklenebilir olup olmadığını tespit etmektir.⁴⁰⁵

Sözleşmeden dönme hakkı, “tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan yenilik doğurucu” bir haktır ve sözleşmeyi geriye etkili olarak ortadan kaldırır.⁴⁰⁶ Bu hakkın kullanılabilmesi için, yükleniciye, ayıbı gidermesi için süre verilmesi şart değildir.⁴⁰⁷ İş sahibi, eserdeki ayıp yukarıda belirtilen ölçülerde olduğu takdirde, başkaca bir koşulla bağlı kalmaksızın sözleşmeden dönebilir. Bu kuralın istisnası, aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” Zararın aşırı olup olmadığını, hakim, somut olayın özelliklerine göre takdir edecektir.⁴⁰⁸ Böyle bir durumda artık iş sahibi sözleşmeden dönebilecek, maddede tanınan diğer iki seçimlik hakkından birini kullanabilecektir.

2. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

818 sayılı eBK’da, TBK md. 475’in bedelden indirim talep etme hakkını düzenleyen 2. bendine karşılık gelen fıkrada, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın,

⁴⁰⁵ Gümüş, s. 64

⁴⁰⁶ Şenocak, s. 48; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 177

⁴⁰⁷ Gümüş, s. 65

⁴⁰⁸ Şenocak, s. 53; Gümüş, s. 66

sözleşmeden dönme hakkı için aranan “esaslılık” kriterine sahip olmaması gerektiği belirtilmekteydi.⁴⁰⁹ Öğretide ise, kanunun ifadesine karşılık, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu durumlarda da bedelden indirim talep edebileceği görüşünde olan yazarlar mevcuttu.⁴¹⁰ Nitekim kanun koyucu, “İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise...” ifadesini tümünden kaldırmak suretiyle, doğrudan doğruya “iş sahibinin eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme” hakkına yer vermiştir. Yine indirimin ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak “(...) işin kıymetinin noksanı nispetinde” ifadesi yerine “ayıp oranında” ifadesi kullanılmıştır. Ayıp oranı belirlenirken eserin objektif değeri, diğer bir deyişle piyasa değeri göz önüne alınacaktır.⁴¹¹

Bedelden indirim isteme hakkı, “tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılan bir yenilik doğurucu haktır”.⁴¹² Bu hak kullanıldığı andan itibaren eser sözleşmesinin içeriği değişir ve iş sahibinin borçlandığı bedel azalır.⁴¹³ Bedel zaten ödenmişse, iş sahibinin yine bu bedelden indirim isteme hakkını kullanması mümkündür. Bu durumda iş sahibinin, fazla miktarın faizleriyle birlikte iadesini talep etme hakkı doğar.⁴¹⁴

3. Eserin Onarılmasını İsteme Hakkı

⁴⁰⁹ TBK md. 360/II – “İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise mütaahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta mütaahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.”

⁴¹⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 186

⁴¹¹ **Gümüş**, s. 67

⁴¹² **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 186

⁴¹³ **Şenocak**, s. 57

⁴¹⁴ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 187; **Şenocak**, s. 57

İş sahibine tanınan son seçimlik hak, “Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme” hakkıdır. Bu hak, öğretide, “ayıbın giderilmesini isteme hakkı” olarak da ifade edilmektedir.⁴¹⁵ Görüldüğü üzere kanunun öngördüğü ilk koşul, ayıbın “aşırı bir masrafı gerektirmemesi” koşuludur. Şenocak’ın yerinde olarak belirttiği üzere, “Somut olayın hal ve şartlarına göre münasip sayılmayan masraf aşırı sayılır.”⁴¹⁶ Burada ayıbın giderilmesinin iş sahibine sağlayacağı yarar ile yükleniciye yükleyeceği masraflar arasındaki oransızlık önem taşır.⁴¹⁷ Ücretin onarılması, bu koşullar altında aşırı sayılabilecek bir masrafı gerektiriyorsa, iş sahibi ücretsiz onarım isteme hakkını kaybedecektir.

Kanunda yer verilmemekle birlikte, ayıbın giderilmesini istemenin bir diğer koşulu da, “ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması” koşuludur.⁴¹⁸ Eğer ayıp, objektif olarak giderilemeyecek bir ayıpsa, iş sahibi ücretsiz onarım isteyemeyecektir. Yüklenicinin ekonomik durumunun ayıbı gidermeye elverişli olup olmaması bu bağlamda önemli değildir.⁴¹⁹ Ayıbın giderilmesini isteme hakkı, yenilik doğurucu bir hak olup; bu hakkın kullanılmasıyla, yüklenicinin ayıbı giderme borcu, iş sahibinin de dava edilebilir bir alacak hakkı ortaya çıkar.⁴²⁰

⁴¹⁵ Şenocak, s. 36 vd.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 192 vd.; Gümüş, s. 67 vd.

⁴¹⁶ Şenocak, s. 149

⁴¹⁷ Gümüş, s. 67-68

⁴¹⁸ Gümüş, s. 67; Şenocak, s. 148; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 196

⁴¹⁹ Şenocak, s. 148

⁴²⁰ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 293; Ayıbın giderilmesi hakkının bir alacak hakkı olduğuna ilişkin karşıt görüş ve ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şenocak, s. 37 vd.

v. Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğunda Zamanaşımı

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna dayanarak açılacak davaların zamanaşımı, TBK md. 478’de düzenlenmiştir. Buna göre “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”

Esasen eBK md. 363’de düzenlenen zamanaşımında, satış sözleşmesinde müşterinin haklarının tabi olduğu zamanaşımı hükümlerine atıf yapılmamasıyla düzenlenmiş, ikinci fıkrada da taşınmaz inşaatlarına ilişkin öngörülen istisna ile 5 yıllık zamanaşımı süresi belirlenmiştir.⁴²¹ eBK md. 363 ve eBK md. 126’nın dördüncü bendinin ilişkisinin ne olacağı da doktrinde tartışma konusu yapılmıştır.⁴²² Kanun koyucu, bu belirsizlikleri, TBK md. 478’in gerekçesi ile gidermiştir. Şöyle ki; eser sözleşmesinden doğan alacaklarla ilgili beş yıllık zamanaşımını düzenleyen TBK md. 147’nin 6. bendi ile 478. madde arasındaki ilişki, maddenin gerekçesinde ortaya konmuş; yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin olarak TBK md. 147’nin değil, münhasıran TBK md. 478’in uygulama alanı bulacağı açıkça belirtilmiştir.⁴²³

⁴²¹ eBK md. 363: “Yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı iş sahibinin haiz olduğu haklar, müşterinin haklarının tabi olduğu müruru zaman hükmüne tabidir. Fakat gayrimenkul inşaata müteallik kusurlardan dolayı iş sahibinin mütaahhide ve inşaata iştirak eyliyen mimar ve mühendise karşı mütalebesi, tesellüm zamanından itibaren beş senelik müruru zamana tabidir.”

⁴²² **Tandoğan, Haluk**: “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı” (“Zamanaşımı”), BATİDER, C. XI, S. 3, 1982, s.1-11

⁴²³ **TBK Gerekçesi**, Madde 478/8 – “Maddede yapılan düzenleme karşısında, Tasarının 146 ncı maddesinin (6) numaralı bendi, yüklenici yönünden, ayıplı eser meydana getirilmesi dışında kalan diğer sözleşmeye aykırılık hâllerinde uygulama alanı bulacaktır.”

Bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki, kanunun 478. maddede öngördüğü zamanaşımı süreleri, iş sahibine tanınan ve yukarıda izah edilen yenilik doğuran haklara değil, bu hakların kullanılmasıyla ortaya çıkan alacak haklarına ilişkindir; zira yenilik doğuran haklar, kural olarak zamanaşımına uğramaz.⁴²⁴

Taşınırlarda ayıba ilişkin alacak hakları eserin tesliminden itibaren iki yıl içinde zamanaşımına uğrar. Bu süre, taşınmaz yapılar yönünden beş yıldır. Hakim görüş uyarınca, taşınmaz yapı eseri ifadesi ile, “malzeme veya emek sarfedilerek, doğrudan veya dolaylı olarak arza bağlı olarak meydana getirilen eşya” kast edilmektedir.⁴²⁵

Kanun koyucu, yüklenicinin ayıplı eser meydana getirmesinde ağır kusurlu olduğu durumlarda, taşınır veya taşınmaz ayrımına gitmeksizin, zamanaşımı süresini yirmi yıl olarak belirlemiştir. Bu hususun açıkça düzenlenmesi ile, eBK döneminde “kast ve ağır kusura dayanan ayıplı malzeme kullanma ve ayıplı iş yapma” durumlarına ilişkin olarak 10 yıllık zamanaşımının uygulanacağına ilişkin tartışmalar⁴²⁶ da sonlanmıştır. Madde gerekçesinde yirmi yıllık süre ile ilgili olarak tasarının 71. maddesi ile uyum sağlandığı belirtilmişse de; 71. madde TBK md. 72 olarak yasalaştığında yirmi yıllık süre on yıla düşürülmüş; ne var ki TBK md. 478’teki yirmi yıllık süre olduğu gibi korunmuştur.⁴²⁷ Bazı yazarlar, burada bir

Hatta bazı yazarlar, TBK md. 475/II atfıyla genel hükümlere göre TBK md. 112 çerçevesinde talep edilecek tazminat alacaklarında da TBK md. 478’de öngörülen zamanaşımı sürelerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler. Konuyla ilgili olarak bkz. **Gümüş**, s. 73

⁴²⁴ **Şenocak**, s. 243-244

⁴²⁵ **Gümüş**, s. 74-75; **Şenocak**, s. 236

⁴²⁶ **Tandoğan**, Zamanaşımı, s. 8 vd.; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 230 vd.; **Şenocak**, s. 232 vd.

⁴²⁷ **TBK Gerekçesi**, Madde 478/6: “Böylece, 818 sayılı Borçlar Kanunundan farklı olarak, haksız fiillerde zamanaşımına ilişkin Tasarının 71’inci maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesiyle uyumlu

kanun boşluğu olduğu gerekçesiyle, ayıbın oluşmasında yüklenicinin ağır kusurunun bulunduğu hallerde yirmi yıllık değil, on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği görüşünde olsalar da⁴²⁸; kanımızca kanunun açık ifadesi karşısında, “ihmalî kanun boşluğu” bulunduğu gerekçesiyle bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

c. Temerrüt

i. Genel Olarak

Çalışmamızın bu bölümü ile ilgili olarak yaptığımız ilk açıklamalarda, esasen yüklenicinin borcunu dar anlamda ifa etmemesini; yani yüklenicinin asli edim yükümlülüğü olan eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesini inceleyeceğimizi izah etmiştik. Bu bağlamda değineceğimiz son husus, temerrüt sebebiyle yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesidir. Bu noktada temerrüt karşımıza iki şekilde çıkabilmektedir: Ya yüklenici, eseri meydana getirme ve teslim borcunda borçlu temerrüdüne düşecek ve bu sebeple borcun ifa edilmemesi söz konusu olacak; ya da iş sahibi eseri teslim almaması, yahut gerekli hazırlık fiillerini yerine getirmemesi yoluyla alacaklı temerrüdüne düşecek ve yine bu sebeple eseri meydana getirme ve teslim borcunun ifa edilmemesi söz konusu olacaktır. İş sahibinin alacaklı temerrüdü, yüklenicinin borçlu temerrüdünü dışlayan bir sebep olması nedeniyle, yüklenicinin temerrüde düşmesinin şartlarından, “Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması” başlığı altında inceleme konusu yapılmıştır.

bir düzenleme yapılmıştır. Ancak, haksız fiiller için öngörülen iki yıllık kısa zamanaşımına, taraflar arasındaki ilişkinin bir eser sözleşmesi olduğu göz önünde tutularak Tasarıda yer verilmemiştir.”;

Gümüş, s. 75-76

⁴²⁸ **Gümüş**, s. 76

Esasen yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunda temerrüdü, öğretide, “eser sözleşmesinin konusunu oluşturan esere ilişkin muaccel ve ifası mümkün bir teslim borcu bulunan, ancak bu borcunu zamanında ifa etmeyen, ifa etmemeyi mazur kılan bir sebepten de yararlanamayan yüklenicinin, kural olarak iş sahibinin ihtarı ile içine düştüğü, elverişsiz hukuki durum” olarak tanımlanmıştır.⁴²⁹

Ne var ki gerek eBK’da, gerekse TBK’da, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdüne ilişkin özel düzenlemeler bulunmamaktadır. Bu sebeple Kanun’un temerrüdü ve özellikle karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler yönünden temerrüdü düzenleyen genel hükümleri uygulanacaktır.

Nitekim Yargıtay Büyük Genel Kurulu, içtihat uyuşmazlığını giderme amacıyla verdiği 25.1.1984 tarih ve 1983/3.E 1984/1.K sayılı İBK’da, şu ifadelere yer vermiştir: “Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna sözleşmelerinde borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları hakkında Borçlar Kanununda özel bir hüküm yer almamaktadır. Genel hükümlerde (madde 106-108) tam karşılıklı sözleşmelerde borçlunun temerrüdü düzenlenmiştir. O halde, ortada kanun boşluğu yoktur ve Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, içtihadı birleştirmeye konu olaylarda uygulanacak kanun hükümleri Borçlar Kanunu’nun 106-108. maddeleridir. Çünkü, bir konu hakkında kanunda hiç hüküm bulunmadığı hallerde kanun boşluğundan söz edilebilir. Olaya uygulanabilecek kanun hükümleri bulunduğu

⁴²⁹ Kurt, Leyla Müjde: “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü”, Ankara, 2012, s. 87

göre, hakimin görevi herşeyden önce bu hükümleri uygulamaktadır.”⁴³⁰ Görüldüğü üzere Yargıtay, yerinde olarak, eser sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü halinde bir kanun boşluğu olmadığını ve genel hükümlerin uygulama alanı bulacağını, İBK ile hüküm altına almıştır.

Söz konusu İBK’da, Yargıtay’ın somut uyuşmazlığa genel hükümlerin uygulanacağı yönündeki tespitine katılmakla beraber; kanımızca Yüksek Mahkeme’nin bu hususta yüklenicinin kusurunu araması yerinde olmamıştır. Nitekim kararda “borçlunun (müteahhidin) kendi kusuruyla işi teslim gününde bitirmeyerek” temerrüde düşmesine değinilmiştir. Ne var ki yukarıda da açıklandığı üzere, borçlunun, yahut eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüde düşmesi için, kusurlu olması şart değildir. Bu sebeple kanımızca, Yargıtay’ın bu kararı, yüklenicinin temerrüde düşmesinde kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin hükümlerin eser sözleşmeleri yönünden de uygulama alanı bulması gerekeceği şeklinde yorumlanmalıdır.

Borçlunun temerrüdünü düzenleyen TBK md. 117 vd. maddeleri, çalışmamızın Türk Borçlar Kanunu’nun ifa engelleri hukukundaki sistematik tercihi incelenirken anlatılmış; karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK md. 123

⁴³⁰ **Y. İBK**, 25.1.1984.T, 1983/3.E 1984/1.K, Yargıtay Kararları Dergisi, C.10, S.4, 1984, s. 502; Yüksek Mahkeme, aynı kararda, olayın niteliğine ve dürüstlük kuralına göre sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceğini de hüküm altına almıştır: “İstisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde müteahhidin kendi kusuruyla iş muayyen zamanda bitirmeyerek temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmenin iş sahibi tarafından feshi halinde, uyuşmazlığın kural olarak Borçlar Kanununun 106 - 108. maddeleri hükümleri çerçevesinde çözümlenmesi gerekeceğine; ancak, olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, Medenî Kanunun 2. maddesi hükmü gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğuracağına (...) karar verildi.”, s. 506; Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 130

vd. maddelerine ilişkin açıklamalara ise bu bölümde yer verileceği belirtilmişti. Bu sebeple biz bu bölümde, bu hükümlerin eser sözleşmesi yönünden aldıkları görünümleri inceleyerek; öncelikle yüklenicinin temerrüde düşmesinin şartlarına, daha sonra yüklenicinin temerrüdünün sonuçlarına değinmeyi uygun görüyoruz.

ii. Yüklenicinin Temerrüde Düşmesinin Şartları

1. Genel Olarak

Temerrüde düşmenin şartları ile ilgili olarak, TBK md. 117 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan kurallar, eser sözleşmesinde de doğrudan doğruya uygulama alanı bulur. Yani ortada muaccel ve ifası mümkün bir borç olmalı, borçlunun ifadan kaçınmasını haklı kılan bir def'i olmamalı ve alacaklının ihtarı olmalıdır. Bazı yazarlar ise, yüklenicinin temerrüde düşmesinin koşullarını maddi ve şekli koşullar olarak ikiye ayırmakta; şekli koşulu “gerekli olduğu hallerde ihtarın yapılması”, maddi koşulları ise “teslim borcunun muaccel olması, bu borcun ifasının mümkün olması, teslimin gerçekleşmemiş olması ve teslimdeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması” şeklinde tasnife tabi tutmaktadırlar.⁴³¹

Borcun muaccel ve mümkün olması, borcun ifasında gecikme olması şartları bakımından, genel hükümler çerçevesinde yaptığımız açıklamalara atıf yapmakla beraber⁴³², “gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması” ile ilgili açıklamalarımıza geçmeden önce ihtar ile ilgili bazı hususlara değinmekte yarar görüyoruz.

⁴³¹ Kurt, s. 88

⁴³² Açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, II/c/iv – “Temerrüt”

Borç muaccel olduktan sonra yapılacak olan ve hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirilen ihtar, esasen herhangi bir geçerlilik şekil şartına tâbi değildir.⁴³³ Ne var ki eser sözleşmelerinin uygulamadaki en önemli görünümünden olan inşaat sözleşmelerinde; tarafların sıklıkla tacir olması hususu da göz önüne alındığında, TTK md. 18/III hükmü geniş bir uygulama alanı bulacaktır. “Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye (...) ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.” hükmüyle, tacirler arası ihtarlar geçerlilik şekil şartı getirilmiştir. Bu cümleden hareketle; tarafları tacir olan eser sözleşmelerinde, yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşürülebilmesi için, iş sahibinin bu madde ile getirilmiş şekil şartlarından herhangi birine uyması gerekmektedir.

İhtarın ancak borç muaccel olduktan sonra yapılabileceği göz önüne alındığında⁴³⁴, borcun ne zaman muaccel olacağı, diğer bir deyişle teslim vadesinin nasıl belirleneceği hususunu açıklığa kavuşturmakta yarar vardır. Her şeyden önce yüklenici ve iş sahibi, vadeyi sözleşmede belirtmiş olabilirler. Onların, eserin teslim tarihini sözleşmede kararlaştırmayıp; sözleşmenin kurulmasından sonra bu konuda anlaşmaları da mümkündür.⁴³⁵ Bu durumda da vadenin belirlenmesinde güçlük yaşanmayacaktır. Buna karşılık sözleşmede, taraflardan birine vadeyi belirleme hakkı da tanınmış olabilir. Gerek tarafların vadeyi birlikte belirlemesi, gerekse vadeyi belirleme hakkının sözleşmeyle taraflardan birine verilmesi durumları, TBK md. 117/II kapsamında temerrüt için ihtarın gerekmediği durumlardan sayılmıştır.

⁴³³ **Oğuzman/Öz**, s. 378 vd.; **Büyükay**, s. 190-191

⁴³⁴ **Büyükay**, s. 191: “(...) teslim borcunun muaccel olmasından önce yapılan ihtar, borçluyu temerrüde düşürmez.”

⁴³⁵ **Kurt**, s. 90

Sözleşmede süre değişikliğine ilişkin hükümlere yer verilmişse, vadenin belirlenmesinde bu düzenlemeler de dikkate alınacaktır.⁴³⁶ Buna karşılık iş sahibinden, dürüstlük kuralına göre ihtarda bulunması beklenemiyorsa, bu durumda da yüklenici ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşebilecektir.⁴³⁷

Tarafların teslim vadesinin ne sözleşmede, ne de daha sonra kararlaştırmamış olmaları mümkündür. Bu durumda meydana gelen sözleşme boşluğu, tarafların farazi iradelerine göre doldurulacak, olayın tüm şartları değerlendirilecek ve “hukuki ilişkinin özelliğine göre” eseri teslim borcunun muacceliyet anı belirlenecektir.⁴³⁸

2. Gecikmenin Objektif Olarak Borca Aykırı Olması

“Teslimdeki gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması” şartıyla kast edilen; esasen gecikmenin iş sahibinin risk alanında gerçekleştiği, yahut gecikmeden onun sorumlu olduğu durumlarda, yüklenicinin eseri teslimde gecikmesinin haklı olduğu; diğer bir ifadeyle, onun objektif olarak teslim borcunu ihlal etmediği durumlarda, temerrüde düşmeyeceğidir.⁴³⁹

Her şeyden önce, bu çalışma kapsamında daha önce izah ettiğimiz ödemezlik ve zamanaşımı gibi def'ilerin varlığı halinde, teslimdeki gecikme objektif olarak borca aykırı olmayacaktır. Yüklenici, bu def'ileri ileri sürdüğü takdirde, artık eseri

⁴³⁶ Kurt, s. 93

⁴³⁷ Büyükay, s. 191

⁴³⁸ Kurt, s. 93

⁴³⁹ Kurt, s. 153; Aynı şekilde objektif imkansızlık halinde de yüklenicinin yükümlülüğüne aykırı olarak eseri meydana getirme ve teslimde geciktiği söylenemez. Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 130

meydana getirme ve teslim borcunun muacceliyeti askıya alınır ve temerrüt söz konusu olmaz.⁴⁴⁰ Artık onun gecikmesi, haklı bir gecikmedir.⁴⁴¹

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde de yüklenici objektif olarak teslim borcunu ihlal etmiş olmayacaktır. Zira Serozan'ın da yerinde olarak belirttiği üzere, "alacaklı temerrüdünün bulunduğu yerde borçlu temerrüdü de olamaz."⁴⁴² Esasen alacaklı temerrüdü, tipik bir ifa engeli olup⁴⁴³, TBK'nın 106. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre "Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur." Görüldüğü üzere iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi iki şekilde olacaktır: O, ya tamamlanıp teslim hazır olan eseri kabulden kaçınacak; ya da yüklenicinin eseri meydana getirmesi için yapması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınacaktır. Her iki durumda da alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibi, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesine engel olur. Tıpkı borçlu temerrüdünde olduğu gibi, alacaklı temerrüdünde de kusur aranmaz.⁴⁴⁴

Gerek yüklenicinin gecikmesini haklı kılan def'ilerin varlığı halinde, gerekse iş sahibinin alacaklı temerrüdünde; yukarıda izah edildiği üzere gecikmenin objektif olarak borca aykırı olması koşulu gerçekleşmemiştir ve yüklenici temerrüde düşmez.

⁴⁴⁰ **Kurt**, s. 153 – "Yükleniciye edimi ifadan kaçınma yetkisi veren başlıca def'iler; ödemezlik def'i, borç ödemedi acz def'i ve zamanaşımı def'idir."

⁴⁴¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 131

⁴⁴² **Serozan**, İfa Engelleri, s. 218 – Bu noktada iş sahibinin alacaklı temerrüdü ile ilgili daha önce yapmış olduğumuz açıklamalara atıf yapmayı gerekli görüyoruz. Bkz. Üçüncü Bölüm, II/c/iv/2 – "Alacaklının Temerrüdü"

⁴⁴³ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 142

⁴⁴⁴ **Kurt**, s. 157

Ne var ki yüklenici, bu hususu ispatla mükelleftir; zira gecikme, aksi ispat edilmediği takdirde, objektif olarak borca aykırı sayılır.⁴⁴⁵

3. Ödemezlik Def'inin İleri Sürülmesinin Gerekip Gerekmediği Sorunu

Yüklenicinin temerrüde düşmesinin sonuçlarına geçmeden önce, yüklenicinin eseri teslim borcunu ifasındaki gecikmenin objektif olarak borca aykırılığını ortadan kaldıran durumlardan ödemezlik def'i ile ilgili olarak öğretilen süregelen bir tartışmaya kısaca değinmekte yarar vardır. Esasen genel hükümler yönünden ortaya çıkan bu tartışma, eser sözleşmesi çerçevesinde de uygulama alanı bulacaktır: Sorun, iş sahibinin bedel ödeme borcunu ifa etmediği durumlarda, kendisine ödemezlik def'i hakkı tanınan yüklenicinin; bu hakkı kullanmasa dahi temerrüde düşüp düşmeyeceği sorunudur.

Bazı yazarlara göre ödemezlik def'i, gizli varlığıyla, kendiliğinden (*ipso iure*) borçlu temerrüdünün ortaya çıkmasını engeller.⁴⁴⁶ Bu cümleden hareketle ödemezlik def'i ileri sürme hakkını kazanan yüklenici, bunu ileri sürmese dahi temerrüde düşmeyecek, temerrüdün sonuçlarına katlanmayacaktır. Buna karşılık bir diğer görüşe göre ise, ödemezlik def'i ancak ileri sürüldüğü takdirde temerrüde engel olur.⁴⁴⁷ Yani yüklenici, ödemezlik def'i hakkına sahip olsa dahi bunu kullanmadığı durumlarda temerrüde düşecek, temerrüdün sonuçlarına katlanacaktır; ancak o, ödemezlik def'ini ileri sürerek temerrütten kurtulabilir. Biz, gerek ifa sırasına ilişkin

⁴⁴⁵ Kurt, s. 172

⁴⁴⁶ Serozan, İfa Engelleri, s. 218

⁴⁴⁷ Buz, Vedat: "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi" ("Def'i"), BATİDER, C. 29, S.4, 2013, s. 91 – Ne var ki bu görüşü savunanlar arasında da, ödemezlik def'inin kullanılmasıyla temerrüdün ileriye etkili olarak mı yoksa geriye etkili olarak mı ortadan kalkacağı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır.

olarak yapılacak belirlemede, gerekse karşılıklı ve aynı anda ifa yükümlülüğüne ilişkin prensibin aşılmasının denetiminde taraflara tanınan serbestiyi def'i çözümünün esası olarak kabul etmek suretiyle, bunun doğal bir sonucu olarak def'inin kullanılmadığı durumlarda buna bir sonuç bağlanmasının tutarlılığını sorgulayan bu görüşe⁴⁴⁸ katılıyoruz. Kaldı ki def'i, uygulamada zaten ancak ihtar yahut dava karşısında kullanılabilir.⁴⁴⁹ Bu sebeptir ki kanımızca yüklenicinin ödemezlik def'i ileri sürme hakkını elde ettiği durumlarda, bu hakkını kullanmaksızın kendi borcunu ifada gecikirse –ve diğer koşulların da varlığı halinde- temerrüde düşmesi söz konusu olacaktır; zira kanun koyucu def'i kullanıp kullanmamak konusunda ona bir serbesti tanımaktadır. Öyleyse bunun aksine hareket etmek suretiyle def'inin kullanılmasa dahi temerrüdü savuşturacağını savunan görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir.

iii. Yüklenicinin Temerrüde Düşmesinin Sonuçları

1. Genel Sonuçlar

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde doğacak sonuçları, esasen ikiye ayırmak mümkündür. Bu bağlamda temerrüde ilişkin TBK md. 118 vd. maddelerinde düzenlenen genel sonuçların yanında, bir de karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin TBK md. 123 vd. maddeleri uygulanacaktır. Yüklenicinin temerrüdünün genel sonuçlarını, TBK md. 118 uyarınca iş sahibinin aynen ifanın yanında gecikme tazminatı talep hakkı, TBK md. 179 uyarınca ceza koşulu, TBK md. 113 uyarınca ikame ifa ve nihayet TBK md. 119 uyarınca

⁴⁴⁸ Buz, Def'i, s. 101

⁴⁴⁹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 130

yüklenicinin beklenmedik hallerden sorumluluğu kapsamında incelemeyi uygun görüyoruz.

Her şeyden önce belirtilmelidir ki; iş sahibinin aynen ifa talebi, temerrütten sonra da devam eder.⁴⁵⁰ Yani karşılıklı borç yükleyen sözleşmeye özgü ve mehil verilmesini gerektiren seçimlik haklara başvurmaksızın, iş sahibi, gecikmiş de olsa yükleniciden her zaman eseri teslim etmesini talep edebilir. Ne de olsa yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan asli edim yükümlülüğü, temerrüde düşmesiyle son bulmaz. Aynen ifa talebinin sınırı ise zamanaşımının yanında, bu talebin dürüstlük kuralına uygun olması gereğidir.⁴⁵¹

İş sahibi, aynen ifa talebinin yanında, koşulları olduğu takdirde gecikme tazminatı veya cezai şart da isteyebilir. Öncelikle, gecikme tazminatını düzenleyen TBK md. 118 uyarınca “Temerrüde düşen borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat etmedikçe, borcun geç ifasından dolayı alacaklının uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.” Görüldüğü üzere temerrüde düşmekte kusuru aranmayan yüklenici, ancak kusuru varsa bunun yanında gecikme tazminatı talebiyle karşı karşıya kalacaktır. Gecikme zararının talep edilmesi için aynen ifanın beklenmesi

⁴⁵⁰ **Büyükcay**, s. 212; **Gümüş**, s.37; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 133; **Kurt**, s. 196; **Dayınlı**, Temerrüt, s. 73 vd. – Kaldı ki Kıta Avrupası’nda sözleşmeler hukukunun temelinde aynen ifa talebi yatar. **Baş**, s. 623

⁴⁵¹ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 134 – Zamanaşımı ise TBK md. 146 ve TBK md. 147 uyarınca gecikmede hafif kusur halinde beş yıl, ağır ihmal veya kast varsa on yıl olarak belirlenecektir. Aynen ifanın yanında istenecek gecikme tazminatı ve ceza koşulu da aynı zamanaşımı sürelerine tâbidir. **Kurt**, s. 214, 226 – İş sahibinin uzun süre aynen ifayı talep edip edemeyeceğine ilişkin tartışmaların değerlendirmesi için bkz. **Kurt**, s. 233 vd.; Aynen ifa talebi, aynı zamanda borcun ifasının imkansız hale gelmemiş olmasını gerektirir. **Tandoğan**, Mes’uliyet, s. 405

şart değildir; ifa gecikmiş olarak yapılmış yahut hiç yapılmamışsa da iş sahibi gecikme tazminatını talep ve dava edebilecektir.⁴⁵²

Gecikme tazminatı, esasen müspet zararların tazminine yöneliktir.⁴⁵³ Eserin teslimindeki gecikme dolayısıyla iş sahibinin uğradığı her türlü müspet zarar bu kapsamdadır. Bu zarar kalemlerine örnek olarak; inşaat sözleşmelerinde temerrüt halinde sıkça rastlanan mahrum kalınan kira bedelleri yahut yoksun kalınan diğer kazanç kalemleri, gecikme sebebiyle katlanılan vergi artışları, üçüncü kişilerle yapılan sözleşmelerdeki ceza koşulu ödemeleri, ikame taşınmazlar için ödenen kira bedelleri sayılabilir.⁴⁵⁴ Ne var ki uygulamada, bu tip zarar kalemlerinin oluşma ihtimali taraflarca önceden değerlendirilerek, özellikle inşaat sözleşmeleri yönünden ceza koşulu, diğer bir ifadeyle cezai şart belirleme yoluna gidilmektedir.

Ceza koşulu, öğretilerde “borçlunun mevcut borcunu ihlal etmesi durumunda alacaklıya karşı ifa etmeyi önceden taahhüt ettiği ekonomik değeri olan bir edim” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁵⁵ Sözleşmelerde temerrüde bağlı olarak istenecek ceza koşuluna ilişkin TBK md. 179/II hükmü uyarınca “Ceza, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça, asıl borçla birlikte cezanın ifasını da isteyebilir.” Maddenin ifadesi uyarınca asıl borçla birlikte cezanın

⁴⁵² Kurt, s. 209

⁴⁵³ Gümüş, s. 37; Kurt, s. 210

⁴⁵⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 134; Gümüş, s. 36; Kurt, s. 210 vd.; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 96

⁴⁵⁵ Kurt, s. 214; Ne var ki ceza koşulu, gecikme zararının önceden tespit edilip kararlaştırılması ile ortaya çıkan “götürü tazminat” ile karıştırılmamalıdır. Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 138; Gümüş, s. 37-38; Kurt, s. 224 vd.

ifası istendiğine göre, burada “ifaya ekli cezai şart” söz konusudur.⁴⁵⁶ Yani iş sahibi, eseri teslim borcunun aynen ifasıyla birlikte sözleşmede kararlaştırılmış cezai şartı istemektedir. Yüklenici, ancak gecikmede kusuru bulunmadığını ispat ederek bu ceza koşulunu ödemekten kurtulabilecektir.⁴⁵⁷ Ceza koşulu, fer’i bir hak olması sebebiyle; talep edilebilmesi için sözleşme sonlandırılmamış, yahut ihtirazi kayıtla sonlandırılmış olmalıdır.⁴⁵⁸ Diğer bir ifadeyle yüklenicinin eseri teslim borcu sona ermiş ve iş sahibi de ceza koşulu talebini saklı tutmamışsa, bu hakkı sona erecektir.⁴⁵⁹

Ceza koşulunun, gecikme zararı ve tazminatı ile ilişkisi ise TBK md. 180’de düzenlenmiştir. Buna göre, “Alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, kararlaştırılan cezanın ifası gerekir. Alacaklının uğradığı zarar kararlaştırılan ceza tutarını aşıyorsa alacaklı, borçlunun kusuru bulunduğunu ispat etmedikçe aşan miktarı isteyemez.” Görüldüğü üzere gecikme tazminatından farklı olarak, ceza koşulunun talep edilebilmesi için iş sahibinin zarara uğramış olması gerekmez. Ne var ki ceza koşulunun yanında gecikme tazminatının da talep edilebilmesi için, iş sahibinin zarar miktarı, ceza koşulu ile belirlenen miktardan fazla olmalıdır. Yani aksine anlaşma bulunmadığı sürece, kararlaştırılan ceza koşulu miktarı, gecikme tazminatından düşülür.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ **Kurt**, s. 218 – Taraflar her zaman ifaya ekli cezai şart yerine, örneğin aynen ifanın yerine cezai şart talebine olanak veren düzenlemelere sözleşmelerinde yer verebilirler.

⁴⁵⁷ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 135; **Kurt**, s. 223-224; Cezai şartın talep edilebilmesi için kusurun gerekip gerekmediğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Büyükay**, s. 213-214

⁴⁵⁸ **Büyükay**, s. 215

⁴⁵⁹ **Gümüş**, s. 38

⁴⁶⁰ **Kurt**, s. 224

Cezanın miktarı TBK md. 182/I uyarınca taraflarca serbestçe belirlenecektir; ne var ki hakim, TBK md. 182/III uyarınca aşırı gördüğü ceza koşulunu indirebilir. Yargıtay, ceza koşulunun aşırılığı denetiminde, “alacaklının asıl edimin yerine getirilmesindeki çıkarı ile, ceza koşulu olarak saptanan miktar arasındaki oranın ve borçlunun borca aykırı davranmasındaki kusur derecesinin ve de borçlunun ekonomik durumunun” dikkate alınacağını belirtmiştir.⁴⁶¹ Yüklenici, TTK uyarınca tacir sıfatını haiz ise, TTK md. 22 hükmünün yaptığı yollama dolayısıyla TBK md. 182/III’ten yararlanamayacak, hakimden ceza koşulunun indirilmesi talebi dinlenmeyecektir. Ne var ki Yargıtay, borçlunun tacir olduğu durumlarda, ceza koşulu onun ekonomik mahvına sebep olacak düzeydeyse, ceza koşulunun ahlaka aykırılık sebebiyle geçersizliğine hükmetmektedir.⁴⁶²

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü durumunda iş sahibinin aynen ifa ve buna bağlı olarak gecikme tazminatı ve ceza koşulu talep edebilmesinin dışında; yapma borcunun niteliği gereği ona tanınmış bir imkan da TBK md. 113/I uyarınca edimin borçludan başkası tarafından ifasıdır. Hüküm uyarınca “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.” Bu bağlamda yüklenici tarafından şahsen ifa

⁴⁶¹ Y. HGK, 12.04.2000 T., 2000/13-749.E, 2000/758.K, Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı: “Burada karşılaştırılan ceza koşulunun aşırı olup olmadığını belirlemede başvurulması gereken kıstaslar önemlidir. Gerçekte de, ceza koşulunun taraflar arasındaki ilişkiye uygun düşmeyecek ölçüde yüksek tutulması ve açıkça hakkaniyet ve nesafete aykırı bulunması durumunda aşırılığın varlığı kabul edilmelidir. (...) Öte yandan alacaklının yararlarının hesabında, borçlunun ifa etmeme yüzünden sağlayacağı kazançlar da göz ardı edilmemelidir. Aşırılığın belirlenmesinde, ceza koşulunun borcun yerine getirilmesi için borçlu üzerinde manevi bir baskı yaptığı da gözetilmeli, böyle bir baskının ortadan kalkmasına yol açacak şekilde indirimden de kaçınılmalıdır.”

⁴⁶² Kurt, s. 217

edilmesi zorunlu olmayan edimler için, iş sahibi, hakimin izniyle işi başkasına yaptırabilecek veya kendisi yapabilecektir.⁴⁶³ Bu hüküm, yapma borçlarının niteliğinden kaynaklanan, özel bir cebri icra sistemini düzenlemektedir.⁴⁶⁴ Esasen TBK md. 113/I'in uygulama alanı bulabilmesi için yüklenicinin temerrüde düşmesi gerekmele beraber, yüklenicinin işi tamamen durdurması ve eserin zamanında teslim edilemeyeceğinin anlaşıldığı durumlarda da TBK md. 113/I'in kıyasen uygulama alanı bulacağına ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalara atıf yapmayı gerekli görüyoruz.⁴⁶⁵

Yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdünün genel sonuçları bağlamında değineceğimiz son husus ise, onun TBK md. 119 uyarınca beklenmedik halden sorumluluğudur. Buna göre “Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur. Borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hâlin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.” Bu bağlamda beklenmedik hal, esasen “oluşumuna yüklenicinin veya onun yardımcı kişilerinin sebep olmadığı, ifayı imkansız kılan” her türlü durumdur; hatta mücbir sebepler ve üçüncü kişilerin fiilleri de bu kapsamda değerlendirilir.⁴⁶⁶ Yüklenicinin beklenmedik halden sorumlu tutulması, temerrütten itibaren edim hasarının ona ait olduğu manasına gelir.⁴⁶⁷ Kanunun ifadesi karşısında, yüklenicinin beklenmedik hâlden sorumluluktan

⁴⁶³ Serozan, İfa Engelleri, s. 222; Büyükay, s. 212; Kurt, s. 199

⁴⁶⁴ Serozan, İfa Engelleri, s. 222; Hükümün hukuki niteliği ve cebri icra teorisi ile ilgili açıklamalar için bkz. Kurt, s. 200 vd.

⁴⁶⁵ Bkz. İkinci Bölüm, III/d/ii – “Yüklenicinin İş Zamanında Bitiremeyeceğinin Açıkça Anlaşılması (TBK md. 473/I)”

⁴⁶⁶ Kurt, s. 189-190

⁴⁶⁷ Büyükay, s. 215; Serozan, İfa Engelleri, s. 228

kurtulması için, ya temerrüde düşmekte kusurlu olmadığını ya da alternatif illiyeti ispat etmesi gerekir.⁴⁶⁸ Yani yüklenici, beklenmedik halin, borç zamanında ifa edilmiş olsaydı dahi ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ettiği ölçüde sorumluluktan kurtulur.

2. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşmelere Özgü Sonuçlar

a. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüde düşmesi halinde uygulama alanı bulacak olan karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde ilişkin genel hükümlerle ilgili açıklamalarımızı bu başlık altında yapacağımızı daha önce belirtmiştik.

Yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde iş sahibinin seçimlik haklarını kullanması, temerrüdün genel koşullarından başka bir takım özel koşulların, özellikle de alacaklının borçluya uygun bir süre vermesi koşulunun varlığına bağlanmıştır. Bunun sebebi, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde bağlanan sonuçların, borçlu için daha ağır sonuçlar doğurmasıdır.⁴⁶⁹ Borçluya, bu ağır sonuçlara katlanmadan önce, durumu düzeltmesi için bir fırsat tanınmalıdır.⁴⁷⁰ Buna göre iş sahibi, ancak temerrüde düşen yükleniciye verdiği uygun süre içinde borcun ifa edilmemesi sonucunda TBK md. 125'te belirtilen seçimlik haklarını kullanabilecek; yani dilerse aynen ifanın yanında gecikme tazminatından vazgeçerek müspet

⁴⁶⁸ **Serozan**, İfa Engelleri s. 228; Burada temerrüde düşme yönünden kusurun olmadığını ispatlanması gerekir, yoksa beklenmedik halin gerçekleşmesi yönünden değil. Nitekim “Yüklenici, kendisinin ve yardımcı kişileri beklenmeyen halin meydana gelmesinde kusursuz olduklarını ispat ederek beklenemeyen halden sorumluluktan kurtulamaz.” **Kurt**, s. 193-194

⁴⁶⁹ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, s. 685

⁴⁷⁰ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 229

zararlarının tazminini talep edecek, dilerse sözleşmeden dönmek suretiyle geriye etkili olarak borç ilişkisini ortadan kaldıracak ve menfi zararlarının tazminini talep edecektir.

Borçluya süre verilmesi hususu, TBK md. 123'te düzenlenmiştir. Buna göre “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.” Her şeyden önce yükleniciye ek süre verilmesi, “tek taraflı, ulaşması gereken, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması” olarak nitelendirilebilir.⁴⁷¹ Bu irade açıklaması, kural olarak herhangi bir şekle tâbi değildir.⁴⁷² Yüklenici temerrüde düşmeden kendisine ek süre verilemez, ancak yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtarın gerekli olduğu durumlarda, bu ihtarla birlikte ek süre verilmesi de mümkündür.⁴⁷³ Maddede yalnızca sürenin “uygun” olmasından bahsedilmiş, bunun dışında başka herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Sürenin uygunluğu, her şeyden önce yüklenicinin işi tamamlaması için gereken zamana göre belirlenecek; bu bağlamda dürüstlük kuralı ve iş sahibi ile yüklenicinin menfaatler dengesi de göz önünde bulundurulacaktır.⁴⁷⁴ Öğretide, sürenin uygun

⁴⁷¹ **Kurt**, s. 239

⁴⁷² **Büyükkay**, s. 216: “(...) tacirler arasındaki bu irade beyanının TTK’da öngörüldüğü şekli ile yapılması gerekir.”; Aynı yönde bkz. **Kurt**, s. 239-240

⁴⁷³ **Kurt**, s. 240; **Dayınlı**, Temerrüt, s. 88

⁴⁷⁴ **Büyükkay**, s. 216; **Kurt**, s. 241; **Dayınlı**, Temerrüt, s. 86; **Yakuppur, Sendi**: “Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları”, 1. Baskı, İstanbul, 2009, s.85

sayılamayacak kadar kısa olduğu durumlarda, sürenin uygun sayılabilecek ölçüde uzayacağı belirtilmiştir.⁴⁷⁵

124. maddede ise kanun koyucu, belirli durumların varlığı halinde temerrüde düşen borçluya, yani yükleniciye süre verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir: Süre verilmesi yüklenici açısından etkisiz⁴⁷⁶ veya iş sahibi için yararsız⁴⁷⁷ olursa, yahut ortada kesin vadeli bir sözleşme varsa; artık iş sahibi, işi tamamlayıp teslim etmesi için bir süre vermesine gerek olmaksızın mütemerrit yüklenici aleyhine seçimlik haklarını kullanabilecektir. TBK md. 125/II uyarınca “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.” Çalışmamızda temerrütle ilgili son olarak iş sahibine bu fıkra uyarınca tanınan iki seçimlik hakkı incelemeyi uygun gördük.

b. İş Sahibinin Müspet Zararlarının Tazminini Talep Etmesi

TBK md. 125/II'nin iş sahibine tanıdığı ilk hak, yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesinden doğan zararların giderimini isteme hakkıdır. Burada istenen tazminatın kapsamı, iş sahibinin müspet zararlarıdır.⁴⁷⁸ Müspet zarar, iş sahibinin, “edimin sözleşmeye uygun olarak ifa edilmesine ilişkin

⁴⁷⁵ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 230; Konuyla ilgili farklı görüşlerin izahı için bkz. **Kurt**, s. 242 vd.; Aksi görüşte **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 88

⁴⁷⁶ Özellikle yüklenicinin işi tamamlamayacağını beyan etmesi veya inşaatın devam ettiği araziye bırakıp gitmesi bu kapsamdadır. – **Kurt**, s. 243; Hatta bu durumlarda kural olarak yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtara dahi gerek olmayacaktır. - **Eren**, Borçlar Genel, s. 1097

⁴⁷⁷ Özellikle işin belli bir günde tamamlanmasının iş sahibi için anlam ifade ettiği durumlar bu kapsamdadır, düğün gününe gelinliğin hazır edilmesi için terziyle akdedilen eser sözleşmesinde olduğu gibi. – **Yakuppur**, s. 89-90; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 91

⁴⁷⁸ **Gümüş**, s. 39; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 232; **Kurt**, s. 257; **Büyükay**, s. 216; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 138-139; **Yakuppur**, s. 108-109

menfaatinin gerçekleşmemesi sebebiyle uğradığı zarar” olarak tanımlanabilir.⁴⁷⁹ İş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için, madde uyarınca aynen ifa ve gecikme tazminatını talep hakkından vazgeçtiğini derhal yükleniciye bildirmesi gerekir. Hatta bu bildirim, yükleniciye TBK md. 124 uyarınca süre verilmesine gerek olmayan durumlarda dahi yapılmalıdır.⁴⁸⁰ Nihayet müspet zararın talep edilebilmesi için, yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurlu olması gerekir.⁴⁸¹

İş sahibi, aynen ifadan vazgeçip müspet zararlarının tazminini istedikten sonra, esasen taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi devam etmektedir. Yalnızca sözleşmenin içeriği değişerek, yüklenicinin asli edim borcu olan eseri meydana getirme ve teslim etme borcunun yerini tazminat ödeme borcu alacaktır.⁴⁸² Müspet zararın kapsamına, her şeyden önce “ifa edilmeyen edimin değeri” girecektir; hatta denebilir ki bu değer, müspet zararın alt sınırını oluşturur.⁴⁸³ İş sahibinin gecikmeden doğan zararlarını, diğer bir deyişle fiili zarar ve yoksun kaldığı kârı da müspet zarar kapsamında isteyip isteyemeyeceği hususu tartışmalı olmakla birlikte; biz, onun gecikmiş de olsa aynen ifayı istediği durumdan daha elverişsiz bir durumla karşı karşıya bırakılmaması gerektiği ve bu sebeple gecikmeden doğan zarar kalemlerini de müspet zarar kapsamında talep edebileceğini savunan görüşe katılıyoruz.⁴⁸⁴ Bu bağlamda iş sahibi, malvarlığının aktifinde meydana gelen azalma veya pasifinde meydana gelen artışlardan ibaret fiili zararlarının yanında; yüklenici borcu

⁴⁷⁹ Kurt, s. 257

⁴⁸⁰ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 139-140 – Burada hedeflenen, alacaklının müspet zararını mı istediği yoksa sözleşmeden mi döndüğü hususunda, borçlu aleyhine spekülasyon yapmamasıdır.

⁴⁸¹ Kurt, s. 260 vd.; Yakuppur, s. 113

⁴⁸² Yakuppur, s. 109

⁴⁸³ Kurt, s. 258

⁴⁸⁴ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 140; Kurt, s. 258 vd.

zamanında ifa etmiş olsa idi malvarlığında meydana gelecek olan artışa denk gelen yoksun kaldığı kârı da yükleniciden talep edebilecektir.⁴⁸⁵

Burada değinilmesi gereken son husus, iş sahibinin müspet zararlarının hesabında mübadele teorisinin mi yoksa fark teorisinin mi uygulama alanı bulacağıdır. Bir görüşe göre, burada münhasıran mübadele teorisi uygulanır ve bunun sonucu olarak yüklenicinin talebinin kapsamı, karşılaştırılan değerin tamamı olarak belirlenir.⁴⁸⁶ Buna karşılık bir diğer görüşe göre, iş sahibi, dilerse mübadele teorisini, dilerse fark teorisini serbestçe seçebilecektir.⁴⁸⁷ Fark teorisinin borçlu temerrüdünde uygulanabilirliği ile ilgili olarak, Serozan'ın ifadesiyle, "Borçlu temerrüdünde alacaklının aynen ifadan vazgeçme isteğinin temelinde, kural olarak karşı edimden vazgeçme isteği değil de öz edimi alıkoyma isteği yatar."⁴⁸⁸ Gerçekten de kendi edim borcunu ifa etmek istemeyen iş sahibine bu hakkın tanınması ve onun dilerse mübadele, dilerse fark teorisini seçebilmesi, kanımızca daha adilane bir çözüm olacaktır.

c. İş Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi

Her ne kadar iş sahibinin müspet zararlarının tazminini istemesi ile birlikte uygulama alanı bulacağını savunduğumuz fark teorisi uyarınca halihazırda ifa etmediği edimlerini ifa etmekten kaçınması mümkünse de; o ana kadar ifa etmiş

⁴⁸⁵ Kurt, s. 259-260 – Böylece menfi zararın kapsamı şu şekilde ifade edilebilir: "İfa edilmeyen edimin değerine" ek olarak, "(...) ifa beklentisi için yapılan harcamalar, seçim hakkının kullanılması için yapılan masraflar, dava giderleri, temerrüt sebebiyle üçüncü kişilere ödenen tazminatlar, cezai şartlar ve yoksun kalınan kârlar". Yakuppur, s. 112

⁴⁸⁶ Gümüş, s. 39

⁴⁸⁷ Serozan, İfa Engelleri, s. 233; Gümüş, s. 39

⁴⁸⁸ Serozan, İfa Engelleri, s. 233

bulunduğu edimleri geri alması mümkün olmayacaktır – bu bağlamda ona bu hukuki korumayı sağlayan tek yol, sözleşmeden dönmedir.⁴⁸⁹

Bu noktada uygulama alanı bulacak olan TBK md. 125/III’ün birinci cümlesi uyarınca “Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler.” Bu bağlamda iş sahibine tanınan dönme hakkının niteliği, öğretide tartışma konusu yapılmıştır. Bir görüşe göre, burada sözleşmenin geriye etkili olarak ortadan kaldırılması söz konusudur.⁴⁹⁰ Sözleşmenin hiç kurulmamış sayılması sonucuna yol açan bu klasik görüş; tarafların iade borçlarını sebepsiz zenginleşme, kanuni borç ilişkisi ve nihayet istihkak hükümlerine dayandıran üç ayrı alt görüşü kapsar.⁴⁹¹ Nitekim Yargıtay da eski kanun döneminde verdiği kararlarla klasik görüşü benimsemiş görünmekteydi.⁴⁹²

Günümüz öğretisinde bu klasik görüşten uzaklaşmaktadır. “Dönüşüm Teorisi” yahut “Yeni Dönme Teorisi” olarak adlandırılan karşıt görüş uyarınca, esasen sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme içerik değiştirecektir; sözleşmenin tamamen ortadan kalkması söz konusu değildir.⁴⁹³ İş sahibi, sözleşmeden dönme yolunu seçtiği takdirde; ifa sürecinin tersine döndüğü bir tasfiye ilişkisi ortaya çıkar ve sözleşme kapsamındaki edimler geri verme edimlerine,

⁴⁸⁹ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 234

⁴⁹⁰ **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 141; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 103

⁴⁹¹ **Kurt**, s. 292 vd.

⁴⁹² **Kurt**, s. 296 vd.; Nitekim Yargıtay, bu çalışma kapsamında daha önce incelediğimiz 1983/3.E 1984/1.K sayılı İBK’sı ile, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedebileceğine hükmetmiştir. **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 153 vd; **Gümüş**, s. 44; **Büyükcay**, s. 218 vd.

⁴⁹³ **Kurt**, s. 294; **Serozan**, İfa Engelleri, s. 236 vd.; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 141 vd.

diğer bir ifadeyle iade borçlarına dönüşür.⁴⁹⁴ Kanımızca, klasik görüşün katı bir biçimde sözleşmenin kurulmamış sayılmasına yol açan yorumuna kıyasen; tarafların ilişkisinin daha önce geçerli olarak kurdukları ve o güne kadar tâbi oldukları sözleşme hükümleri çerçevesinde çözümlmesine olanak sağlayan ve bu çalışma kapsamında daha önce incelediğimiz PICC ve CISG metinlerince de benimsenen yeni dönme teorisinin uygulanması gerektiğini savunan görüş⁴⁹⁵ yerindedir.

Bu noktada, eBK’da karşılığı olmayan, yeni TBK md. 126 hükmünden bahsetmekte yarar vardır. Sürekli edimli sözleşmeler bakımından getirilmiş olan TBK md. 126, şu şekilde düzenlenmiştir: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” Ne var ki katıldığımız görüş uyarınca, eseri teslim borcunun niteliği gereği, bu hüküm eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz.⁴⁹⁶ Nitekim daha önce de belirttiğimiz üzere, eser sözleşmelerini eserin meydana getirilme aşamasını göz önünde tutarak sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirmek mümkün gözükmemektedir. Eser sözleşmeleri, ancak art arda teslimi içerdikleri oranda sürekli edimli sayılabileceklerdir. Bu bağlamda TBK md. 126’nın, eser sözleşmelerinde yüklenicinin eseri teslim borcunda temerrüdü halinde uygulanamayacağı kanaatindeyiz. Bu sebeple iş sahibinin sözleşmeden dönmesi halinde çözüm, yeni dönme teorisini uygulamak ve bu teoriyi Yargıtay içtihatlarıyla uygulamada da sağlam bir temele oturtmaktır.

⁴⁹⁴ Kurt, s. 285; Serozan, İfa Engelleri, s. 235

⁴⁹⁵ Kurt, s. 298 vd.; Serozan, İfa Engelleri, s. 237 vd.; Büyükay, s. 221 vd.

⁴⁹⁶ Büyükay, s. 219

Nihayet, sözleşmeden dönme halinde iş sahibinin talep edebileceği zararların kapsamını gösteren TBK md. 125/III'ün ikinci cümlesi uyarınca, “Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.” Görüldüğü üzere kanun koyucu, sözleşme ilişkisinin dönme yoluyla ortadan kaldırılması halinde, iş sahibine bir de zararlarının tazminini talep etme hakkı tanımıştır. Bu talebin kapsamı ise, iş sahibinin menfi zararlarıdır.⁴⁹⁷ Bu noktada belirtmek gerekir ki, sözleşmeden dönme halinde istenebilecek tazminatın kapsamını menfi zararlar ile sınırlı tutmayıp, müspet zararların alacaklıdan talep edilebileceğini savunan yazarlar da vardır.⁴⁹⁸ Biz, hukukumuzda Yargıtay içtihatları ile de destek bulan ve iş sahibinin yalnızca menfi zararlarının tazminini talep edebileceğini savunan hakim görüşe⁴⁹⁹ katılıyoruz.

Menfi zarar, iş sahibinin “sözleşmenin kurulmuş olmasından dolayı uğradığı, sözleşme kurulmamış olsaydı uğramayacak olduğu malvarlığı zararı” olarak tanımlanabilir.⁵⁰⁰ Bu zarar, sözleşmenin geçerli olarak kurulduğuna olan güvenin ihlal edildiğinden bahisle, olumsuz bir güven zararıdır.⁵⁰¹ Bu bağlamda menfi zararın kapsamına, fiili zararların yanında, iş sahibinin başka bir yüklenici ile daha uygun bir

⁴⁹⁷ **Gümüş**, s. 39; **Yakuppur**, s. 113 vd.; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 141; **Kurt**, s. 354 vd.

⁴⁹⁸ **Serozan**, İfa Engelleri, s. 239; **Serozan, Rona**: “Sözleşmeden Dönme” (“Dönme”), 2. Bası, İstanbul, 2007, s. 589

⁴⁹⁹ **Kurt**, s. 357; **Büyükay**, s. 216; **Tandoğan**, Borçlar Hukuku, s. 141; **Serozan**, Dönme, s. 587; **Dayınlarlı**, Temerrüt, s. 83; Y. 15. HD, 17.11.2016 T., 2016/331.E, 2016/4729.K. – Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları: “Hukuk öğretisinde, menfi-müspet zarar ayırımının, adaletsizliklere yol açtığı ileri sürülerek, terk edilmesi önerilmektedir. (...) Ne var ki, bu görüş kabul edildiğinde BK'nın 106. maddesinde getirilen ayırımın hiçbir anlamı kalmamaktadır. Bu nedenle, Yargıtay'ın öteden beri benimsediği müspet-menfi zarar ayırımının terk edilmesi düşüncesine iştirak edilmemiştir.”

⁵⁰⁰ **Kurt**, s. 355

⁵⁰¹ **Serozan**, Dönme, s. 587

sözleşmesel ilişki içerisine girme fırsatını kaçırmamasından doğan zararlar da girer.⁵⁰² Yargıtay da eser sözleşmelerinde menfi zararın kapsamını; sözleşmenin yapılmasına ilişkin giderler, sözleşmeden doğan borcun ifası ve karşı edimin kabulü için yapılan masraflar, sözleşmenin yerine getirilmesi sebebiyle uğranılan zarar, üçüncü kişiyle sözleşme fırsatının kaçırılması sebebiyle uğranan zarar, başka bir sözleşmenin ifa edilememesi sebebiyle uğranılan zarar ve nihayet dava masrafları olarak belirlemiş görünmektedir.⁵⁰³

IV. ESER SÖZLEŞMESİNDE ÜST KAVRAM OLARAK YÜKLENİCİNİN BORCUNU İFA ETMEMESİ

Çalışmamızın bu bölümüne kadar, eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcunu ifa etmemesi üzerine Kanunumuzun mevcut düzenlemelerinden bahsetmekle yetindik. Bu vesileyle çalışmamızı tamamlamadan önce, daha önce değindiğimiz uluslararası metinlerdeki yeknesak borca aykırılık yaklaşımının eser sözleşmesinde nasıl uygulama alanı bulabileceğine ilişkin görüşlerimizi açıklamayı uygun görüyoruz.

Kanımızca, eser sözleşmelerinde borca aykırılığın yeknesak bir yaklaşımla düzenlenmesi; bu yaklaşımın genel hükümler çerçevesinde benimsenmesi ve bu hükümlere atıf yapılması yolu ile mümkün olabilir. Halihazırda genel hükümlerden uzaklaşan, eser sözleşmesine özgü ayıplı ifa ve imkansızlık hükümleri mevcut olsa da; uygulamada azımsanmayacak kadar önemli bir yer kaplayan borca aykırılık tiplerinden temerrüt halinde, zaten genel hükümlere başvurulmaktadır. Biz, eser

⁵⁰² **Gümüş**, s. 40

⁵⁰³ Y. 15. HD, 17.11.2016 T., 2016/331.E, 2016/4729.K – Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programları. Nitekim bu kapsamı belirlerken, Yargıtay, **Tandoğan**'ın görüşlerine atıf yapmıştır.

sözleşmesinin tanımı, unsurları ve taraflara yüklediği hak ve borçlar özel hükümler ile düzenlendikten sonra; borca aykırılık halleri ve bunlara uygulanacak yaptırımların belirlenmesinde, borca aykırılıkta yeknesak yaklaşımı benimseyen genel hükümlerin uygulanması çözümünü savunuyoruz.⁵⁰⁴ Yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcuna aykırılığının ‘esaslı’ olup olmadığına göre iş sahibine tanınacak haklar çeşitlendirilerek, borca aykırılığın sonucuna göre bir tasnif yapılabilmesi mümkündür. Ne de olsa bu tasnif; CISG, PICC, PECL ve DCFR ile benimsendiği gibi, günümüz gereklerine de uygun bir tasniftir. Yine bu metinlerde olduğu gibi, taraflara mücbir sebebin (*force majeure*) varlığı halinde borçtan kurtulma imkanı tanınmalıdır.

Böyle bir düzenleme, baştaki-sonraki imkansızlık başta olmak üzere, pratik hayatın gereklerine uzak olan borca aykırılık türleri ve sonuçlarına göre yapılan ayrımı ortadan kaldıracak, bunun yanında borçlar genel-borçlar özel ikililiğine bir son verilecek; herkes için daha anlaşılır, uygulanabilir ve adil bir düzen ortaya çıkacaktır. Bunun yanında sözleşmenin yalnızca esaslı ihlali için bir son çare olarak düzenlenmesi gereken sözleşmeden dönme kurumunun uygulanma şekli de hakkaniyete daha uygun hale gelecektir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, Serozan’ın deyiimiyle “Birbirine benzeyen olgulara birbirinden ayrı çözümler bağlanmış olması, ister istemez rastlantısal sonuçlara ve çarpıcı eşitsizliklere yol açmaktadır.”⁵⁰⁵ Eser

⁵⁰⁴ Hatta diğer uluslararası metinlerden farklı olarak borçlar özel hükümlerine de yer veren DCFR, tarafların hak ve yükümlülüklerine ilişkin olarak dahi tüm iş görme borcu doğuran sözleşmeler yönünden 2:101 vd. maddelerinde yeknesak bir çözüm benimsemiş, daha sonra 3:101 vd. maddelerinde inşaat sözleşmelerine ilişkin özel hükümlere yer vermiştir. Kanatimizce iş görme sözleşmeleri yönünden ortak bir yaklaşım benimsenmesine ilişkin bu çözüm de mevcut sisteme kıyasla daha kabul edilebilir bir çözümdür.

⁵⁰⁵ Serozan, İfa Engelleri, s. 136

sözleşmesi akdederek hukuki bir ilişki içerisine giren taraflar, hangi borca aykırılık halinin nasıl yorumlanacağını, hangi yaptırıma bağlanacağını ve bu aykırılık hallerinde girdikleri hukuki ilişkinin nasıl nihayete ereceğini önceden görememektedir. Öyleyse pratik hayatın gereklerini mevcut hukuka uydurmaya çalışmak yerine, mevcut hukuku pratik hayatın gereklerine uygun hale getirmek, bu rastlantısal sonuçları ve çarpıcı eşitsizlikleri ortadan kaldırmak; savunduğumuz yeknesak borca aykırılık çözümünün kabulü ile mümkün olacaktır.

SONUÇ

Bir tarafın bir eser meydana getirerek teslim etmeyi, diğer tarafın da buna karşılık bir bedel ödemeyi üstlendiği eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, ivazlı ve rızai sözleşmelerdendir. Eser sözleşmesi, günlük hayatta karşımıza çıkan pek çok hukuki ilişkinin temelini oluşturmasının yanında, başta inşaat sektörü olmak üzere, ekonomik anlamda geniş çaplı işlerde de karşımıza çıkmakta ve TBK md. 470 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

Bu bağlamda eser sözleşmesinde eseri meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden yüklenicinin, bu asli edim yükümlülüğünün yanında işi sadakat ve özenle yapma borcu, işi kendisi yapma borcu, işe zamanında başlama ve devam etme borcu gibi pek çok farklı borcu da mevcuttur. Buna karşılık iş sahibinin de, bedel ödeme borcunun yanında, sözleşme ile kararlaştırılmış ise malzemeyi sağlama borcu, eserin ayıplı olup olmadığını inceleme ve ayıp varsa ihbar yükümlülüğü, eseri teslim alma borcu ve sır saklama yükümlülüğü gibi yükümlülükleri vardır. İş sahibi, bedel ödeme borcunda pekala borçlu temerrüdüne düşebileceği gibi; diğer yükümlülüklerini ihlali halinde kimi zaman ayıptan doğan haklarını yitirmekte, kimi zaman da alacaklı temerrüdüne düşerek yüklenicinin borçlu temerrüdünü dışlamaktadır. Görüldüğü üzere iş sahibinin sözleşmesel yükümlülüklerine aykırı davrandığı haller, eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması sebebiyle yüklenicinin eseri teslim borcuna aykırılığını ve bu aykırılığın sonuçlarını da doğrudan doğruya etkilemektedir.

Ne var ki eser sözleşmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümler sistematığına de uygun olarak; yüklenicinin borca aykırılık hallerine göre bir tasnif

yapılmıştır. Bu tasnif, kanun koyucunun CISG, PECL, DCFR ve PICC gibi uluslararası metinlerdeki ve yeni BGB'deki değişiklikleri göz ardı etmek suretiyle, yeni Borçlar Kanunu'nda da aynen koruduğu, ne var ki modern hukukta yavaş yavaş terk edilen ve *Mommsen*'in fikirlerine dayanan borca aykırılık tasnifi olup; pratik hayatın gereklerine uzak görünmektedir. Yaratılan borca aykırılık türlerinin anlaşılmasının güçlüğü, bağlanan sonuçların karmaşıklığı ve esasen yaratılan adaletsizlik sebebiyle; CISG, PICC, PECL ve DCFR gibi pek çok metinden yıllar sonra kaleme alınan ve 2012'de yürürlüğe giren TBK'da bu ayırımın aynen korunmuş olması, haklı eleştirileri de beraberinde getirmektedir.

Gerçekten de eser sözleşmesinde yüklenicinin eseri meydana getirme ve teslim borcuna aykırılığının pek çok görünümü mevcuttur. Her şeyden önce yüklenicinin bu borcu ifa etmesi imkansız olabilir. Bu imkansızlığın baştan mı mevcut olduğu yoksa sonradan mı ortaya çıktığı, kusura dayanıp dayanmadığı, sürekli mi yoksa geçici mi olduğu gibi pek çok ayrıma göre borca aykırılık halinin sonucu belirlenmektedir. Bunun yanında yüklenici, bu borcu gereği gibi ifa etmemiş olabilir. Bunun en sık rastlanan görünümü ise eserin ayıplı olarak meydana getirilmiş olmasıdır. Bu durumda da kanun koyucu eser sözleşmesi için özel hükümler getirmiş ve borçlar genel-borçlar özel ikililiğini bir kez daha karşımıza çıkarmıştır. Nihayet yüklenici, ifası mümkün olan bu borcunu ifada gecikerek temerrüde düşmüş olabilir. Bu durumda ise genel hükümler uygulama alanı bulmakta ve eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olması sebebiyle iş sahibine bir takım seçimlik haklar tanınmaktadır. Ne var ki bu seçimlik hakların tanınışında, iş sahibinin neye göre seçim yapacağı yüklenici tarafından önceden bilinmemekte,

kanaatimizce ona verilen süre de bu belirsizliği ortadan kaldırmamakta ve yüklenici pek çok ağır yaptırımla, hazırlıklı olmaksızın, karşı karşıya kalabilmektedir.

Kanımızca eser sözleşmesinde de, tıpkı incelediğimiz uluslararası hukuk metinlerinde olduğu gibi yeknesak bir borca aykırılık sistemi benimsenmelidir. Bunun için her şeyden önce Kanun'un genel hükümler kitabında "Borcun İfa Edilmemesi" başlığı altında, borca aykırılığın sebebine göre değil, sonucuna göre bir tasnif yapılmalı ve borca aykırılığın 'esaslı' olup olmadığı ayırımına gidilmelidir. Eser sözleşmelerine ilişkin olarak ise özel hükümlerde sözleşmenin tanımına, unsurlarına ve tarafların hak ve borçlarına yer verildikten sonra, borca aykırılık halleri ve sunulan çözümler yönünden genel hükümlere atıf yapılmalı ve dolayısıyla borçlar genel-borçlar özel ikililiği de ortadan kaldırılmalıdır. Ancak bu çözümlerin benimsenmesi ile günümüzde artık terk edilmeye başlanan eski borca aykırılık tasnifinin getirdiği eşitsizlik ve adaletsizlikler ortadan kaldırılacak; günümüz hayatının gereklerine uygun, esnek ve anlaşılabilir bir kurallar bütünü yaratılabilecektir.

ÖZET

Yüklenicinin bir eser meydana getirerek teslim etmeyi, iş sahibinin de buna karşılık bir bedel ödemeyi üstlendiği eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470.-486. maddelerinde düzenlenmiş olup, gerek gündelik ilişkilerde, gerekse inşaat işlerinde sıkça uygulama alanı bulmaktadır. Kanun koyucu, 6098 sayılı Kanunu hazırlarken; ne genel hükümler, ne de eser sözleşmesini düzenleyen özel hükümlerde yeknesak bir borca aykırılık yaklaşımını benimsememiş, eski Kanun'un tasnifi aynen korunmuştur. Buna göre eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü, borcu ifasının imkansızlığı ve nihayet ayıplı ifası birbirinden ayrı çözümlere tâbi tutulmuştur.

Yeni Alman Borçlar Kanunu ve CISG, PECL, PICC ve DCFR gibi uluslararası metinlerce benimsenen "Borcun ifa edilmemesi" kavramı, bütün borca aykırılık hallerini kapsamakta ve yalnızca aykırılığın "esaslı" olup olmadığı dikkate alınmaktadır. Bu yaklaşım, pratik gereklere daha uygun olup; Kanun'un genel hükümleri çerçevesinde düzenlenmeli ve eser sözleşmesi açısından da bu hükümlere atıf yapılmak suretiyle benimsenmelidir.

ABSTRACT

Contracts for services, where the contractor undertakes the duty to produce and deliver a product and the employer undertakes the duty to make a payment in return, have been covered by the Turkish Code of Obligations no. 6098, Articles 470 to 486, and they hold importance within daily transactions as well as in construction works. Lawmakers, while preparing the Code no. 6098, have not adopted a uniform contractual breach system neither in the general provisions of the Code nor in the special provisions prepared for the contracts for services, and they have preserved the system that was adopted by the previous Code of Obligations. Therefore, different solutions are utilized whenever the contractor of a contract for services defaults on their obligation, fulfillment of their obligation becomes impossible or when the delivered product does not meet the contractual standards and obligations.

The “non-performance” approach that has been adopted by the new German Code of Obligations and international instruments like CISG, PECL, PICC and DCFR; encompasses all sorts of contractual breach types and only takes whether the breach is “fundamental” or not into consideration. This approach is more suitable for practical needs and should be accepted by the General Provisions of the Code and by referencing those, should be adopted by the special provisions of the Code regarding contracts for services.