

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
DOKTORA TEZİ

# İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

**Serkan AYAN**

Danışman

**Prof. Dr. Şeref ERTAŞ**

İzmir 2008

## Yemin Metni

Doktora Tezi olarak sunduğum “**İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

28.05.2008

**Serkan AYAN**

## DOKTORA TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Serkan AYAN  
**Anabilim Dalı** : Özel Hukuk  
**Programı** : Doktora  
**Tez Konusu** : İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE  
YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ  
**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 30. maddesi gereğince doktora tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini .... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA  O OY BİRLİĞİ  O  
DÜZELTİLMESİNE  O\* OY ÇOKLUĞU  O  
REDDİNE  O\*\*

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır.  O\*\*\*  
Öğrenci sınava gelmemiştir.  O\*\*

\* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.

\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez, burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.  Evet  
Tez, mevcut hali ile basılabilir.  O  
Tez, gözden geçirildikten sonra basılabilir.  O  
Tezin, basımı gerekliliği yoktur.  O

### JÜRİ ÜYELERİ

### İMZA

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

.....  Başarılı  Düzeltme  Red .....

**ÖZET**  
**Doktora Tezi**  
***İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ***  
**Serkan AYAN**

**Dokuz Eylül Üniversitesi**  
**Sosyal Bilimler Enstitüsü**  
**Özel Hukuk Anabilim Dalı**  
**Doktora Programı**

İnşaat sözleşmesinde süre, bedel ve yapılacak işin nitelikleriyle birlikte, sözleşmenin önemli üç noktasından birini oluşturur. İnşaatın zamanında tamamlanarak tesliminde, iş sahibinin olduğu kadar yüklenicinin de hukuken korunmaya değer menfaatleri bulunmaktadır.

Borçlu temerrüdü, asli edim yükümlülüğünün zamanında borç programına uygun olmamasıdır. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü ise, inşaatın zamanında tamamlanarak iş sahibine teslimidir. İnşaatın zamanında tamamlanmaması veya tamamlanmakla birlikte teslim edilmemesi, diğer koşulların da bulunması kaydıyla yüklenicinin temerrüdünü oluşturur.

İnşaat sözleşmesinde teslimin gerçekleşmesi, inşaatın ayıpsız veya eksiksiz olmasına bağlı değildir. Henüz tamamlanmamış bir yapı hukuken teslim edilirse, iş sahibi bu eksiklikten doğan haklarını Borçlar Kanununun 96 ve devamı hükümlerine göre ileri sürebilir.

Yüklenicinin temerrüdünün ortaya çıkması üzerine, iş sahibi öncelikle inşaatın tamamlanarak teslimini ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Bunun yanında ek süre vermek kaydıyla, inşaatın tamamlanmasından vazgeçerek, olumlu zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilir. İş sahibinin olumlu zararının tazmininin talep edilmesi durumunda iş sahibi, zararının değişim veya fark teorisine göre tazminini talep edebilir.

Sözleşmeden dönme durumunda ise tarafların aldıklarını iade borçları doğacaktır. Sözleşmeden dönme üzerine iş sahibi, yükleniciye devrettiği arsa paylarının kendi adına tescilini, açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla talep edebilir. Bu durumda yüklenici de, yaptığı işin bedelini, talep edebilir.

**Anahtar Kelimeler:** Yüklenici, Temerrüt (Gecikme), İnşaat Sözleşmesi, Cezai şart.

**ABSTRACT**  
**Doctoral Thesis**  
**Default of the Contractor in the Construction Agreement**  
**Serkan AYAN**

**Dokuz Eylül University**  
**Institute of Social Sciences**  
**Department Privat Law**  
**Doctoral Program**

In a construction agreement within the period, the value and the quality of the work to be done, are composed of the three important points of the agreement. In the completion and the concession of the construction on time, there are not only the business owner, also the contractor has benefits that are to be protected as well.

The debtor default is the coherence of the primitive act responsibility on time with the debt programme. In the construction programme, the contractor's primitive act responsibility is the completion and the concession of the construction to the business owner on time. In case the construction is not completed and conceded on the required time, with the other circumstances consists of the default of the contractor. In the construction agreement, the realization of the concession is not based on the building to be absolute and free from defects. If an uncompleted construction is conceded legally, the business owner can suggest his rights that derives from that default according to thr 96 and the following articles of the Law of Obligations.

In case the default of the contractor is appeared, firstly the business owner can demand the completion and the concession of the construction and with the delay reason the payment of the damage.

Moreover, provided giving extra period of time, the business owner can discard the completion of the construction and can demand the payment of the positive damage or can denounce the agreement and demand the negative damage. In case the business owner demand the positive damage, the business owner can demand the compensation according to the change or difference of the damage.

In case the agreement is denounced, return debts of the parties will appear. In case the agreement is denounce, the business owner can demand the registration of the land rates that was transferred to the contractor in his name with the correction of he land registry registration case. In that case the contractor also demand the vale of the work done.

**Key Words:** Contractor, Default (Delay), Agreement of the Construction, Penal Clause.

## İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ

YEMİN METNİ .....	II
TUTANAK.....	III
ÖZET .....	IV
ABSTRACT .....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR.....	XV
Giriş ve Konunun Kapsamı.....	1

### *BİRİNCİ BÖLÜM*

#### *GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ*

ve

#### *İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM KAVRAMI*

§ 1.GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ .....	5
I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI .....	5
II. UNSURLARI.....	7
A. Yüklenicinin, Taşınmaz Bir Yapının İnşasını ve Bunun Teslimini Taahhüt Etmesi.....	7
B. Bedel.....	11
C. Bu Konuda Taraflar Arasında Bir Sözleşme Yapılması.....	14
III. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	15
A. Genel Olarak.....	15
B. Yüklenicinin Yükümlülükleri .....	16
C. İş Sahibinin Yükümlülükleri .....	18
IV. HUKUKÎ NİTELİĞİ .....	21
A. Genel Olarak .....	21
B. İnşaat Kullanılacak Malzemelerin Yüklenici Tarafından Sağlanması Bakımından.....	23
C. Sürekli veya Anî Edimli Borç İlişkisi Ayrımı Bakımından .....	23
1. Genel Olarak.....	23
2. İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Konusunda İleri Sürülen . Görüşler.....	25
a. Sürekli Borç İlişkisi Görüşü .....	25
b. Ani Edimli Borç İlişkisi Görüşü .....	26
c. Karma görüş .....	27

3. Görüşümüz.....	28
a. Eser Sözleşmesi Bakımından .....	28
b. İnşaat Sözleşmesi Bakımından.....	29
<b>§ 2. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM ve HUKUKÎ SONUÇLARI .....</b>	<b>32</b>
<b>I. GENEL OLARAK TESLİM KAVRAMI.....</b>	<b>32</b>
<b>II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM .....</b>	<b>34</b>
<b>A. İnşaat Sözleşmesinde Teslimin Gerçekleşmesi .....</b>	<b>34</b>
<b>B. İş Sahibinin İnşaatın Teslimini Reddetme Hakkı.....</b>	<b>37</b>
1. Genel Olarak .....	37
2. Koşulları.....	41
3. Biçimi .....	42
<b>C. Teslim İçin, Yüklenicinin Sözleşmedeki Bütün Yükümlülüklerini Yerin Getirmiş (Yapının Tamamlanmış, Eksiksiz) Olmasının Gerekli Gerekmediği Sorunu .....</b>	<b>43</b>
1. Eksiklik Kavramı .....	43
2. Doktrindeki Görüşler.....	45
3. Görüşümüz.....	47
a. Eksikliğin Önemi Bakımından .....	48
aa. Önemsiz ve Küçük Eksiklikler.....	49
bb. Önemli ve Büyük Eksiklikler .....	50
cc. Orta Derecede Önemli Eksiklikler.....	50
b. Yapının Kısım Kısım Teslim Edilmesi Bakımından .....	53
aa. Sözleşme Gereğince Kısmi Teslim.....	53
bb. İş Sahibinin İradesiyle Kısmi Teslim .....	54
<b>D. Yapının Eksik Olmasına Rağmen Teslimin Gerçekleşebileceği İstisnâî Durumlarda, Bu Eksikliklerin Hangi Hükümlere Tâbi Olacağı Sorunu.....</b>	<b>55</b>
1. Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler .....	55
2. Eksikliklerin Genel Hükümlere Göre Talep Edilebilmesine Yönelik Görüşler .....	56
3. Görüşümüz.....	57
a. Genel Olarak .....	57
b. Aynen İfa (Eksikliğin Giderilmesi) ve İnşaatın Tamamlanmadan (Eksik) Teslim Edilmiş Olmasından Doğan Zararın Tazmini .....	58
c. Bedelde İndirim (Eksik İş Bedeli) ve İnşaatın Tamamlanmadan (Eksik) Teslim Edilmiş Olmasından Doğan Zararın Tazmini .....	59
<b>E. İspat Yükü .....</b>	<b>63</b>

F. Teslimin Sözleşme Gereğince Başka Koşullara Bağlanması ....	63
III. TESLİMİN HUKUKİ SONUÇLARI .....	65
A. Genel Olarak.....	65
B. Bedel Borcunun Muaccel Olması .....	67

## İKİNCİ BÖLÜM

### YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜN KOŞULLARI

§ 3. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMESİ BORCUNUN MUACCEL OLMASI .....	74
I. GENEL OLARAK .....	74
A. Muacceliyetin Sözleşmeyle <u>Belirlenmiş</u> Olması .....	75
B. Muacceliyetin Sözleşmeyle <u>Belirlenmemiş</u> Olması .....	79
1. Genel Olarak .....	79
2. Yüklenicinin İnşaata Başlaması Gereken Zamanın Belirlenmesi .....	80
3. İnşaatın Tamamlanması İçin Gereken Sürenin (İnşaat Süresinin) Belirlenmesi.....	80
II. İNŞAAT SÜRESİNİN (Teslim Borcunun Muacceliyetinin) UZAMASI.....	82
III. İNŞAAT SÜRESİNİN (Teslim Borcunun Muacceliyetinin) UZAMASININ KOŞULLARI .....	86
A. İnşaat Süresinin İşlemeye Başlaması .....	89
B. İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememesi ...	91
C. İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememiş Olmasının, İş Sahibinin Hâkimiyet Alanından Doğan Sebeplerden veya Mücbir Sebeplerden Kaynaklanması .....	92
1. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanından Doğan Sebepler .....	93
2. İş Sahibinin Ara Ödemeleri Zamanında Yapmaması .....	98
3. İş Değişikliği veya Ek İşler Yapılması .....	102
4. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanına Dâhil Edilemeyen ve Zorunlu Olarak İnşaatın Durmasına / Yavaşlamasına Neden Olan Sebeplerin İnşaat Süresine Etkisi.....	105
D. Yüklenicinin Çalışma Temposunu Arttırarak, İnşaatı Olağan Teslim Süresinde Tamamlama Yükümlülüğünün Bulunmaması .....	111
1. Genel Olarak.....	111
2. İnşaatın Hızlandırılması Kavramı .....	112
3. Yüklenicinin İnşaatı Hızlandırma Yükümlülüğünün Bulunduğu Hâller.....	113
4. Yüklenicinin İnşaatı Hızlandırarak, Zamanında Tamamlama Yükümlülüğü Bulunmasının Sonuçları .....	116



E. Yüklenicinin İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememe Tehlikesi Gecikmeksizin İş Sahibine Bildirmesi ....	117
F. Yüklenicinin Bazı Davranışlarıyla Gecikme Tehlikesini Üstlenmemiş Sayılması .....	123
IV. İNŞAAT SÜRESİNİN (Muacceliyetin) UZAMASININ ÖLÇÜSÜ.....	124
A. Genel Olarak.....	124
B. İnşaat Tamamen Durmuşsa .....	125
C. İnşaat Yavaşlamışsa .....	128
V. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE TARAFLARIN TESLİM BORCUNUN MUACCELİYETİNİN UZAMASINI DÜZENLEMELERİ...	129
A. Genel Olarak.....	129
1. Yasal Riziko Dağılımını Yüklenici Yararına Değiştiren Kayıtlar.	129
2. Yasal Riziko Dağılımını İş Sahibi Yararına Değiştiren Kayıtlar .	130
B. Yapı İşleri Genel Şartnamesine Tabi İşlerde İnşaat Süresinin Uzaması.....	131
§ 4. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMEMİŞ (Borcun İfa Edilmemiş) OLMASI .....	132
§ 5. İNŞAATIN TAMAMLANMASININ OBJEKTİF OLARAK İMKÂNSIZ OLMAMASI.....	134
I. İMKÂNSIZLIK KAVRAMININ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ BAKIMINDAN ÖNEMİ .....	134
II. YENİDEN İNŞASI MÜMKÜN OLAN BİR İNŞAATIN HASARA UĞRAMASI veya YOK OLMASI .....	137
III. YÜKLENİCİNİN, İNŞAATI TAMAMLAMAMA NİYETİNİ AÇIKÇA ORTAYA KOYMASININ İMKÂNSIZLIK BAKIMINDAN ETKİSİ .....	137
§ 6. İHTAR.....	139
I. GENEL OLARAK.....	139
II. İHTARA GEREK OLMAYAN DURUMLAR .....	140
A. Belirli veya Kesin Vadenin Bulunması.....	140
B. Teslim Tarihinin, Sözleşmeyle İş Sahibine Tanınmış Bulunan Muacceliyet İhbarıyla Belirlenmesi .....	145
C. Yüklenicinin Borcunu İfa Etmeyeceğini Ciddi ve Kesin Biçimde Ortaya Koyması.....	145
§ 7. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMEMESİNİN HUKUKA AYKIRI (Objektif Olarak Borca Aykırı Bir Davranış Niteliğinde) OLMASI .....	146

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**YÜKLENİCİNİN TESLİMDE TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI**

<b>§ 8. YÜKLENİCİNİN TESLİMDE TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI.....</b>	<b>148</b>
<b>I. AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAM ETMESİ.....</b>	<b>149</b>
<b>A. Temerrüdün Tarafların Edimleri Üzerindeki Etkisi.....</b>	<b>149</b>
<b>B. İnşaatın Başkasına Tamamlatılarak Masraflar ile Diğer Zararların Tazminin Talep Edilmesi.....</b>	<b>151</b>
1. Genel Olarak .....	151
2. Hükme Başvuru Koşulları .....	152
3. Hükümün Uygulanması ve Sonuçları .....	155
<b>II. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUK.....</b>	<b>159</b>
<b>A. Genel Olarak Gecikme Tazminatı .....</b>	<b>159</b>
<b>B. Gecikme Tazminatının Talep Edilebileceği Dönem .....</b>	<b>163</b>
<b>C. Gecikmeden Doğan Zarar Kalemleri .....</b>	<b>167</b>
1. Fiilî Zarar .....	167
2. Yoksun Kalınan Kazanç .....	168
<b>III. CEZAI ŞART.....</b>	<b>168</b>
<b>A. Genel Olarak.....</b>	<b>168</b>
<b>B. Cezai Şart Talebinin Koşulları .....</b>	<b>172</b>
<b>IV. TEMERRÜT SIRASINDA İNŞAATIN YAPILMIŞ OLAN KISMININ HASARA UĞRAMASINDAN SORUMLULUK.....</b>	<b>181</b>
<b>§9. İŞ SAHİBİNİN BORÇLAR KANUNUNUN 106 – 108. MADDELERİNDE DÜZENLENEN SEÇİMLİK HAKLARI .....</b>	<b>183</b>
<b>I. GENEL OLARAK .....</b>	<b>183</b>
<b>II. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILABİLMESİNİN KOŞULLARI .....</b>	<b>189</b>
<b>A. Kural Olarak Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Verilmesi Gerekir</b>	<b>189</b>
1. Ek Süre Kavramı .....	189
2. Ek Süre Verilmesi Gerekmeyen Durumlar.....	192
a. Yüklenicinin Davranışlarından Ek Sürenin Yararsız Olacağıın Anlaşılması .....	192
b. Edimin Temerrüt Nedeniyle Alacaklı Bakımından Yararsız Hâle Gelmesi .....	193
c. Kesin Vadenin Kararlaştırılmış Olması .....	194
d. Dürüstlük Kuralları Gereğince İş Sahibinden Ek Süre Vermesinin Beklenememesi .....	196
<b>B. Ek Süre Verilmesini Gerektirmeyen Bir Durumun Bulunması veya Verilen Ek Sürenin Sonunda İnşaatın Tamamlanarak Teslim Edilmemiş Olması .....</b>	<b>197</b>

<b>C. Seçimlik Hakların Derhal Kullanılması</b> .....	<b>197</b>
1. Genel Olarak .....	197
2. Ek Süre Verilen Hâllerde .....	198
3. Ek Süre Verilmesi Zorunlu Olmayan Hâllerde .....	199
<b>§10. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADEN VAZGEÇEREK MÜSPET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ</b> .....	<b>201</b>
<b>I. AYNEN İFADAN VAZGEÇİLMESİ</b> .....	<b>201</b>
<b>A. Genel Olarak</b> .....	<b>201</b>
<b>B. Aynen İfadan Vazgeçilmesinin Kapsamı</b> .....	<b>202</b>
<b>C. Aynen İfadan Vazgeçilmesinin İş Sahibinin Edim Yükümlülüğü Üzerindeki Etkisi (Mübadele ve Fark Teorileri)</b> .....	<b>203</b>
<b>II. İŞ SAHİBİNİN MÜSPET ZARARININ HESAPLAMASI</b> .....	<b>206</b>
<b>A. Genel Olarak</b> .....	<b>206</b>
<b>B. Mübadele Teorisine Göre</b> .....	<b>208</b>
1. Yüklenicinin Hukukî Durumu .....	208
2. İş Sahibinin Hukukî Durumu .....	209
a. İnşaatın Tamamlanabilmesi İçin Gereken Masraflar.....	209
b. Gecikme Nedeniyle (Yapının Zamanında Teslim Edilmemesinden) Doğan Zarar .....	212
c. Cezai Şart .....	214
<b>C. Fark Teorisine Göre</b> .....	<b>215</b>
1. Genel Olarak .....	215
2. Bedelin Para Olarak Ödeneceği İnşaat Sözleşmelerinde.....	216
a. Yüklenicinin Kısmî Bedel Alacağı .....	216
aa. Bedel Hiç Belirlenmemiş veya Yaklaşık Olarak Belirlenmişse .....	216
bb. Bedel Götürü Olarak Belirlenmişse .....	216
b. İş Sahibinin Müspet Zararının Giderilmesi Talebi .....	218
3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde .....	219
<b>§ 11.İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ</b> .....	<b>223</b>
<b>I. GENEL OLARAK</b> .....	<b>223</b>
<b>II. DÖNMENİN HUKUKÎ SONUÇLARI</b> .....	<b>225</b>
<b>A. İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması</b> .....	<b>225</b>
<b>B. Daha Önce İfa Edilen Edimlerin İadesi</b> .....	<b>227</b>
1. İş Sahibinin İade Borcu.....	228
a. Genel Olarak .....	228

b.	Bedel Hiç Belirlenmemiş veya Yaklaşık Olarak Belirlenmişse .....	231
c.	Bedel Götürü Olarak Belirlenmişse .....	233
d.	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde .....	235
2.	Yüklenicinin İade Borcu .....	236
a.	Bedelin Para Olarak İfa Edileceği İnşaat Sözleşmelerinde .....	236
b.	Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde .....	236
aa.	Dönmenin Etkisi Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler.....	237
aaa.	Dönmenin, Borç İlişkisini Geriye Etkili Olarak Ortadan Kaldırdığı Yönündeki Görüşler (Klasik Dönme Görüşü).....	237
bbb.	Dönmenin, Borç İlişkisini Geriye Etkili Olarak Ortadan Kaldırmayıp, Tasfiye Sürecine Soktuğu Yönündeki Yeni Görüşler (Yeni Dönme Görüşü).....	238
bb.	Yargıtay'ın Görüşü.....	239
cc.	Görüşümüz .....	240
dd.	Yüklenicinin Alacağı Arsa Payı Olarak Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu .....	245
3.	İade Borçlarının Karşılıklı İlişkisi.....	247
<b>C.</b>	<b>MENFİ ZARARIN TAZMİNİNİN TALEP EDİLMESİ .....</b>	<b>248</b>
1.	Genel Olarak Menfi Zarar Kavramı.....	248
2.	UNSURLARI .....	249
a.	Fiilî Zarar .....	249
b.	Kaçırılan Fırsatlar.....	249
<b>III.</b>	<b>İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN KISMÎ DÖNME .....</b>	<b>251</b>
<b>A.</b>	<b>Kısmî İfa ve Kısmi Dönme Kavramları .....</b>	<b>251</b>
<b>B.</b>	<b>Kısmî Dönmenin Koşulları .....</b>	<b>253</b>
<b>C.</b>	<b>Kısmî Dönmenin Hukukî Sonuçları .....</b>	<b>256</b>
<b>IV.</b>	<b>İNŞAAT, ÖZELLİKLE DE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNME KONUSUNDA DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER.....</b>	<b>257</b>
<b>V.</b>	<b>ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ KONUSUNDA YARGITAY'IN TUTUMU.....</b>	<b>260</b>

§ 12. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜYLE İLGİLİ BAZI ÖZEL SORUNLAR .....	265
I. TEMERRÜDÜN KOŞULLARI OLUŞMAMASINA RAĞMEN İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARINI KULLANMASI VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI .....	265
II. İŞ SAHİBİNİN, KISMEN VEYA TAMAMEN ARSAYI DİĞER BİR KİŞİYE DEVRETMESİ.....	269
III. YÜKLENİCİNİN İŞ SAHİBİNDEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ .....	271
A. Genel Olarak .....	271
B. Arsa Payının Yüklenici Adına Kaydedilmiş Olması Durumunda .....	274
C. Arsa Payının Yüklenici Adına Kaydedilmemiş (Arsa Sahibi Adına Kayıtlı) Olması Durumunda.....	274
1. Yargıtay Uygulamasına Göre .....	274
2. Görüşümüz.....	280
IV. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNDEN DOĞAN DAVALARDA USUL HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER .....	282
A. Görevli Mahkeme .....	282
B. Yetkili Mahkeme .....	287
C. Zamanaşımı Süresi .....	288

### **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

#### **YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İNŞAATI TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE UYGULANMASI**

*(BK. m.358/I)*

§ 13. GİRİŞ.....	292
§ 14. KOŞULLARI....	297
I. <b>MADDE KİŞİ</b> KOŞUL: İNŞAAT SEVİYESİNİN OLMASI GEREKENDEN GERİDE BULUNMASI .....	298
A. Genel Olarak.....	298
B. Yapının Tamamlanarak Teslim Edilmesi Gereken Tarihin Sözleşmeyle <b>Belirlenmiş</b> Olması Hâlinde BK. m.358/I Hükümünün Uygulanması.....	300
1. BK. m. 358/I Hükümünün <b>Sadece</b> Tamamlanma / Teslim Tarihi Belli Olan İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanması (BK. m.358/I, 3. Seçimlik Koşul).....	301
a. Genel Olarak.....	301
b. İnşaatın Belirlenen Tarihte Tamamlanamayacak Ölçüde Geride Kalması .....	302
2. BK. m. 358/I Hükümünün Hem Başlama, Hem de Tamamlanma / Teslim Tarihi Belli Olan İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanması .	309
a. İnşaata Başlamada Gecikme (BK. m.358/I, 1. Seçimlik Koşul).....	309

b. Başlanmiş İnşaatın Yapımındaki Gecikme (BK. m.358/I, 2. Seçimlik Koşul).....	313
aa. Başlama ve bitiş tarihleri belli olan işlerde ara vadelerin de kararlaştırılmış olması hâlinde.....	314
bb. Başlama ve bitiş tarihleri belli olan işlerde ara vadelerin kararlaştırılmamış olması hâlinde.....	315
<b>C. Yapının Tamamlanarak Teslim Edilmesi Gereken Tarihin Sözleşmeyle <u>Belirlenmemiş</u> Olması Hâlinde BK. m.358/I Hükmünün Uygulanması .....</b>	<b>318</b>
1. İnşaatın Başlamada Gecikme (BK. m.358/I, 1. Seçimlik Koşul) .	318
2. Başlanmiş İnşaatın Yürütülmesinde Gecikme (BK. m.358/I, 2. Seçimlik Koşul).....	319
<b>II. HUKUKÎ KOŞUL: MADDİ KOŞULUN DOĞUMUNUN İŞ SAHİBİNİN RİZİKO ALANINDAN KAYNAKLANMAMASI.....</b>	<b>322</b>
<b>III. DİĞER KOŞULLAR .....</b>	<b>323</b>
<b>§ 15. HUKUKÎ SONUÇLARI .....</b>	<b>324</b>
I. GENEL OLARAK.....	324
II. AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİN TALEP EDİLMESİ.....	326
III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME.....	327
<b>SONUÇ .....</b>	<b>328</b>
<b>KAYNAKÇA .....</b>	<b>341</b>

## KISALTMALAR CETVELİ

Abs	: Absatz
Art	: Artikel (Madde)
aşa	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
B	: Baskı
b.	: bend
bak	: Bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB	: Der Betriebs-Berater (Almanya)
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerisches Bundesgericht
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK	: Borçlar Kanunu
BR	: Baurecht (İnşaat Hukuku Dergisi – İsviçre)
BRT	: Baurechtstagung (İnşaat Hukuku Günü – İsviçre)
C	: Cilt
c	: Cümle
Çev.	: Çeviren
DB	: Der Betrieb
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
İşK.	: İş Kanunu

IÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD	: İzmir Barosu Dergisi
JZ	: Juristen Zeitung (Almanya)
K.	: Karar
karş	: Karşılaştırınız
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
Komm	: Kommentar
m.	: madde
MünchKomm	: Münchener Kommentar
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
no	: Numara
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
RG	: Resmi Gazete
s	: Sayfa
S	: Sayı
TD	: Yargıtay Ticaret Dairesi
THYKS	: Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu
TMK (MK)	: Türk Medenî Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
YD	: Yargıtay Dergisi
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
yuk	: Yukarıda



## Giriş ve Konunun Kapsamı

Doktora tezimizin konusu olarak “*inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü*” seçilmiştir. Bu konunun seçiminde, inşaat sözleşmelerinin uygulama açısından taşıdıkları önem, sözleşmenin yapısı ve özellikle de sona erme durumunda ortaya çıkacak hukukî sonuçların daha önce doğrudan bir monografi konusu yapılmamış olması etkili olmuştur. Bu nedenle eser sözleşmesine ilişkin bütün genel eserlerde kısaca değinilen, hatta Türk Hukuk Doktrininde eşine az rastlanır bir tartışmanın da konusu olmuş bulunan bu konunun hukukî sonuçlarıyla birlikte incelenmesi yararlı görülmüştür.

Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri, daha çok klasik anlamda el işi olarak nitelenebilen elbise dikimi veya tamiri, ayakkabı veya bir portrenin yapımı gibi basit işler için düşünülmüştür<sup>1</sup>. Fakat inşaat sözleşmesinin uzun zamana yayılmış ve karmaşık olan yapısı; inşaatın yapımına yüklenici yanında özellikle iş sahibinin ve duruma göre mimar, mühendis, kamu kurumları ve işçiler gibi diğer bazı kişilerin de katılması ve zamanı, bedeli ve inşaatın yapısını etkileyen çevresel, iklimsel ve diğer sebeplerin varlığı nedeniyle, klasik anlamda eser sözleşmelerinden farklı birçok hukukî sorun ortaya çıkmaktadır<sup>2</sup>. Bunlardan belki de en önemlisi, yüklenicinin temerrüdüdür. Özellikle inşaatın yapım süresince ortaya çıkan bazı olayların inşaat süresine etkisi ve tarafların işbirliği yükümlülüğü, klasik bir eser sözleşmesinden farklı sorunlara neden olmaktadır<sup>3</sup>. Eser sözleşmesinde temel olan değişim (mübadele) ilişkisi, tamamlanmış eserin teslimi ile bedelin ödenmesi şeklinde bir ana odaklanmışken<sup>4</sup>, inşaat sözleşmesinde değişim ilişkisinin inşaatın teslimiyle bedel arasında, bu kadar kesin bir biçimde bulunduğu kolay olarak kabul edilemez<sup>5</sup>. İnşaat sözleşmesinde, ilişkinin zamana yaygın yapısı daha belirgindir.

İnşaat sözleşmesi kavramı biri dar, diğeri ise geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Dar anlamda inşaat sözleşmesi, bir arsa üzerine bir taşınmaz yapının inşasını konu alan inşaat sözleşmelerini, geniş anlamda inşaat sözleşmesi ise, ilk tür inşaat sözleşmelerini de içine alan kapsamda, bir taşınmaz yapıya bağlı olarak

<sup>1</sup> Bu görüşte: **Nicklisch** (JZ. 1984/17), s.758, 759; **Nicklisch** (Die Rolle des Subunternehmers), s.31; **Vygen / Schubert / Lang**, s.9, no:12; **Heiermann**, s.332. Aynı şekilde borçlu temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun hükümleri de daha çok satış sözleşmesi düşünülerek hazırlanmıştır. Bu nedenle söz konusu hükümlerin yapma borçlarına uygulanmasında ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.13, no:36.

<sup>2</sup> Karş. **Henninger** (Bauverzögerung), s.239; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.1, no:1.

<sup>3</sup> Karş. **Hager** (Werkmängel), s.46, 47.

<sup>4</sup> **Gautschi**, s.49, no:7a; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1956, no:12.

<sup>5</sup> **Nicklisch** (JZ. 1984/17), s.760; **Nicklisch** (Die Rolle des Subunternehmers), s.31, 32. Karş. **Ozanoğlu**, s.61.

<sup>6</sup> Benzer bir sınıflandırma için bak. **Gauch** (Bauvertraege), s.8; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.2, dn.4; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.1, no:1 ve s.140, no:414; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:201; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.10, no:1; **Tandoğan** (ÖBl. C.II), s.17; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.56; **Kaplan** (Ücret), s.121.

yürütülen tamirat ve tadilat türü işleri konu alan inşaat sözleşmelerini ifade eder. Buna göre bir binanın, tünelin, demiryolu veya metro hattının, barajın veya köprünün inşasına yönelik sözleşmeler dar anlamda inşaat sözleşmesini, bunun dışındaki mevcut bir yapıya bağlı olarak yürütülen tamirat ve tadilat işleri ise geniş anlamda inşaat sözleşmesi kavramını karşılamaktadır.

Tezde, bütün inşaat sözleşmeleri için uygulanabilecek genel ilkeler ortaya konulmaya çalışılmakla birlikte; mümkün oldukça, uygulamada çok sık görülen bina inşaatlarına ilişkin sorunların tespitine ve çözümüne el atılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin gösterdiği özellikler üzerinde durulmuştur.

Ayrıca çalışmada inşaat sözleşmeleri, inşaatın yapılacağı arsanın kime ait olduğuna bağlı olarak da ikiye ayrılmıştır. Buna göre yüklenicinin inşaat yapacağı arsa üzerinde ya iş sahibi ya da yüklenici hak sahibidir. Bu hak sahipliği, aynî veya şahsi bir hak niteliğinde olabilir. Konunun bütünlüğünün korunması amacıyla, sadece iş sahibine ait arsa üzerine yapılan inşaatlara ilişkin sözleşmeler kapsama alınmış olup, yükleniciye ait olan arsa üzerine yapı inşası ve bu yapının daha sonra iş sahibine devrine yönelik sözleşmeler ise kapsam dışı bırakılmıştır. Çünkü başka bir incelemenin konusu olan bu tip sözleşmelerden, kendine özgü hukukî sorunlar doğmaktadır. Özellikle bu tip sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi büyük önem taşımaktadır. Bu nedenlerle inceleme konumuz, inşaat sözleşmesi denince ilk akla gelen ve uygulamada büyük bir yer işgal eden, iş sahibinin arsasına yapılan inşaatları konu alan sözleşmeler olarak sınırlanmıştır.

İş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaat sözleşmeleri de bedel borcunun para veya ayın olması göre yine kendi içinde iki biçimde sınıflanabilir. İş sahibinin bedel borcunun bir miktar para olarak kararlaştırılması olağan durumdur. Buna göre yüklenicinin taşınmaz bir yapı inşa etmeyi yükümlenmesi karşılığında iş sahibinin bir miktar para vermeyi üstlenmesi, tipik inşaat sözleşmesini oluşturur. Fakat ülkemize özgü bir durum olarak, iş sahibinin bedel ödeme borcunun, yapılacak olan yapının bir kısmının yükleniciye verilmesi biçiminde kararlaştırılması da mümkündür. Uygulamada "*kat karşılığı inşaat sözleşmesi*" veya "*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*" olarak anılan bu sözleşme tipindeki temel özellik, yüklenicinin inşaat yapma borcuna karşılık, iş sahibinin inşaat yapılan taşınmazın bazı paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesidir. Bu nedenle bu tip inşaat sözleşmelerinde, bedelin para olarak taahhüt edildiği tipik inşaat sözleşmelerine göre kısmen de olsa, bazı özel hukukî sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle yüklenicinin temerrüdü hâlinde ortaya çıkan hukukî sonuçların özel olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Fakat her iki inşaat sözleşmesindeki hukukî sorunları büyük ölçüde ortak olması nedeniyle, hem bedelin

para olarak, hem de ayın olarak kararlaştırıldığı sözleşme tipinde yüklenicinin temerrüde düşmesinden doğan hukukî sorunlar tezimizde değerlendirilmiştir.

Çalışmamızda ayrıca, idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar da kapsam dışı bırakılmıştır. Çünkü idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerine, öncelikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi veya Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri uygulanacağından, ancak burada hüküm bulunmayan hâllerde Borçlar Kanununun hükümleri uygulama alanı bulabilecektir<sup>7</sup>. Ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 5. maddesine göre, idarenin taraf olacağı inşaat sözleşmeleri, Resmi Gazete’de yayınlanan Tip Sözleşmelere uygun olarak düzenlenir<sup>8</sup>. Görüldüğü gibi, idarenin taraf olduğu inşaat sözleşmelerinde uygulanacak hükümlerin incelenmesi konunun kapsamını aşırı derecede genişleteceğinden, inceleme konumuzun dışında tutulmuştur.

İnceleme konumuzla ilgili tartışmalı hususların büyük bir kısmı, genel olarak borçlu temerrüdüne ilişkindir. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdüne özgü olmamakla birlikte, gerekli olduğu ölçüde bu hususlara da değinilmeye çalışılmış, doğrudan konuya etkisi olmayan tartışmalar ise kapsam dışı bırakılmıştır.

Bunların dışında, inşaatın ayıplı olması durumunda iş sahibine tanınmış bulunan ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılmasına ilişkin olarak ortaya çıkabilecek temerrüde ilişkin sorunlar<sup>9</sup> da inceleme konumuzun kapsamı dışındadır.

Bu kapsamda tezimiz dört bölüme ayrılmıştır. İlk bölümde genel olarak inşaat sözleşmesi ve yüklenicinin temerrüdünde temel kavramı oluşturan teslim üzerinde durulmuştur

İkinci bölümde yüklenicinin inşaatı teslim borcunda temerrüdünün koşulları incelenmiştir. Bu kısımda özellikle teslim süresi ve bu süreyi etkileyen nedenler ile

<sup>7</sup> Karş. **Kutlu Gürsel**, s.135 vd, özellikle s.141. Buna göre 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (RG. 22.01.2002, S.24648) gereğince idareyle akdedilen inşaat sözleşmeleri, artık “*Kamu İhale Sözleşmesi*” olarak nitelendirilecek ve öncelikle 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (RG. 22.01.2002, S.24648) uygulanacaktır. Fakat bu Kanunlar kapsamındaki bir idarenin akdedeceği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri ise, bu sözleşme gereğince idareden para çıkmayacağı için, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununa (RG. 10.09.1983, S. 18161) olacaktır. **Kutlu Gürsel**, s.150.

Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde, artık Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin uygulanması mümkün değildir. Ayrıca bazı durumlarda, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun uygulanması da hâla mümkündür. Bu nedenle Kamu İhale Kanunu ile Devlet İhale Kanununun kapsamları hakkında bak. KİK, m.2 ve 3, DİK. m.1.

<sup>8</sup> KİSK. m.5: “*Bu Kanunun uygulanmasında uygulama birliğini sağlamak üzere mal veya hizmet alımları ile yapım işlerine ilişkin Tip Sözleşmeler Resmi Gazetede yayımlanır. – İdarelerce yapılacak sözleşmeler Tip Sözleşme hükümleri esas alınarak düzenlenir. (Ek cümle: 30.07.2003–4964/42 md.) Mal ve hizmet alımlarında, Tip Sözleşme esaslarına aykırı olmamak ve Kurumun uygun görüşü alınmak kaydıyla istekliler tarafından matbu olarak hazırlanması mutat olan sözleşmeler kullanılabilir.*”

<sup>9</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.481, no:1789; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.53, no:134.

zamanında teslim etmeme olgusunun borca aykırı davranış niteliğinde olması üzerinde durulmuştur.

Üçüncü bölümde yüklenicinin teslimde temerrüdünün sonuçları, dördüncü ve son bölümde ise, teslim borcunun muaccel olmasından önce iş sahibine sözleşmeden dönme yetkisi tanıyan Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası hükmü incelenmiştir.

**BİRİNCİ BÖLÜM**  
**GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ**

ve

**İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM KAVRAMI**

**§ 1. GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ**

**I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİ KAVRAMI**

Doktrinde eser sözleşmesi, yüklenicinin, iş sahibinin taahhüt ettiği bedel karşılığında bir eseri meydana getirmeyi üstlendiği sözleşme tipi olarak tanımlanmaktadır<sup>10</sup>. Bu tanım doğrultusunda eser sözleşmesinin unsurları, yüklenici tarafından bir eserin meydana getirilmesi<sup>11</sup> ve bu eser karşılığında iş sahibi tarafından bir bedelin taahhüt edilmesidir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin taahhüdü, bir bütün görüntüsü taşıyan belli bir sonucun ortaya çıkarılmasıdır<sup>12</sup>. Buna göre eser sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, sözleşmedeki sonucun iş sahibine sağlanmasıdır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin meydana getirmeyi üstlendiği eserin bir taşınmaz yapı olması durumunda, bunu konu alan sözleşmeler için uygulamada ve doktrinde “*inşaat sözleşmesi*” (Bauwerkvertrag, Bauvertrag) terimi kullanılmaktadır<sup>13</sup>. Bu sözleşmedeki temel özellik, yüklenicinin ediminin bir taşınmaz yapının inşasına yönelik olmasıdır. Diğer unsur olan bedel ise eser sözleşmesinden bir farklılık taşımaz<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> **Bucher** (OR BT), s.201; **Gauch** (Werkvertrag), s.3, no:6 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.31; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.3, no:6; **Tunçomağ** (ÖBİ), s.952; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.1; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.444; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.49; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.41; **Öz** (Dönme), s.1; **Gürpınar**, s.17; **Dayınlarlı** (İstisna Akinin Ademi İfası), s.48.

<sup>11</sup> Borçlar Kanunumuzun 355. maddesinde geçen “*imâl etme*” kavramı ve bunun “*meydana getirme*” olarak anlaşılması gerektiği hakkında ayrıntılı açıklamalar için bak. **Yavuz** (Özel Hükümler), s.445 vd; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.16 vd.

<sup>12</sup> Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan eser kavramının derinlemesine incelenmesi konumuz dışındadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.8, no:24 vd; **Tandoğan** (ÖBİ. CII), s.3 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.41 vd.

<sup>13</sup> **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.28, no:5; **Gauch** (Werkvertrag), s.10, no:32 ve s.64, no:205; **Gauch** (Vertragsrecht), s.5; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:201; **Zeltner**, s.3, no:6; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.2, no:2; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.230, **Frank**, s.7; **Trümpy** (SIA-Norm), s.53; **Scherrer** (Bestellungsänderungen), s.78; **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.94; **Walter** (Mehrkosten), s.122; **Brändli**, s.181; **Hager** (Werkmängel), s.35; **Campi/von Büren**, s.77; **Widmer**, s.119 vd; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.8, no:21; **Vanoli**, s.1; **Koller Stefan**, s.148.

Türk Hukuku: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.4, 5; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.445, dn.7; **Kaplan** (Ücret), s.120; **Öz** (İnşaat), s.15.

<sup>14</sup> Uygulamada bir inşaatı konu alan çok farklı türde sözleşme tipi kullanılmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Brändli**, s.155 vd; **Tausky** (Architekten- und Ingenieurverträgen), s.5 vd.

Buna göre inşaat sözleşmesi, “yüklenicinin, taşınmaz bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği bir eser sözleşmesi türü” olarak tanımlanabilir<sup>15</sup>.

İnşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin bir türü olduğundan, Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri (m.355 – 371) inşaat sözleşmesine doğrudan uygulanır<sup>16</sup>. Fakat karma bir yapıya sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine, eser sözleşmesine ilişkin hükümler niteliğine uygun düşükçe, ancak kıyas yoluyla uygulanabilir.

İnşaat sözleşmesinin tarafları iş sahibi ile yüklenicidir. İş sahibinin ve / veya yüklenicinin birden fazla kişiden oluşması mümkündür<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Taşınmaz inşaat terimi ise doktrinde, emek ve malzeme kullanılarak, taşınmazın bütünleyici parçası olacak şekilde meydana getirilen eser olarak tanımlanmaktadır. Karş. **Gauch** (Bauverträge), s.4; **Gauch** (Werkvertrag), s.10, no:32; **Gauch** (Vergütung), s.4; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.139, no:413; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.10, no:1; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1966, no:12; **Zeltner**, s.4, no:7; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.3, dn.4; **Frank**, s.7 ve 9; **Trümpy-Jäger**, s.137; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.9, no:26; **Koller Stefan**, s.148; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.4; **Öz** (Dönme), s.81; **Altas** (Yaklaşık Ücret), s.80; **Kaplan** (Ücret), s.120.

<sup>16</sup> İnşaat işlerinin karmaşık ve uzun zamanı yayılmış yapısı nedeniyle, genellikle eser sözleşmelerine ilişkin yasal hükümler, uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verememektedir Bu nedenle inşaat işleri için gerek ulusal, gerekse de uluslar arası düzeyle birçok standart sözleşme koşulu (genel işlem koşulu veya standart inşaat sözleşmesi) kabul edilmiştir. Bunlardan bazıları şunlardır: Türkiye’de Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi (YİGŞ), Fransa’da, inşaat mühendisleri odasınınca hazırlanan ve uluslararası nitelik taşıyan büyük inşaat projelerinde uygulanan (FIDIC), aynı şekilde Amerika’da (AIA, A 101), İsviçre’de (SIA-Norm 118) ve Almanya’da (VOB).

İsviçre’de uygulanan (SIA-Norm 118) için bak. **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.27 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.79, no:261; **Gauch** (Vertragsrecht), s.5 vd; **Koller** (Abtretbarkeit), s.11 vd; **Zeltner**, s.8, no:19; **Campi/von Büren**, s.77 vd; **Lenzinger-Gadient**, s.3 vd.

Almanya’da uygulanan (VOB) için bak. **Vygen / Schubert / Lang**, s.10 vd; **Heiermann**, s.329 vd.

FIDIC kuralları hakkında bak. **Akıncı**, s.10 vd.

Bu genel kuralların inşaat sözleşmelerine uygulanabilmesi, bunun sözleşmeyle kabul edilmiş olmasına bağlıdır. Yoksa bu kurallar doğrudan uygulama alanı bulamaz. Diğer bir ifadeyle, inşaat sözleşmelerinde, söz konusu kurallara yollama yapılmamışsa bunların uygulanması mümkün değildir. **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.30, no:11; **Gauch** (Werkvertrag), s.79, no:261 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.10, no:9; **Gehrer** (Bauverträgen), s.95; **Scherrer** (Bestellungänderungen), s.79; **Walter** (Mehrkosten), s.122; **Stöckli** (Private Baunormung), s.5. Fakat Alman Hukukunda inşaat işlerine ilişkin bu özel kuralların, açıkça yollama yapılmasa bile, Medenî Kanundaki boşlukların doldurulmasında kullanılabileceği kabul edilmektedir. **Vygen / Schubert / Lang**, s.14, no:23.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi hükümleri ise, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde yasa gereği uygulama alanı bulur.

İnşaat sözleşmesine ilişkin hükümlerin Avrupa Birliği hukukunda yapılan yeknesaklaştırma çalışmaları hakkında bak. **Henninger** (Europäische Baurecht), s.44 vd.

<sup>17</sup> Yüklenicinin birden fazla kişiden oluşması, özellikle büyük inşaat işlerinde görülmektedir. Meselâ bir barajın, otoyolun veya köprünün yapımını, aralarındaki hukukî ilişki Borçlar Kanununun 520 ve devamı hükümlerine göre adi şirket olan birden fazla gerçek veya tüzel kişi üstlenebilir. Böyle bir durum, ya işin büyüklüğü nedeniyle yüklenicilerin işbirliği yapmalarını gerektirmesi ya da iş sahibinin, karşısında müteselsil sorumlu olacak birden fazla muhatap bulmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Çünkü Borçlar Kanununun 534. maddesiyle, adi şirkette ortakların üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.74, no:243 vd; **Gauch** (Bauverträge), s.5; **Gauch** (Vertragsrecht), s.26; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.20, no:63; **Wendler** (Haftung), s.59; **Schulin** (Baukonsortium), s.175 vd; **Tandoğan** (Yardımcı Kişi), s.86. Bu konuda ve özellikle adi şirkette temsil ve bunun hukukî sonuçları için ayrıntılı bilgi için bak. **Fellmann/Müler**, s.975 vd.

## II. UNSURLARI

### A. Yüklenicinin, Taşınmaz Bir Yapının İnşasını ve Bunun Teslimini Taahhüt Etmesi

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğünün, taşınmaza bağlı bir yapıyı meydana getirme (Herstellung) ve bunu iş sahibine teslim etme (Ablieferung) biçiminde kombine bir yapıdan oluştuğu kabul edilmektedir<sup>18</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, edim fiili ve edim sonucundan oluşan bir yapıya sahiptir<sup>19</sup>.

Yüklenicinin inşaatı oluşturma borcu, sıradan bir iş görme borcu değildir. Bu, belli bir sonucu sağlamaya yönelik nitelikli bir borçtur ve teslim borcuyla birlikte yüklenicinin edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, sonuç olan teslimin gerçekleşmemesi durumunda, yüklenicinin edimini yerine getirmediği kabul edilecektir<sup>20</sup>. Edim sonucunun sağlanamadığı durumlarda, yüklenicinin giriştiği faaliyet kural olarak bir önem taşımaz. Eser sözleşmesinin bu özelliği, onu iş görme borcu taşıyan diğer sözleşmelerden ayırır.

Yüklenicinin üstlendiği edim, belli bir sonucu sağlamaya yönelik bir yapma borcudur. Bu nedenle **Gauch**'un da haklı olarak belirttiği gibi, yüklenicinin bir aktivitede bulunması sonucun sağlanması bakımından bir araçtır (Mittel zum Zweck)<sup>21</sup>. Bu, aslî edim yükümlülüğünün bir parçasıdır<sup>22</sup>. Yoksa yüklenicinin bir aktivitede bulunması başlı başına aslî edim yükümlülüğünü oluşturmaz<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Bak. ve karşı. **Gauch** (Werkvertrag), s.3, no:8 ve s.173, no:603 vd; **Gauch** (Vergütung), s.4; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.85, no:252 vd; **Koller** (Ersatzvornahme), s.5; **Bucher** (OR BT), s.205; **Bühler** (Werkvertrag), s.39; **Zeltner**, s.4, no:7; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.1, no:1 ve s.17, no:34; **Pedrazzini**, s.511; **Bögli**, s.11, no:17; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.3, no:1.2; **Stotz**, s.5; **Walter** (Verschulden und Vertragsverletzung), s.50; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.1, 35; **Koç**, s.92; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.445 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.5; **Öz** (Dönme), s.20; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.51; **Kaplan** (İşin Başkasına Yapıtılması), s.6, **Ozanoğlu**, s.61.

<sup>19</sup> Bu kavramlar için bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.11, no:21 vd; **Christodoulou**, s.135; **Koç**, s.92; **Gökyayla**, s.788.

<sup>20</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.6, no:18; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.808; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.20, no:49 ve 45, no:125; **Zeltner**, s.4, no:7; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.7; **Frank**, s.15; **Klauser**, s.6; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.25, 28; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.471, 472; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.48 vd; **Öz** (Dönme), s.20; **Aral**, s.327.

<sup>21</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.6, no:18; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.53; **Öz** (Dönme), s.3.

<sup>22</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.6.

<sup>23</sup> **Öz** (Dönme), s.20. Karşı. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.22, no:54; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.4, no:1.3. Bu sonuncu yazarlara göre eserin oluşturulmasına yönelik aktivitede bulunma, başlı başına yüklenicinin bir borcudur. Bu nedenle yazarlar, eserin oluşturulmasında temerrüt ile teslimde temerrüdü birbirinden ayırarak incelemektedir. Çalışmamızda ise, eserin oluşturulması ile teslimi birbirinden bağımsız iki borç değil, yüklenicinin tek bir borcunun unsurları olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle eserin oluşturulmasındaki temerrüt ile teslimindeki temerrüt aynı hükümlere tâbidir. Aradaki fark, eserin tamamlanarak teslimi borcunun muaccel olup olmamasındadır. Bu borç henüz muaccel olmamışsa, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası; muaccel olmuşsa artık borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Bu konuda bak. aşa. § 13.

İnşaat sözleşmesinde yüklenici, bir taşınmaz yapının inşasını veya tadilini, tamirini taahhüt etmektedir. Böylece eser sözleşmesindeki eser unsuru, konumuz olan sözleşmede bir taşınmaz yapının inşası olarak karşımıza çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin inşa faaliyetinin bir taşınmaz yapıya yönelik olması durumunda inşaat sözleşmesinden bahsedilebilecektir.

Yüklenicinin teslim borcu ise, doğrudan Kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte, işin niteliğinden doğar ve yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur<sup>24</sup>. İnşaat sözleşmelerinde, zilyetliğinin fiilen devri mümkün olmadığı için, yüklenicinin taşınmaz üzerindeki fiili durumuna son vererek bunu iş sahibine bildirmesi teslim olarak değerlendirilmektedir.

Doktrinde **Seliçi**'nin de haklı olarak belirttiği gibi, inşaat hukuku bakımından yapı kavramının belirlenmesi mümkün değildir<sup>25</sup>. Çünkü yapı teknik bir kavram olduğundan, yapılması yapı tekniği kurallarının uygulanmasını gerektiren işlerin yapı işi olarak ifade edilmesi mümkün olabilecektir. Buna göre bina, ev, otoyol, köprü, tünel, tren, metro ve baraj gibi yapıların tamamının veya bir kısmının yapımına ilişkin eser sözleşmeleri, inşaat sözleşmesi olarak anılacaktır. Yüklenicinin üzerine aldığı yeni bir taşınmazın baştan itibaren yapılmasını olabileceği gibi, bir taşınmaza bağlı yenileştirme faaliyeti niteliğinde de olabilir. Meselâ yüklenicinin bir binanın yapımını veya bir asansör ya da kalorifer tesisatının kurulmasını üstlenmesi ilk gruba, çatının tamir edilmesi veya evin sıvalarının yenilenerek boyanması ikinci gruba örnek işlerdir<sup>26</sup>.

Ayrıca yüklenici işin tamamını üstlenebileceği gibi, bir kısmını da üstlenebilir. Bu nedenle, yüklenicinin üstlendiği işin kapsamına göre, özellikle İsviçre ve Alman inşaat hukuku doktrini ve uygulamasında farklı terimler kullanılmaktadır<sup>27</sup>. Bu ayrımların kısaca belirtilmesi, özellikle konumuz olan yüklenicinin temerrüdü bakımından önem taşır. Çünkü yüklenicinin üstlendiği işin kapsamı ve işin koordinasyonundan doğan gecikme risklerine kimin katlanacağı, bu ayrımlar dikkate alınarak belirlenecektir<sup>28</sup>.

**Birinci olasılık**, yüklenicinin inşaatın planlanması da dâhil, tamamını üstlenmesidir<sup>29</sup>. Bu tip bir ilişkide, yüklenici hem inşaatın planlanmasını ve

<sup>24</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.85, no:253.

<sup>25</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.5. Karş. **Frank**, s.9; **Gauch** (Werkvertrag), s.584, no:2220 vd; **Öz** (Dönme), s.81; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.54.

<sup>26</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.64, no:207; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.131 vd; **Tandoğan** (ÖBl. C.II), s.17 vd.

<sup>27</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.68 vd; **Zeltner**, s.7, no:14 vd; **Frank**, s.11 vd; **Gehrer** (Bauvertägen), s.114; **Brändli**, s.181 vd; **Widmer**, s.120 vd; **Heiermann**, s.336 vd; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.468; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.16 vd.

<sup>28</sup> Karş. **Zeltner**, s.47, no:118.

<sup>29</sup> Bu tip yüklenici için Alman ve İsviçre Hukuklarında Totalunternehmer (toptan yüklenici) terimi kullanılmaktadır. **Gauch** (Werkvertrag), s.71, no:233; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:202; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.69; **Aeppli** (Totalunternehmervertrag), s.46; **Zeltner**, s.8,



koordinasyonunu, hem de yürütümünü üstlenmektedir<sup>30</sup>. Türk inşaat hukuku uygulamasında özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin üzerine aldığı iş, bu tip nitelik taşır.

**İkinci olasılık**, bir öncekinden farklı olarak yüklenicinin iş sahibi tarafından hazırlanan inşaat planını uygulaması yoluyla inşaatın tamamını inşa etmesidir<sup>31</sup>.

Her iki olasılıkta da yüklenici, işin tamamını yürütebileceği gibi, bir kısmını kendisi yürütüp, kalan kısımları alt yüklenicilere verebilir ya da kendisi işin hiçbir kısmına karışmaksızın, işin tamamını doğrudan alt yüklenicilere verebilir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, bu üç durumda da eser (inşaat) sözleşmesi söz konusu olur<sup>32</sup>.

**Üçüncü olasılık** ise yüklenicinin işin sadece bir kısmını üstlenmesidir. Bu durumda iş sahibi bütün bir inşaat işini kendisi kısımlara ayırarak her birini farklı ve birbirinden bağımsız yüklenicilere verir. Bu tip yüklenici tipi için kısmi yüklenici (Teilunternehmer) terimi kullanılmaktadır<sup>33</sup>. Kısmi yüklenici, işi doğrudan iş sahibinden alabilir. Bu durumda birden çok kısmi yüklenicinin aynı anda çalışmaları durumunda bunların birbirlerine karşı yan yüklenici (Nebenunternehmer) olduğu kabul edilmektedir<sup>34</sup>. Kısmî yüklenici üzerine aldığı kısmi işi, başka bir yükleniciden (meselâ inşaatın tamamını üstlenin yükleniciden) de alabilir. Böylece bu kısmi yüklenici, aynı

---

no:17; **Campi/von Büren**, s.78; **Brändli**, s.181. **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.34'de "topyekün yüklenici" terimini kullanmıştır.

<sup>30</sup> Doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, tek başına başka bir sözleşmenin, meselâ vekâlet sözleşmesinin içeriğine dâhil olan planlama ve koordinasyon gibi unsurları inşaat sözleşmesine eklenmesi durumunda sözleşmenin hukukî niteliği değişmez ve onu karma sözleşme (eser – vekâlet) hâline getirmez. Çünkü bu planlama ve koordinasyonun sağlanması işleri, zaten sonucun sağlanması (inşaatın tamamlanarak teslimi) borcunun unsurudur ve yüklenicinin yükümlülüklerini bir kısmını oluşturur. Bu yönde: **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.18, no:56; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.55, no.154 ve s.68, no:202; **Bühler** (ZürKomm), Art.363, No:171; **Gauch** (Werkvertrag), s.72; no:237; **Gauch** (Bauen), s.13; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.90; **Brändli**, s.182; **Ulrich**, s.72; **Aeppli** (Totalunternehmervertrag), s.48; **Campi/von Büren**, s.78; **Widmer**, s.121; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.27. Federal mahkemenin kararları da bu yöndedir: BGE 109 II 464, BGE 114 II 53, BGE 117 II 274. Kayıhan'ın, İsviçre Federal Mahkemesinin söz konusu kararlarını farklı bir biçimde değerlendiren görüşü için bak. **Kayıhan**, s.87, dn.42. Aksi görüşte: **Pedrazzini**, s.508. Yazara göre bu durumda bir karma sözleşme ortaya çıkar.

<sup>31</sup> Bu tip yüklenici Alman ve İsviçre uygulamasında Generalunternehmer (genel yüklenici) olarak anılmaktadır. **Gauch** (Werkvertrag), s.69; no:222; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:204; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.68 ve 90; **Huber / Schwendener**, s.1 vd; **Zeltner**, s.7, no:16; **Campi/von Büren**, s.78; **Brändli**, s.184; **Widmer**, s.120; **Frank**, s.13.

Genel Yüklenici terimi için bak. **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.33.

<sup>32</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.70; no:230; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:202, 204; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.69, 70; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.18, no:54; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.32, 33. Aksi görüşte: **Gautschi**, s.67, no:15e. Bu sonuncu yazara göre, yüklenicinin işin tamamını alt yüklenicilere yaptırması durumunda, bir vekâlet sözleşmesi söz konusu olur.

<sup>33</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.68, no:218; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:205; **Zeltner**, s.7, no:15; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.119, no:265; **Brändli**, s.185; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.19, no:57.

<sup>34</sup> **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.16, no:50; **Gauch** (Werkvertrag), s.68, no:219; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.68, no:205; **Zeltner**, s.7, no:15; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.119, no:265.

zamanda alt yüklenici (Subunternehmer) niteliği de kazanır<sup>35</sup>. Bu durumda kısmî yüklenicilerin aynı anda değil de, birbiri ardına çalışmaları durumunda ise ön yüklenici (Vorunternehmer), ard yüklenici (Nachunternehmer) denir<sup>36</sup>.

Bütün inşaatın doğrudan iş sahibi tarafından kısımlara ayrılarak farklı yüklenicilere verilmesi durumunda, işin koordinasyonunu yapma yükümlülüğü iş sahibine ait olur<sup>37</sup>. Bunun sonucu olarak da, bu koordinasyondan doğan risklere iş sahibi katlanır. İş sahibi bu koordinasyon görevini, görevlendireceği mimar veya mühendis aracılığıyla da yapabilir<sup>38</sup>. Fakat işin tamamını üstlenen bir yüklenicinin işi kısımlara ayırarak farklı yüklenicilere vermesi durumunda, bu koordinasyondan doğan risklere asıl yüklenici katlanacaktır<sup>39</sup>.

Bu üç ayırım dışında, işin doğrudan iş sahibinden veya başka bir yükleniciden alınmasına göre asıl yüklenici – alt yüklenici ayrımı yapılmaktadır. Buna göre meselâ inşaatın planlaması da dâhil tamamını üstlenen bir yüklenici, bu işin belli kısımlarını alt yüklenicilere verdiğinde, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasında bir eser (inşaat) sözleşmesinin kurulduğu kabul edilmektedir<sup>40</sup>. Fakat bu alt yüklenici ile iş sahibi arasında doğrudan bir borç ilişkisi kurulmadığı<sup>41</sup> da gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre alt yüklenicinin üstlendiği inşaat kısmını geciktirmesi ve temerrüde düşmesi durumunda, iş sahibi ona karşı doğrudan hiçbir talepte bulunamaz. Çünkü sadece asıl

<sup>35</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.69, no:205. Alt yüklenici hakkında öze bir inceleme için bak. **Gauch** (Subunternehmer), s.151 vd.

<sup>36</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.68, no:219.

<sup>37</sup> **Hürlimann** (Koordination), s.207 vd. Bunun bir yükümlülük olduğu konusunda bak. **Zeltner**, s.47 vd.

<sup>38</sup> **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.30, no:9; Özellikle büyük inşaat işlerinde iş sahibi, bu koordinasyonun sağlanması ve kendisini temsil etmesi için bir mimar veya mühendisi görevlendirmektedir. Bu durumlarda, iş sahibinin temsilcisi niteliğini taşıyan mimar veya mühendis, inşaatın yürütümünü iş sahibi adına denetlemektedir. Bu nedenle söz konusu mimar veya mühendisin, Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında ifa yardımcısı niteliği taşıdığı da kabul edilmektedir. Bu konuda bak. **Gauch** (Bauleitung), s.4; **Fellmann** (Haftung des Architekten), s.103; **Zeltner**, s.6, no:11; **Scherrer** (Bestellungsänderungen), s.78, 80; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.111; **Schenker** (Hilfperson), s.19. İş sahibi, mimar veya mühendisin davranışlarından, anılan hüküm gereğince sorumlu olacaktır. Bu yönde: BGE 95 II 52.

İş sahibi ile inşaatın yürütümünü üstlenen mimar arasındaki hukukî ilişkinin, kural olarak eser sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi olduğuna ilişkin haklı görüş için bak. **Gauch** (Bauleitung), s.9; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.27, no:69 ve s.65, no:193 vd; **Scherrer** (Bestellungsänderungen), s.79; **Schenker** (Hilfperson), s.17, 18; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.27. Ayrıca bu sözleşmenin uygulamadaki farklı görünüm biçimleri ve bazı durumlarda bu hukukî ilişkinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilebileceği yönündeki görüş için bak. **Gauch** (Bauleitung), s.9; **Gehrer** (Architekturverträge), s.85 vd; **Brändli**, s.167. Özellikle inşaat planının hazırlanmasının eser sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde: **Fellmann** (Haftung des Architekten), s.106.

Mimar veya mühendisin sorumluluğu hakkında bak. **Koller** (Solidarische Haftung), s.1 vd; **Fellmann** (Kostenschätzung), s.211 vd.

<sup>39</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.69, no:221.

<sup>40</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.41, no:137 vd; **Gauch** (Subunternehmer), s.153 vd; **Nicklisch** (Die Rolle des Subunternehmers), s.33 vd; **Wendler** (Haftung), s.47 vd; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.66.

<sup>41</sup> **Tandoğan** (Yardımcı Kişi), s.71; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.66; **Öz** (Dönme), s.10. Borç ilişkisi kavramı ve bu kavramın tarihi gelişimi hakkında özel bir inceleme için bak. **Bucher** (Schuldverhältnis), s.93 vd.

yükleniciyle arasında bir sözleşme ilişkisi bulunan alt yüklenici, bu borç ilişkisi nedeniyle sadece asıl yükleniciye karşı sorumlu olur<sup>42</sup>. Fakat burada özel olarak belirtilmesi gereken husus, asıl yüklenicinin, alt yükleniciden kaynaklanan gecikmelerden iş sahibine karşı sorumlu olduğudur. Diğer bir ifadeyle, alt yükleniciden kaynaklanan gecikmeler, bütün inşaatın gecikmesine neden olmuşsa, asıl yüklenici iş sahibine karşı temerrüde düşecektir. Alt yüklenici, asıl yüklenici – iş sahibi ilişkisinde asıl yüklenicinin Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında yardımcı kişisi (ifa yardımcısı) olduğu için, alt yükleniciden kaynaklanan gecikmeler, asıl yüklenicinin riziko alanına dâhil olur<sup>43</sup>. Aynı şekilde iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan gecikmeler de, asıl yüklenici alt yüklenici ilişkisinde asıl yüklenicinin riziko alanına dâhil olur<sup>44</sup>.

## B. Bedel

Eser, dolayısıyla inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Buna göre yüklenicinin yapı eserini inşa etme borcuna karşılık, iş sahibi bir bedel ödemekle yükümlüdür<sup>45</sup>.

Bedelin ödenmesi gerektiği konusunda taraflar açıkça veya örtülü olarak uyuşabilirler. Yeter ki, söz konusu bu iş için bir bedelin ödenmesi gerektiği alışılmış olsun veya **Koller**'in<sup>46</sup> ifadesiyle “*duruma göre bedelin ödenmesi gerektiği beklenebilsin.*” Sözleşmede bedelin miktarı konusunda bir açıklık bulunmaması sözleşmenin kurulmamış olması sonucunu doğurmaz<sup>47</sup>. Çünkü Borçlar Kanununun 366. maddesine göre, “*evvelce kararlaştırılmamış veya takribi bir surette kararlaştırılmış olan bedel, yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tâyin edilir.*”

<sup>42</sup> İstisnai bazı durumlarda doğrudan bir borç ilişkisi olmasa bile alt yüklenicinin iş sahibine karşı sorumlu olduğu hâller için bak. **Gauch** (Subunternehmer), s.169; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.73 vd; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.66.

<sup>43</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.53, no:177; **Gauch** (Subunternehmer), s.174; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.19, no:60; **Frank**, s.14, 68; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.67; **Tandoğan** (Yardımcı Kişi), s.79; **Kocaağa** (BK. m.358/II), s.179. Bu yönde: BGE 116 II 308.

<sup>44</sup> **Nicklisch** (Projektänderungen), s.112.

<sup>45</sup> Yüklenicinin, karşılık almaksızın bir yapının inşasını taahhüt etmesi (unentgeltlicher Werkvertrag) durumunda ortaya çıkan hukukî ilişkinin niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Hâkim görüş gereğince bu durumda Borçlar Kanununun 386. maddesinin ikinci fıkrası gereğince vekâlet sözleşmesi söz konusu olur. Bu yönde: **Bucher** (OR BT), s.211; **Pedrazzini**, s.533; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.18. Doktrinde ilere sürülen diğer bir görüş ise, bu tür hukukî ilişkilerin, eser (inşaat) sözleşmesi benzeri kendine özgü isimsiz bir sözleşme niteliğinde olduğu yönündedir. **Gauch** (Vergütung), s.5; **Gauch** (Werkvertrag), s. 34, no:115. Karş. **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1964, no:6; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.52.

<sup>46</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.30, no:76 ve 80, no:235.

<sup>47</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.33; **Gauch** (Vergütung), s.5; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.21, no:50; **Gehrer** (Bauvertägen), s.102; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.20, 21; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.450.

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcu farklı biçimlerde kararlaştırılmış olabilir<sup>48</sup>. İlk olarak bu borcun parayla veya paradan başka bir malvarlığı değeriyle ifa edilmesi kararlaştırılmış olabilir.

Uygulamada çoğunlukla bedel borcu para olarak kararlaştırılır. Fakat bedel borcu için yükleniciye bir taşınırın, taşınmazın verilmesinin taahhüt edilmesi veya alacağın temlik edilmesi de mümkündür<sup>49</sup>. Taşınmazın devri taahhüdü, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi olarak anılan ve ülkemizde oldukça yaygın bir uygulama alanına sahip olan sözleşme tipinde görülmektedir<sup>50</sup>. Bu sözleşmede yüklenici, iş sahibinin sahip olduğu bir arsa üzerine bir yapı inşa etmeyi yükümlenirken; arsa sahibi konumunda olan iş sahibi ise bu yapı karşılığında yükleniciye, yapının yapılacağı taşınmazdan<sup>51</sup> bazı paylar vermeyi üstlenmektedir. Görüldüğü gibi bu sözleşmede iş sahibinin bedel ödeme borcu, taşınmaz payının devri olarak ortaya çıkmaktadır<sup>52</sup>. Böylece bu tip inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin eser (inşaat) sözleşmesine özgü edimine karşılık, iş sahibi, arsadan belli payları yükleniciye devretmeyi üstlenmiş olmaktadır<sup>53</sup>. Bu unsur, niteliği itibarıyla taşınmaz satış (vaadi) sözleşmesinin bir unsurudur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, hukukî niteliği

<sup>48</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Schumacher** (Vergütung), s.49 vd; **Erdin**, s.1 vd; **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.41 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.253, no:898; **Gauch** (Vergütung), s.7 vd; **Gehrer** (Bauverträgen), s.102; **Schumacher** (Rechnungen), s.4 vd; **Hürlimann /Heer**, s.5 vd; **Huber / Schwendener**, s.65 vd; **Tunçomağ** (ÖBİ), s.956; **Gürpınar**, s.41 ve özellikle s.47 vd; **Kaplan** (Ücret), s.125.

<sup>49</sup> Karş. **Gehrer** (Freiheit), s.195.

<sup>50</sup> Bu sözleşme tipi, kanunda düzenlenmemiş olması nedeniyle atipik sözleşmeler içinde mütalaa edilmektedir. Bu nedenle gerek doktrinde, gerekse de uygulamada sözleşme için aynı anlama gelen birden çok terim kullanılmaktadır. Ancak, sözleşmenin hükümlerinin kanunda düzenlenmemiş olmasına rağmen, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 1009. maddesinin birinci fıkrasında, tapu siciline şerh edilebilecek kişisel haklar arasında, bu sözleşmeden doğan haklarında da şerh edilebileceği belirtilirken, bu sözleşme tipi için “*arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi*” terimi kullanılmıştır. Bu nedenle, uygulamaya yabancı olmaması, sözleşmenin unsurlarını tam olarak ortaya koyabilmesi, kısa ve net olması nedeniyle bu terim tarafımızdan da tercih edilmiştir. **Kurşat**, s.751.

<sup>51</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yükleniciye, bedel olarak, inşa edilen yapıdan değil de, başka bir taşınmazdan pay verilmesi durumunda da, yine bu sözleşmenin ortaya çıkacağı kabul edilmelidir. Böylece, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin uygulama alanı konusunda genişletici bir yorum yapılması gerektiğini kabul etmekteyiz. Meselâ yapılacak inşaat karşılığında, iş sahibinin sahip olduğu başka bir taşınmazın yükleniciye devrinin taahhüt edilmesi durumunda da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu ihtimalde de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine özgü tipik sorunlar ortaya çıkacaktır.

<sup>52</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.97, no:326; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.43, no:149; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.507; **Erman** (İnşaat), s.1; **Akkanat** (Fazla İnşaat), s.63; **Kartal**, s.19.

<sup>53</sup> Yüklenici, sahip olacağı bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak gelir elde etmeyi amaçladığından, tapu harcını ödemekten kaçınmak amacıyla, genellikle bağımsız bölümleri kendi adına tescil ettirmemekte; bunun yerine iş sahibinden, tapuda tescil ve bedeli kendi adına tahsil yetkisi içeren bir vekâletname alarak, bu bağımsız bölümleri doğrudan (kâğıt üzerinde arsa sahibinin temsilcisi sıfatıyla) üçüncü kişilere satmaktadır. Şeklen temsil ilişkisinin bulunduğu bu hukukî ilişkide Yargıtay yerinde bir tespitle, bu ilişkideki satıcı sıfatının arsa sahibine değil, yükleniciye ait olduğunu kabul etmektedir. **YHGK. 30.03.1979, 1977/13–842 E, 1979/359**: “... Her ne kadar satış sözleşmesi müteahhitte davacı arasında arsa sahibine vekâleten gerçekleştirilse de, arsa karşılığı daire yapımına ilişkin sözleşmelerde, ... genellikle arsa sahibi ... müteahhite vekâlet vermektedir. Bu surette yapılan intikallerde, arsa sahibi satıcı olarak görülmekte ise de müteahhite kalan daireler açısından gerçekte satıcı müteahhittir.” (İKİD, 1979, s.7059). Bu durumda üçüncü kişi, bağımsız bölümün ayıp ve eksiklerinden ötürü sadece yükleniciye başvurabilecektir.

itibariyle çift tipli bir karma sözleşme olduğu uygulamada ve doktrinde kabul edilmektedir<sup>54</sup>.

İş sahibinin bedel borcunun miktarı, inşaatın tamamı için ya sözleşmenin başında götürü bir (Festpreise) biçimde<sup>55</sup> ya da yaklaşık olarak<sup>56</sup> (Regiepreise) belirlenebilir. Ayrıca bedelin bütün bu yöntemlerin birlikte uygulanması sonucu belirlenmesi de mümkündür<sup>57</sup>. Meselâ kaba inşaat için götürü bedel kararlaştırılmış iken, boya için yaklaşık bedelin kararlaştırılması mümkündür.

Bedelin götürü olarak belli bir rakam biçiminde<sup>58</sup> belirlenmesi durumunda yüklenici, işin tamamını bu bedelle yapmak zorundadır. İşin kararlaştırıldan daha yüksek bir masraf veya emeği gerektirmesi durumunda da yüklenici bedelin arttırılmasını kural olarak isteyemeyecektir<sup>59</sup>.

Borçlar Kanununun 364. maddesinin birinci fıkrasına göre kural olarak bedel, inşaatın tamamlanarak teslimi üzerine toptan ödenir. Fakat sözleşmeyle bunun aksinin, meselâ bedelin peşin ödenmesinin (Vorauszahlungen) veya yapılan iş oranında avans

<sup>54</sup> Bu konuda bak. aşa. § 1. IV. A.

<sup>55</sup> Almanya ve İsviçre inşaat hukuku doktrini ve uygulamasında, inşaat bedelinin baştan belirlenmesinin (feste Übernahme) üç farklı biçimde gerçekleşebileceği kabul edilmektedir.

Buna göre inşaat bedeli sözleşmenin başında götürü olarak (Pauschalpreis), anahtar teslim (Schlüssel fertiges) biçiminde belirlenebilir. Bu durumda yüklenici işi belirlenen bu bedelle yapmak zorundadır. Bu ilkenin iki istisnası bulunmaktadır. İlk olarak iş değişikliği yapılması, ikinci olarak ise Borçlar Kanununun 365. maddesinin ikinci fıkrası gereğince olağanüstü sebeplerin ortaya çıkmasıdır.

İkinci olarak inşaat bedeli yine sözleşmenin başında götürü olarak belirlenebilir, fakat sözleşmede belirtilen durumlarda (meselâ enflasyon farkı gibi) bedelin arttırılabileceği kabul edilebilir. Bu tip bedel için, toptan bedel (Globalpreis) terimi kullanılmaktadır.

Üçüncü olarak, sözleşme başında işin belli birimleri için belli bedeller kararlaştırılır ve inşaatın sonunda ortaya çıkan birim miktarına göre bütün bedel hesaplanır (Einheitspreis). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Erdin**, s.6; **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.41 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.253, no:898 vd; **Gauch** (Vergütung), s.7; **Schumacher** (Vergütung), s.50; **Schumacher** (Rechnungen), s.7 vd; **Zeltner**, s.5, no:9; **Hürlimann/Heer**, s.5; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.63 vd; **Gürpınar**, s.55 vd.

<sup>56</sup> Yaklaşık bedelli inşaat sözleşmelerinde bedelin miktarı, Borçlar Kanununun 366. maddesine göre, “yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tâyin edilir.” Bu hüküm ve özellikle yaklaşık bedelin çok fazla aşılmasının hukukî sonuçları hakkında bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.273, no:973 vd. ve özellikle s.291, no:1044 vd; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.71 vd; **Gürpınar**, s.70; **Altaş** (Yaklaşık Ücret), s.71 vd.

<sup>57</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.288, no:1030; **Zeltner**, s.5, no:10; **Gürpınar**, s.68.

<sup>58</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibinin bedel borcunun götürü olarak belirlendiği kabul edilmektedir.

<sup>59</sup> **Gehrer** (Freiheit), s.205. Bu kuralın istisnası olan Borçlar Kanununun 365. maddesinin ikinci fıkrası hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.291, no:1044; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.33 vd; **Gürpınar**, s.113 vd.

verilmesinin<sup>60</sup> (Abschlagzahlungen) ya da bedelin bir kısmının teslimden sonra ödenmesinin kararlaştırılması mümkündür<sup>61</sup>.

### C. Bu Konuda Taraflar Arasında Bir Sözleşme Yapılması

İnşaat sözleşmesinden bahsedilebilmesi için gerekli olan diğer bir zorunlu unsur ise tarafların anlaşmalarıdır. Bütün sözleşme ilişkilerinin zorunlu unsuru olan karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları, inşaat sözleşmeleri için de gerekmektedir. Bir kişinin, arasında sözleşme ilişkisi bulunmayan bir başkasının arsası üzerine bina inşa etmesi durumunda, Medenî Kanununun 722 ve devamı maddeleri anlamında haksız inşaat söz konusu olur.

İnşaat sözleşmesi hukuken bir geçerlilik şekline bağlanmadığı için, Borçlar Kanununun 11. maddesi gereğince sözlü olarak da yapılabilir<sup>62</sup>. Fakat 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288. maddesi gereğince değeri 490 – TL'yi<sup>63</sup> geçen hukukî işlemlerin kesin delille ispatının gerekmesi ve inşaat sözleşmelerinin değerinin ise genellikle bu miktarın üzerinde olması nedeniyle, ispatı bakımından inşaat sözleşmelerinin yazılı biçimde yapılması yararlı olur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin yükleniciye taşınmaz devrini taahhüt etmesi nedeniyle, bu tür sözleşmelerin geçerliliği, Medenî Kanununun 706. maddesinin birinci fıkrası<sup>64</sup> ve Borçlar Kanununun 213. maddeleri gereğince resmî şekil koşuluna bağlıdır. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma sözleşme niteliğinde olması ve yüklenicinin inşaat yapma taahhüdünün, taşınmaz devri taahhüdünün karşılığını oluşturması nedeniyle, yüklenicinin taahhüdünün de bu şekil

<sup>60</sup> YİGŞ. ve BİGŞ. hükümleri gereğince aylık olarak düzenlenen ara hak edişler gereğince yükleniciye yapılan ara ödemeler ile arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işin belli seviyelere ulaşması durumunda yükleniciye verilen arsa payları, bu anlamda birer avans niteliği taşır. Benzer bir sistem, İsviçre'de uygulanan SIA-Norm 118 standart kurallarında da kabul edilmiştir. Bak. *Trachsel* (Nachtragsforderungen), s.110; *Schumacher* (Rechnungen), s.10; *Hürlimann /Heer*, s.21 vd.

<sup>61</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi ve örnekler için bak. *Gauch* (Werkvertrag), s.322, no:1162 vd; *Gauch* (Vergütung), s.20.

<sup>62</sup> Kamu Kurumlarının taraf olduğu inşaat sözleşmeleri 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve bu Kanunun uygulama alanı dışında kalan durumlarda ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu hükümlerine tâbidir. Özellikle çok geniş bir uygulama alanına sahip olan Kamu İhale Kanununa tâbi işlerde gerçekleşen ihale sürecinin ardından yazılı sözleşme yapılır. Bu Kanunun "*İhalenin Sözleşmeye Bağlanması*" kenar başlıklı 46. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İhale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescilli ve onaylatılması zorunlu değildir.*" Aynı şekilde Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanmasına ilişkin 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun 15. maddesine göre bu sözleşmeler yazılı biçimde yapılırlar. Bu sözleşmelerin içeriklerinin düzenlenmesinde Kamu İhale Kurulu tarafından hazırlanan tip sözleşmeler kullanılır. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamına giren istisnai durumlarda ise, bu Kanunun 57. maddesinde ise, sözleşmenin noterlikçe imza onayı biçiminde yapılmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Devlet İhale Kanunundaki bu şekil zorunluluğunun geçerlilik şekli olduğu kabul edilmektedir. Bak. *Yavuz* (Özel Hükümler), s.451.

<sup>63</sup> 2008 yılı için, kesin delille ispat zorunluluğu sınırı, 490 – TL'dir.

<sup>64</sup> TMK. m.706/1: "*Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerli olması, resmi şekilde düzenlenmiş bulunmalarına bağlıdır.*"

kapsamında düzenlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, ancak bir bütün hâlinde resmi şekilde yapılırsa<sup>65</sup> geçerli olacaktır<sup>66,67</sup>.

### III. TARAFLARIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

#### A. Genel Olarak

Bir borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, öncelikle edim yükümlülüğü, yan yükümlülük biçiminde ayrıma tâbi tutulur<sup>68</sup>.

**Edim yükümlülüğü**, alacaklının alacak hakkının karşılığını teşkil eden ve bağımsız olarak ifası talep edilebilen yükümlülükleridir. Edim yükümlülüğü, kendi içinde ikiye ayrılarak incelenir. **Asli edim yükümlülükleri**, borç ilişkisinin temelini oluşturan ve ona hukukî niteliğini veren yükümlülüklerdir<sup>69</sup>. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, tarafların aslî edim yükümlülükleri karşılıklı değişim ilişkisi içindedir. **Yan edim yükümlülükleri** ise, bağımsız olarak ifası talep edilebilen, fakat genel olarak aslî edim yükümlülüğünün ifasına hizmet eden ve tali edim yükümlülüğü niteliği taşırlar.

<sup>65</sup> Resmi şekli gerçekleştirmeye yetkili makam, kural olarak tapu sicil müdürü ve memurlarıdır. Ancak Noterlik Kanununun 60. maddesine göre, noterler taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabilirler.

<sup>66</sup> **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.524, no:13; **Dürr**, s.8; **Gehrer** (Freiheit), s.195; **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.80; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.512; **Erman** (İnşaat), s.15 vd; **Reisoğlu**, s.67; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.57; **Gürpınar**, s.44; **Dayınlarlı** (İstisna Akdinin Ademi İfası), s.52; **Ergezen**, s.37; **Kartal**, s.16. Bu yönde: BGE 113 II 405. Karşı görüşte: **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.47.

**15. HD. 17.05.2004, 6868/3746**: "... Eser sözleşmelerinin yapımında yasa koyucu tarafları bir şekil şartına bağlı tutmadığı halde, taşınmazın tamamı veya bir bölümünün satışında veya vadedinde belli bir şekle uymaya mecbur etmiştir. Bu nedenle belli bir payın yükleniciye devrini de içeren kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi (Düzenleme) şekilde yapılması zorunludur. (BK.213, MK. 634, Noterlik Kanunu 60. madde) ..." (www.kazanci.com.tr).

Medenî Kanununun 2. maddesi gereğince geçersizliğin ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı görülecekse, resmi biçimde yapılmayan sözleşmeler de geçerli sayılabilir. **Altaş** (Şekle Aykırılık), s.156 vd. Bu yönde: **14. HD. 07.05.1985, E. 1984/8820, K. 1985/3269**: "... Her ne kadar inşaat sözleşmesi re'sen düzenlenmemiş ise de, akitlerince koşulların büyük bir kısmı yerine getirilmekle şekil eksikliği sonuca etkili değildir, mezkur sözleşme hukuken geçerlilik kazanmıştır. Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerini yerine getirdikleri oranda şahsi hak sahibi olan müteahhitler, bu hakka istinaden arsa sahiplerinden mülkiyetin kendilerine nakledilmesini isteyebilirler..." (YKD. 1986, s.89).

<sup>67</sup> Satış vaadi niteliğinde olan bir sözleşmeyle, eser sözleşmesine ilişkin bir unsurun birleştirilmesi hâlinde, sözleşmenin tamamının (eser sözleşmesine ilişkin unsurun da) resmi şekilde yapılması gerekir. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.80. Bu yönde: **YHGK 30.04.1997, 15-146/372** (İKİD, 1998, s.13471). Bu sonuca varılmasında, eser sözleşmesine ilişkin unsurun asli veya yan edim yükümlülüğü niteliğinde olması bir önem taşımaz. Fakat bileşik sözleşmelerde, sadece satış vaadi sözleşmesinin resmi biçimde yapılması yeterlidir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.82, no:240. Bu yönde: BGE 117 II 264.

<sup>68</sup> Bir borç ilişkisinden doğan yükümlülükler, borcun hukukî niteliğine göre, **edim yükümlülüğü** (Leistungspflichten) – **yan yükümler** (Nebenpflichten, unselbständige Nebenpflichten) ya da **koruma yükümleri** (Schutzpflichten) olarak sınıflandırılmaktadır. Bunun ardından edim yükümlülükleri **aslî edim yükümlülüğü** (Hauptleistungspflichten), **yan edim yükümlülüğü** (Nebenleistungspflichten, selbständige nebenpflichten) olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. **Havutçu**, s.18. Benzer bir ayrım için bak. **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.85, no:250.

<sup>69</sup> **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.85, no:251; **Havutçu**, s.18.

**Yan yükümler** (koruma yükümleri) ise, bağımsız olarak ifası talep edilemeyen, sadece ihlâli hâlinde borçlunun tazminat sorumluluğunu doğuran ve borç ilişkisinde tarafların birbirlerinin haklarına riayet etmeye ilişkin borçlardır<sup>70</sup>.

## B. Yüklenicinin Yükümlülükleri

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, inşaatın zamanında ve sözleşmeye uygun (ayıpsız ve eksiksiz) olarak tamamlanarak iş sahibine teslimidir<sup>71</sup>. Bu borcun ihlali çok çeşitli biçimlerde ortaya çıkabilir. Meselâ sözleşmeyle üstlenmişse yüklenicinin inşaat planını hazırlamaması, idari izinleri almaması, arsadaki mevcut binayı yıkmaması veya malzemeleri sağlamaması hep asli edim yükümlülüğünün ihlâli anlamına gelir. Sonuç borcu niteliğindeki bu yükümlülüğün hiç ifa edilmemesi, yüklenicinin temerrüdünü doğurur. Fakat bu yükümlülük ifa edilmekle birlikte gereği gibi ifa edilmemişse, meselâ inşaat geç teslim edilmiş veya zamanında teslim edilmekle birlikte inşaat ayıplıysa, iş sahibi gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümler<sup>72</sup> gereğince yükleniciye başvurabilecektir.

Yüklenicinin kanundan doğan bir yan edim yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince yükleniciye bazı yan edim yükümlülüklerinin yüklenmesi mümkündür. Meselâ özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibine sözleşme süresince oturacak bir ev sağlama veya kira parası verme borcu gibi. Bu durumda iş sahibi, bu yan edim yükümlülüğünün ifasını, asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak talep edebilir. Buna aykırı davranış hâlinde ise, kural olarak<sup>73</sup> BK. m.106 ve devamı hükümleri gereğince sözleşme ilişkisi sona erdirilebilir.

Fakat doktrinde yüklenicinin yükümlülükleri incelenirken, sadakat ve özen; işin bizzat veya kendi yönetimi altında yapma; araç, gereç ve malzeme sağlama; genel ihbar; işe zamanında başlama ve devam ettirme ve eserin ayıplarından sorumlu olma gibi borçların bulunduğu belirtilmektedir<sup>74</sup>.

Kanaatimce, doktrinde yüklenicinin borçları arasında sayılan “*yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi devam ettirmesi*”, kural olarak yükleniciden ifası istenebilen, teknik anlamda bir yükümlülük değildir. Çünkü buna ilişkin Borçlar Kanununun 358.

<sup>70</sup> **Zeltner**, s.132; **Havutçu**, s.18.

<sup>71</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.173, no:603 vd; **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.85, no:251 vd.

<sup>72</sup> Geç ifa durumunda, BK. m.102 gereğince gecikme zararının tazmini; ayıp durumunda ise, BK. m.360 gereğince ayıptan doğan hakların kullanılması göndeme gelecektir.

<sup>73</sup> Yan edim yükümlülüğünün ihlal edildiği her durumda BK. m.106 vd. hükümlerine başvurulması mümkün değildir. Bu durumda borca aykırılığın ağırlığına göre bir inceleme yapılarak, dürüstlük kuralı ışığında sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığı ayrıca incelenmelidir. Nitekim **Havutçu** bu hususu şöyle açıklamaktadır: “... *yan edim yükümlerinin* ... *synallagma ilişkisi içinde yer aldığı veya almadığı kesin olarak söylenemez. Bu konuda belirleyici ölçüt, tarafların iradeleri ve somut olayın özellikleridir. Tarafların iradeleri ve somut olayın özelliklerinden, yan edimin asli edim yanında sadece tâli bir anlam taşımadığı, asli edim ile birlikte, karşı tarafın edimini taahhüt etmesinin sebebinin teşkil edecek şekilde sözleşmede önem kazandığı anlaşılıyorsa, o zaman yan edim yükümünün de synallagmatik edim yükümü olduğu kabul edilir.*” **Havutçu**, s.20.

<sup>74</sup> **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.35 vd



maddesinin birinci fıkrası, işe başlanmaması veya işin devamının geciktirilmesi durumunda, ancak asli edim yükümlülüğü olan sonucu sağlama borcunun zamanında ifa edilemeyeceğinin önceden açıkça görüldüğü veya yasa gereği öyle varsayıldığı durumlarda iş sahibine bazı haklar vermektedir. Yoksa yüklenicinin işi yavaş yürütmesi veya işe zamanında başlamaması kural olarak<sup>75</sup> tek başına iş sahibine hiçbir hak vermemektedir. Meselâ, sözleşmede yüklenicinin iki vardiya olarak geceli gündüzlü çalışması şartı getirilmiş, fakat yüklenici buna aykırı olarak tek vardiya çalışmak suretiyle işi yavaş götürmekteyse, iş sahibi Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına göre, ancak işin yavaş yürütülmesinin, asli edim yükümlülüğü olan inşaatın zamanında tamamlanarak iş sahibinin hâkimiyet alanına bırakılmasını imkânsız kıldığı durumlarda bazı hakların sahibi olabilecektir. Kanaatimce bu işe, yüklenicinin işe başlamasının ve uygun bir hızla inşaatı yürütmesinin teknik anlamda bir borç olmadığını gösterir<sup>76</sup>.

Yüklenicinin yükümlülükleri olarak sayılan diğer yükümlülüklerin bazıları ise, bağımsız birer nitelik taşımazlar. Bunlar, bu asli edim yükümlülüğünün birer unsurudur<sup>77</sup>. Meselâ yüklenici üstlenmişse, inşaatın yapımı için gerekli olan araç – gereç ve malzemeyi sağlama, inşaatın zamanında başlama ve inşaatı devam ettirme ve yapının ayıpsız olmasını sağlama yükümlülüğü, birer bağımsız yükümlülük niteliği taşımaz. Çünkü yüklenicinin bunlara aykırı davranması, zaten asli edim yükümlülüğünün ihlali sonucunu doğurur<sup>78</sup>.

Fakat yüklenicinin sadakat ve özen borcu, bağımsız bir yükümlülük olarak değerlendirilebilir. Bunun ihlali, borçlu temerrüdünü değil, kural olarak sadece yüklenicinin tazminat sorumluluğunu doğurur<sup>79</sup>. Çünkü bu, sadece bir yan yükümlülük (unselbständige Nebenpflicht) niteliği taşır<sup>80</sup>. Aynı şekilde yapının zamanında ve

<sup>75</sup> “Kural olarak” ibaresini kullanmamızın nedenini aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağız. Fakat şimdiden şunu belirtmekte yetinelim: Sözleşmede yüklenicinin işe başlama tarihi açıkça kararlaştırılmışsa, artık tarafların bu tarihe özel bir önem verdikleri ve bu tarihte işe başlanmaması durumunda iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği bazı durumlarda kabul edilebilir. Bu konuda bak. aşa. § 14. I. B. 2. a.

<sup>76</sup> Fakat tezimizde savunduğumuz bu görüş, doktrindeki hâkim görüş tarafından reddedilmektedir. Bu görüşte, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasındaki anılan hüküm, yüklenicinin işe zamanında başlamasının ve uygun bir hızla sürdürmesinin bağımsız bir borç olduğunun kanıtıdır. Bu konu ve tartışmalar için bak. aşa. § 13.

<sup>77</sup> **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.35. Nitekim **Gauch** da bunları, asli edim yükümlülüğü başlığı altında incelemektedir. **Gauch** (Werkvertrag), s.175, no:608 eder.

<sup>78</sup> **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.162, no:30.

<sup>79</sup> Yan yükümlerin ihlali, kural olarak sadece tazminat borcu doğurur. Meselâ yüklenici, inşaatın yapımı sırasında iş sahibinin kişi ve malvarlığı değerlerinin korunması için gereken bütün önlemleri almalıdır. Bu önlemlerin alınmasında bir gecikme olur ve bu durum iş sahibinin ifa menfaati dışında, koruma menfaatinin zarar görmesine neden olursa, iş sahibi bundan doğan zararın tazminini talep edebilir. Fakat bu durumda, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci veya ikinci fıkralarının kıyas yoluyla uygulanarak, iş sahibinin sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği de doktrinde ileri sürülmüştür. **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.121, no:415, s.123, no:425 ve s.204, no:19.

<sup>80</sup> Yan yükümlülükler ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bunlar ifaya yardımcı yan yükümler ile koruma yükümleridir. İfaya yardımcı yan yükümler (leistungsorientierte Nebenpflichten), iş sahibinin ifa menfaatini sağlanmasına, korunmasına hizmet eder. Bunların ihlali, alacaklının ifa menfaatini (Leistungsinteresse) zedeler. Fakat konuma yükümleri ise (nicht leistungsorientierte Nebenpflichten),

sözleşmeye uygun biçimde tamamlanmasını tehlikeye sokan durumların iş sahibine bildirilmesi de bir yan yükümlülüktür<sup>81</sup>. Genel olarak sadakat ve özen borcu içinde de değerlendirilebilen bu yükümlülük, buna aykırı davranış halinde, yüklenicinin bazı haklardan yararlanamaması veya iş sahibinin bu sebepten doğan zararlarının tazmini borcunu doğurur.

### C. İş Sahibinin Yükümlülükleri

İş sahibinin asli edim yükümlülüğü, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün karşılığı olan bedel ödeme borcudur.

İş sahibinin bu borcuna aykırı davranması durumunda, iş sahibi inşaatı durdurabileceği gibi, tamamlanmış inşaatı teslimden de kaçınabilir. Ayrıca bedelin aynen ifası ile temerrüt faizi veya gecikme zararının tazminini de talep edebilir. Bunun yanında, ek süre vermek kaydıyla, borçlu temerrüdüne ilişkin BK. m.106 ve devamı hükümlerine de başvurabilir.

İş sahibinin bu asli edim yükümlülüğü dışında bazı borçları daha vardır. Bunların başında, yüklenicinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak yapabilmesi için üzerine düşen hazırlık fiillerini gereği gibi yapmak gelir. Meselâ arsanın yükleniciye teslimi, inşaat ruhsatının alınması, inşaat planının hazırlanarak yükleniciye teslimi, yüklenicinin gerekli idari izinleri alabilmesi için iş sahibince verilmesi gereken yetki belgesinin (vekâletnamenin) verilmesi ve malzemenin seçimi iş sahibince yapılacaksa, bu seçimin yapılması gibi fiiller, bu kapsamda değerlendirilebilir.

İş sahibince öncelikle yapılması gereken bu fiillerin sadece birer külfet mi, yoksa gerçek bir yükümlülük mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmanın çalışmaya dâhil edilmesi konunun kapsamını aşırı derecede genişleteceğinden, sadece şunu belirtmekle yetinelim: öncelikle iş sahibince yapılması gereken fiillerin sadece külfet niteliği taşıdığı yönündeki görüşler bile, inşaat sözleşmesinin niteliği gereği, bazı durumlarda bunların gerçek bir borç niteliği taşıdığını kabul etmek zorunda kalmışlardır<sup>82</sup>.

Kanaatimce inşaat sözleşmesinde iş sahibinin, edimin ifasına katılması, bazı durumlarda bir külfet boyutunu aşıp, bir yan yükümlülük boyutuna ulaşabilmektedir<sup>83</sup>. Buna göre sözleşmenin kurulmasından, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesine kadar geçen dönemde, yüklenicinin ifaya yönelik davranışlarını destekleyen ve bunun gerçekleşmesini sağlayan, iş sahibince gerçekleştirilmesi gereken ve katılma

---

alacaklının ifa menfaati dışındaki bütünlük menfaatinin (Integritätsinteresse) korunmasına hizmet eder. Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.87 vd; **Havutçu**, s.19.

<sup>81</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.169, no:57.

<sup>82</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.375, no:1344; **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.400, no:773 vd.

<sup>83</sup> Külfet ve yükümlülük kavramları hakkında bak. **Ehrensperger**, s.3 vd; **Aday**, s.6 vd.

yükümlülüğü (Mitwirkungspflicht) veya işbirliği yükümlülüğü (Kooperationspflicht) olarak nitelendirilen fiillerin, külfet değil, bir yükümlülük olduğu kabul edilmelidir<sup>84</sup>.

İş sahibinin eserin oluşturulmasına katılması bazı durumlarda bir yan yükümlülük olarak kabul edilse de, bu yükümlülüğün ihlali halinde, bunun aynen ifasının dava edilip edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır<sup>85</sup>. Buna göre yüklenici, bu fiillerin yerine getirilmesini aynen icraya yönelik bir dava açmak suretiyle iş sahibinden talep edebilir mi? Meselâ sözleşmenin yapılmasının ardından iş sahibinin yükleniciyi arsaya sokmaması, inşaatta kullanılacak malzemeleri veya planları yükleniciye teslim etmemesi ya da hangi malzemenin kullanılacağı konusundaki iradesini yükleniciye bildirmemesi durumunda, yüklenici bunların aynen ifasını talep edebilir mi?

Kanaatimce iş sahibinin edimin ifasına katılmasının bir yan yükümlülük olduğu kabul edilebilen hâllerde, bunun aynen ifasının talep edilebileceğinin kabulü yerinde değildir<sup>86</sup>. Çünkü iş sahibine inşaat sözleşmesini, inşaatın tamamlanmasından önce

<sup>84</sup> Karş. **Koller** (BernKomm. Art.363–366), s.401, no:775; **Koller** (OR AT), s.400; **Nicklisch** (BB. 1979/11), s.533 vd; **Nicklisch** (JZ. 1984/17), s.763, 766; **Zeltner**, s.13, no:30 ve s.137, no:341; **Bucher** (OR AT), s.326; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.111; **Guhl / Koller / Schnyder / Druey**, s.12, no:29; **Bühler** (Symposium), s.412; **Fuchs** (Kooperationspflichten), s.1; **Ehrensberger**, s.76; **Erman** (İnşaat), s.50. Karş. **Aday**, s.195; **Üçer**, s.49.

İnşaat sözleşmesinde tarafların işbirliği yükümlülüğünün bulunduğu, Alman Hukukunda, Federal Mahkemenin 28.10.1999 tarihli bir kararıyla açıkça şu şekilde belirtilmiştir: “(inşaat sözleşmesinde) taraflar, inşaatın yapımı süresince işbirliği içinde bulunmakla yükümlüdürler.” (BauR. 2000, s.409). İsviçre Federal Mahkemesi de bir (BGE 48 II 103) kararında, işe başlanması için iş sahibince yapılması gereken bildirim bir yükümlülük olarak kabul etmiştir. Aksi görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.30, no:116, s.568, no:26 ve özellikle s.574 vd; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.63, no:2448; **Gauch** (Werkvertrag), s.370, no:1328 vd. ve özellikle s.373, no:1340; **Gauch** (Fristen und Termine), s.25; **Gauch** (Vertragsrecht), s.14. Fakat bu sonuncu yazar, inşaat sözleşmesinin uzun zamana yayılmış yapısı ve taraflar arasındaki karşılıklı işbirliği fiillerini dikkate alarak, tarafların örtülü olarak bazı davranışları bir yan yükümlülük niteliğine geçirdiğinin kabul edilebileceğini de belirtmek suretiyle görüşünü yumuşatmıştır (Werkvertrag, s.375, no:1344, 1345. Bu yönde: **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.192, no:3002). Benzer görüşte: **Schulin** (Schuldnerrechte), s.82; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.576, no:56]. Bu nedenle kabul ettiğimiz görüş gereğince iş sahibinin bu yükümlülüğüne aykırı davranması sonucu yüklenicinin alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda, iş sahibinin bir tazminat sorumluluğu da ortaya çıkacaktır.

<sup>85</sup> Bu konuda bak. **Zeltner**, s.106, no:266 vd.

<sup>86</sup> Bu görüşte: **Zeltner**, s.108, no:269, 270. Karş. **Aday**, s.196. Çalışmamızda kabul edildiği üzere, alacaklının ifaya katılması, kural olarak teknik anlamda bir yan yükümlülüktür. Kanaatimce kabul edilmesi gereken görüş gereğince bu fiillerin aynen ifası talep edilemez. Çünkü iş sahibine inşaat tamamlanana kadar istediği zaman sözleşmeyi gerekçesiz sona erdirmeye hakkı verilen bir sistemde, yüklenicinin, iş sahibinden ifaya katılmasını icra yoluyla talep etmesi yerinde olmayacaktır [**Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.63, no:2448; **Frank**, s.98; **Nicklisch** (BB. 1979/11), s.541; **Nicklisch** (JZ. 1984/17), s.757; **Zeltner**, s.126]. Bu nedenle iş sahibinin, yüklenicinin inşaatın yapılması için üzerine düşen hazırlık fiillerini veya ifaya katılma fiillerini kusurlu olarak yapmaktan kaçınması durumunda, yüklenici sadece bu sebepten doğan zararlarının tazminini talep edebilmelidir. Ayrıca alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi de mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi için aksi yönde: **Erman** (İnşaat), s.51, dn.76, s.53 ve özellikle s.196. Bu sonuncu yazara göre yüklenici, meselâ idari işlemlerin yapılmasına ilişkin temsil yetkisinin verilmesi için mahkemeye başvurabilir. Benzer sonuçta: Yargıtay 15 HD. 22.02.2001, 440/997 [**Erman** (İnşaat), s.53, dn.81].

Yargıtay bir kararında, aynen ifanın talep edilebileceğine hükmetmiştir: 15. HD. 05.05.2004, E. 2003/5372, K. 2004/2508: “...yüklenici davacı, ... davalı arsa sahibine gönderip tebliğ ettirdiği ... ihtarname ile sözleşme konusu arsa üzerindeki binayı tahliye edip boş olarak teslimini istemiş olmasına karşın, arsa sahibi davalı arsayı ona teslim etmemiştir... durum bu olunca da; arsa sahibi davalının belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunun kabulü gerekir (BK.md.90).

dilediği zamanda hiçbir gerekçe göstermeden sona erdirme olanağı veren bir hukuk sisteminde aksinin kabul edilmesi yerinde olmaz<sup>87</sup>. Bunun yanında **Zeltner**'in de haklı olarak belirttiği gibi aksinin kabulü, uzun sürecek olan yargılama boyunca inşaatın durmasına ve tarafların zararının artmasına neden olacağından, istenmeyen sonuçlar doğuracaktır<sup>88</sup>.

Ayrıca iş sahibinin bu tip davranışları, sözleşmenin BK. m.369 hükmüne göre feshedilmesi olarak da yorumlanabilir. Meselâ iş sahibinin açık ve kesin olarak yükleniciye arsaya sokmaması durumunda, böyle bir sonuca varılabilir<sup>89</sup>. Fakat böyle bir sonuca varılamasa bile, yüklenici, alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurarak, uygun bir sürenin ardından sözleşmeyi sona erdirebilir.

**Öz**'e göre ise sözleşmeyle iş sahibinin, bedel borcu dışında, inşaat ruhsatını alma, idari işlemleri yapmak konusunda gereken vekâletnameleri yükleniciye verme ve arsayı teslim etme gibi bazı borçları kararlaştırılmışsa, yüklenici bunun aynen ifasını talep edebilir ve hatta bu işlerin yapılması konusunda kendisinin yetkilendirilmesini bile mahkemeden talep edebilir<sup>90</sup>. Yazara göre, iş sahibi yükleniciye karşı müdahalenin önlenmesi davası bile açamaz. Kanaatimce yazarın görüşünün kabulü hakkaniyete uygun olmayan sonuçların doğmasına neden olabilir. Çünkü iş sahibinin zaten BK. m.369'a göre sözleşmeyi fesih yetkisi varken ve iş sahibinin bu tür borca aykırı davranışlar içine girmek suretiyle alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda yüklenicinin sözleşmeden dönerek kanaatimce bütün müspet zararının tazminini isteme hakkı varken bu tür bir yoruma gidilmesi yerinde olmaz.

---

*Sözleşmenin taraflarından birinin ediminin ifasında temerrüde düşmesi halinde, diğer taraf Borçlar Yasası'nın 106.maddesinde öngörülen seçimlik haklardan birini kullanabilir. Somut olayda da, yüklenici davacı sözleşmenin aynen ifasını istemiştir. Başka bir anlatımla, davacı BK.nun 106/II. maddesinde öngörülen gecikmiş ifanın aynen yerine getirilmesi yönünde hakkını kullanmış ve inşaat yapılacak arsanın boş ve sorunsuz olarak teslimini, davalı arsa sahibinden istemiştir. Mahkemece, davacının bu yöndeki isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken..." (www.kazanci.com.tr).*

<sup>87</sup> **Zeltner**, s.108.

<sup>88</sup> **Zeltner**, s.108, no:269. Bunun dışında meselâ iş sahibince idari işlemlerin yapılması için yetki verilmemesi durumunda, mahkeme kararıyla bu yetkinin verilebileceğinin kabul edilmesi BK. m.34 ve m.396 hükümlerine de aykırı olacaktır. Çünkü temsil yetkisinin her zaman geri alınması mümkün olduğu gibi, vekâletten de her zaman azil mümkündür. Bu nedenle mahkeme kararıyla yetki verilmesi durumunda anılan hükümlerin akibeti sorusunu ortaya çıkarmaktadır.

<sup>89</sup> **Zeltner**, s.109, no:272.

<sup>90</sup> **Öz** (İnşaat), s.102.

## IV. HUKUKİ NİTELİĞİ

### A. Genel Olarak

İş sahibine ait arsa üzerinde bir taşınmaz yapının inşasına yönelik inşaat sözleşmeleri<sup>91</sup>, hukukî niteliği itibariyle eser sözleşmesidir<sup>92</sup>. Bu nedenle eser sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında ileri sürülen görüşler bu tip inşaat sözleşmesi bakımından da geçerlidir. Buna göre iş sahibine ait arsa üzerine taşınmaz bir yapının inşasını<sup>93</sup> konu alan inşaat sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen, geçerlilik şekline bağlı olmayan ve tipik bir sözleşmedir<sup>94</sup>.

İş sahibine ait arsa üzerine taşınmaz yapının inşasına yönelik inşaat sözleşmesinde iş sahibinin bedel olarak, para yerine inşaat yapılan arsanın bazı paylarını yükleniciye devretmeyi taahhüt etmesi durumunda ise, karma bir sözleşme olan **arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi** ortaya çıkmaktadır<sup>95</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, unsurları<sup>96</sup> itibariyle kanunda düzenlenmiş bir sözleşme değildir. Bu

<sup>91</sup> Yüklenicinin, aynı veya şahsi bir hakka sahip olduğu arsa üzerinde inşaat yapmasını konu alan sözleşmeler inceleme konumuz dışında kaldığından, bu sözleşmelerin hukukî niteliği ve uygulanacak hükümler hakkında ilgili eserlere yollama yapmakla yetiniyoruz. Bu konuda özel bir inceleme için bak. **Gauch** (Grundstückkauf), s.38 vd. Ayrıca bak. **Brändli**, s.185 vd.

<sup>92</sup> Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.64, no:205; **Gauch** (Bauen), s.12, 13; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.14, no:26; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.17.

<sup>93</sup> İş sahibine ait bir yapı üzerindeki tamirat ve tadilat türü işler de eser sözleşmesi niteliğindedir. Fakat bu tip işleri, bazı durumlarda satış sözleşmesinden ayıt edebilmek kolay değildir. Meselâ yüklenicinin ölçüye göre imal edip iş sahibinin evine monte edeceği PVC pencere montajı işinde, satış sözleşmesi mi, yoksa eser sözleşmesinin mi bulunduğu kolaylıkla söylenemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.36, no:123 vd.

Aynı şekilde eser sözleşmesine ait bir unsurun, diğer bir sözleşmede asli edim yükümlülüğü boyutuna ulaşmaksızın, yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılması da mümkündür. Meselâ bir taşınmazın satışında, öncelikle evin tamir edilmesi veya boyanması gibi. Bu tip durumlarda eser sözleşmesi söz konusu olmaz. Fakat eser sözleşmesine ilişkin bir unsur olan yan edim yükümlülüğüne aykırılık hâlinde, alıcının, duruma göre ödemelik definden yararlanabileceği veya Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümlerine başvurabileceği konusunda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.23, no:57.

<sup>94</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.20, no:49.

<sup>95</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.97, no:326; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.54, No.149; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.504 vd; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.23; **Erman** (İnşaat), s.4; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.44; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.11; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.507; **Kartal**, s.25.

<sup>96</sup> Sözleşme özgülüğü ilkesinin bir sonucu olarak, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri uygulamada çok farklı içeriklerde yapılabilmektedir. Bunlardan bazıları şunlardır: **1. Yüklenicinin inşaatı getirdiği seviyeye göre bazı arsa paylarının satışının veya satışı da içeren temsil yetkisinin yükleniciye verilmesinin arsa sahibi tarafından taahhüt edildiği sözleşme tipi.** Uygulamada en sık görülen sözleşme tipi budur. Bu tipte arsanın mülkiyeti, sahibinde kalmaya devam eder, fakat yüklenicinin yaptığı inşaatın geldiği seviyelere göre arsa sahibi tarafından belli arsa paylarının satışının veya satışı da içeren temsil yetkisinin yükleniciye verilmesinin taahhüt edilmesi söz konusudur. **2. Arsanın tamamının sözleşmenin yapılması ile birlikte yükleniciye devredildiği, yüklenicinin arsa sahibine karşı, inşaatı tamamlayıp bazı bağımsız bölümleri onun adına tescil ettirmeyi taahhüt ettiği sözleşme tipi.** Bu sözleşme tipinde temel özellik, sözleşmeyle birlikte arsanın mülkiyetinin tamamının yükleniciye devredilmesinde görülür. İlk tipten farklı olarak, bu kez yüklenici, arsa sahibine, bağımsız bölümleri devretmeyi taahhüt etmektedir. Ayrıca, arsa sahibinin bu alacağının teminat altına alınması için, çoğunlukla yükleniciye devredilen arsa üzerinde, arsa sahibi lehine ipotek hakkı da kurulmaktadır. Görüldüğü gibi bu sözleşme tipi arsa sahibinin aleyhine kullanılacak özellikler taşımaktadır. Meselâ yüklenici ipotek bedellerini ödediği takdirde arsaya hiçbir mülkiyet hakkı kısıtlaması olmaksızın sahip olmaktadır. **3. Sözleşmeyle birlikte, yükleniciye kalacak olan arsa paylarının derhal yükleniciye devredildiği, buna karşılık arsa sahibi lehine ipotek tesis edildiği sözleşme tipi.** Bu tip sözleşmenin bir öncekinden farkı, sözleşmenin ardından yükleniciye sadece, ona kalacak payların

nedenle, bu sözleşmeye hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlenmesi için sözleşmenin hukukî niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Atipik sözleşmeler genel olarak karma, bileşik ve kendine özgü yapısı olan sözleşmeler olarak ayrılmaktadır<sup>97</sup>. Bu tip inşaat sözleşmeleri eser sözleşmesinin bir unsuru ile taşınmaz satış (vaadi) sözleşmesinin bir unsurunun birleşiminden oluşmuştur. Bu nedenle bu sözleşmenin bir karma sözleşme olduğu kabul edilmektedir<sup>98</sup>.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, karma sözleşme niteliğinde olduğu sonucuna vardığımızdan, karma sözleşmelere uygulanacak kuralların tespit edilmesine ilişkin teoriler gereğince kabul edilecek sonuç, bu sözleşme için de belirleyici olacaktır. Karma sözleşmelere hangi hükümlerin uygulanacağı konusunda ileri sürülen görüşler genel olarak dört grupta toplanmaktadır<sup>99</sup>. Bunların ayrıntılı olarak incelenmesi çalışmamızın amacını aşacağından, doğrudan doktrinde de kabul edilen baskın görüşün belirtilmesiyle yetinilmesi yeterli olacaktır.

Kıyas ve yaratma teorisi olarak anılan bu teoriye göre<sup>100</sup>, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi kanunda doğrudan düzenlenmediği için, bu sözleşmelere, ne eser, ne de taşınmaz satış sözleşmelerine ilişkin kurallar doğrudan uygulanabilir. Karma sözleşmenin unsurlarını oluşturan sözleşmelere ait kurallar, ancak karma sözleşmenin niteliğine uyduğu ölçüde ve kıyasen uygulanabilir. Fakat bu şekilde bir uygulama işin niteliğine uygun düşmüyorsa, Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulama alanı bulur. Bu hükümler yardımıyla da bir çözüme ulaşılamıyorsa, Medenî Kanunun 1. maddesi uygulanarak, örf adet hukukuna başvurulur. Burada da bir kural bulunmuyorsa, hâkim hukuk kuralı koyma yoluna gidecektir<sup>101</sup>.

---

devredilmesidir. Bu devre karşılık yüklenici inşaat yapmayı taahhüt etmekte ve arsa sahibi lehine ipotek kurulmaktadır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bak. **Yavuz** (Özel Hükümler), s.510, 511; **Erman** (İnşaat), s.10 vd; **Kartal**, s.29.

<sup>97</sup> Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.52, no.144 vd.

<sup>98</sup> **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.22, dn.96; **Tandoğan** (ÖBİ C.I/1), s.71; **Feyzioğlu** (ÖBİ), s.58; **Öz** (Dönme), s.2; **Aral**, s.53; **Karahasan**, s.113; **Zevkililer/Havutçu**, s.42; **Kurşat**, s.752; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.507; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.23; **Erman** (İnşaat), s.4, 6; **Kartal**, s.26. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.32, no:84; **Gauch** (Werkvertrag), s.33, no:111 ve s.97, no:326.

<sup>99</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Tandoğan** (ÖBİ C.I/1), s.73; **Kuntalp**, s.121 vd; **Erman** (İnşaat), s.6 vd; **Aral**, s.56.

<sup>100</sup> Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.98, no:328; **Tandoğan** (ÖBİ C.I/1), s.75; **Feyzioğlu** (ÖBİ), s.62; **Kuntalp**, s.126; **Zevkililer** (Pratik), s.671; **Koç / Aydoğdu**, s.8.

<sup>101</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.98, no:328; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.518. Yargıtay'ın, inşaat yapım unsuru hakkında doğrudan eser sözleşmelerine ilişkin kuralların, taşınmaz payının devri unsuru hakkında ise satış sözleşmesine ilişkin kuralların uygulanacağına yönelik kararları bu açıdan yerinde değildir. Bak. **Erman** (İnşaat), s.7; **Kartal**, s.28.

## B. İnşaatta Kullanılacak Malzemelerin Yüklenici Tarafından Sağlanması Bakımından

İnşaatla kullanılacak malzemeler iş sahibince karşılanacaksa<sup>102</sup>, ortada yalın bir inşaat (eser) sözleşmesi bulunur. Fakat malzemelerin de yüklenici tarafından sağlanması durumunda, taşınır eserlere yönelik sözleşmelerde “*eser teslim sözleşmesi*” (Werklieferungsvertrag) terimi kullanılmaktadır. Bu sözleşmeler gerçekte eser ile satış sözleşmelerinin unsurlarını taşıyan karma bir sözleşmedir<sup>103</sup>. Fakat bu sözleşmeler Kanun Koyucu tarafından eser sözleşmesi olarak kabul edildiği için, bunlara eser sözleşmelerine ilişkin hükümler doğrudan uygulanacaktır<sup>104</sup>. Malzemelerin yüklenici tarafından sağlanması durumunda, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması sırasında, sözleşmenin bu özelliği dikkate alınmalıdır.

### C. Sürekli veya Anî Edimli Borç İlişkisi Ayrımı Bakımından

#### 1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinin hukukî niteliğinin değerlendirilmesi gereken en önemli noktası, genel olarak eser sözleşmesinin ve özel olarak da konumuzu teşkil eden inşaat sözleşmesinin anî edimli mi olduğu, yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğudur<sup>105</sup>.

Borçlar Kanunumuzun özellikle borç ilişkisinin sona ermesine ilişkin hükümleri anî edimli borç ilişkileri düşünülerek hazırlanmıştır. Bu hükümlerin sürekli borç ilişkilerine uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Fakat genel olarak kabul edildiği üzere icrasına başlanmış sürekli edimli borç ilişkilerinde sona erme, kural

<sup>102</sup> Malzemeleri sağlama yükümlülüğünün iş sahibine mi, yoksa yükleniciye mi ait olduğu somut olayın özelliklerine ve tarafların farazi iradelerine göre belirlenir. Özellikle inşaat sözleşmelerinde, malzemelerin kim tarafından sağlanacağı açıkça belirtilir. Fakat sözleşmede böyle bir açıklık olmaması ve somut olayın özelliklerinden de yorum yoluyla bu yükümlülüğün kime ait olduğunun anlaşılabilmesi durumunda, nasıl bir sonuca varılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, şüphe hâlinde malzemeleri sağlama yükümlülüğünün iş sahibine ait olduğu kabul edilmelidir. Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.22, no:74, 75; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.161, no:27. (Bu sonunca yazar, olması gereken hukuk açısından, şüphe hâlinde malzemeleri sağlama yükümlülüğünün yükleniciye ait olması gerektiğini de kabul etmektedir).

Fakat inşaat işlerinde malzeme sağlama yükümlülüğünün yükleniciye ait olması da yaygın bir durumdur. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.23, no:75

<sup>103</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.23, no:56. BGE 117 II 273.

<sup>104</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.24, no:82; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.23, no:56. Malzemelerin yüklenici tarafından sağlandığı inşaat (eser) sözleşmelerinde yüklenici, Borçlar Kanununun 357/I hükmü gereğince, “malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı ... satıcı gibi mütekeffildir.” Doktrinde kanaatimce de haklı olarak savunulduğu gibi, bu hükümdeki satış sözleşmesinde satıcının sorumluluğuna yapılan yollama, sadece zapta karşı tekeffüle yöneliktir. Yüklenici, getirdiği malzemelerdeki ayıplar nedeniyle, yine eser sözleşmesinin 359 – 363 hükümleri gereğince sorumlu olmaya devam eder. Bu yönde: **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.527, no:25; **Gauch** (Werkvertrag), s.410, no:1477; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.158, no:15; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s. 33, no:103; **Tschüscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.240; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/ Schwander), s.468; **Dürr**, s.37; **Honsell** (OR BT), s.276; **Lenzlinger-Gadient**, s.104; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.70. BGE 117 II 428. Aksi görüşte: **Gautschi**, s.152, no:2b ve s.173, no: 8d; **Öz** (Dönme), s.101. Farklı bir görüşte: **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s. 64.

<sup>105</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Öz** (Dönme), s.12.

olarak ileriye yönelik etkiler doğurur<sup>106</sup>. Bu kapsamda inşaat sözleşmesinin temerrüt nedeniyle sona ermesi durumunda borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak mı, yoksa ileriye etkili olarak mı ortadan kalkacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle icrasına başlanmış bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesi teknik anlamda dönme mi, yoksa fesih olarak mı değerlendirileceği, sözleşmenin hukukî niteliğine verilecek anlama göre değişecektir<sup>107</sup>. Zira sürekli borç ilişkilerinde kural olarak dönme kavramına yer yoktur. Bu tip sözleşmeler doktrinde kabul edildiği gibi sadece haklı sebeplerle ileri etkili olarak ortadan kaldırılabılır. Yoksa borçlu temerrüdü, her zaman sürekli borç ilişkisinin feshi için yeterli sayılmamaktadır. Sürekli borç ilişkisinin feshi için, ilişkinin devamının çekilmez hâle gelmesi, ilişkiye devamın taraflardan beklenememesi aranmaktadır.

Bu konudaki tartışmalara ve görüşlere girilmeden önce, bu tartışmanın inşaat sözleşmesine özgü olmadığı belirtilmesi gerekmektedir<sup>108</sup>. Zira genel olarak eser sözleşmelerinin anî edimli mi, yoksa sürekli borç ilişkisi mi doğurduğu da tartışmalıdır. Bu nedenle aşağıda açıklanan görüşler daha çok taşınır eser teslimine ilişkin eser sözleşmeleri düşünülerek ileri sürülen görüşler olmakla birlikte, kanaatimce konumuz olan inşaat sözleşmeleri bakımından da aynen geçerli olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki, inşaat sözleşmesinin anî edimli veya sürekli borç ilişkisi sayılmasının konumuzla ilgili önemi, daha çok arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yaptığı işin değerini (karşılığını) arsa payı olarak talep edip edemeyeceği konusunda ortaya çıkmaktadır.

Doktrinde ileri sürülen farklı görüşler, yüklenicinin ediminin zaman içine yayılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle, yüklenici eseri ancak meydana getirdikten sonra teslim edebilmektedir. Yüklenicinin eseri hazırlama faaliyetin belli bir zamanı gerektirmesi nedeniyle görüş ayrılığı ortaya çıkmıştır<sup>109</sup>. Bu görüş ayrılığının temeli, sürekli borç ilişkisini oluşturan süreklilik unsurunun, alacaklı bakımından mı, yoksa borçlu bakımından mı değerlendirileceğidir. Buna göre, bir borç ilişkisinde borçlunun ediminin, borçlu bakımından süreklilik taşıması durumunda sürekli borç ilişkisi kurulduğunu ileri sürenler olduğu gibi, alacaklının edim menfaatinin bir anda mı, yoksa zamana yayılmış bir hâlde mi olduğunu dikkate alan yazarlar da bulunmaktadır<sup>110</sup>. Diğer bir ifadeyle, bir borç ilişkisinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde

<sup>106</sup> Bu husus Borçlar Kanunu Tasarısının 125. maddesinde şöyle belirtilmiştir: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.”

<sup>107</sup> Karş. **Ergezen**, s.50 vd.

<sup>108</sup> Bu yönde **Yavuz** (Özel Hükümler), s.508; **Öz** (Dönme), s.12 vd.

<sup>109</sup> Karş. **Rimle**, s.7 vd; **Öz** (Dönme), s.13.

<sup>110</sup> Bak. **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.7, 24; **Oğuzman/Öz**, s.9; **Öz** (Dönme), s.15; **Selimoğlu**, s.686; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.51, dn.9.



olması için, borçlunun mu, alacaklının mı esas alınacağı konusundaki farklı tutum, işbu görüş ayrılığına neden olmaktadır.

## 2. İnşaat Sözleşmesinin Hukukî Niteliği Konusunda İleri Sürülen Görüşler

### a. Sürekli Borç İlişkisi Görüşü

Genel olarak eser ve özel olarak da inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ediminin zaman içinde hazırlanmasından dolayı, bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi kurduğu ileri sürülmüştür<sup>111</sup>. Bu görüşteki yazarlara göre, yüklenici eserin teslimi dışında, eserin oluşturulmasına yönelik belli bir aktivitede bulunmayı da borçlanmıştır. İş görme edimi olarak nitelenen bu edim, teslim borcunun yanında, asli edim yükümlülüğünü oluşturur.

Bu görüşün ülkemizdeki öncüsü olan **Serozan**'a göre<sup>112</sup>, eser sözleşmesinde bedel, sadece teslim için değil, işin yürütümü için de taahhüt edilmektedir. İşin yürütülmesine ilişkin fiillerin ifa değil, sadece ifaya hazırlık hareketi sayılması yerinde olmaz. Bu nedenle eser sözleşmelerinin daima sürekli borç ilişkisi doğuran bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir<sup>113</sup>.

Konuya arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından yaklaşan **Kartal**'a göre, bu sözleşmede tarafların edimleri, bütünlük arz eden bir sonucun ortaya çıkmasından önce, belli bir zaman süreci içinde ve kısımlar hâlinde ifa edilmektedir. Bu nedenle bu süreç, taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurar<sup>114</sup>. Yazara göre, gerek yüklenicinin inşaatı tamamlamasının bir süreci gerektirmesi, gerekse de arsa sahibinin, inşaat seviyesine göre yükleniciye arsa payı devretmesi, bu ilişkinin sürekli borç ilişkisi olduğunu ortaya koymaktadır.

<sup>111</sup> Bu görüşte: **Lemp**, s.88; **Tercier**, no:3286 ve 3418 [**Yavuz** (Özel Hükümler), s.452, dn.30c'den ve **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.63, dn.2'den naklen]; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.10 ve s.106; **Serozan** (Dönme), s.174; **Kartal**, s.25.

**Gautschi** (s.530, no:1a), eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürmesine rağmen, bu sözleşmedeki karşılıklılık ilişkisinin eserin meydana getirilmesi ile bedel arasında değil, eserin teslimiyle bedel arasında olduğu ileri sürerek, anı edimli borç ilişkisi görüşe yakın bir sonuca varmıştır (s.47, no:7a).

**Kaplan**'a göre (Ücret, s.121) inşaat sözleşmesinde yüklenicinin eseri oluşturmaya yönelik faaliyeti nedeniyle sürekli edimli, teslim bakımından ise ani edimli bir borç ilişkisi söz konusu olur.

**Karayalçın**, eser sözleşmelerinin tamamının sürekli borç ilişkisi doğurduğunu ileri sürmüştür. Yazara göre: "istisna akdi sürekli bir akitir. Sürekli akitde fesih geriye etkili olmaz." (Bak. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, Tartışmalar, s.107, 108).

<sup>112</sup> **Sezoran** (Dönme), s.173, 184. Aynı görüşte: **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.10, 11; **Lemp**, s.88.

<sup>113</sup> Ancak yazar, menfaatler durumunun gerektirdiği hâllerde, ani edimli borç ilişkilerine dair hükümlerin de uygulanabileceğini kabul etmek suretiyle görüşünü yumuşatmıştır. **Serozan** (Dönme), s.184.

<sup>114</sup> **Kartal**, s.25.

## b. Anî Edimli Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüş<sup>115</sup> gereğince eser sözleşmesinde yüklenicinin edim yükümlülüğü, bir bütün teşkil eden belli bir sonucun ortaya çıkarılması ve bunun teslimidir. Eser sözleşmesi bir sonuç sözleşmesi niteliği taşıdığı için ifa, bu sonucun gerçekleşmesiyle bir anda gerçekleşir<sup>116</sup>. Bu sonucun sağlanabilmesi için yüklenicinin yapması gereken faaliyetlerin belli bir zamanı gerektirmesi, bu sözleşmeye sürekli borç ilişkisi niteliği vermez. Yüklenicinin bütün faaliyetine rağmen sonucun sağlanamaması durumunda, ifanın gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Teslimden önceki aşama kural olarak bir önem taşımamaktadır. Bu nedenle eser sözleşmesi anî edimli bir sözleşme niteliği taşır. Bu görüşte, yüklenicinin eserin oluşturmak için giriştiği faaliyetin, sadece bir hazırlık faaliyeti niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür<sup>117</sup>.

Bu görüşteki **Gauch**'a göre yüklenicinin borcu, sonucun ortaya çıkarılıp gerekiyorsa teslimiyle ifa edilmiş olur, yoksa ifa zamanla gerçekleşiyor sayılamaz<sup>118</sup>. Burada ifanın gerçekleşmesinin zamanla doğrudan bir ilişkisi yoktur<sup>119</sup>.

Bu görüşte eser sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesinin aksine, vasıta sözleşmelerinden değil; sonuç sözleşmelerinden olduğu belirtilmiştir<sup>120</sup>.

**Seliçi**'ne göre<sup>121</sup> eser sözleşmesi temelde anî edimli olmakla birlikte, yüklenicinin edim sonucunu sağlamak için giriştiği edim fiili niteliğindeki davranışlarının Kanunda özel olarak düzenlenmiş olması, taraflar arasında kurulan sıkı güven ilişkisinden doğar. Yazara göre edim sonucunun gerçekleşmesi daima edim fiiline bağlı olduğundan, Kanunda sürekli borç ilişkilerine dair hükümler de dikkate alınmıştır.

<sup>115</sup> Bu görüşte: **von Tuhr/Peter**, s.49; **Erdin**, s.9, dn.32; **Rimle**,s.7, no:19; **Honegger**, s.67; **Gauch** (Werkvertrag), s.4, no:9; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.809; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.57, Art.363, no:161 vd; **De Feo**, s.169, no:405; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1956, no:14; **Fuchs** (Kooperationspflichten), s.153; **Molitor** (Kündigung), s.51, dn.6; **Ehrat**, s.156, dn.1; **Polydor-Werner**, s.10, 11; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.252; **Neuenschwander**, s.21; **Tandoğan** (ÖBl. C.II), s.70; **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.26; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.452, 508; **Eren** (Genel Hükümler), s.100; **Oğuzman/Öz**, s.9; **Öz** (Dönme), s.13; **Öz** (İnşaat), s.125; **Buz** (BK. m.369), s.258; **Aral**, s.326; **Şenocak**, s.7; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.49; **Ozanoğlu**, s.62; **Dirican**, s.5; **Selimoğlu**, s.686; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.61; **Kurşat**, s.753; **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.52.

<sup>116</sup> Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararı (BGE 98 II 299) için bak. **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.9.

<sup>117</sup> **von Tuhr/Peter**, s.49; **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.26; **Öz** (Dönme), s.9, 18; **Dirican**, s.6. **Yavuz** arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin anî edimli borç ilişkisi doğurduğunu belirttikten sonra, "ancak müteahhidin işi borçlanılmış edimin tümü dışında kalan bir hazırlayıcı faaliyetten ibaret görülemez" şeklindeki ifadesiyle, kanaatimce eser sözleşmesinin bu tipi için karma görüşe yakın bir sonuca varmıştır. (Özel Hükümler, s.508). Benzer görüşte: **Gürpınar**, s.19.

<sup>118</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.4, no:9.

<sup>119</sup> Bak. **Gauch** (Dauerverträgen), s.5; **Öz** (Dönme), s.13.

<sup>120</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.6, no:18; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.452, dn.30c.

<sup>121</sup> **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.26. Bu görüşte: **Öz** (Dönme), s.17.

Bu görüşün Türk Hukukundaki savunucularından **Öz'e** göre<sup>122</sup>, eser sözleşmeleri ani edimli olmakla birlikte, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince istisnaen sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmeleri de kurulabilir. Buna göre, tek bir eserin varlığının zaman içinde genişletildiği inşaat sözleşmelerinin sürekli borç niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Meselâ “*metre başına bedel tespit edilerek arazinin belli bir doğrultusunda müteahhidin duvar örmesi borcunu yükleyen bir eser sözleşmesi böyledir.*” Fakat yazara göre, borç ilişkisinin sona erdiği anda yüklenici tarafından yapılan inşaat kısmının, iş sahibinin ifa menfaatini sağlayamaması durumunda, ani edimli borç ilişkisinden bahsedilir. Meselâ yazara göre, iki yerleşim yerinin bir otoyolla bağlanmasının kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, yol tamamlanamazsa ifa hiç gerçekleşmemiş sayılır<sup>123</sup>. Fakat yüklenici yolun belli bir noktaya ulaşacağını taahhüt etmemişse veya taraflar yolun yapılan kısmının bedelinin ödeneceğini açık veya örtülü olarak kabul etmişlerse, sürekli borç ilişkisinin varlığı kabul edilebilir.

### c. Karma Görüş

Bu görüş Ülkemize özgü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin olarak ortaya atılmıştır<sup>124</sup>. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi temelde ani edimli olmakla birlikte, yüklenicinin ediminin zamana yayılmış olması nedeniyle, bu ilişkinin karma bir nitelik taşıdığı ve hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, sürekli borç ilişkilerine özgü ilkelerin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. Burada aslında ani edimli kabul edilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, sonucun tam olarak sağlanmasından önce (yüklenicinin temerrüdü nedeniyle) sona ermesi durumunda, yüklenicinin bazı menfaatlerinin korunması amaçlanmıştır.

Bu görüş bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararıyla da açıkça kabul edilmiştir<sup>125</sup>. Bu karara göre, “ ... iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de, istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliği yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da, istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiği görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurulu kararında da açıkça belirtildiği gibi, inşaat sözleşmeleri “geçici - sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır. ...”

<sup>122</sup> **Öz** (Dönme), s.22 vd. Bu görüşte: **Oğuzman/Öz**, s.9; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.50.

<sup>123</sup> Yazar bu durumda kısmî ifaya ilişkin hükümlerin uygulanabileceğini de kabul etmiştir. **Öz** (Dönme), s.22, dn.93.

<sup>124</sup> Karş. **Serozan** (Dönme), s.173 vd; **Erman** (İnşaat), s.8. Karş. **Eren** (İnşaat Sözleşmeleri), s.52; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.63; **Gürpınar**, s.19.

<sup>125</sup> 25.01.1984 tarih ve 1983/3 E, 1984/1 K. sayılı YİBK. (RG. 27.02.1984, S. 18325).

Hemen belirtelim ki bu görüşün, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin hukukî niteliğini açıklamaktan öte, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona ermesi durumunda, işin seviyesinin çok ilerlemiş olması hâlinde artık sürekli borç ilişkilerine özgü bir kavram olan feshin söz konusu olabileceğini ortaya koymak dışında esasa etkili bir hukukî sonucu bulunmamaktadır<sup>126</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu görüşün çok büyük bir kısmı tamamlanmış inşaat sözleşmesinin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesini önlemekten öte hukukî sonucu yoktur.

### 3. Görüşümüz

Kanaatimce yerinde olan hâkim görüş gereğince, anî edimli – sürekli borç ilişkisi ayırımında alacaklının ifaya olan menfaati dikkate alınmalıdır<sup>127</sup>. Alacaklının ifa menfaati zaman içinde sürekli olarak değil de, borçlunun tek bir hareketiyle bir anda gerçekleşiyorsa ani edimli borç ilişkisi söz konusu olur. Çünkü bu ayırmda borçlunun faaliyetlerinin dikkate alınması durumunda birçok ilişki sürekli borç ilişkisi sayılabilir. Zira borçlunun ifa için birçok durumda zamana yayılan bazı fiillerde bulunması gerekir. Meselâ satış sözleşmesinde satıcının malı piyasada arayarak, tedarik etmesi de belli bir zamana ihtiyaç gösterir. Fakat satıcının bu hareketlerinin ifa olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Bu hareketler ifaya hazırlık fiili<sup>128</sup> niteliği taşır.

Bu belirleme doğrultusunda önce eser sözleşmesi bakımından, ardından da inşaat sözleşmesi bakımından şu sonuçlara varılmıştır:

#### a. Eser Sözleşmesi Bakımından

Kanaatimce eser sözleşmesi kural olarak anî edimlidir. Yüklenici, borçlandığı edim sonucunu meydana getirmedikçe borcunu ifa etmiş sayılamaz<sup>129</sup>. Meselâ terziye

<sup>126</sup> Bu YİBK.nı yerinde gören yazarlar da örtülü olarak bu sonucu kabul etmektedirler. Karş. **Şenocak**, s.11; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.62.

<sup>127</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.18, no:57; **Öz** (Dönme), s.14; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.51, dn.9.

<sup>128</sup> Bu kavram için bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.29, no:113.

<sup>129</sup> Edim, borçlunun alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu bir menfaattir [**Eren** (Genel Hükümler), s.92]. Bu menfaatin borçlunun belli bir sonuç yönünde faaliyette bulunmasıyla mı, yoksa bu yöndeki faaliyetin sonunda istenen sonucun gerçekleşmesiyle mi yerine getirmiş sayılacağı, borç ilişkisinin niteliğine göre farklılaşır. Buna göre mesela vekâlet sözleşmesinde vekilin sonucu sağlamaya yönelik fiili başlı başına ifa anlamına gelir. Vekil, gerçekleşmesine çalışılan sonucu sağlayamasa bile, onun sonucu gerçekleştirme yönündeki davranışı edimin ifasıdır. Çünkü vekâlet sözleşmesinde vekil, sonucu sağlamayı değil, bu yönde faaliyette bulunmayı üstlenmiştir. Meselâ bir avukatın davayı kazanmak için faaliyette bulunmasına rağmen dava kaybedilmişse, ifanın yine de gerçekleştiği kabul edilir. Bu nedenle vekâlet sözleşmesinin "*vasıta sözleşmeler*" grubunda değerlendirildiği ifade edilmiştir [**Yavuz** (Özel Hükümler), s.452, dn.30c].

Edimin, sonucun sağlanmasından bağımsız olarak değerlendirildiği bu tür borç ilişkilerinde *edim fiilinin*, fakat edim fiilinin başlı başına hiçbir anlam ifade etmediği, ifanın sözleşmede belirtilen sonucun gerçekleşmesine bağlandığı borç ilişkilerinde ise *edim sonucunun* önem taşıdığı ifade edilmiştir. Buna göre meselâ bir satış sözleşmesinde satıcının, borçlandığı malı alıcıya teslim için elinden gelen her şeyi yapmış olmasına rağmen, mal alıcıya teslim edilememişse, borç ifa edilmemiş demektir. Burada ifa, edim fiiline değil, edim sonucuna bağlanmıştır. Bu sonucun gerçekleştirilmesine yönelik borçlu fiilleri ise, ifanın hazırlık fiili niteliği taşır ve Kanun tarafından özel bir sonuca bağlanmadığı sürece hukukî bir önem taşımaz. Karş. **Christodoulou**, s.135.

bir takım elbise siparişi verilmesine ilişkin bir eser sözleşmesinde, artık yüklenicinin borcunun anî edimli olduğundan şüphe edilmemesi gerekir. Çünkü burada alacaklı iş sahibinin ifaya olan menfaati, edim fiilinden çok edim sonucu, yani sözleşmede belirlenen tarihte takım elbisenin hazırlanarak teslimiyle bir anda gerçekleşir. Bu nedenle bu tip bir eser sözleşmesinin anî edimli olduğu ve ifadan önceki aşamada yüklenici terzi tarafından elbisenin hazırlanmasına yönelik olarak girilen bütün faaliyetlerin birer hazırlık faaliyetinden ibaret olduğu kabul edilmelidir.

Eser sözleşmesinin kural olarak anî edimli borç ilişkisi niteliğinde bulunmasına rağmen, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi kuracak biçimde yapılmasının da mümkün olduğu kabul edilmelidir<sup>130</sup>. Buna göre meselâ, bir fabrikanın işçilerine altı ayda bir iş elbisesi üretilmesi ve fabrika ile terzi arasında iki yıllık bir süre için fabrikanın ihtiyacı olan elbiselerin dikilerek altı ayda bir fabrikaya teslim edilmesinin kararlaştırıldığı bir borç ilişkisinde, artık sürekli bir borç ilişkisinin kurulduğu ileri sürülebilecektir<sup>131</sup>. Çünkü burada iş sahibinin ifaya olan menfaati, yüklenicinin altı ayda bir olarak elbise teslim etmesiyle zamana yayılmış olarak gerçekleşir<sup>132</sup>. Bu tip sürekli borç ilişkisi niteliğindeki eser sözleşmelerine, eser sözleşmelerine ilişkin hükümler niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanır. Bu tip sözleşmelerin sona ermesinde, sürekli borç ilişkilerine ilişkin özellikler dikkate alınır<sup>133</sup>.

## b. İnşaat Sözleşmesi Bakımından

İnceleme konumuzun dışında bıraktığımız, yükleniciye ait arsa üzerine bir taşınmaz inşasının ve daha sonra bu taşınmazın iş sahibi alıcıya teslim edileceği inşaat sözleşmesi türünde, inşaat sözleşmesinin anî edimli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu tip inşaat sözleşmesinde iş sahibinin ifaya olan menfaati, yapının tamamlanıp iş sahibine teslimiyle birlikte bir anda gerçekleşmektedir. Edim sonucu olan yapının tamamlanması ve iş sahibine tesliminden önceki yüklenici filleri, iş sahibi bakımından hazırlık fiili niteliği taşır. Yüklenicinin yapıyı oluşturmaya yönelik hareketleri, edim sonucu borcu yanında, sadece hazırlık hareketi olarak kalır. Edim sonucu gerçekleşmedikçe, sözleşmenin ifa edildiği kabul edilemez<sup>134</sup>.

<sup>130</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.95, no:322; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.11, no:15 ve özellikle s.57, no:161 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.50; **Öz** (Dönme), s.21.

<sup>131</sup> Benzer örnekler için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.95, no:322; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.57, no.161; **Molitor** (Kündigung), s.51, dn.6; **Öz** (Dönme), s.21.

<sup>132</sup> Benzer bir niteliğe sahip olan sürekli bakım sözleşmesi de (Der Instandhaltungsvertrag, Wartungsvertrag), sürekli borç doğuran bir eser sözleşmesi niteliği taşır. Meselâ, bir binanın asansörünün haftada bir kez bakımdan geçirilmesine ilişkin süreli veya süresiz sözleşme, sürekli borç ilişkisi doğurur. Bu yönde bak. **Gauch** (Bauverträge), s.7; **Gauch** (Werkvertrag), s.96, no:323.

<sup>133</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.11, no:15 ve s.58.

<sup>134</sup> **Gauch** (Dauerverträgen), s.6; **Christodoulou**, s.150, 151; **Öz** (Dönme), s.18.

Aynı şekilde iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlara ilişkin inşaat sözleşmesinde de ifanın gerçekleşmesinin belli bir zamanı gerektirmesi, onun sürekli borç ilişkisi niteliği taşıdığını göstermez. Bu sözleşmede zaman, sadece ifanın gerçekleşebilmesi için gereken bir dönemi ifade eder. Zaman burada, borçlanılan edimin kapsamına doğrudan bir etkide bulunmamaktadır<sup>135</sup>. Yoksa bu süre içinde borç zamanla orantılı olarak ifa ediliyor olamaz<sup>136</sup>. **Christodoulou**'nun da haklı olarak belirttiği gibi, eser (inşaat) sözleşmesinde, yüklenicinin edim fiili niteliğindeki, eserin (inşaatın) oluşturulmasına yönelik davranışları, teknik anlamda ifa sayılmaz<sup>137</sup>. Çünkü sürekli borç ilişkileri, kural olarak ifa ile değil zamanın dolmasıyla sona ererken<sup>138</sup>, inşaat sözleşmesinde borç ilişkisi, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp teslimi ve bedelin ödenmesiyle sona erer<sup>139</sup>.

Her ne kadar edim sonucu olan yapının tamamlanması ve iş sahibine tesliminden önceki yüklenici filleri, hazırlık fiili veya edim fiili sayılsa da burada ifanın zamanla bir ilişkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. İnşaatın kısım kısım teslim edilmesi hâlinde de aynı sonuç geçerlidir<sup>140</sup>. Aynı şekilde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın geldiği seviyeye göre yükleniciye bağımsız bölümleri satış yetkisinin verilmesi de bu ilişkiyi sürekli borç ilişkisi hâline getirmez<sup>141</sup>. Çünkü buradaki durum, teknik anlamda bir avans niteliği taşır. Bunun sonucu olarak da çalışmamızda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bedelin para olduğu ve YİĞŞ veya BİĞŞ'ne tabi inşaat sözleşmelerinde, her ayın sonunda, yapılan iş tutarında yükleniciye ödemedede bulunulması da avans niteliği taşır ve sözleşmeye sürekli borç ilişkisi vermez.

Eser sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümleri de hep bu ilke (ani edimli olma) dikkate alınarak düzenlenmiştir. Fakat sözleşmenin kurulması ile eserin tamamlanarak teslimi arasında çoğunlukla uzunca bir zaman geçtiği için<sup>142</sup>, yapının tamamlanmadan sözleşmenin sona erdiği durumlarda, Kanunkoyucu bazı özel düzenlemeler getirerek, yapılan kısmın bedelinin yükleniciye ifa edilmesi gerektiğini düzenlemiştir. Meselâ Borçlar Kanununun 371. maddesinde, yüklenicinin şahsı dikkate alınarak yapılan eser sözleşmelerinde yüklenicinin kusuru olmaksızın inşaatı

<sup>135</sup> **Gauch** (Dauerverträgen), s.8 ve özellikle s.11, dn.5; **Fuchs** (Kooperationspflichten), s.153; **Polydor-Werner**, s.10; **Öz** (Dönme), s.18.

<sup>136</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.4, no:9. Karş. **Seibert** (Erfüllung), s.5.

<sup>137</sup> **Christodoulou**, s.151.

<sup>138</sup> **Gauch** (Dauerverträgen), s.35; **Christodoulou**, s.21. Karş. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.37, no:6; **Polydor-Werner**, s.5; **Rimle**, s.8, no:21; **Schwenzer**, (OR AT), s.13.

<sup>139</sup> **Gauch** (Dauerverträgen), s.11, dn.5; Karş. **Seibert** (Erfüllung), s.4.

<sup>140</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.96, no:323.

<sup>141</sup> **Öz** (Dönme), s.18.

<sup>142</sup> Bu nedenle inşaat sözleşmeleri için uygulamada uzun süreli sözleşme (langfristige Verträge), hatta bu özelliği vurgulamak için karmaşık uzun süreli sözleşme (komplexe langfristige Verträge) terimi kullanılmaktadır. **Rimle**, s.9 vd. ve özellikle s.12, no:47.

tamamlama yeteneğini yitirmesi durumunda, iş sahibine bazı koşullar altında yapılan kısmın bedelini yükleniciye veya mirasçılara ifa etme yükümlülüğü getirilmesi bu anlayışın tipik bir yansımasıdır. Bu nedenle inşaat sözleşmesi de anî edimli bir sözleşme olarak kabul edilmeli, fakat Borçlar Kanununun bu ilkeyi yumuşatan düzenlemeleri de somut olayda dikkate alınmalıdır<sup>143</sup>.

İnşaat sözleşmelerinin ani edimli olması nedeniyle, konumuz olan yüklenicinin temerrüdünün sonuçları, bu ilke dikkate alınarak belirlenmelidir. Buna göre ani edimli olan inşaat sözleşmesinde teknik anlamda “*fesih*”ten bahsedilemeyeceği, sözleşmenin temerrüt nedeniyle sona ermesi durumunda, “*dönme*”nin söz konusu olacağı kabul edilmelidir. Fakat kanaatimce inşaat sözleşmesinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğunun kabul edilmesi, yapının tamamlanmasından önce sözleşmenin sona ermesi durumunda yarım inşaatın kısmî ifa olarak kabul edilemeyeceği, en azından kısmî ifaya ilişkin özelliklerin hiçbir zaman dikkate alınamayacağı sonucunu doğurmaz<sup>144</sup>. Bu nedenle kanaatimce inşaat sözleşmelerindeki hukukî sorun, aslında ani edimli – sürekli edimli borç ilişkisi ötesinde, edim sonucunun tam olarak sağlanamamış olmasına rağmen alacaklının kısmen de olsa tatmin edilmiş sayılıp sayılamayacağı noktasında toplanmaktadır<sup>145</sup>. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası veya aynı Kanunun 106 – 108. maddeleri gereğince sona erdirilmesi durumlarında, bu tarihe kadar gerçekleştirilen inşaa faaliyeti nedeniyle, kural olarak sadece kısmî dönmenin mi mümkün olabileceği sorunu önem taşımaktadır. Bu tip sözleşmelerde asıl sorun, yüklenicinin yaptığı işin değerini, arsa payı oranında talep edip edemeyeceğidir<sup>146</sup>. Bedelin para olduğu inşaat sözleşmelerinde ise bu sorunun büyük bir önemi yoktur. Çünkü bu tip sözleşmelerde yüklenici her halükârda yaptığı işin değerini (para olarak) talep edebilecektir.

<sup>143</sup> *Rimle*, s.12, no:36.

<sup>144</sup> Nitekim *Öz* de bu hususu vurgulamıştır. *Öz* (Dönme), s.22, dn.93.

<sup>145</sup> Konuyu bir örnekle açıklamaya çalışalım: Yüklenici ile iş sahibinin, her katta iki daire olmak üzere beş katlı bir binanın anahtar teslim olarak yapılması konusundaki anlaşmaları bir inşaat sözleşmesini ele alalım. Bu olayda, yüklenicinin sözleşmedeki teslim tarihine kadar sadece kaba inşaat kısmını tamamladığı, bunun ise bütün inşaat karşısında % 40’lik bir tamamlanma oranına tekabül ettiği bir durumda, iş sahibi gerekli yasal prosedüre uygun olarak sözleşmeden dönerse, yüklenicinin alması gereken toplam 10 adet bağımsız bölümden 4 tanesini talep edip edemeyeceği sorunun çözümünde önemli bir noktadır.

<sup>146</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin sürekli borç ilişkisi doğurduğu kabul edilecek olursa, inşaatı yarım bırakan yüklenicinin mutlaka yaptığı işin yüzdelik oranına göre arsa payı alabileceği sonucuna varılmalıdır. Meselâ inşaatın tamamlanması durumunda toplam 10 adet bağımsız bölüme hak kazanacak olan yüklenicinin, inşaat %10 seviyesinde iken temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme durumunda, 1 adet bağımsız bölümü alması gerekecektir. Fakat hemen belirtelim ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğinde gören yazarlar genellikle böyle bir sonucu kabul etmemektedirler. Fakat kanaatimce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi olduğunun kabul edilmesi hâlinde böyle bir sonuca varılması zorunludur. Aksi hâlde sürekli borç ilişkisi kavramına aykırı davranılmış olur.

Çalışmamızda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ani edimli borç ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmiş olmasına rağmen, istisnaen bazı durumlarda sözleşmeden dönme hâlinde yüklenicinin yaptığı işin değeri oranında arsa payının kendisine devrini talep edebileceği sonucuna varılmıştır. Bu konuda bak. aşa. § 11, II, B, 2. b.

İnşaat sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi kurduğunu kabul ettiğimizden, Borçlar Kanunu Tasarısının yasalaşmasından sonra da, vardığımız bütün sonuçlar aynı kalacaktır. Çünkü inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi kuran bir niteliği bulunmadığından, kanaatimce Tasarının 125. maddesinin<sup>147</sup> inşaat sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir.

## Ş 2. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM ve HUKUKÎ SONUÇLARI

### I. GENEL OLARAK TESLİM KAVRAMI

Yüklenicinin hâkimiyet alanında oluşturulan taşınır eserler için verilen bir tanıma göre teslim, tamamlanan eserin, iş sahibinin anlayabileceği bir ifa iradesiyle, iş sahibinin fiilî hâkimiyet alanına geçirilmesidir<sup>148</sup>. Buna göre teslimin unsurları, eserin zilyetliğinin iş sahibine devri, bu fiilî hâkimiyet intikalinin ifa iradesiyle gerçekleşmesi ve son olarak, iş sahibinin bu ifa iradesini anlayabilmesidir.

Yüklenicinin fiilî hâkimiyet alanında bulunan bir eserin, iş sahibinin fiilî hâkimiyet alanına geçirilmesi zilyetlik nakli suretiyle olur<sup>149</sup>. İş sahibi, zilyetlik naklini haklı bir sebep olmaksızın kabul etmiyor, diğer bir ifadeyle teslimi teklif edilen eseri teslim almaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınıyorsa, iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer.

İkinci olarak yüklenicinin ifa iradesiyle hareket etmesi gerekir<sup>150</sup>. Yüklenicinin ifa iradesi bulunmaksızın eserin, meselâ bir kaza sonucu iş sahibinin fiilî hâkimiyet alanına geçmesi, hukukî anlamda teslim sayılmaz.

Son olarak ise iş sahibinin, yüklenicinin ifa iradesinin farkında olması, yüklenicinin ifa iradesini anlaması gerekir<sup>151</sup>. Buna göre meselâ eserin, iş sahibinin bilgisi dışında, gizlice iş sahibinin fiilî hâkimiyet alanına sokulması durumunda teslim henüz gerçekleşmemiş sayılmalıdır. Böyle bir durumda teslim iş sahibinin, yüklenicinin ifa iradesini algılamak zorunda olduğu zamanda gerçekleşir.

<sup>147</sup> Bu hükme göre: “İfasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü hâlinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.”

<sup>148</sup> Bak. ve karşı. **Gauch** (Werkvertrag), s.25, no:87; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.22, no:60; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.99, no:312; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.29, no:60; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.111, no:245 vd; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.256; **Honsell** (OR BT), s.294; **Klauser**, s.16; **Stotz**, s.35; **Bögli**, s.108, no:186; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.72, 73; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.72; **Şenocak**, s.80; **Altış** (Eserin Telef Olması), s.80; **Öz** (Dönme), s.166; **Burcuoğlu**, s.287; **Ozanoglu**, s.63; **Dirican**, s.10; **Uçar** (Teslim), s.515.

<sup>149</sup> **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.111, no:245. Zilyetlik naklinin mümkün olmadığı eser sözleşmesi türleri için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.25, no:88 vd.

<sup>150</sup> **Bögli**, s.24, no:46; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73.

<sup>151</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.22, no:60; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.111, no:245; **Stotz**, s.35; **Bögli**, s.109, no:186.



Eserin ayıpsız olması veya tamamlanmamış (eksik) olması ise, çalışmamızda savunulduğu üzere, teslimin zorunlu unsurları değildir. Diğer bir ifadeyle, yukarıdaki üç koşulun gerçekleşmesi durumunda teslim derhâl ve kendiliğinden gerçekleşir. İş sahibinin herhangi bir irade beyanına gerek yoktur. Fakat iş sahibi kural olarak ayıplı veya henüz tamamlanmamış (eksik) bir eseri teslim almaktan kaçınabilir, teslimi reddedebilir. İş sahibinin ayıplı veya tamamlanmamış bir eseri ifa olarak teslim alması ise, her zaman mümkündür.

Teslim (Ablieferung), madalyonun yüklenici bakımından görünen yüzüdür. Bu madalyonun iş sahibi tarafından görünen yüzü ise tesellümdür (teslim alma, Annahme)<sup>152</sup>. Teslim (teslim etme) hukukî anlamdaki teslimin yüklenici açısından nitelenmesi iken, tesellüm (teslim alma) ise bunun iş sahibi açısından değerlendirilmesidir. Bu nedenle teslim ve tesellüm kavramları, eser sözleşmesini akdeden hangi kişi tarafından bakıldığına bağlı olarak değişen kavramlar olup, aynı hukukî olayın farklı bakış açılarından görünümüdür.

Kabul ise, teslim ve özellikle de tesellüm (teslim alma) kavramlarından tamamen farklı bir anlam taşır<sup>153</sup>. Kabul Borçlar Kanununun 362. maddesi gereğince, iş sahibinin eseri olduğu hâliyle benimsemesi sonucunu doğuran ve yükleniciyi eserin ayıplarına ilişkin sorumluluktan kurtaran bir etki yaratır. Bu nedenle kabul, zamansal olarak, eserin teslim ve tesellümünden sonra gerçekleşen bir irade beyanıdır. Kabul, iş sahibinin, teslim aldığı eserin ayıpsız olduğuna ilişkin yükleniciyi ayıptan sorumluluktan kurtaran açık veya örtülü bir beyanıdır<sup>154</sup>. Böylece kabulün, eserin teslim alınmasından sonra yapılabileceği ve teslim alınmanın, kabulün bir koşulu olduğu ortaya çıkmaktadır<sup>155</sup>.

Bu aşamada ortaya bir sorun çıkmaktadır. İş sahibi, ayıplı eseri teslim almak zorunda mıdır? İş sahibinin ayıplı eseri teslim almaktan kaçınması, onu alacaklı temerrüdüne düşürür mü?

<sup>152</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.28, no:97 vd; **Gauch** (Rücktritt des Bestellers), s.36; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.25, no:74; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.99, Art.363, no:313; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.110, no:243; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.256; **Trümpy** (SIA-Norm), s.51; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.104; **Lenzlinger-Gadient**, s.53; **Şenocak**, s.80, 81; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.35; **Ozanoğlu**, s.64; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.90; **Uçar** (Teslim), s.516.

<sup>153</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.29, no:99, 100 ve özellikle s.545, no:2070; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.108; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.88; **Erman** (İnşaat), s.31; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.94.

<sup>154</sup> Kabul konusunda bak. **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.108 vd.

<sup>155</sup> Aksi görüşteki **Dürr** (s.86) ve **Gautsch**'ye (s.278, no:13a) göre, tesellüm ve kabul kavramları aynı anlamı taşır.

Bu konuda doktrinde iki farklı eğilim görülmektedir. **Gauch**<sup>156</sup> tarafından savunulan bir görüş gereğince, iş sahibi ayıplı eseri ifa olarak teslim almak zorundadır. Yazara göre, eserin ayıplı olması teslimi engel değildir. Diğer bir ifadeyle yazar, eserdeki ayıbın çok büyük ve önemli olması durumunda bile, iş sahibinin bu ayıba dayanarak teslimi hiçbir zaman karşı koyamayacağını, eseri teslim almaktan kaçınamayacağını, bu durumda iş sahibinin tek olanağının ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurmak olduğunu ileri sürmüştür. Bu görüşün, yüklenicinin hâkimiyet alanında oluşturulan taşınır eser teslimine ilişkin eser sözleşmelerindeki somut sonucu, ayıplı eseri teslim almayan iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesidir.

Doktrinde **Koller**'in<sup>157</sup> öncülüğündeki kanaatimce yerinde olan diğer görüş gereğince ise, iş sahibi kural olarak ayıplı eseri teslim almak, yani eseri ifa olarak kabul etmek zorunda değildir<sup>158</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, borca uygun olmayan ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir. Çünkü eserin teslimiyle birlikte, iş sahibinin ifaya yönelik talebi, artık ayıptan sorumluluktan doğan haklara dönüşecek<sup>159</sup> ve iş sahibi kısa zamanaşımı süresi içinde, bazı şekli formaliteleri yerine getirmek zorunda kalarak bu hakkını kullanabilecektir<sup>160</sup>.

## II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM

### A. İnşaat Sözleşmesinde Teslimin Gerçekleşmesi

Yüklenicinin hâkimiyet alanında oluşturulan eserlerde teslim, zilyetliğin yükleniciden iş sahibine devreni gerektirirken, inşaat sözleşmelerinde buna olanak yoktur. Çünkü inşaatın yapıldığı arsa zaten iş sahibinin mülkiyetinde ve dolaylı zilyetliğindedir. İnşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borcunun konusu olan edim sonucu, zaten eserin oluşturulmasıyla birlikte doğrudan iş sahibinin fiilî hâkimiyetinde

<sup>156</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.31, no:106: “Die Mangelhaftigkeit des Werkes hindert die Ablieferung ... von Gesetz wegen nicht ... vermag auch eine Erklärung des Bestellers, das Werk sei mangelhaft, dessen ablieferung nicht zu verhindern.”

<sup>157</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.86, no:254 ve s.100, no:315; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.15, no:16; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.115, no:256; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.260; **Bögli**, s.155, no:264; **Lenzlinger-Gadient**, s.54; **Erman** (İnşaat), s.65; **Öz** (Dönme), s.103, dn.75 ve özellikle s.173; **Ergezen**, s.67.

Doktrinde ileri sürülen benzer bir görüşe göre eserin teslimi, her iki tarafın da katıldığı bir süreçtir. Bu nedenle eserin ifa amacıyla tesliminin teklif edilmesi ve kural olarak iş sahibinin bunu ifa olarak kabul etmesiyle teslim gerçekleşir [**Bögli**, s.163, no:275; **Şenocak**, s.82, 83. Alman hukukunda teslim bu biçimde anlaşılmaktadır. Alman hukuku için bak. **Frank** (Hafung), s.26; **Heiermann**, s.340]. Bu görüş ile kabul ettiğimiz görüş arasında pratik olarak çok büyük farklılıklar bulunmamaktadır.

<sup>158</sup> **Koç**, s.62 vd; **Üçer**, s.103 ve 108.

Alman Medenî Kanununun 640. maddesinin birinci fıkrasına göre: “İşin niteliği gereği fiilî teslim mümkün olduğu sürece, iş sahibi, akde uygun eseri teslim almakla yükümlüdür. Esaslı (önemli) olmayan ayıplar nedeniyle teslim almadan kaçınılamaz. İş sahibinin eseri teslim alma yükümlülüğü bulunan hâllerde, yüklenicinin belirleyeceği uygun süre içinde eserin teslim alınmaması da teslim sayılır.” Görüldüğü gibi Alman Medenî Kanununun bu hükmüne göre, iş sahibi (önemli) ayıpları bulunan bir eseri teslim almaktan kaçınılabilir. Kanaatimce aynı sonuca Türk Hukuku için de varılmalıdır.

<sup>159</sup> Yüklenicinin eserin ayıplarından sorumluluğu hakkında bak. **Egli** (Mängel), s.85 vd.

<sup>160</sup> **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.232; **Lenzlinger-Gadient**, s.64.

olacağı için, yukarıdaki gibi bir fiili hâkimiyet geçişinden veya zilyetlik devrinden bahsedilemez<sup>161</sup>.

İnşaat sözleşmesinde, yapının iş sahibinin hâkimiyet alanında inşa edilmesi nedeniyle hukukî anlamda teslim, yüklenici tarafından işin tamamlandığının ifa iradesiyle iş sahibine bildirilmesiyle gerçekleşir<sup>162</sup>. Taşınır eserlere ilişkin sözleşmelerdeki zilyetlik devri, yerini inşaat sözleşmesinde yüklenicinin bildirimine bırakmıştır<sup>163,164</sup>.

Bu bildirim etkili olabilmesi ve teslimin gerçekleşmesini sağlayabilmesi için, iş sahibine veya yetkili temsilcisine ulaşması gerekir. Teslim kural olarak en erken bu bildirim ulaşmasıyla gerçekleşir<sup>165</sup>. Ayrıca bu bildirim de yeterli değildir. Aynı zamanda yüklenicinin, arsa ve yapı üzerindeki fiilî hâkimiyetine son vermesi ve yapıyı iş sahibinin hâkimiyet kurabileceği bir biçime getirmiş olması da gerekir<sup>166</sup>. Buna göre inşaat tamamlanmış ve bildirim yapılmış olmakla birlikte, meselâ yüklenicinin iskele veya fazla malzeme ve araç gereci henüz yapıdan uzaklaştırmamış olması nedeniyle iş sahibi yapıyı fiilen kullanabilecek olanağa sahip olamıyorsa veya bildirim rağmen yapının anahtarları henüz iş sahibine verilmemişse hukukî anlamda teslim henüz gerçekleşmediği kabul edilmelidir. Bu nedenle, bu iki koşulun (bildirim ve yüklenicinin yapı ve arsa üzerindeki fiili hâkimiyetine son vermesi) birlikte gerçekleşmesiyle teslim tamamlanır<sup>167</sup>. Ancak **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği<sup>168</sup> gibi, önemsiz ve yapıdan

<sup>161</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:92; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.106, no:351; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.118, no:263; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.103; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Bögli**, s.21, no:41 ve s.110, no:190; **Şenocak**, s.85; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.86.

<sup>162</sup> Bu yönde: BGE 115 II 459. **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:92; **Gauch** (Fristen und Termine), s.7; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.99, no:312 ve s.106, no:351; **Zeltner**, s.65, no:164; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.121, no:274; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.258; **Gehrer** (Bauvertägen), s.109; **Trümpy** (SIA-Norm), s.55; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.105; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.89; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.525, no:17; **Koller Jo**, s.14; **Lenzlinger-Gadient**, s.54; **Bögli**, s.110, no:191; **Scherrer** (Nebenunternehmer), s.10, no:29; **Klauser**, s.71; **Şenocak**, s.85; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.84; **Erman** (İnşaat), s.29 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.35; **Öz** (Dönme), s.168; **Dirican**, s.10; **Uçar** (Teslim), s.518.

<sup>163</sup> **Bögli**, s.25, no:48; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.122 no:274; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.92.

<sup>164</sup> İnceleme konumuzun dışında kalan, yükleniciye ait arsa üzerine yapılan inşaatlarda ise teslim, kural olarak tescille birlikte gerçekleşir. **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.86; **Öz** (Dönme), s.168.

<sup>165</sup> Karşı görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.107, no:352. Yazara göre teslimin gerçekleşebilmesi için, bildirim iş sahibine yöneltilmesine gerek yoktur. Teslim, arsa üzerindeki yükleniciye ait fiili önleyici durumun ortadan kalktığı anda kendiliğinden gerçekleşir.

<sup>166</sup> Karş. **Gautschi**, s.46, no:5b; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.106, no:351; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.123, no:279; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.260; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.105; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Erman** (İnşaat), s.30; **Burcuoğlu**, s.288; **Dirican**, s.10. **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:93.

<sup>167</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.99, no:312; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Erman** (İnşaat), s.30; **Öz** (Dönme), s.168, 169; **Ozanoğlu**, s.64; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.109. Bazı durumlarda yüklenicinin, yapının kullanılabilmesi için iş sahibine kullanım kılavuzu gibi bir belge veya bir şifre vermesi gereken hâllerde, bu belge veya şifre verilmediği sürece teslim gerçekleşmiş sayılmaz. Daha çok taşınır eserleri konu alan eser sözleşmeleri için uygulama alanı bulabilecek bu durum, istisnaen inşaat sözleşmesinin bazı türlerinde de mümkün olabilir. Meselâ bir taşınmazın alarm tesisatı kurulması

yararlanmayı önlemeyen birkaç baraka veya alet/malzemenin arsada kalması, teslimde engel olarak görülmemelidir.

Yüklenicinin bu bildirimini açıkça veya örtülü biçimde yapılabileceği kabul edilmektedir<sup>169</sup>. Örtülü bildirim, işin tamamlanmasının ardından yüklenicinin arsa üzerindeki fiilî durumuna son verip arsadan ayrılmasıyla gerçekleşir. Bu durumda, teslimin yüklenicinin fiilî hâkimiyetine son verme anında gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>170</sup>.

Yüklenicinin inşaatın tamamlandığını açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirmemesi durumunda, inşaat fiilen tamamlanmış olsa bile, henüz ifa gerçekleşmemiş sayılır<sup>171</sup>. Buna göre yüklenici inşaatı tamamlamakla birlikte, inşaattan fiilen ayrılmamış veya bunu iş sahibine bildirmemişse, teslim borcunun muaccel olması ve diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla yüklenici temerrüde düşer.

Görüldüğü gibi, inşaatın teslimi için iş sahibinin bir katılımı (kabul iradesi) gerekmemektedir<sup>172</sup>. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde, haklı bir sebep olmamasına rağmen, iş sahibinin teslimi reddettiğini veya yapıyı ifa olarak kabul etmediğini açıklaması, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez<sup>173</sup>. Çünkü bu durumda teslim,

---

örneğin, alarmın şifrelerinin verilmemesi durumunda, işin tamamlanarak bildirimde bulunulması teslim olgusunun gerçekleşmesini sağlamaz. Bak. ve karşı. **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:94.

<sup>168</sup> **Öz** (Dönme), s.169.

<sup>169</sup> **Bögli**, s.26, no:49; **Zeltner**, s.66, no:164; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.122, no:275; **Erman** (İnşaat), s.30. İşin tamamlanmasının ardından faturanın iş sahibine gönderilmesi de, somut olayın koşulları gereğince örtülü bir bildirim olarak değerlendirilebilir. **Gauch** (Werkvertrag), s.28, no:96.

<sup>170</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:92; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Şenocak**, s.85. Yazarlara göre bu durumda teslim, fiilî terk anında gerçekleşir. Fakat kanaatimce yüklenicinin işi tamamladıktan sonra haber vermeksizin inşaat alanını terk etmesi durumunda teslimin, her zaman terk anında gerçekleştiğinin kabulü yerinde değildir. Bu durumda somut olayın koşulları ve dürüstlük kuralları, teslimin terk anı yerine, iş sahibinin bu durumdan haberdar olduğu anda gerçekleştiğinin kabulünü gerektiriyorsa, yüklenicinin inşaat alanını terk ettiğinin iş sahibi tarafından öğrenildiği anda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bildirim yapılmaksızın arsanın terk edilmesi durumunda, istisnaî olarak dürüstlük kuralları gereğince somut olayın koşullarından iş sahibinin terk durumunu daha geç öğrenmesinin, teslimin bu anda (öğrenme) yapılmış sayılmasını gerektirmesi durumunda, teslimin iş sahibince durumun öğrenildiği anda gerçekleştiği kabul edilmelidir [**Altaş** (Eserin Telef Olması), s.86. Karşı görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.107, Art.363, no:352]. Bunun sonucu olarak da, geç teslim nedeniyle işleyen cezaî şart, yüklenicinin işini tamamlayıp arsadan tamamen ayrıldığı ana kadar değil, iş sahibinin bu durumdan haberdar olduğu ana kadar işlemelidir. Teslimin terkle birlikte gerçekleştiği kabul edilirse, zaten temerrüde düşmüş olan ve cezaî şart ödeme yükümlülüğü bulunan bir yüklenici, teslim tarihi olarak kabul edilen terk anına kadar cezaî şarttan sorumlu olacak; fakat iş sahibinin meselâ başka bir şehirde yaşaması nedeniyle bu durumdan daha sonra haberdar olması hâlinde, iş sahibi yapıyı daha geç bir tarihte kullanmaya başlayabilecektir. Bu nedenle çalışmamızda, bu itirazımız saklı kalmak kaydıyla, teslimin terk anında gerçekleşeceği yönündeki hâkim görüş kabul edilmiştir.

<sup>171</sup> **Trümpy** (SIA-Norm), s.63.

<sup>172</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.103, no:336. BGE 115 II 456. Aksi görüşteki bazı yazarlara göre, iş sahibinin eseri ifa olarak kabul ettiğine ilişkin bir iradesi gerekir. Bu görüşte: **Pedrazzini**, s.524; **Bögli**, s.163, no:275.

<sup>173</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.398, no:761; **Zeltner**, s.66, no:165; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.128, no:292, 293; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.89; **Öz** (Dönme), s.105 ve s.169.

Aksi görüşte: **Bögli**, s.237, no:397; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37. Yazarlara göre iş sahibinin tamamlanmış bir inşaatı teslim almaması, onu temerrüde düşürür.

inşaatın tamamlandığının iş sahibine açık veya örtülü olarak bildirildiği anda gerçekleşmiş sayılır<sup>174</sup>. Fakat inşaatın teslimi için meselâ anahtarların iş sahibine teslimi gerekiyor ve iş sahibi bunu almaktan haklı sebep olmaksızın kaçınıyorsa, bu durumda hukukî anlamda teslim kanaatimce yüklenicinin anahtarları alacaklı temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun 91. maddesi gereğince tevdi etmesiyle gerçekleşir<sup>175</sup>. Bu durumda iş sahibinin bedel borcu ise kanaatimce doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, alacaklı temerrüdü anında muaccel olur. Fakat yüklenici Borçlar Kanununun 91. maddesi hükmüne göre tevdi hakkını kullanmadığı sürece, iş sahibi ödemezlik define başvurarak, bedeli ifadan kaçınabilir. Aynı şekilde inşaata ilişkin hasar riski, anahtarların tevdi ile değil; ondan önce, Borçlar Kanununun 368. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü gereğince, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte iş sahibine geçer. Aynı şekilde ayıptan sorumluluk zamanaşımı süresi ve bu kapsamda muayene ve ihbar süreleri, Borçlar Kanununun 91. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, anahtarların tevdi edilerek bunun iş sahibine bildirildiği anda işlemeye başlar<sup>176</sup>.

## B. İş Sahibinin İnşaatın Teslimini Reddetme Hakkı

### 1. Genel Olarak

Yüklenicinin hâkimiyet alanındaki eserlere ilişkin kabul olarak ettiğimiz iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınma hakkı, kanaatimce inşaat sözleşmelerinde de bulunmaktadır<sup>177</sup>. İnşaatın teslimiyle birlikte iş sahibi, borcun ifa edilmemesine ilişkin geniş kapsamlı ve daha yararına olan haklar sisteminden çıkıp, kullanılması sıkı koşullara bağlı olan ayıptan sorumluluk düzenine girecektir<sup>178</sup>. Zira eserin tesliminden sonra, iş sahibinin o ana kadar mevcut olan ifaya yönelik talep hakkı, teslimden sonra ayıptan doğan haklara dönüşecektir. Bu nedenle iş sahibi, ayıplı inşaatı teslim almaktan kaçınabilmeli, teslimi reddedebilmelidir. Bu durumda teslim

<sup>174</sup> Karş. **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.128, 292; **Tandoğan** (BATİDER, 1982/3), s.5.

<sup>175</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.630, no:115; **Koç**, s.219.

<sup>176</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.632, no:124.

<sup>177</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.100, no:315,s.104, no:344 vd ve özellikle s.112, no:370; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.24, no:69; **Koller** (Konventionalstrafe), s.56, no:194; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.15, no:16; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.122, no:276; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.260; **Öz** (Dönme), s.110, dn.120. Farklı bir gerekçeyle: **Bögli**, s.155, no:264 ve s.213, no:359; **Şenocak**, s.84, 86.

Alman hukukunda, teslim için iş sahibinin ifayı kabul iradesi arandığından, bu hukuk sisteminde de, iş sahibinin yapılmış olan inşaatı ifa olarak kabul etmediğini ileri sürme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir. Bak. **Frank** (Hafung), s.26. Avusturya Hukukundaki benzer durum için bak. **Bögli**, s.144, no:245 vd.

<sup>178</sup> Bak. **Bögli**, s.157, no:267; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.15, no:31 ve s.17, no:34; **Lenzlinger-Gadient**, s.65, 99; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.3, no:6. Fakat çalışmamızda, henüz tamamlanmamış bir eserin de hukukî anlamda teslim edilebileceği kabul edildiğinden, iş sahibinin bu eksikliğe yönelik ifa talebi, ayıptan doğan hakların yanında varlığını sürdürecektir. Bu konuda bak. aşa. § 2, II, D. 3.

gerçekleşmeyeceği için, iş sahibinin ifa etmemeye yönelik hakları aynen devam edecektir<sup>179</sup>.

Buna göre, inşaatın tesellümden kaçınmayı haklı gösterecek derecede ayıplı<sup>180</sup> olması hâlinde, yapının tamamlandığının yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmesi üzerine<sup>181</sup>, iş sahibi bunu ifa olarak kabul etmediğini işin niteliğine uygun kısa bir süre içinde bildirme hakkına sahip olmalıdır.

Bu görüşün bir sonucu, eseri teslim almaktan kaçınabilme hakkını kullanabilmesi için, iş sahibine eseri yüklenici nezdinde inceleme fırsatının verilmesi gereğidir<sup>182</sup>. Buna göre iş sahibi teslim alınması teklif edilen eseri teslim alıp almama konusunda karar verebilmek için öncelikle eseri yüklenici nezdinde inceleyebilmelidir. Bu incelemenin, ayıptan doğan hakların kullanılmasına ilişkin muayeneyle bir ilişkisi yoktur. Bu incelemeyle iş sahibi, eseri teslim alıp almamaya karar verirken, ayıptan doğan hakların kullanılmasındaki muayenenin böyle bir niteliği yoktur. Bu incelemenin ardından eseri teslim alırsa, artık eserdeki ayıplar nedeniyle ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilecektir.

Fakat bu inceleme sonunda, iş sahibinin eseri olduğu hâliyle ifa olarak teslim alma yükümlülüğünün<sup>183</sup> bulunmadığı, diğer bir ifadeyle teslimden kaçınma hakkının

<sup>179</sup> Aynı sonuç, yüklenicinin kendi hâkimiyet alanında oluşturduğu taşınır eseri iş sahibinin bilgisi olmaksızın onun hâkimiyet alanına bırakması durumunda da uygulanır. Diğer bir ifadeyle, iş sahibi bu durumda da eseri teslim almama iradesini ileri sürebilmelidir [Aksi görüşte: **Bögli**, s.156, dn.229]. Buna göre meselâ yüklenicinin hazırladığı bir bilgisayar programını disket içinde iş sahibine postalaması durumunda, iş sahibi eseri bu hâliyle ifa olarak kabul etmeme hakkı bulunan bir durumda, uygun bir süre içinde yükleniciye eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirebilir. Bu durumda hukukî anlamda teslim gerçekleşmemiş sayıldığı için, yine yukarıdaki gibi iş sahibi hiç ifa etmemeden doğan hakların sahibi olur. Bu bildirim, ayıp ihbarıyla veya ayıptan doğan hakların kullanılmasına bir ilişkisi yoktur. Fakat iş sahibinin iradesinin neye yönelik olduğu özel olarak incelenmelidir. Zira iş sahibinin iradesi eseri ifa olarak kabul etmemek ve genel hükümlere dayanan hakkını muhafaza etmeye yönelik olabileceği gibi, ayıptan doğan hakların kullanılmasına yönelik de olabilir. Kanaatimce iş sahibinin iradesinin açıkça tespit edilemediği durumlarda, normal durum olarak eserin teslim alındığı ve ayıptan doğan hakların kullanıldığı kabul edilmelidir.

Kanaatimce bu olayda iş sahibinin kendisine postalanan taşınır eseri ifa olarak kabul etmeme hakkının bulunmadığı bir durum (eserin tesellümden kaçınmayı haklı gösterecek derecede ayıplı olmadığı) söz konusuyla, onun eseri ifa olarak kabul etmediğini ileri sürmesi veya eseri yükleniciye iade etmesi, onu alacaklı temerrüdüne düşürmez. Çünkü bu durumda, eserin yüklenicinin hâkimiyet alanında bulunması durumundan farklı olarak, artık teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Teslim gerçekleştiği için, artık alacaklı temerrüdü de söz konusu olamayacaktır. Bu durumda iş sahibi hukuken teslim almış sayıldığı bu eserdeki ayıplar nedeniyle, sadece yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin haklarını kullanabilecektir.

<sup>180</sup> İnşaatın tamamlanmamış (eksik) olması hâlinde teslimi reddetme hakkı için bak. aşa. § 2, II, 2, C. 2.

<sup>181</sup> Aynı sonuç böyle bir bildirim olmaksızın yüklenicinin işi tamamlayıp taşınmazdan ayrılması durumunda da geçerlidir. Bu durumda iş sahibi, durumdan bilgi sahibi olduktan sonra kısa bir süre içinde bu hakkını kullanabilmelidir. Aksi hâlde hukukî anlamda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu sonunda durumda iş sahibi artık ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:370.

<sup>182</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.104, no:338; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.23, no:67; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.98, no:275; **Tschüscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.115, no:253; **Frank** (Hafung), s.26; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.115.

<sup>183</sup> Burada geçen “yükümlülük” terimi, teknik anlamda kullanılmamıştır. Bu terim, iş sahibinin eseri ifa olarak teslim almamasının, onu alacaklı temerrüdüne düşürecekleri durumları ifade etmek amacıyla tercih edilmiştir.

bulunduğu<sup>184</sup> durumlarda, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması, onu alacaklı temerrüdüne düşürmez<sup>185</sup>. Bunun aksine yüklenici bakımından borcun hiç ifa edilmemesi durumu söz konusu olur ve yüklenicinin Borçlar Kanununun özellikle 106 – 108. maddelerinde düzenlenen sorumluluğu gündeme gelebilir<sup>186</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, eserin tesliminden kaçınma hakkı bulunan hâllerde ifası (teslimi) teklif olunan taşınır eseri teslim almaktan kaçınarak yükleniciyi temerrüde düşürebilir. Bu durumda eser henüz teslim edilmiş sayılmaz ve bunun doğal sonucu ise bedelin muaccel olmaması ve ayıptan sorumluluk hükümleri henüz uygulama alanı bulamamasıdır<sup>187</sup>. Fakat iş sahibinin teslimden kaçınma hakkının bulunmadığı durumlarda, iş sahibinin (taşınır) eseri teslim almaktan kaçınması, onu alacaklı temerrüdüne düşürür<sup>188</sup>.

İnşaat sözleşmesinde ise iş sahibi bu inceleme külfetini, inşaatın tamamlandığının kendisine bildirilmesinden sonra uygun bir süre içinde gerçekleştirmelidir. Aksi hâlde, iş sahibinin sessiz kalması, teslimin reddedilmediği (teslimin gerçekleştiği) sonucunu doğurur.

Kanaatimce iş sahibinin yapıyı mevcut hâliyle ifa olarak kabul etmeme, teslimi reddetme hakkının bulunduğu durumlarda teslim, bildirim veya terk anında, iş sahibinin uygun süre içinde açıklayacağı “*ifa olarak kabul etmeme, teslimi reddetme*” bozucu koşuluna bağlı olarak gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle ifa ve dolayısıyla teslim, bu hâllerde de bildirim veya terk anında gerçekleşir. Fakat bu durum iş sahibinin iradesine tâbi bozucu koşula bağlı sonuçlar doğurur. İş sahibi süresi içinde ifa olarak kabul etmediğini bildirirse (bozucu koşul gerçekleşirse), teslim gerçekleşmemiş olur; bildirmezse, gerçekleşmiş olan teslim hüküm ve sonuçlarını sürdürür.

<sup>184</sup> Bu durumlar için bak. aşa.ş 2, II, B, 3.

<sup>185</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.104, no:339 ve s.109, no:363; **Öz** (Dönme), s.103.

<sup>186</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.7, no:15; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.15, no:16; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.112, no:247; **Bögli**, s.156, no:264; **Öz** (Dönme), s.103, dn.75.

<sup>187</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.15, no:17 ve özellikle s.99, no:276.

<sup>188</sup> **Bögli**, s.235, no:394; **Öz** (Dönme), s.103. Böyle bir durumda hukukî anlamda teslim, (taşınır eserlerde) ancak yüklenicinin eseri alacaklı temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun 91. maddesi gereğince tevdi etmesiyle gerçekleşir [**Gauch** (Werkvertrag), s.26, no:91; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.25, no:72; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.117, no:258; **Bögli**, s.236, no:396].

Bu durumda iş sahibinin bedel borcu kanaatimce doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, alacaklı temerrüdü anında muaccel olur [**von Tuhr/Escher**, s.49; **Bögli**, s.239, no:401]. Fakat yüklenici Borçlar Kanununun 91. maddesi hükmüne göre tevdi hakkını kullanmadığı sürece, iş sahibi ödemezlik def'ine başvurabilir [**Koller** (Nachbesserungsrecht), s.25, no:75].

Aynı şekilde eserin hasarı, tevdi ile değil, ondan önce, Borçlar Kanununun 368. maddesinin birinci fıkrasının açık hükmü gereğince, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte iş sahibine geçer [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.101, no:325; **Bögli**, s.240, no:403; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.86; **Altas** (Eserin Telef Olması), s.86].

Fakat ayıpların muayenesi ve bunların bildirilmesi külfeti ile ayıptan sorumluluğun zaman aşımı süresi, kanaatimce tevdi ile değil, bundan sonra, tevdiin iş sahibine bildirilmesiyle başlar. [Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.397, no:760; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.32, no:71); **Schulin** (Schuldnerrechte), s.87].

İş sahibinin eserin teslimini reddetmesinin, ayıptan doğan haklardan biri olan eserdeki ayıbın giderilmesiyle de hiçbir ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü bu hak, ancak inşaatın hukuken tesliminin gerçekleşmesinden sonra gündeme gelmektedir. Fakat kabul ettiğimiz durumda iş sahibinin iradesiyle teslim hiç gerçekleşmemektedir.

Ancak somut olayda iş sahibinin iradesinin ne yönelik olduğunun belirlenmesi her zaman kolay değildir. Zira iş sahibinin iradesi, inşaatı ifa olarak kabul etmemek ve genel hükümlere dayanan hakkını muhafaza etmeye yönelik (teslimin reddi) olabileceği gibi, ayıptan doğan hakların kullanılmasına da yönelik (ayıp ihbarı) olabilir. Kanaatimce iş sahibinin iradesinin açıkça tespit edilememesi hâlinde, normal durum olarak eserin teslim alındığı ve ayıptan doğan hakların kullanıldığı kabul edilmelidir<sup>189</sup>. Diğer bir ifadeyle, inşaatın tesliminin reddedildiği kanıtlanamadığı sürece, iş sahibi tarafından yapılan bildirim ayıp ihbarı olarak değerlendirilmesi ve iş sahibinin bu kapsamda ayıbın giderilmesi hakkını kullandığının kabulü yerinde olur<sup>190</sup>.

İş sahibinin ayıplı bir eseri teslim alması durumunda sahip olduğu seçimlik hakları düzenleyen Borçlar Kanununun 360. maddesinin birinci fıkrasında geçen, “*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...*” hükmünün, kabul ettiğimiz görüşte geçen “*teslim almama*”, “*teslimden kaçınma*” veya “*teslimin reddi*” ile bir ilişkisi yoktur<sup>191</sup>. Çünkü bu hüküm zaten eserin teslim alınmasından sonra uygulama alanı bulacaktır. Henüz teslim alınmamış bir eser hakkında bu hükmün uygulanması mümkün değildir. Ayrıca anılan hükümde geçen “*kabulden imtina*” etme ifadesinin, sözleşmeden dönme niteliğinde olduğu kabul edilmektedir<sup>192</sup>. Buna göre iş sahibince teslim alınan eserin, **Tandoğan**’ın ifadesiyle “*yaptırılmasındaki gayeye hiç yaramayacak veya bu gayenin gerçekleşmesine esaslı surette engel olacak derecede ayıplı olması*” durumunda iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir<sup>193</sup>. Görüldüğü gibi, savunduğumuz görüşteki teslimi reddetme iradesiyle, bu hükümdeki dönme hakkı tamamen farklı hukukî kurumlardır.

<sup>189</sup> Aksi görüşteki **Bögli**’ye (s.177, no:300) göre, böyle bir karinenin kabulü yerinde değildir. İş sahibinin hangi hakkını kullandığı somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir.

<sup>190</sup> Ayıbın giderilmesi borcu ve buna aykırı davranış hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Welser** (Nachbesserungsschuld), s.81 vd; **Şenocak**, s.172 vd.

<sup>191</sup> Bu konuda bak. ve karşı. **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.37, no:68 vd; **Bögli**, s.227. Fakat doktrinde, bu hüküm ile teslimi reddetme kavramlarının karıştırıldığı görülmektedir. **Dirican**, s.10, dn.23. Çünkü bu hükümde geçen teslimden kaçınma ifadesi, gerçekte dönme niteliği taşır. Bu nedenle burada artık temerrütten bahsedilmesi doğru değildir.

<sup>192</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.412, no:1488 ve özellikle s.422, no:1528 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.3, no:4; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.30, no:66, 67; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.41, no:75; **Bögli**, s.228, no:380; **Koller Stefan**, s.18 **Tandoğan** (ÖB. C.II), s.80; **Öz** (Dönme), s.102; **Burcuoğlu**, s.289; **Günel**, s.415.

<sup>193</sup> **Tandoğan** (ÖB. C.II), s.80.



## 2. Koşulları

Eseri teslimden kaçınma hakkın **ilk koşulu**, inşaatın ayıplı olmasıdır<sup>194</sup>. Fakat kanaatimce her türlü ayıp, teslimden kaçınma hakkı için yeterli değildir. İş sahibinin inşaatın teslimini reddedebilmesi için, inşaatteki ayıbın önemli olması gerekir<sup>195</sup>. Çünkü iş sahibinin önemsiz ayıpları gerekçe göstererek inşaatın teslimini reddetmesi veya taşınır eserlerde eseri teslim almaktan kaçınması, Medenî Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına aykırı olur. Buna göre iş sahibi, ancak teslimin reddedilmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmeyeceği hâllerde bu hakkını kullanabilir<sup>196</sup>. Bunun baştan tespiti mümkün olmamakla birlikte, kanaatimce somut olayın bütün özellikleri dikkate alınarak, yapılan işin hacmi karşısında ortaya çıkan ayıbın çok önemsiz kalması durumunda, iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmeme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Meselâ, inşa edilen yeni bir binadaki bir odanın kapı kolunun kırık olması veya bir camın çatlak olması bu kapsamda, yapıyı teslim almaktan kaçınmayı haklı kılmayan durumlara dâhildir<sup>197</sup>. Hangi durumlarda bu hakkın bulunduğu tespitinde, Borçlar Kanununun 360. maddesinin birinci fıkrasında geçen “*Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir*” hükmünden yararlanılması mümkün değildir. Çünkü anılan hükümde geçen dürüstlük kuralına uygunluk ölçütü, sözleşmeden dönme hakkının bulunmasında aranırken, incelediğimiz durumda ise sadece teslimden kaçınmada kullanılmaktadır. Buna göre iş sahibi anılan hükme göre sözleşmeden dönme hakkı bulunmayan durumlarda bile, dürüstlük kuralları gereğince inşaatın teslimini reddedebilecektir<sup>198</sup>.

İş sahibinin inşaatın ayıplı olması nedeniyle tesellümden kaçınabilmesinin, teslimi reddedebilmesinin **diğer bir koşulu** ise, yüklenicinin bu ayıptan sorumlu

<sup>194</sup> İnşaatın tamamlanmamış olması durumunda teslimin reddi için bak. aşa.ş 2, II, C, 2, a.

<sup>195</sup> Nitekim bu hususu düzenleyen Alman Medenî Kanununun 640. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre de iş sahibi, sadece esaslı ayıpları gerekçe göstererek eseri teslim almaktan kaçınabilir. Bu konuda bak. **Frank** (Hafung), s.27.

Yargıtay **15 HD. 30.11.1995, 4651/7067** sayılı kararında da benzer bir sonuca varılmıştır. Bak **Üçer**, s.109

<sup>196</sup> **Bögli**, s.234, no:392; **Öz** (Dönme), s.169, dn.74.

<sup>197</sup> **Bögli**, s.234, no:392; **Erman** (İnşaat), s.65. Açık olmamakla birlikte bu yönde: **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.115, no:256. **Koller** iş sahibinin sadece açık ayıplar nedeniyle eseri ifa olarak kabul etmeme hakkı bulunduğunu ileri sürmekte, fakat bu açık ayıbın niteliğinin, dürüstlük kuralı gereğince böyle bir davranışı haklı göstermesini aramamaktadır. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.25, no:71. Diğer bir ifadeyle yazar, çok küçük ve önemsiz ayıplarda bile iş sahibinin teslimden kaçınabileceğini örtülü olarak kabul etmektedir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.116, no:390]. Ayıp konusunda ayırım yapmaksızın bu hakkın bulunduğu yönünde: **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.10, no:20. Sadece önemli ayıplarda bu hakkın bulunduğu yönünde: **Trümpy** (SIA-Norm), s.52, dn.5.

Yargıtay kararlarında da teslimi engel olan ayıp – teslimi engel olmayan ayıp ayırımının yapıldığı görülmektedir. Bak. 15. HD. 31.01.1994, 1091/441 [**Erman** (İnşaat), s.49, dn.70].

<sup>198</sup> Aksi görüşte: **Günel**, s.415.

olmasıdır<sup>199</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın ayıplı olması, Borçlar Kanununun 361. maddesinde belirtildiği üzere, iş sahibine yüklenebilen sebeplerden kaynaklanmışsa, iş sahibinin teslimi reddetme hakkı bulunmaz.

### 3. Biçimi

İş sahibinin teslimi reddetme hakkının bulunduğu durumlarda, yüklenicinin inşaatı tamamlamasının ardından bunu açıkça iş sahibine bildirmesi veya böyle bir bildirimde bulunmaksızın inşaat alanından ayrılması durumunda, iş sahibi işin niteliğine uygun, kısa bir süre içinde inşaatı ifa olarak kabul etmediğini, teslimi reddettiğini yükleniciye açıklamazsa, inşaatı o hâliyle ifa olarak kabul etmiş sayılır<sup>200</sup>. Bu durumda iş sahibi inşaattaki ayıplar için ayıptan doğan haklarını kullanabilir. Fakat artık borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanını yitirir.

Inşaatı mevcut hâliyle ifa olarak kabul etmeme, teslimi reddetme hakkının bulunduğu durumlarda, iş sahibi eseri olduğu hâliyle ifa olarak kabul etme iradesini açıkça ortaya koyabileceği gibi, örtülü olarak da açıklayabilir<sup>201</sup>. Meselâ iş sahibinin teslim sırasında ödenmesi gereken bedeli kısmen de olsa ödemesi, ayıp ihbarında bulunması, ayıptan doğan haklarını kullanması veya ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin eseri kullanmaya başlaması, iş sahibinin eseri mevcut hâliyle ifa olarak kabul etmesi sonucunu doğurur<sup>202</sup>. Aynı şekilde iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmediğini işin niteliğine uygun ve kısa bir süre içinde açıklamaması yani sessiz kalması da, eserin ifa olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracaktır. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, işin niteliğine uygun ve kısa bir süre içinde, eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmezse, artık hukukî anlamda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bunun sonucu ise, yüklenicinin temerrüdü söz konusu olmayacak ve iş sahibi, artık sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabilecektir. Burada bir kez daha vurgulayalım ki, burada kullandığımız eserin ifa olarak kabul edilmesi ile yükleniciyi, eserin ayıplarına ilişkin sorumluluktan kurtaran kabul tamamen farklı kavramlardır.

Bunların dışında inşaatın **tamamlanmasının ardından** fakat bildirim yapılmamasından ve yüklenicinin inşaat alanını henüz terk etmesinden önce, iş sahibinin meselâ eve taşınıp oturmaya başlaması veya evi kiraya verme gibi bir faaliyete girişmesi durumunda, teslimin bu fiili durum ile o anda gerçekleştiği<sup>203</sup> kabul

<sup>199</sup> *Bögli*, s.234, no:391.

<sup>200</sup> *Bögli*, s.177, no:301 vd.

<sup>201</sup> *Bögli*, s.171, no:290.

<sup>202</sup> *Bögli*, s.176 vd; *Şenocak*, s.86, 87; *Gauch* (Werkvertrag), s.27, no:93.

<sup>203</sup> *Gauch* (Werkvertrag), s.27, no:93; *Tschütscher* (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.260; *Lenzlinger-Gadient*, s.55; *Trümpy* (SIA-Norm), s.72; *Bögli*, s.173, no:295; *Erman* (İnşaat), s.30; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37. Aynı sonuç, işin sadece bir kısmını yapan yüklenicinin işi tamamlaması, fakat buna ilişkin bildirimde bulunmasından önce, iş sahibinin bilgisi dâhilinde art yüklenicinin işe başlamasında da ortaya çıkmaktadır. Meselâ binanın sıvalarını tamamlayan sıvacının bildirimde bulunmasından önce, iş sahibinin bilgisi dâhilinde boyacı işe başlamışsa, (sıva işine dair)

edilmelidir<sup>204</sup>. Fakat bu durumda yapı teslimden kaçınmayı haklı gösterecek ölçüde ayıplı ise, iş sahibinin yapıyı bu haliyle ifa olarak kabul etmediğini ihtirazi kayıt olarak ileri sürerek yapıyı kullanmaya başlaması, teslimin gerçekleşmesini önler.

Teslimin bu biçimde reddedildiğini kanıtlama külfeti, iş sahibine düşer.

Teslimin reddi, iş sahibi tarafından yükleniciye yöneltilecek bir irade beyanıdır. Bu beyanda iş sahibi, inşaatın ayıplı olması nedeniyle, inşaatı bu hâliyle ifa olarak kabul etmediğini bildirmelidir.

### **C. Teslim İçin, Yüklenicinin Sözleşmedeki Bütün Yükümlülüklerini Yerine Getirmiş (Yapının Tamamlanmış, Eksiksiz) Olmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu**

#### **1. Eksiklik Kavramı**

Normal olan, yüklenicinin sözleşme gereğince üstlendiği bütün edimleri yerine getirmesi, inşaatı sözleşme ve plan, projesine uygun olarak tamamlamasıdır. İnşaatın teslimi de bundan sonra gelecektir. Bu nedenle inşaatın tamamlanmasıyla tesliminin, zaman bakımından birbirini takip eden süreçler olduğu belirtilmiştir<sup>205</sup>.

Yüklenici teslim iradesini iki biçimde ortaya koyabilir. İlki yüklenicinin işlerin tamamlandığını iş sahibine bildirerek arsadan ayrılması, ikincisi ise böyle bir bildirimde bulunmaksızın inşaat alanını terk etmesidir. Bunun sonucu olarak, yüklenicinin inşaat alanından ayrılmadığı ve çalışmaya devam ettiği bir dönemde teslim gerçekleşmez. İş sahibinin bu dönemde, meselâ daireye girerek onu kullanmaya başlaması, teslimin gerçekleştiğini ortaya koymaz.

Yapının eksik (tamamlanmamış) olması, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ilave işlerin bir kısmını hiç yapmamış olmasıdır<sup>206</sup>. Meselâ sözleşme gereğince yapılması gerektiği hâlde mutfak dolaplarının takılmaması; asansörün, çatının, seramiklerin, bazı kapı ve pencerelerin yapılmaması,

---

teslimin, bu anda gerçekleştiği kabul edilmelidir. **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.125, no:286, 287.

**Tschütscher**'e göre yapının tamamlandığı, fakat henüz yüklenici tarafından bildirim yapılmadığı dönemde, iş sahibinin yapıyı kullanmaya başlamasının teslim olarak nitelenemeyeceği istisnai bir durum, bu aşamada yüklenicinin henüz ifa niyetinde (ifa iradesinin) olmamasıdır. Yazara göre meselâ yapının ayıplı olması hâlinde yüklenicinin ayıplı eser teslim eden bir konuma düşmek istemediği hâllerde, yüklenicinin ifa niyeti olmaması nedeniyle teslim gerçekleşmez. Bu nedenle ifa ve dolayısıyla teslim, en erken yüklenicinin ifa/teslim iradesini ortaya koyması anında gerçekleşir. Bundan önceki aşamada teslim mümkün değildir. **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.124, no:284, 285; **Bögli**, s.175, no:297.

<sup>204</sup> Fakat iş sahibinin henüz tamamlanmamış binaya girerek fiilen yapıyı kullanmaya başlaması durumundaki teslim sorunu, önemi nedeniyle aşağıda ayrıca incelenecektir. Bak. aşa. § 2, II, C.

<sup>205</sup> **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73, 74.

<sup>206</sup> BGE 94 II 164. **Gauch** (Werkvertrag), s.29, no:101 vd; **Gauch** (Rücktritt des Bestellers), s.36, dn.4; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, no:33; **Bögli**, s.185, no:313 ve s.194, no:332; **Walter** (Mehrkosten), s.145, dn.74; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.104; **Erman** (İnşaat), s.29; **Öz** (İnşaat), s.130; **Ozanoğlu**, s.68.

parkelerin döşenmemesi, bazı muslukları monte edilmemesi veya sözleşmeyle üstlenmişse yapı kullanma izninin alınmaması inşaatın tamamlanmamış (işin bitmemiş) olduğunu gösterir.

Bazı durumlarda eksiklik ile ayıbı birbirinden ayırmak çok kolay değildir<sup>207</sup>. Meselâ asansörün bazı parçalarının takılmamış (eksik) olması durumunda, somut olayda eksiklik mi, yoksa ayıp mı bulunmaktadır? Bu sorunun cevabı, kuşkusuz eserin incelenmesiyle verilebilir. Fakat şunu belirtelim ki, asansörün motorunun takılmamış olması, artık ayıp değil eksiklik olarak nitelenirken; motorun içindeki bir parçanın takılmamış olması nedeniyle asansörün çalışmaması ise ayıp olarak nitelendirilmelidir.

**Gauch**'un bu ayırım hakkında verdiği kıstas, kanaatimce de kabul edilmelidir<sup>208</sup>. Yazara göre eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan, zarar vermeden mümkünse eksiklikten; fakat eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara müdahaleyi, onlara zarar vermeyi gerektiriyorsa ayıptan bahsedilmesi gerekir. Yazarın verdiği örnek de şöyledir: Bir duvarın boyanmamış olması kural olarak eksikliktir. Fakat bu duvar öncelikle astar boya ile boyanması gerektiği hâlde, bu boya yapılmadan üstü normal boya ile boyanmışsa, artık ayıptan bahsedilmesi gerekir<sup>209</sup>.

Eksik iş kavramı hakkında özel olarak üzerinde durulması gereken bir nokta, yüklenicinin yaptığı yapının, yüz ölçümü olarak taahhüt edilenden az olmasıdır. Yargıtay inşaat sözleşmesinde yüz ölçümü eksikliğini, kökleşmiş kararlarıyla ayıp değil, eksik ifa olarak değerlendirmekte ve bu durumda iş sahibinin Borçlar Kanununun 96. maddesi gereğince eksiklikten kaynaklanan zararının tazminini talep edebileceğini kabul etmektedir<sup>210</sup>. Yargıtay bu kararlarını daha çok ayıptan sorumluluğun sıkı koşullara ve kısa zamanaşımı sürelerine bağlanmış olmasına dayandırmaktadır. Fakat kanaatimce yüklenicinin yapmayı üstlendiği binanın, yüz ölçümü olarak küçük olması durumunda, artık eksiklik değil ayıp hükümleri uygulanmalıdır<sup>211</sup>. Bu konuda İsviçre

<sup>207</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.402, no:1446 vd; **Hager** (Werkmängel), s.36 vd; **Egli** (Mängel), s.86 vd. Böyle bir ayırma gerek olmadığı, bunların hepsinin ayıp olarak değerlendirilmesi gerektiği yönündeki görüş için bak. **Bögli**, s.196, no:335 ve özellikle s.205, no:350.

<sup>208</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.403, no:1449. Bu görüşte: **Stotz**, s.40, dn.168; **Uçar** (Teslim), s.532.

<sup>209</sup> Ayrıca ayıp kavramı hakkında ayrıca bak. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.9 vd. Yazar **Gauch**'un görüşünü kabul etmemektedir. Diğer bir ifadeyle bu yazara göre, bu tür durumlarda da eksiklik söz konusu olur. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.13, no:36; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.20, no:36 ve dn.39.

<sup>210</sup> Bu yönde: **YHGK. 27.09.2000, 15-1134/1191**: "... bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibarıyla noksan ifası, hukuki tanımı ile "ayıp" değil "eksik iş" dir." (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: **YHGK. 09.12.1992, 15-649/732**: "... yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılardan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK. nun değişik 126/son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabilirliği göz önünde tutularak..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>211</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.462, no:1713; **Stotz**, s.58; **Burcuoğlu**, s.285; **Akkanat** (Fazla İnşaat), s.75, dn.23 ve 24; **Öz** (İnşaat), s.131.

doktrininde **Tschütscher** tarafından verilen ve bir İsviçre Federal Mahkeme kararına<sup>212</sup> da konu olmuş bir olay, yüklenicinin yapması gereken olimpik yüzme havuzunun, sözleşmedeki ölçülerden küçük olmasıdır. Bu durumda Federal Mahkeme, havuzun ayıplı olduğunu kabul etmiştir.

## 2. Doktrindeki Görüşler

İnşaat sözleşmesinde teslimin (ifanın) gerçekleşmiş sayılabilmesi için yapının tamamlanmış olmasının, diğer bir ifadeyle sözleşmeye ve projeye göre bütün işlerin bitirilmiş olmasının gerekip gerekmediği, yüklenicinin temerrüdü konusunda cevaplandırılması gereken temel bir sorudur. Buna göre, meselâ yüklenicinin bazı işleri tamamlamadan inşaatı bırakıp gitmesi durumunda inşaatı teslim edilmiş sayılır mı? Aynı şekilde iş sahibinin, yüklenicinin çalışması devam ederken binayı kullanmaya başlaması durumunda teslim ne zaman gerçekleşir?

**Gauch** tarafından ileri sürülen, İsviçre ve Türk doktrininde baskın olan bir görüş gereğince, yapının teslim edilebilmesi için tamamlanmış olması, yüklenicinin sözleşmedeki bütün yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmiş olması gerekir<sup>213</sup>. Yüklenicinin bazı işleri eksik bırakmış olması durumunda teslim gerçekleşmez. İsviçre Federal Mahkemesi'nce de istikrarlı olarak kabul edilen bu görüş gereğince, henüz tamamlanmamış bir inşaat ne teslim edilebilir, ne de teslim alınabilir<sup>214</sup>.

**Gauch**'a göre<sup>215</sup> bu kuralın sadece dürüstlük kuralından doğan bazı istisnaları bulunmaktadır. Buna göre yazar, şu hallerde teslimin gerçekleşmediğinin **iş sahibince** ileri sürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu kabul etmektedir: İlk olarak eksikliğin çok önemsiz olması durumunda teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olabilir<sup>216</sup>. Meselâ yeni yapılmış bir binada tek bir elektrik prizinin eksik olması durumunda, iş sahibinin teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi, dürüstlük kurallarına uygun olmayacaktır. Yazarın kabul ettiği ikinci istisna ise, yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı tamamlamış gibi teslim etme iradesini ortaya koyması üzerine, açık veya örtülü olarak henüz tamamlanmamış inşaatı ifa

<sup>212</sup> BGE 93 II 324. **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.19, no:38. Bu karar için ayrıca bak. **Egli** (Mängel), s.87; **Burcuoğlu**, s.285, dn.3.

<sup>213</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.29, no:101 ve özellikle s.402, no:1447; **Gauch** (Fristen und Termine), s.7; **Lenzlinger-Gadient**, s.56; **Klauser**, s.17; **Trümpy** (SIA-Norm), s.54; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.104; **Henninger** (Bauverzögerung), s.240; **Stotz**, s.39; **Pedrazzini**, s.524, 529; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Erman** (İnşaat), s.29, 30; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.35, dn.73; **Ozanoğlu**, s.63; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.103.

<sup>214</sup> BGE 118 II 149, BGE 115 II 458. Bu yöndeki diğer kararlar için bak. **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.116. Fakat Federal Mahkeme bir kararında (BGE 94 II 165), yapının eksik olmasına rağmen teslimin mümkün olduğunu, iş sahibinin bu eksikliğin değeri oranında bedelde indirim hakkını kullanabileceği sonucuna vararak, örtülü olarak kabul etmiştir. Bak. **Bögli**, s.186, dn.354.

<sup>215</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.29, no:101 ve özellikle s.30, no:104; **Gauch** (Fristen und Termine), s.8.

<sup>216</sup> Bu görüşte: **Trümpy** (SIA-Norm), s.55; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.105; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.40; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.103; **Uçar** (Teslim), s.530.

olarak kabul ettiği yönünde yüklenici nezdinde korunmaya layık haklı bir güven oluşturmasının ardından iş sahibinin, teslimin eksiklikler nedeniyle henüz gerçekleşmediğini ileri sürmesidir<sup>217</sup>. Yazara göre, meselâ iş sahibinin uzun süre sessiz kalması veya ayıp ihbarında bulunması, taşınmazı kullanmaya başlaması gibi durumlarda artık, yüklenici nezdinde korunmaya layık bir güven oluştuğu kabul edilerek, teslimin gerçekleştiği sonucuna varılması gerekir.

Yazara göre, teslimin gerçekleşmediğinin **yüklenici tarafından** ileri sürülmesi de bazı durumlarda dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Meselâ yüklenicinin anlaşılabilir bir ifa iradesiyle inşaatı tamamlamış gibi teslim etme iradesini ortaya koymasının ardından, iş sahibinin eseri ifa olarak teslim aldığı açık veya örtülü olarak ortaya koyması, mesela ayıptan doğan haklarını kullanması üzerine, yüklenicinin eksiklikleri bahane ederek teslimin henüz gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı olur.

Öncülüğünü **Koller**'in yaptığı benzer bir görüşe göre ise, yüklenicinin üstlendiği işlerin bir kısmının yapılmamış olması durumunda, inşaatın hiçbir zaman hukukî anlamda teslim edilemeyeceğin kabul edilmesi, hakkaniyete açıkça aykırı bazı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir<sup>218</sup>. Meselâ iş sahibinin böyle bir yapıya taşınması ve yıllarca orada yaşamasına rağmen hukukî anlamda teslimin gerçekleşmemiş sayılması durumunda, hem bedel borcu muaccel olmayacak, hem de ayıptan doğan haklar için geçerli olan muayene ve ihbar sürelerine başlamayacaktır<sup>219</sup>. Bu nedenle somut olayın özellikleri gereğince eksikliğe rağmen hukukî anlamda teslimin gerçekleşeceği hâllerin bulunduğunun kabulü zorunludur. Kaldı ki, irade özgürlüğü ilke gereğince iş sahibi tamamen başka bir edimi bile ifa olarak kabul edebileceğine göre<sup>220</sup> göre, eksik bir inşaatın ifa olarak kabul edilemeyeceğinin ileri sürülmesi doğru olmayacaktır<sup>221</sup>.

Bu görüş gereğince, yüklenicinin inşaatın tamamlandığını açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirmesi üzerine, iş sahibi işin niteliğine uygun kısa bir süre içinde, henüz tamamlanmamış bu eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmezse, artık inşaatı bu hâliyle ifa olarak kabul etmiş sayılır<sup>222</sup>. Fakat inşaatın açıkça tamamlanmamış olması

<sup>217</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.30, no:104.

<sup>218</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.13, dn.44; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.96, no:298, s.100, no:315 ve özellikle s.109, no:363; **Koller** (Konventionalstrafe), s.56, dn.125; **Bögli**, s.312 vd; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.74; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.257; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.531, no:42. Yargıtay da bu görüştedir: Bak. **15. HD. 31.01.1994 1091/441**. Bu kararda Yüksek Mahkeme açıkça eksikliklerin niteliğine göre bir ayırım yapılması gerektiğini ve bazı eksikliklerin teslimine engel olmayacağına işaret etmiştir. [Bak. **Erman** (İnşaat), s.49, dn.70].

<sup>219</sup> **Bögli**, s.214, no:360.

<sup>220</sup> **Yalman**, s.500.

<sup>221</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.96, no:298.

<sup>222</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:370.

durumunda (bei offensichtlich unvollständigen Werken) ise buna bir istisna getirilmektedir<sup>223</sup>. Buna göre inşaatın açıkça tamamlanmamış olması hâlinde, yüklenicinin inşaatın tamamlandığına ilişkin açık veya örtülü bildirim, iş sahibine yönelik bir icap sayılır<sup>224</sup>. Bu durumda yüklenicinin, iş sahibine, sözleşmenin içeriğinde bir değişiklik önerdiği kabul edilmektedir. Bu nedenle söz konusu durumda iş sahibinin sessiz kalması, kural olarak kabul biçiminde yorumlanamayacaktır<sup>225</sup>. Fakat bu görüşte, inşaatın açıkça tamamlanmamış olmasının ne anlama geldiği açıklanmamaktadır.

Sonuç olarak bu görüşte, kural olarak iş sahibi uygun bir süre içinde, eseri ifa olarak kabul etmediğini ileri sürmezse teslim gerçekleşir. Fakat inşaatın açıkça tamamlanmamış olması durumunda, iş sahibinin sessiz kalması teslimi sağlamaz.

Görüldüğü gibi **Gauch** ve **Koller**'in görüşleri arasında pratik olarak sadece açıkça tamamlanmamış inşaatın teslim edilmesi noktasında bir fark bulunmaktadır. Teorik farklılık ise, tamamlanmamış inşaatın teslim edilmesi konusunda **Gauch**'un Medenî Kanununun 2. maddesini esas almasına rağmen, **Koller**'in teslimin iş sahibinin iradesiyle gerçekleşebileceğini kabul etmesine dayanmaktadır<sup>226</sup>.

### 3. Görüşümüz

Görüldüğü gibi doktrinde savulan her iki görüşün de haklı yanları bulunmakla birlikte, kanaatimce eksik tarafları da vardır. Bu nedenle her iki görüş arasında orta bir yolun kabul edilmesi yerinde olacaktır.

Buna göre ilk olarak belirtelim ki, tamamlanmamış bir inşaatın hiçbir zaman teslim edilemeyeceğinin, bunun sadece dürüstlük kuralından doğan bir iki istisnası bulunduğu kabul edilmesi yeterli değildir. Fakat buna karşın, iş sahibinin ek küçük bir eksikliğin bile gerekçe göstererek inşaatın teslimine engel olabilmesi de doğru gözükmemektedir. Bu nedenle henüz tamamlanmamış bir inşaatın teslim edilmesi konusunda aşağıdaki gibi ortalama bir sonuca varılması hakkaniyete uygun görülmüştür.

Çalışmamızda tamamlanmamış (eksik) bir inşaatın teslimi iki bölümde incelenmiştir.

<sup>223</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:372; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.30, no:62; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.531, no:42.

<sup>224</sup> **Gauch** (Werkvertrag, s.31, no:104) bu görüşün hayat deneyimlerine aykırı olduğunu belirtmektedir.

<sup>225</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:372; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.31, no:65.

<sup>226</sup> Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.100, no:315 ve 109, no:363 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.30, no:104. Nitekim Koller de, her iki görüş arasında önemli farklılıklar bulunmadığını kabul etmektedir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.110, no:364.

### a. Eksikliğin Önemi Bakımından

Bunlardan ilki eksik bırakılan işin, bütün iş karşısındaki oranına göre yapılan değerlemeyle ortaya çıkar<sup>227</sup>. Diğer bir ifadeyle, henüz tamamlanmamış, bazı kısımları eksik bırakılmış bulunan bir yapının teslim edilmesi konusunda, yapılmamış olan kısmın önemine ve eksikliğin toplam iş karşısındaki oranına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Buna göre, meselâ iş sahibinin inşaatı fiilen kullanmaya başlamış olması durumunda hukuki anlamda teslimin gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde, ilk olarak bakılması gereken, eksikliklerin önemidir. Bu yönde bir değerlendirme yapılmaksızın teslimin gerçekleşmediğinin ileri sürülmesi, hakkaniyete aykırı düşecektir<sup>228</sup>.

Çalışmamızda bu durum, eksikliklerin önem sırasına göre üç farklı kategoride değerlendirilerek incelenmiştir. Burada kabul ettiğimiz üçlü ayırmada, hangi tür eksikliğin hangi kategori içinde değerlendirilmesinin gerektiği konusunda somut ölçütler verilmesi mümkün değildir. Her somut olayın özelliğine ve dürüstlük kuralları ışığında yapılacak değerlendirmeye göre eksikliğin hangi kategori içinde değerlendirilmesi gerektiği belirlenmelidir. Fakat kanaatimce temel olarak şu esas kabul edilmelidir: Somut olayın özelliklerine, özellikle de işin hacmine ve eksik kalan işlerin niteliğine ve miktarına bakıldığında, inşaatı ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kuraları gereğince iş sahibinden beklendiği hâllerde söz konusu eksiklik birinci kategoriye dâhil olmalıdır. Yapının açık biçimde iş sahibinin beklentilerini karşılamadığı büyük ve önemli

<sup>227</sup> **Bögli**, s.178, no:304. Benzer bir değerlendirme Amerikan Hukukunda da yapılmaktadır. Buna göre inşaatın tesliminin gerçekleşmesi için inşaatın büyük ölçüde tamamlanmış olması gerekir (substantial completion, wesentliche Fertigstellung). İş sahibinin sözleşmeyle ortaya konulan kullanma amacına uygun olarak kullanıp oluşturulan yapıdan yararlanabiliyorsa, artık iş sahibinin inşaatın teslim edilmediğini ileri sürmesi bu hukuk sisteminde yerinde görülmemektedir. Bu konuda bak. **Frank**, s.110, 111.

Alman hukukunda da teslim böyle bir anlam taşır. Buna göre, eserin sözleşme amacına uygun olarak kullanımı mümkün olduğu andan itibaren, eserin tesliminin mümkün olduğu kabul edilmektedir. **Jakobs** (AcP. 1983), s.186.

Aynı şekilde FIDIC standart inşaat kurallarının 48. maddesinde de, teslim için inşaatın büyük bölümünün tamamlanmış olması yeterli görülmektedir. Bak. **Frank**, s.179.

Bazı Yargıtay kararlarında da aynı esas kabul edilmiştir. Buna göre Yüksek Mahkeme teslim için, "objektif ölçüler içinde amaca uygun olarak kullanılabilir olma" esasının varlığını aramaktadır. Bak. **15. HD. 13.11.1984, 1074/3475 [Erman** (İnşaat), s.29, dn.3]. Bu yönde: **15 HD, 28.01.1977, 2891/140** (YKD, 1978, s.978).

Fakat doktrinde bazı yazarlarca henüz tamamlanmamış bir yapının iş sahibince fiilen kullanılmaya başlanmasının tesellüm olarak değerlendirilmesi konusunda, iş sahibinin içinde bulunduğu subjektif duruma (zorunluluğa) bakılarak bir sonuca varıldığı da görülmektedir. Bak. ve karş. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), 37; **Öz** (Dönme), s.169; **Öz** (İnşaat), s.130; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.73; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.102; **Uçar** (Teslim), s.529.

Kanaatimce eksikliğin niteliği (inşaatın tamamlanma seviyesi) dikkate alınmaksızın, doğrudan ve sadece iş sahibinin içinde bulunduğu duruma göre bir sonuca varılması, çoğu olayda iş sahibinin aleyhine sonuç doğurur. Bu nedenle çalışmamızda, temel olarak inşaatın tamamlanma ölçüsü dikkate alınarak bir sonuca varılmıştır.

<sup>228</sup> Yargıtay bazı kararlarında, eksikliğin niteliğine, önemine göre bir ayırım yapmaksızın, iş sahibi fiilen inşaatı kullanmaya başlasa bile, inşaatın tamamlanmamış olması nedeniyle hukuki anlamda teslimin gerçekleşmediğine hükmetmiştir. Bu yönde: **TD. 28.11.1972, 4734/5034** (İBD, 1973, s.1305).



eksiklikler ise ikinci kategori içinde değerlendirilmelidir. Bu iki durum arasında kalan diğer hâller ise üçüncü kategori içinde değerlendirilmelidir.

#### aa. Önemsiz ve Küçük Eksikliklerde

**Birinci kategorideki eksiklikler (teslime engel olmayan önemsiz eksiklikler)**, hiçbir zaman teslime engel olamaz. Bu tür eksikliğe rağmen yüklenicinin teslim iradesi tek başına teslim için yeterlidir. İş sahibinin bu tür eksiliği bulunan yapıyı ifa olarak teslim almama iradesinin hiçbir önemi bulunmaz.

Doktrinde **Gauch**'un da ifade ettiği gibi, bu durum, yapının tamamına oranla sadece çok küçük bir kısmının eksik olmasıdır<sup>229</sup>. Buna göre yüklenicinin ifa ve teslim iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koymasının ardından, somut olayın özelliklerine, özellikle de işin hacmine ve eksik kalan işlerin niteliğine ve miktarına bakıldığında, inşaatı ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kuraları gereğince iş sahibinden beklendiği hâllerde, artık ifanın ve dolayısıyla teslimin bildirimle gerçekleştiği kabul edilmelidir. Eksik bırakılan iş, tamamlanan işe oranla çok küçük bir değer ve önem taşıyorsa, artık iş sahibinin, bunu ifa (teslim) olarak kabul etmeme (reddetme) hakkı yoktur. Diğer bir ifadeyle bu durumda iş sahibinin teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecektir<sup>230</sup>. Meselâ yeni yapılan bir okul inşaatında, sadece bir iki adet musluğa takılmamış olması veya bir deponun bir duvarının boyasının yapılmamış olması durumunda, artık iş sahibinin teslim almaktan kaçınamayacağı, diğer bir ifadeyle, bu durumda yüklenicinin bildiriyle, iş sahibinin tesellüm iradesine bağlı olunmaksızın teslimin gerçekleştiği kabul edilmektedir<sup>231</sup>. Bu nedenle bu tür durumlarda ifanın ve teslimin gerçekleşmiş sayılması için iş sahibi eseri bu hâliyle ifa olarak teslim aldığı yönünde, yüklenici nezdinde bir güven oluşturması<sup>232</sup> gerekmez<sup>233</sup>.

<sup>229</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.30, 31, no:103, 104. Bu görüşte: **Bögli**, s.179, dn.325; **Erman** (İnşaat), s.30.

<sup>230</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.105, no:46; **Gauch** (Werkvertrag), s.30, 104; **Koller Jo**, s.14. İş sahibinin bu hâllerde bile inşaatı ifa olarak kabul etmeme hakkı bulunduğu görüşünde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.116, no:390; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.113, no:248.

<sup>231</sup> **Frank**'ın Amerikan Hukuku için ifade ettiğine göre, teslimin gerçekleşmesi için sadece inşaatın yüzdelik gerçekleşme oranı her zaman yeterli değildir. Çünkü somut olayın koşullarına göre, işin %85'inin tamamlanması, bazen iş sahibinin teslimden kaçınması için yeterli olmayabilirken, bazı olaylarda sadece %1'lik bir eksiklik bile teslimi kabul etmemek için haklı sebep niteliği taşıyabilir. Bu nedenle söz konusu değerlendirme yapılırken, somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması ve iş sahibinin yapıdan bu hâliyle yararlanma olanağının değerlendirilmesi yoluyla, eksikliğin bütün yapı içindeki önemine göre bir sonuca varılması önerilmektedir. **Frank**, s.111.

<sup>232</sup> Meselâ iş sahibinin ayıpları ihbar etmesi, sessiz kalarak yapıyı kullanması veya bedeli ödemesi, tesellüm iradesinin varlığına işarettir.

<sup>233</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.30, no:104.

Nitekim Yargıtay da bir kararında bu noktayı gayet isabetli biçimde vurgulamıştır. **13. HD. E. 1999/8766, K. 2000/497**: " ... cüzi nitelikte oldukları ve kısa bir süre içerisinde tamamlanabilecekleri anlaşılan bu eksikliklerin davacı tarafından tamamlanmayıp, yüksek miktardaki ceza bedelinin olabildiğince uzun bir süre için ödenmesini sağlamak amacıyla beklenilmiş olması, Medenî Kanununun 2. Maddesindeki objektif iyiniyet kurallarıyla da bağdaşmaz..." (www.kazanci.com.tr).

## bb. Önemli ve Büyük Eksikliklerde

**İkinci kategorideki eksikliklerde (teslimin mümkün olmadığı önemli eksiklikler)** yapının teslimi artık mümkün değildir. Yapıdaki eksikliğin önemi nedeniyle artık yüklenicinin ifa iradesinin bulunmadığı varsayılmaktadır<sup>234</sup>. Eksik bırakılan iş niteliği gereği, yapının tamamına oranla çok önemsiz olarak değerlendirilemiyorsa, diğer bir ifadeyle somut olayın özelliklerine, özellikle de işin hacmine ve eksik kalan işlerin niteliğine ve miktarına bakıldığında, inşaatı ifa olarak kabul etmesinin dürüstlük kuraları gereğince iş sahibinden beklenemediği hâllerde artık teslimin gerçekleşmeyeceği kabul edilmelidir. Bu durumda kanaatimce iş sahibinin yapının oluşturulmuş kısmını kullanmaya başlaması da, tesellüm iradesi yerine geçmemelidir<sup>235</sup>. Buna göre yüklenicinin meselâ anahtar teslim biçiminde yapmayı üstlendiği ettiği bir evin sıvalarının yapılmaması veya kapı ve pencerelerinin takılmaması olması durumunda, iş sahibinin yapıyı bu hâliyle kullanmaya başlaması bile teslim anlamına gelmez. Bu durumda artık iş sahibinin sessiz kalması veya yapıya girerek onu tamamlamaya çalışması durumunda bile teslimin gerçekleştiği kabul edilemeyecektir<sup>236</sup>.

Kanaatimce bu tür eksiklikleri bulunan yapılarda teslim, yüklenicinin bıraktığı eksik işlerin, iş sahibince tamamlanması anında gerçekleşmiş sayılmalıdır. Meselâ anahtar teslim biçiminde tamamlanması gereken bir yapının, sıvalarının yapılmadan inşaatın terk edilmesi durumunda, teslim ve ifa, kanaatimce bu eksikliklerin iş sahibince tamamlatıldığı tarihte gerçekleşmiş sayılmalıdır.

## cc. Orta Derecede Önemli Eksikliklerde

**Üçüncü ve son kategorideki eksikliklerde (teslimin iş sahibinin tesellüm iradesine bağlı olarak gerçekleşeceği eksiklikler)** ise, yüklenicinin teslim iradesinin ardından, iş sahibinin örtülü de olsa bir tesellüm iradesinin varlığı, diğer bir ifadeyle iş sahibinin teslimi reddetmediği, inşaatı bu hâliyle ifa olarak kabul ettiği yönündeki iradesini açık veya örtülü olarak açıklaması aranır. Bu tür eksikliklerde yüklenicinin, bildirimde bulunmak veya yapıyı terk etmek suretiyle ortaya koyduğu ifa ve teslim

<sup>234</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.23, no:65; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:372; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.113, no:248; s.115, no:255; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.531, no:42; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.257; **Bögli**, s.179, no:304. Yazarlara göre eserin açıkça tamamlanmamış olması durumunda, artık yüklenicinin ifa niyetinin bulunmadığı kabul edilmelidir. Kanaatimce yazarların bu ifadesi, çalışmamızda ileri sürdüğümüz üçlü tasnifte, ikinci kategoriye girmektedir. Diğer bir ifadeyle yazarların bu görüşü tarafımızdan da kabul edilmiştir.

<sup>235</sup> Bu yönde: **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.24, no:70; **Bögli**, s.179, no:304; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.260. Karş. **Pedrazzini**, s.524.

**Öz** ise, eksikliğin niteliğine göre bir ayırım yapmaksızın, iş sahibinin henüz tamamlanmamış bir eseri kullanmaya başlamasını kural olarak tesellüm olarak kabul etmektedir. Yazara göre iş sahibi içinde bulunduğu zorunluluklar nedeniyle inşaatı kullanmaya başlamışsa, tesellüm gerçekleşmez. **Öz** (Dönme), s.169. Bu yönde: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.37.

<sup>236</sup> Karş. BGE 94 II 164, bu karar için ayrıca bak. **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.117.

iradesi karşısında, ifanın **gerçekleşmemiş sayılması** için iş sahibinin uygun bir süre içinde<sup>237</sup> yapıyı bu hâliyle ifa olarak **kabul etmeme iradesini** (bozucu şart, ihtirazi kayıt<sup>238</sup>) ortaya koyması gerekir<sup>239</sup>. Aksi hâlde yüklenicinin, inşaatın bu hâliyle teslim alındığına yönelik haklı güveni korunur. Daha açık bir ifadeyle yüklenicinin iş sahibine, inşaatı tamamladığını açıkça bildirmesi hâlinde, bu tarihten; böyle bir bildirimde bulunmaksızın arsayı terk edip gitmesi durumunda ise, durumun iş sahibi tarafından öğrenildiği tarihten itibaren iş sahibi inşaatı bu eksik hâliyle ifa olarak kabul etmediğini bildirmezse, artık teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>240</sup>. İş sahibinin teslim sırasında açıkça görülen eksikliklere sessiz kalması, yüklenicinin inşaat alanından ayrılmasına itiraz etmemesi veya ayıp ihbarında bulunması, konuta yerleşmesi, konutu kiraya vermesi veya kısmen de olsa bedeli ödemesi hâlinde artık teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>241</sup>. Diğer bir ifadeyle bu durumda artık iş sahibinin inşaatı ifa olarak kabul ettiği ortaya çıkmaktadır. Fakat iş sahibi meselâ bu tip eksiklik bulunan bir olayda, inşaatı bu eksik hâliyle ifa olarak kabul etmediğini açıkça bildirmek suretiyle yapıyı kullanmaya başlarsa, kanaatimce iş sahibinin bu ihtirazî kaydı hukukî anlamda teslimde engel olmalıdır<sup>242</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi teslimi açıkça reddettikten sonra yapıyı kullanmaya başlaması, kural olarak onun teslimi kabul ettiği anlamına gelmez.

Yüklenicinin bu tür eksikliği bulunan bir yapıyı teslim etme iradesini açık veya örtülü olarak ortaya koyması durumunda, iş sahibi yapının henüz tamamlanmadığını ileri sürerek ifayı kabul etmediğini, diğer bir ifadeyle tesellüm iradesinin bulunmadığını ileri sürerse, artık teslim gerçekleşmiş sayılmaz ve iş sahibi ifa etmemeden doğan haklarını kullanmaya devam edebilir<sup>243</sup>. Diğer bir ifadeyle diğer koşulların da bulunması kaydıyla, yüklenicinin temerrüdü ortaya çıkar.

Bu kategorideki eksiklikler önemi itibariyle, teslimde engel olmayan birinci kategorideki önemsiz eksiklikler ile teslimin mümkün olmadığı ikinci kategorideki önemli eksiklikler arasında yer alır. Meselâ yapının mutfak dolaplarının takılmamış olması veya bir odanın boyasının yapılmamış olması kanaatimce bu kategori içinde

<sup>237</sup> Bu süre için bak. **Yılmaz**, s.50.

<sup>238</sup> **Yılmaz**, s.42.

<sup>239</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.30, no:104; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.23, no:64; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.114, no:252, s.127, no:290; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.531, no:42; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.71, no:2507; **Koller Jo**, s.13; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.83, 86.

<sup>240</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.112, no:370; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, 34; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.87. Karş. **Walter** (Mehrkosten), s.145; **Yılmaz**, s.46.

<sup>241</sup> Bu durumda teslimin gerçekleşmediğini ispat yükü, bundan lehine haklar çıkaran iş sahibine aittir. **Erman** (İnşaat), s.30.

<sup>242</sup> Karş. **Lenzlinger-Gadient**, s.56; **Erman** (İnşaat), s.68. Örtülü olarak bu yönde: **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.87.

<sup>243</sup> Bunun doğal sonucu olarak da bedel borcu muaccel olmaz ve iş sahibinin ayıptan doğan haklarının zamanaşımı süresi başlamaz. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.7, no:16; s.102, no:307; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.115, dn:447; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.257.

değerlendirilebilir. İş sahibi bu tür eksikliği bulunan bir yapıyı kullanmaya başlarsa, artık bu davranışla teslim konusunda yüklenici nezdinde korunmaya değer bir güvenin oluştuğu kabul edilmelidir<sup>244</sup>.

Kanaatimce yapı kullanma iznini alma yükümlülüğünün sözleşmeyle yükleniciye yüklenmesi durumunda, inşaat fizîken **tamamlanmış** olsa da, bu iznin alınmamış olması bu (üçüncü) kategorideki eksikliklere örnektir. Böyle bir olayda yapı kullanma izni alınmadığı sürece yapı hukuken tamamlanmış sayılmaz<sup>245</sup>. İş sahibinin, yapı kullanma izni alınmamış bir yapıyı ifa olarak kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır<sup>246</sup>. Fakat bu durumda iş sahibinin, meselâ yapıya taşınması gibi bir davranışıyla yapıyı ifa olarak kabul ettiğini ortaya koyması durumunda, artık teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>247</sup>. Bu durumda iş sahibi sadece<sup>248</sup> öncelikle yapı

<sup>244</sup> **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.127, no:290.

<sup>245</sup> **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.74; **Erman** (İnşaat), s.31, s.66 ve s.87; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.41. 3194 sayılı İmar Kanununun (RG. 09.05.1985, S.18749) "Yapı Kullanma İzni" kenar başlıklı 30. maddesine göre: "Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilikten ... izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir. – Belediyeler, valilikler mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır.– Bu maddeye göre verilen izin yapı sahibini kanuna, ruhsat ve eklerine riayetsizlikten doğacak mesuliyetten kurtarmayacağı gibi her türlü vergi, resim ve harç ödeme mükellefiyetinden de kurtarmaz." Aynı Kanunun "Kullanma İzni Alınmamış Yapılar" kenar başlıklı 31. maddesine göre ise: "İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınıncaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir."

İzmir Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinin 74. maddesine göre "Tasdikli projesine göre bina tamamen bittiği takdirde tamamına, kısmen tamamlanmış binalarda ise tamamlanan kısımlarına kullanma izni verilebilmesi için bu kısımların ihtiyaçlarını karşılayacak kömürlük, kapıcı dairesi, sığınak, kalorifer dairesi gibi ortak mahallerin inşa edilerek tamamlanmış olması ve binada gerekli emniyet tedbirlerinin alınması zorunludur. – Devam etmekte olan yapılarda, biten bağımsız bölüme kısmi yapı kullanma izni verilebilmesi için kolon filizlerinin dış cephede görülmeyecek şekilde kiremit çatı örtüsü veya parapet duvarı yapılmak suretiyle gizlenmesi ve emniyete alınması şarttır. – Yapı kullanma izni verilebilmesi için, yapının aplikasyon, temel, su basman, ısı yalıtım ve kaba inşaat vizelerinin yapılmış olması zorunludur. – İlgili belediyesince, yapı kullanma izni verilebilmesi için yapı sahibi tarafından aşağıda sayılan belgeler eklenerek başvuruda bulunulur. – a) Proje müelliflerinin ve yapı denetim kuruluşunun, yapının onaylı projelerine, fen ve sağlık kurallarına ve TSE Standartlarına uygun malzeme kullanılarak bittirildiğini ve Yapı Kullanma İzni almasında sakınca olmadığını gösteren İş Bitirme Belgeleri, – b) İlgili vergi dairesinden ilişik kesme yazısı – c) İz-su Kanal Bağlantı Belgesi – d) (Büyükşehir Belediye Meclisinin 09.12.2003 tarih ve 05/296 sayılı kararı ile yeniden düzenlenmiştir.) Mekanik Tesisat Raporları (Isıtma-soğutma sistemleri, sıhhi tesisat, asansör raporları ve yangın tesisatı raporları) – e) Fotoğraf zorunluluğunun yerine getirilmiş olması; yapı sahibince, binanın bitiminden sonra ön ve arka cephelerinden merkez alınarak en az (13x18) ebadında çektirilen ikişer adet fotoğraf ile yapılan başvuru sonucunda, ilgili belediye elemanları tarafından yerinde uygunluk kontrolü yapılır ve fotoğraflar onaylanarak, rapora eklenir."

<sup>246</sup> **15. HD. 19.01.2004, E. 2003/3205, K. 2004/184**: "... ruhsatı dahi bulunmayan ancak fiilen bitirilen inşaatı davacı arsa sahibi kabul etmek zorunda değildir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 14.04.2005 tarih ve E. 2004/4051, K. 2005/2296**: "... Davacı arsa sahibi, iskan ruhsatı mevcut olmayan binayı teslim almaya zorlanamayacağına ...". (www.kazanci.com.tr). Aynı yönde: **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.74; **Erman** (İnşaat), s.66; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.42; **Öz** (Dönme), s.170.

<sup>247</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.42; **Öz** (Dönme), s.170. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.27, no:94.

Bu yönde: **15. HD. 25.05.1989, 4421/2513**: "Oturma izni bulunmayan bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına engel bir durum yoktur" [YKD. 1990/1, s.88]. **15. HD. 14.05.1987, 1986/4243 E, 1987/2172**: "... Kural olarak inşaatın iş sahibine fiilen teslimi ve onun yararlanması halinde iskan ruhsatının alınmaması ya da teslimin bir şekilde bağlı tutulması, teslimin yapılmasına engel

kullanma izninin alınması için gereken masrafların ödenmesini, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak talep edebilecektir<sup>249</sup>. İş sahibi, bu sebepten doğan diğer zararlarının tazminini ise, ancak yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesi durumunda talep edebilecektir.

Fakat bu durumda iş sahibi açıkça yapı kullanma izni alınmadığı için teslimi reddettiğini ileri sürerek (ihtirazi kayıtla) yapıyı kullanmaya başlarsa, bu durumda hukukî anlamda teslimin henüz gerçekleşmediği kabul edilmelidir<sup>250</sup>.

## b. Yapının Kısım Kısım Teslim Edilmesi Bakımından

### aa. Sözleşme Gereğince Kısmî Teslim

Taraflar kısım kısım teslimi kararlaştırmışlarsa<sup>251</sup>, tamamlanan kısmın teslimi için, yüklenicinin üstlendiği işin tamamının bitirilmesi gerekmez<sup>252</sup>. Teslim edilecek olan bölümün tamamlanmış olması veya tamamlanmış sayılması yeterlidir<sup>253</sup>. Hemen

---

*teşkil etmez. Diğer bir deyimle yapılması kararlaştırılan eser, ikmal ve fiilen teslimden sonra ayıp niteliğini taşıyan iskan ruhsatının alınmaması keyfiyetine veya teslimin ispatına yönelik şekil şartına dayanılarak eserin teslim edilmediğini ileri sürmek objektif iyiniyet ile bağdaşamaz...* [YKD. 1987/7, s.1217. Ayrıca bak. **Oğuzman**, s.413]. Bu yönde: **15. HD. 18.06.1975, 2928/3106** (İKİD. 1975, s.3667); **15. HD. 28.01.1982 2642/2642** [**Erman** (İnşaat), s.31].

Aksi yönde: **15. HD. 28.06.2001, 1424/3548**: "...Taraflar arasındaki ... günlük sözleşmenin 5. maddesinde; teslim yapı kullanma izninin alınması koşuluna bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, yapı kullanma izni alınmadıkça, daha önce yapılmış olan eylemli teslim, yasal bir teslim sayılamaz...". (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 08.06.2004, E. 2003/6242, K. 2004/3206** (www.kazanci.com.tr); **15. HD. 28.02.2005, E. 2004/4417, K. 2005/1075** (www.kazanci.com.tr).

<sup>248</sup> Bu durumda iş sahibinin BK. m.106 vd. hükümlerine başvuramayacağı yönünde: **Öz** (Dönme), s. 170; **Erman** (İnşaat), s.67. Fakat bu durumda, inşaatın eksiksiz olarak teslim edilmemesi durumunda cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, iş sahibinin yapı kullanma izni alınana kadar işbu cezai şartı talep edebileceği kabul edilmelidir.

<sup>249</sup> Öz'e göre yapı kullanma izninin alınmaması, hukukî ayıp niteliği taşır. **Öz** (Dönme), s.93 ve s.170; **Öz** (İnşaat), s.132. Bu görüşte: **Ergezen**, s.76.

Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Hatta Yargıtay, bir kararında bunu açık ayıp olarak değerlendirmiş ve teslim sırasında iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmemiş olması nedeniyle, yüklenicinin sorumluluktan kurtulduğunu kabul etmiştir. **15. HD. 04.10.1989, 2731/4015**: "... oturma izninin alınmaması açık bir hukuki ayıp teşkil eder. Borçlar Kanunu madde 362 hükmü gereğince iş sahibi eseri teslim alırken bunun kusur ve ayıplarını yükleniciye derhal ihbar etmesi gerekir. Aksi halde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Somut olayda davacının eseri teslim alırken oturma izninin sözleşme gereğince alınmadığını, buna dair haklarını saklı tuttuğunu davalıya bildirdiğini ispatla yükümlü olduğu halde, bu hususta herhangi bir kanıt göstermemiştir. O halde davalı yükümlünün sorumluluğundan söz edilemez..." (www.kazanci.com.tr). Böylece Yargıtay, yapı kullanma izni alınmamış bir yapının da hukuken teslim edilebileceğini – alınabileceği örtülü olarak kabul etmiştir..

Kanaatimce bu kararda belirtilen görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü aksi hâlde yüklenicinin bu ayıptan sorumluluğu, iş sahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesine bağlanacaktır. Bu ise hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle oturma izninin alınmaması, olsa olsa eksiklik olarak nitelendirilebilir.

<sup>250</sup> **Erman** (İnşaat), s.66.

<sup>251</sup> Bütün bir eserin farklı kısımları için ayrı ayrı tamamlanma tarihlerinin kabul edilmesi, her zaman kısmî teslimin kararlaştırıldığı anlamına gelmez. Meselâ büyük bir metro inşaatında, her bir metro durağı için farklı tamamlanma tarihleri getirilmesi, bu kısımların ayrı ayrı teslim edileceğinin kararlaştırıldığı anlamına gelmeyebilir. Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.32, no:108; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.129, no:296; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.263.

<sup>252</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.32, no:108; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.113, no:248.

<sup>253</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.32, no:108; **Trümpy** (SIA-Norm), s.62; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.113.

belirtelim ki, yukarıda da belirtildiği gibi, irade özgürlüğü ilkesi gerekince iş sahibi, henüz tamamlanmamış bağımsız bölümleri de kendi iradesiyle ifa olarak teslim alabilir. Bu durumda iş sahibi teslim aldığı bağımsız bölümlerde eksiklikler için genel hükümlere göre, ayıplar için ise ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Fakat yüklenici bu tip bir durumda diğer kısımları teslimde temerrüde düşerse, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını artık sadece teslim edilmemiş bulunan bağımsız bölümler üzerinde kullanabilecektir<sup>254</sup>.

Tamamlanan kısmın teslimiyle birlikte, bu kısma ilişkin olarak artık ifa etmemeye ilişkin genel hükümler yerine, yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulanacaktır. Sözleşme gereğince teslim edilen kısım için, muayene ve ihbar külfetleri, ilgili kısmın tesliminden itibaren yapılmalıdır ve buna ilişkin ayıptan sorumluluk zamanaşımı süreleri de, her bir kısım için o kısmın teslimiyle başlayacaktır<sup>255</sup>.

### **bb. İş Sahibinin İradesiyle Kısmî Teslim**

Sözleşme gereğince kısmî teslim değil de, eserin tamamı için tek bir teslim tarihi kararlaştırılmışsa, artık kısmî teslim kural olarak mümkün değildir. Fakat bu durumda, kat mülkiyetine tâbi bir binada olduğu gibi, yapı birbirinden bağımsız bölümlerden oluşuyorsa, her bir kısmın ayrı ayrı teslimi, ancak iş sahibinin bunu açık veya örtülü olarak kabul etmesiyle mümkündür<sup>256</sup>. Diğer bir ifadeyle tamamlanmasının ardından bütün bağımsız bölümlerin hep birlikte teslim edilmesi kararlaştırılmış olsa bile, iş sahibi irade serbestisi gereğince tamamlanmış olan veya kabul ettiğimiz görüş gereğince tamamlanmış sayılan bağımsız bölümün teslimini kabul edebilir.

Bu durum özellikle ülkemizde büyük bir uygulama alanına sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görülmektedir. Meselâ iş sahibinin arsası üzerine her katta iki bağımsız bölüm olmak üzere beş katlı bir binanın yapılmasını konu alan bir inşaat sözleşmesinde, yapının tamamlanarak belli bir tarihte toptan teslim edilmesi kararlaştırılmış olsun. Aksine bir hüküm sözleşmede yer almadığına göre, bina tamamlandıktan sonra bütün olarak teslim edilecektir. Bu sözleşmede meselâ, birinci ve ikinci kattaki bağımsız bölümlerin bütün işleri tamamlanmış, bunların yapı kullanma izinleri alınmış, anahtarları, sözleşmedeki teslim süresinden önce iş sahibine teslim edilmiş ve bu bölümler iş sahibince fiilen kullanılmaya başlanmışsa artık bu bölümlerin

<sup>254</sup> Bu konuda bak. aşa. § 11, III.

<sup>255</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.107, no:52; **Gauch** (Werkvertrag), s.654, no:2466; **Trümpy** (SIA-Norm), s.73. Bu yönde: BGE 115 II 456 (Karar için ayrıca bak. ZBJV, s.254).

<sup>256</sup> Aynı sonuç, bağımsız bölümlerin tamamlanmasına rağmen, ortak alanlarda eksiklikler bulunması durumunda da geçerlidir. Bu durumda da iş sahibi teslim alınması teklif edilen bağımsız bölümleri teslim almaktan kaçınabilir. Fakat iş sahibi, zorunlu olmamasına rağmen bağımsız bölümleri teslim alırsa, artık temerrütden doğan haklarını sadece eksik kalan ortak alanlar için kullanabilecektir.

tesliminin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>257</sup>. Her ne kadar sözleşmede yüklenicinin kısmî teslim hakkı yoksa da, iş sahibinin bunu sonradan kabul etmesi durumunda, kısmî teslimin gerçekleştiği kabul edilebilir. Bu örnekte, diğer üç kattaki kalan işler, ancak teslim süresinden altı ay sonra tamamlanabilmiş ve bu tarihte teslim edilebilmişse, bunlara ilişkin ayıptan sorumluluk zamanaşımı süreleri de bu tarihte başlamalıdır<sup>258</sup>. Bu olayda iş sahibi, sözleşme gereğince kısım kısım ifayı kabul etmek zorunda olmadığından, yüklenicinin tamamlanmış bağımsız bölümlerin teslim alınmasına ilişkin teklifini reddedebilir. Bu durumda bu bağımsız bölümler teslim edilmemiş sayılır. Fakat iş sahibi sözleşme gereğince zorunlu olmamasına rağmen, olaydaki gibi ilk iki kattaki bağımsız bölümlerin işleri bitmiş olması nedeniyle bunları teslim alırsa, kural olarak teslim alınan bu bağımsız bölümlere ilişkin kısmî bedel ödeme borcu muaccel olmamasına rağmen<sup>259</sup>, bu bölümlerin ayıplarından sorumluluk için zamanaşımı süreleri işlemeye başlar. Teslim edilmeyen bölümlere ilişkin ifa talebi ise varlığını sürdürür.

#### **D. Yapının Eksik Olmasına Rağmen Teslimin Gerçekleşebileceği İstisnai Durumlarda, Bu Eksikliklerin Hangi Hükümlere Tâbi Olacağı Sorunu**

İnşaatin tamamlanmasından önce teslimin mümkün olduğu kabul edildiğinde, ikinci bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Bu eksiklikler hangi hukukî kurallara bağlı olacaktır? Bu aşamada iki biçimde düşünülebilir.

#### **1. Doğrudan Ayıp Hükümlerinin Uygulanması Gerektiğine Yönelik Görüşler**

**Koller**<sup>260</sup> ve **Bögli**<sup>261</sup> göre, inşaattaki eksiklikler ayıp hükümlerine tabidir<sup>262</sup>. Bu görüş gereğince iş sahibinin yükleniciye karşı talebi kesin olarak iki ayrı bölüme ayrılmalıdır<sup>263</sup>. Buradaki temel nokta teslimdir. İş sahibinin yükleniciye karşı talep hakkı, teslimden önceki dönemde Borçlar Kanununun genel hükümleri gereğince ifaya yönelik iken, teslimden sonra sadece eserdeki ayıplara yönelik olacaktır. Bu nedenle, ifanın

<sup>257</sup> Bu kısımlar henüz tamamlanmamakla birlikte iş sahibince fiilen kullanılmaya başlanmışsa, bu kısımların teslim edilmiş olup olmadığı, yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda tespit edilmelidir.

<sup>258</sup> Bu olayda diğer üç kattaki bağımsız bölümlerin tamamlanmasında temerrüde düşülmesi nedeniyle sözleşmeden dönme durumunda, artık kısmî dönmeye ilişkin ilkelerin uygulanması gerekecektir. Bu konuda bak. a.Ş 11, III.

<sup>259</sup> İş sahibinin teslim edilen kısma ilişkin kısmi bedel ödeme borcunun muaccel olması için, bu hususun sözleşmede açıkça belirtilmiş olması gerekir (BK. m.364/II). Hatta genel olarak kabul edildiği üzere, eserin kısım kısım teslim edileceğinin kararlaştırılmış olmasına rağmen, bedelin de her bir kısım için ayrı ayrı kısmî teslim üzerine ödeneceği açıkça kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel ödeme borcu, sonuncu kısmın teslimiyle birlikte muaccel olur. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.321, no:1158.

<sup>260</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.113, no:373 ve s.203, no:17; **Koller** (Konventionalstrafe), s.56, dn:125; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.531, no:42.

<sup>261</sup> **Bögli**, s.205, no:350 ve özellikle s.261, no:434 vd.

<sup>262</sup> Türk hukukunda bu görüşte: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.134, dn.26. **Öz** (Dönme), s.105 ve özellikle s.110; **Şenocak**, s.90.

<sup>263</sup> Karş. **Frank** (Hafung), s.25; **Bögli**, s.97, no:171; **Müller-Chen**, s.155.

gereği gibi yapılmaması (eksiklik de bu kapsama dâhildir) durumunda, bunlar teslimden sonra sadece ayıptan sorumluluk hükümlerine tabi tutulacaktır<sup>264</sup>. Bu görüş gereğince, eksikliklerin ayıp hükümlerine tâbi tutulması kabul edildiği için, iş sahibi ancak muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi koşuluna bağlı olarak bu eksiklikler hakkında ayıptan doğan haklarını, özellikle de bedelde indirim ve eksiklikten doğan zararlarının tazmini hakkını kullanabilecektir. Bu durumda açık eksiklikler için –ki bunlar artık açık ayıp olarak değerlendirilmektedir– iş sahibinin teslim sırasında bildirimde bulunması; muayeneye anlaşılabilen eksiklikler için ise, Kanunun ifadesiyle “*tesliminden sonra ... işlerin mutat cereyanına göre imkânını bulur bulmaz*” bildirimde bulunması gerekir. Aksi hâlde, yüklenicinin bu eksikliklerden sorumluluğu ortadan kalkacaktır<sup>265</sup>.

Bu görüşün savunucularından olan **Koller** eksikliğin niteliğine göre bir ayırım yapmaktadır<sup>266</sup>. Buna göre yüklenicinin bilinçli olarak yapmadığı (yapılmadığını bilerek gizlediği) kısımlar (das absichtliche Verschweigen der Unvollendetheit) için iş sahibi muayene ve ihbar külfetlerine bağlı olmaksızın ve genel zamanaşımı süresi içinde, ayıptan doğan haklarını kullanabilmelidir. Diğer bir ifadeyle yazar aslında eksiklikleri ayıp olarak değerlendirmekte ve açık eksiklikler için derhâl, muayeneye ortaya çıkan eksiklikler için ise işin niteliğine uygun bir süre içinde bunların ihbarını aramaktadır. Fakat yüklenicinin bilerek gizlediği eksikliklerde ise, aynen bilerek gizlenen ayıplarda olduğu gibi, bunların anlaşılması üzerine derhâl ihbarı gerekmektedir. Yazara göre yüklenici, inşaatı bilerek ve gizleyerek eksik bırakmışsa, artık muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmediğini ileri süremeyecek ve iş sahibinin bu talebi, kısa zamanaşımı süresine bağlı olmayacaktır<sup>267</sup>.

## 2. Eksikliklerin Genel Hükümlere Göre Talep Edilebilmesine Yönelik Görüşler

Bu görüş gereğince<sup>268</sup> inşaattaki eksikliklerin ayıp olarak değerlendirilmesi ve ayıp hükümlerine tâbi tutulması yerinde değildir. Bu nedenle inşaattaki eksiklikler borca aykırılığa ilişkin genel hükümlere, inşaatın tamamlanan kısmındaki ayıplar ise, ayıptan sorumluluğa ilişkin özel hükümlere tâbi tutulmalıdır. Diğer bir ifadeyle inşaattaki eksiklikler ile ayıplar farklı hukuk kurallarına bağlıdır. İş sahibinin inşaattaki eksiklikler

<sup>264</sup> Nitekim Alman Hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklikler sonucu yeniden düzenlenen Alman Medenî Kanununun 633. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eser sözleşmesinde eserin miktarının az olması da “*Einem Sähmängel steht es gleich, wenn der Unternehmer ...das Werk in zu geringer Menge hergestellt*” açıkça ayıp olarak değerlendirilmiştir. Bak ve karş. **Meub**, s.32.

<sup>265</sup> **Bögli**, s.214, no:360.

<sup>266</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.113, no:374.

<sup>267</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.113, no:374.

<sup>268</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.31, no:105; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.17, no:35; s.21, no:43; s.47, no:98; s.113, no:248; **Erman** (İnşaat), s.182; **Burcuoğlu**, s.286; **Yılmaz**, s.152; **Akıncı**, s.46; **Günel**, s.412; **Kartal**, s.78.

**Koller** önceleri bu görüş taraftarı iken [**Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, no:33 ve özellikle s.13, dn.44; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.9, no:33 ve s.29, no:59], sonraları görüşünü değiştirmiş ve ilk görüşü benimsemiştir.



için bildirimde bulunmasına, bunları yükleniciye ihbar etmesine gerek yoktur<sup>269</sup>. İş sahibi genel zamanaşımı süresi içinde, bunların tamamlanmasını ve gecikmeden doğan zararın tazminini veya bunların tamamlanmamasından doğan zararının giderilmesini talep edebilir. Bunun yanında teslim alınan yapının ayıpları nedeniyle yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurma yolu da açıktır.

Yargıtay'ın yerleşik kararları bu ikinci görüş doğrultusundadır<sup>270</sup>. Buna göre, inşaatın eksik olması teslimde engel değildir. Bu durumda teslim edilen yapıdaki eksik işler hakkında Borçlar Kanununun genel hükümleri, yapıdaki ayıplar hakkında ise ayıptan sorumluluğa ilişkin olarak aynı Kanunun 359 ve devamı hükümleri uygulanacaktır.

### 3. Görüşümüz

#### a. Genel Olarak

Öncelikle belirtelim ki, inşaatın eksik veya ayıplı olmasına rağmen hukukî anlamda teslimin gerçekleştiği hâllerde, artık yüklenicinin inşaatı tamamlama veya eksikleri giderme hakkı sona erer<sup>271</sup>. Diğer bir ifadeyle teslimden sonra, yüklenicinin eksikleri tamamlama veya ayıpları giderme teklifinin iş sahibi tarafından reddi, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmez. Teslimden sonra artık iş sahibi ve yüklenici

<sup>269</sup> İstisnai olarak iş sahibinin sessiz kalmasının, bazı durumlarda eksikliği ileri sürme hakkından feragat (eserin mevcut hâliyle eksiksiz biçimde kabul edildiği) olarak yorumlanabileceği görüşünde: **Erman** (İnşaat), s.183. Kanaatimce de eksikliklerin çok küçük ve önemsiz boyutta olması ve teslimden sonra iş sahibinin çok uzun süre sessiz kalmasının ardından, yüklenicinin bedelin tahsili için açtığı davada bu eksikliklere dayanılması dürüstlük kurallarına aykırı olarak değerlendirilebilir.

<sup>270</sup> **YHGK 27.09.2000, 15-1134/1191**: “*Tam karşılıklı sözleşmelerden olan istisna akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanacak yasa maddeleri borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümlerdir. Ayıplı iş vasıf noksanlığını ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. md. 96 kapsamında tutularak, borçlunun kusurlu ifa imkânsızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden yahut sözleşmenin müspet ihlalinden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Hâkimin her şeyden önce bu hükümleri uygulayarak uyuşmazlığı çözümlemesi gerekir. – ... Şimdiye değin açıklamaların ışığında belirtmek gerekir ki; davada uygulanacak yasa maddesi BK. nun 96. maddesidir ve giderimde olumlu zarar ile karşılanacaktır. Daha somut anlatımla, bu davadaki zarar, sözleşmede kararlaştırılan ölçü ve alanda yapılacak bağımsız bölüm ile eksik işleri kapsayan bağımsız bölümler arasındaki eserin teslim alındığı davalının temerrüde düşürüldüğü tarihteki rayiç değer farkıdır.*” (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 06.02.2002, 4689/546**: “*Eksik işler bedeli, kural olarak, eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, teslim tarihindeki rayiç bedelle, herhangi bir ihtirazi kayda gerek olmadan istenebilir...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 20.03.2002, E. 2001/5694, K. 2002/1253**: “*... Noksan işten ötürü zaman aşımı süresince iş sahibinin dava etme hakkı mevcuttur. Bu haliyle alınan rapor değerlendirilerek noksan iş bedelinin hüküm altına alınması gerekirken, noksan işin açık ayıp şeklinde tavsifi ile yazılı biçimde karar verilmesi bozma nedenidir...*” (www.kazanci.com.tr). Bu karar için ayrıca bak. **Günel**, s.412, dn.6. **15. HD. 22.02.2001, E. 2000/4852, K. 2001/994**: “*Eser, teslim edilmişse, teslim tarihindeki mahalli serbest piyasa rayicine göre saptanacak eksik işler bedeli, teslim tarihinden itibaren işleyecek beş yıllık zamanaşımı süresince -ihtirazi kayda gerek olmaksızın- talep edilebilir...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 05.10.1987 tarih ve 775/3419**: “*... Noksan işi ayıplı işlerle bir arada ifade etmek ve yasadaki (ayıplı işler) kavramına sokmak olanağı yoktur. Buna göre eserin teslimi ile noksan işlerin ihbarı olmasa dahi bedellerinin zamanaşımı süresine kadar ödetilmesi istenebilir...*” (YKD. 1988/2, s.229).

<sup>271</sup> **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.49; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.101, no:320 ve s.111, no:367; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.5, no:15; **Klauser**, s.35.

için bir bekleme (askı) dönemi başlar. Bu bekleme dönemi, iş sahibinin ayıp veya eksiklikler için herhangi bir hakkını kullanmasına kadar devam eder. İş sahibinin herhangi bir hakkını kullanması üzerine, yüklenicinin buna uygun olarak davranması gerekir.

Kanaatimce Yargıtay'ın yerleşik kararlarıyla kabul ettiği esas hakkaniyete daha uygundur. Bir kere yüklenicinin borçlandığı işlerin bir kısmını yapmaması, işin niteliği gereği ayıp değildir<sup>272</sup>. Meselâ yeni yapılan bir inşaatta bir bağımsız bölümdeki mutfak dolabının takılmamış olması hâlinde bunun ayıp, özellikle de açık ayıp sayılması ve bu nedenle doğrudan ayıp hükümlerine tâbi tutulması işin niteliğine uygun düşmez. Ayrıca ayıptan sorumluluğun sıkı koşullara bağlanmış olması bile eleştirilirken<sup>273</sup>, zorlama bir yorumla, eksikliklerin de doğrudan ayıp hükümlerine tâbi tutulması kanaatimce yerinde olmayacaktır.

İnşaat sözleşmesinde teslim kadar ifaya yönelik talep, teslimden sonra artık ayıptan sorumluluğa ilişkin haklara dönüşür<sup>274</sup>. Fakat inşaatın eksik (henüz tamamlanmamış) olması durumunda, artık bu eksikliklerin ayıp hükümlerine değil, genel hükümlere bağlı olarak talep edilebilmesi gerekir. Eksiklik durumunda, ayrıca ayıptan doğan hakların işin niteliğine uyduğu ölçüde dikkate alınması da mümkündür. Buna göre inşaatın tamamlanmamış kısımları için, bedelsiz onarım ve bedelde indirim gibi hakların işin niteliğine uyduğu ölçüde kıyas yoluyla uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

Buna göre iş sahibinin, herhangi bir muayene ve ihbar külfetine bağlı olmaksızın ve eksikliklerin açıkça görülebilir veya muayeneyle anlaşılabilir olmasından bağımsız olarak, genel zamanaşımı süresi içinde şu haklara sahip olduğu kabul edilmelidir.

### **b. Aynen İfa (Eksikliğin Giderilmesi) ve İnşaatın Tamamlanmadan (Eksik) Teslim Edilmiş Olmasından Doğan Zararın Tazmini**

Henüz tamamlanmamış (eksik) bir inşaatın teslim edilmiş olması hâlinde iş sahibi ilk olarak teslim aldığı yapının eksiklikleri nedeniyle, öncelikle genel zamanaşımı süresine bağlı olarak aynen ifa (meselâ eksik kapının veya mutfak dolabının takılması, boyanmamış olan dairenin boyanması) talebinde bulunabilir<sup>275</sup>. İş sahibinin bu hakkını kullanması, yüklenicinin kusurundan bağımsızdır. Bu sonuca ayıptan doğan haklardan olan, bedelsiz onarım hakkının kıyas yoluyla uygulanması yoluyla da varılabilir<sup>276</sup>.

<sup>272</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, no:33 vd. FIDIC standart kuralları ve Amerikan hukukundaki benzer sonuçlar için bak. **Frank**, s.111 ve 180.

<sup>273</sup> Bu konuda bak. **Bucher/Buz**, s.146; **Gauch** (Werkvertrag), s.571, no:2175 vd.

<sup>274</sup> Karş. **Schubiger**, s.23.

<sup>275</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, no:35. Karş. **Welser** (Nachbesserungsschuld), s.96.

<sup>276</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.484, no:1803.

İş sahibi eksikliğin aynen giderilmesi talebi yanında, eksik işlerin zamanında yapılmamış olmasından doğan zararını da, yüklenicinin söz konusu gecikmede (borca aykırılıkta) kusursuz olduğunu kanıtlayamaması koşuluyla talep edebilir. Bu zarar daha çok, iş sahibinin yapıyı kullanamamasından doğan kazanç kaybından oluşur. Meselâ anahtar teslim biçiminde tamamlanarak teslimi gereken bağımsız bölümün, bazı kısımlarının henüz yapılmamış olması nedeniyle iş sahibinin uğradığı kira kaybı gibi. Fakat bu zarar sadece yoksun kalınan kazançtan oluşmaz. Ayrıca oluşmuşsa, fiilî zararın da tazmini gerekir.

Ayrıca inşaatın eksik teslimi durumunda iş sahibi, bu eksikliğin aynen ifasını (tamamlanmasını) talep ederse, bu eksiklikler giderilene kadar, bunu (eksikliğin giderilmesini) karşılayacak oranda ödemelik def'ini<sup>277</sup> kullanarak teslimle muaccel olan karşı edim borcunun bir kısmını ifa etmekten kaçınabilir<sup>278, 279</sup> ve gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir<sup>280</sup>. Ayrıca bu alacağı için takas hakkını da kullanabilir.

### c. Bedelde İndirim (Eksik İş Bedeli) ve İnşaatın Tamamlanmadan (Eksik) Teslim Edilmiş Olmasından Doğan Zararın Tazmini

Kanaatimce, ayıptan doğan hakların kıyas yoluyla uygulanması sonucu iş sahibi, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi gerekmeksizin<sup>281</sup>, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak ve ek süreye gerek olmaksızın, inşaattaki eksikler nedeniyle<sup>282</sup> bedelde indirim talebinde bulunabilir<sup>283</sup>. Buna göre iş sahibi, inşaatın eksik

<sup>277</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.113, no:377. Aynı esas, iş sahibinin ayıbın giderilmesi hakkını tercih etmesi durumunda da kabul edilmektedir. **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.98, no:274 vd; **Brox**, s.88; **Gauch** (Werkvertrag), s.630, no:2377.

<sup>278</sup> Alman uygulamasında iş sahibinin ayıp hâlinde ödemelik def'ini, ayıbın giderilmesi için gereken masrafların iki veya üç katı kadar bir kısım için kullanmasının yerinde olduğu kabul edilmektedir (BGH. BauR. 1992, s.402). Kanaatimce aynı esasın, eksikliğin tamamlanması için gereken masraflar bakımından da kabul edilmesi yerinde olur. Buna göre, iş sahibinin eksikliğin tamamlanması veya ayıbın giderilmesi için ortalama olarak harcanması gereken masrafın iki katı kadar bir tutar için ödemelik def'ini kullanabilir. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.635, no:2391 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.104, no:286.

<sup>279</sup> Ödemelik def'inin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde uygulanmasına ilişkin özellikler için bak. aşa. § 2, III, B.

<sup>280</sup> **15. HD. 30.09.2002, 1651/4297**: "...tarihli ek sözleşmenin 3 . maddesi ile davalı yükleniciye 25.8.2000 tarihine kadar eksikleri gidermesi için süre tanınmış gecikmesi halinde aylık 500 milyon TL ceza-i şart ödemesi kararlaştırılmıştır. Davacı arsa sahibince 2000/332 D. İş sayılı dosya ile 17.11.2000 tarihinde mahallinde yaptırılan incelemede eksikler bulunduğu saptanmış ve tesbit tarihine kadar tahakkuk eden ceza-i şart istemiyle bu dava açılmıştır. Mahkemece mahallinde yaptırılan keşif sonucu alınan bilirkişi asıl ve ek raporlarıyla da eksiklerin giderilmediği saptandığına ve hüküm altına alındığına göre davalı yüklenicinin temerrüdü sabittir. Kararlaştırılan ceza-i şartın niteliği ise, gecikmeye bağlı olmakla B.K. nun 158/2. madde de yer alan ifaya ekli cezadır. Davacı arsa sahibi eksik işler bedeli yanında ifaya ekli ceza-i şartın ödenmesini istemekle haklıdır..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>281</sup> İş sahibinin açık veya örtülü iradesiyle henüz tamamlanmamış bir inşaatın hukuken teslim edilmesi durumunda, yüklenici eksiklikten doğan sorumluluğu devam eder. İş sahibinin bu amaçla bir ihtirazi kayıta bulunmasına gerek yoktur. **Yılmaz**, s.151.

<sup>282</sup> Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre eksiklik bedelinin tahsiline ilişkin davalarda iş sahibi, ortak alanlardaki eksikliklerin giderilme masraflarını sadece kendi arsa payı oranında talep edebilecektir. Çalışmamızda hatalı olarak değerlendirdiğimiz bu yerleşik uygulama için bak. aşa. § 2, III, B.

olarak teslim edilmesi meselâ mutfak dolabının veya asansör teşkilatının monte edilmemiş olması durumunda yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak, eksikliğin giderilmesi için gereken masraflar oranında<sup>284</sup> bedelde indirim hakkını, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak kullanabilir<sup>285</sup>.

<sup>283</sup> Karş. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12, no:35. İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya ilişkin bir kararında, dürüstlük kuralını gerekçe göstererek, ek süreye gerek olmaksızın iş sahibinin eksikliğin değeri oranında bedelde indirim talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. BGE 94 II 165. Bu kararın eleştirisi için bak. **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.12,13, no:35; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.19, no:35; **Gauch** (Werkvertrag), s.402, no:1447. Adı geçen yazarlar, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması durumunda ortaya çıkan temerrüt hâlinde, iş sahibinin yüklenicinin kusuru bulunmasa bile, bedelde indirim hakkını kullanabileceğini kabul etmektedirler. **Koller** (Ersatzvornahme), s.7; **Gauch** (Werkvertrag), s.483, no:1796.

<sup>284</sup> Kanaatimce bu durumda eserin tamamlanmış ve tamamlanmamış değerleri arasındaki farkın (nispi metodun) değil, eserin tamamlanması için gereken masrafların tazmini gerekir. Benzer bir durumda aynı görüşte: BGE 117 II 550 (Karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung, 1993, Band I, s.71). **Lenzlinger-Gadient**, s.115; **Koller** (Ersatzvornahme), s.4, dn.1. Uygulamada nispi metod yerine, özellikle inşaat sözleşmelerinde ayıbın giderilmesi masraflarının esas alındığı görülmektedir. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.170; **Öz** (Dönme), s.95, dn.35. İsviçre uygulaması için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.456, no:1680 vd; **Klausner**, s.49; **Egli** (Mängel), s.91; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.828; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.475; **Bögli**, s.52, dn.265; **Gürpınar**, s.103; **Günel**, s.421.

Yargıtay kararlarında da genel olarak, ayıbın giderilme masraflarının kararlaştırılan bedelden indirilmesi gerektiği biçiminde bir sonuca varılmaktadır. Bu yöndeki kararlar için bak. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.171. Bu yönde: **15. HD. 26.09.1988, 220/3005 [Gürpınar]**, s.104, dn.334]

<sup>285</sup> Bu masrafların miktarı, dava tarihindeki piyasa rayicine göre belirlenmelidir. **Erman** (İnşaat), s.184. Bu yönde: **YHGK. 31.01.1979, E. 1977/15-693, K. 1979/68**: "... eserdeki noksanlıkların dava tarihindeki piyasa rayiç fiyatlarına göre tespit ettirilmesi ... gerekir ..." (ABD. 1979/4, s.47).

Fakat 15. Hukuk Dairesi teslim tarihindeki rayicin esas alınması gerektiğine görüşündedir: **15. HD. 22.02.2001, E. 2000/4852, K. 2001/994**: "Eser, teslim edilmişse, teslim tarihindeki mahalli serbest piyasa rayicine göre saptanacak eksik işler bedeli, teslim tarihinden itibaren işleyecek beş yıllık zamanaşımı süresince -ihtirazi kayda gerek olmaksızın- talep edilebilir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 06.02.2002, 4689/546**: "Eksik işler bedeli, kural olarak, eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde, teslim tarihindeki rayiç bedelle, herhangi bir ihtirazi kayda gerek olmadan istenebilir..." (www.kazanci.com.tr).

Bunun bir sonucu olarak Yargıtay, kanaatimce hatalı olarak yüklenicinin eksik iş bedelinin tahsiline yönelik talebinde temerrüde düşmüş sayılması için, (teslim tarihi belirli vade olarak kararlaştırılmış olsa bile), iş sahibinin ayrıca bir ihtarını aramaktadır. Bu yönde: **15. HD. 14.03.2007, E. 2005/7034, K. 2007/1594**: "Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan eksik işler bedelinin tahsili istemine ilişkindir. Bir alacağa temerrüt faizi yürütülebilmesi için, alacak miktarı gösterilmek ve talep edilmek suretiyle borçlunun temerrüde düşürülmesi gerekir. Somut olayda, icra takibinden önce borçluya gönderilmiş bir ihtarnamenin varlığı iddia ve kanıtlanmış olmadığından, icra takip tarihinden itibaren alacağa faiz yürütülmesi yerine sözleşmede kararlaştırılan ve temerrüde düşürücü nitelikte olmayan işin teslim tarihinin faize başlangıç alınması da doğru bulunmamıştır..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 31.05.1999, E. 1998/5296, K. 1999/2176**: "Sözleşmedeki 1.9.1993 tarihi, eserin bir bütün olarak teslimi gereken tarihtir. Yüklenici, geniş anlamda borcunu ifa yönünden, bu tarihte temerrüde düşmüştür. Yüklenicinin bu tarihten sonra, dar anlamda birtakım borçları da muaccel hale gelir. Muaccel hale gelen her bir borca temerrüt faizinin yürütülebilmesi, o borcun miktarı gösterilmek ve talep edilmek suretiyle, borçlunun temerrüde düşürülmesine bağlıdır. Somut olayda, 1.9.1993 tarihinde muaccel hale gelen eksik işler bedeli, miktarı gösterilmek suretiyle, dava tarihinden önce ihtaren istenilmediğine göre, bu bedele ancak dava tarihinden itibaren faiz yürütülmesi (gerekir)... Bu itibarla, toplam alacağa, dava tarihi yerine, anılan tarihten faiz yürütülmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 03.07.2007, 3274/4531** (www.kazanci.com.tr). Hatta Yargıtay, yüklenicinin temerrüde düşürülmesi bakımından, talep edilen eksik iş bedelinin de ihtarda açıkça yazılması gerektiği görüşündedir. **15. HD. 02.05.2007, E. 2006/1916, K. 2007/2891** (www.kazanci.com.tr).

Fakat Yargıtay bazı kararlarında biraz farklı bir sonuca varmıştır. **15. HD. 16.11.1999, 2640/4073**: "... inşaatın 1995 yılında teslim edildiği anlaşılmaktadır. Hal böyle iken, eksik işler bedelinin tazminine yönelik işbu dava 15.10.1998 tarihinde açılmakla davacılar bu haklarını gecikerek kullanmışlar, aradan geçen uzun zaman içinde artan fiyatlardan ötürü de kusurları ile oluşan zararın çoğalmasına sebep olmuşlardır. O sebeple BK. 98/11. maddesinin yollaması ile aynı Kanunun 44. maddesi hükmü

Bu sonucun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde uygulanması da mümkündür<sup>286</sup>. Fakat bedelde indirimin nasıl yapılacağı özel olarak incelenmelidir. Bir görüşe göre bu tip sözleşmede arsa payından indirim yapılması mümkün olmadığı için, bunun yerine iş sahibinin parasal bir talebi doğacaktır<sup>287</sup>. Fakat kanaatimce bu tip sözleşmede hiçbir zaman arsa payından indirim yapılamayacağı iddiası bazı durumlarda hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olabilir. Meselâ toplamda 10 adet bağımsız bölümün yükleniciye verileceği kararlaştırılan bir sözleşmede, indirilecek olan bedel tutarı, bir adet bağımsız bölümün değerine denk geliyorsa, artık bu durumda bedelde indirimin arsa payında indirim olarak uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmelidir. Kaldı ki, Yargıtay da yüklenicinin temerrüdüyle ilgili 1984 tarihli YİBK. ile arsa payında indirimi benzer bir biçimde uygulamıştır.

Kanaatimce arsa payından indirim yapılırken dikkat edilmesi gereken, iş sahibi ile yüklenicinin bir bağımsız bölümde ortak yapılmamasıdır. Çünkü bu durum, belki temerrüt sorununu çözmekle birlikte, başka sorunların doğumuna neden olacaktır. Bu nedenle arsa payından indirim, ancak tam bağımsız bölüme ilişkin olacaksa kabul edilmelidir. Bedelde indirim hâlinde (inşaatın tamamlama ve varsa ayıpların giderilmesi masrafları) bir bağımsız bölümün değerini<sup>288</sup> biraz aşılırsa, bir bağımsız bölümün iş sahibinde kalması ve bunu aşan kısım için, yüklenicinin para olarak ödemede bulunması düşünülebilir. Aksi durumda ise, yine ivaz ilavesiyle sorunun çözümüne çalışılması gerekir.

İş sahibi bedelin tamamını veya indirim tutarından daha fazlasını önceden ödemiş bulunuyorsa, eksikliğe ilişkin bu kısmın iadesini talep edebilir<sup>289</sup>. Kanaatimce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde de kural olarak, baştan verilmiş olan arsa payının iadesinin talep edilmesi mümkündür<sup>290</sup>. Fakat bunun için, yine bir önceki paragrafta verilen ilkelerin göz önünde tutulması gerekir.

---

*gereğince meydana gelen zararın tamamını isteyemezler. Bu durumda mahkemece, bilirkişilerden ek rapor alınarak, işin teslim edildiği 1995 tarihine bilirkişilerden ek rapor alınarak, işin teslim edildiği 1995 tarihine davacı arsa sahiplerinin ifa istemek için beklemeleri gereken makul bir sürenin belirlenerek eklenmesi ve bulunacak bu tarihe de noksan işlerin ne kadarlık sürede yapılabileceğinin saptanarak, bu sürenin de eklenmesi ve böylece gecikmemiş ifa istem tarihinin bulunarak, bu tarihteki serbest piyasa rayıçları esas alınarak noksan iş bedellerinin hesaplanması gerekir...* (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 17.04.2007, E. 2006/1686, K. 2007/2492** (www.kazanci.com.tr).

<sup>286</sup> Ayıplı ifadaki bedelde indirim bakımından bu yönde: **Öz** (Dönme), s.96, dn.38. Aksi görüşte: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.170.

<sup>287</sup> **Seliçi** (Yüklenicinin Sorumluluğu), s.170; **Gürpınar**, s.103; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.187.

<sup>288</sup> Nasıl ki eksikliğin/ayıbın giderilmesi masrafları dava tarihindeki piyasa değerlerine göre belirlenecekse, aynı şekilde bağımsız bölümün değeri de dava tarihindeki (aynı tarihteki) değerlere göre belirlenmelidir.

<sup>289</sup> **Öz** (Dönme), s.96. Bu yönde: BGE 117 II 550 (Karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung, 1993, Band I, s.71).

<sup>290</sup> Bedelde indirim borç ilişkisini ortadan kaldırmadığı için, bu iade talebi sözleşmesel ve kişisel bir nitelik taşıyacaktır. Bu nedenle iş sahibi bu talebini, ancak yükleniciye karşı ileri sürebilir. Yüklenicinin arsa paylarını üçüncü kişiye devretmiş olması hâlinde, kötüniyetli olsalar bile, iş sahibi bu kişilere başvuramayacaktır.

Bedelde indirim hakkının kullanılabilmesi için, eksikliğin iş sahibi tarafından üçüncü bir kişiye tamamlanmış olmasının herhangi bir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle iş sahibi bu eksikliği, mahkemeden izin almaksızın tamamlamış olsa bile, bedelde indirim hakkını kullanabilir<sup>291</sup>. Aynı şekilde iş sahibine kalan eksik bir bağımsız bölüm iş sahibince üçüncü bir kişiye satılmış olsa bile, iş sahibi bu bağımsız bölümdeki eksikliklerin giderilme masraflarını talep edebilecektir<sup>292</sup>. Çünkü bu durumda iş sahibi, bağımsız bölümü mevcut hâliyle daha düşük bir bedelle satmış olacaktır.

Bedelde indirim hakkının kullanılması durumunda, iş sahibinin, yüklenicinin kusuruna bağlı olarak gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini de talep edebileceği de gözden kaçırılmamalıdır<sup>293</sup>. Fakat hemen belirtelim ki, gecikme zararının veya kararlaştırılmışsa cezai şartın, bedelde indirim tutarına dâhil edilmesi yerinde olmaz. Çünkü bedelde indirimde indirilecek olan tutar, inşaatın tamamlanma masrafından ibarettir. Gecikme tazminatı bu tutara dâhil edilemez. Fakat hemen hemen belirtelim ki, bedelin para olduğu inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, gecikme tazminatı ile cezai şart için, bedelde indirimden önce veya sonra (bedelin henüz ödenmemiş kısmı üzerinde) takas hakkını kullanabileceğinden, söz konusu hukukî sorun, sadece arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkacaktır. Buna göre, meselâ inşaatteki eksikliklerin/ayıpların giderilmesi için gereken masrafların bir bağımsız bölüme, gecikme tazminatı ile cezai şartın toplam tutarının da bir bağımsız bölüme denk gelmesi hâlinde bedelde indirim, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafları karşılayabilecek olan bir bağımsız bölüme ilişkin olabilecektir. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, gecikme tazminatı ile cezai şart için bedelde indirim hakkını kullanamaz. Fakat iş sahibinin gecikme tazminatı ile cezai şart kendisine ödenmedikçe, bir bağımsız bölümü yükleniciye vermekten kaçınabileceği de gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>291</sup> İsviçre hukukunda teslimden sonra, iş sahibinin mahkemeden izin almaksızın ayıpları gidermesi durumunda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar tartışılmaktadır. Federal Mahkemeye (BGE 107 II 55) göre, teslimden sonra iş sahibi mahkemeden izin almaksızın bu ayıpları kendiliğinden giderirse, yaptığı masrafları yüklenicinin kusuruna bağlı olmaksızın BK. m.358/II hükmüne kıyasen talep edebilir. Bu konudaki tartışmalar için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.487, no:1819. Benzer görüşte: **Ergezen**, s.92.

<sup>292</sup> **Erman** (İnşaat), s.184. **15. HD. 14.11.1989, 1024/4780**: "... bir kısım bağımsız bölümlerin davacı tarafından, davaya konu eksik işlerin varlığına rağmen satılmış olması, satış bedelinin düşük olacağı gözetilerek, malvarlığında ortaya çıkan bedel eksikliği için dava açılabilirine göre..." **Erman** (İnşaat), s.184, dn.31.

<sup>293</sup> Yargıtay'a göre, bu durumda gecikme zararının, ancak teslimden sonra eksikliklerin tamamlanabileceği makul bir sürenin sonuna kadar talep edilmesi mümkündür. **15. HD. 28.03.2007, E. 2006/1528, K. 2007/1924**: "Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı (kira kaybı)nın tahsili istemine ilişkindir. Gecikme tazminatı, bağımsız bölümlerin sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihinden başlayarak, eylemli olarak teslim alındığı tarihe kadar olan süre için istenebilir. Taraflar arasındaki ... sözleşmeye göre, işin teslimi gereken tarih, 15.11.1997'dir. Dosya içeriğine göre, arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin dava tarihi itibarıyla kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, arsa sahibi, kendisine düşen bağımsız bölümleri kiraya verecek durumda teslim almış ise, o bölümlerle ilgili kira alacağına bu tarihe kadar hükümlenir. Eğer teslim alınırken kiraya verilmesine engel eksiklikler varsa, öncelikle, arsa sahibinin bu eksiklikleri ne kadar sürede tamamlayabileceği bilirkişiye hesaplattırılarak, bulunacak bu tarihe kadar kira alacağı karar altına alınmalıdır..." (www.kazanci.com.tr).

Kanaatimce iş sahibi bunun dışında herhangi bir hakka sahip değildir. Özellikle iş sahibinin teslimin gerçekleşmesinden sonra inşaattaki eksiklikler nedeniyle sözleşmeden dönmesi, işin niteliğine ve özellikle de Borçlar Kanununun 360. maddesinin sonuncu fıkrası dikkate alındığında hakkaniyete uygun düşmez.

### E. İspat Yükü

Kural olarak inşaatın tamamlanarak teslim edildiğini ve bu sebeple bedel alacağını muaccel olduğunu kanıtlama yükü<sup>294</sup> yükleniciye aittir<sup>295</sup>. Fakat ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin teslim alınmış bir inşaatın eksiklikler taşıması durumunda, nasıl ki ayıpları kanıtlama yükü iş sahibine aitse<sup>296</sup>, teslim sırasında inşaatta eksiklikler bulunduğunu kanıtlama yükü de, bu iddiadan lehine haklar çıkaran iş sahibine aittir<sup>297</sup>. Diğer bir ifadeyle, inşaatın eksik olmasına rağmen teslim edildiği hâllerde, meselâ inşaattaki eksikliklerin çok önemsiz olması veya iş sahibinin davranışlarından inşaattaki eksikliğe rağmen teslim onay verdiği anlaşılan hâllerde, artık yüklenicinin üzerine düşen bütün yükümlülükleri yerine getirdiği, diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanmış olduğu karine olarak kabul edilir. Bunun aksini kanıtlama yükü ise, bunu ileri süren iş sahibine düşecektir. Meselâ inşaatın iş sahibine teslim edildiği, yapının fiilen kullanılması, kiraya verilmesi veya diğer herhangi bir biçimde yüklenici tarafından kanıtlandığı veya iş sahibince ikrar edildiği takdirde, teslim sırasında yapının ayıplı olduğunu ve bazı işlerin yapılmamış olduğunu (meselâ bir kapının takılmamış olduğunu) kanıtlama yükü iş sahibine aittir.

### F. Teslimin Sözleşme Gereğince Başkaca Koşullara Bağlanması

Buraya kadar anlatılanlar, inşaat sözleşmesinde teslimle ilgili bir hüküm bulunmaması durumuna ilişkindir. Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, tarafların, teslimin farklı bir biçimde ve zamanda gerçekleşeceğini kabul etmeleri mümkündür<sup>298</sup>. Uygulamada özellikle anahtarların tesliminin, teknik anlamda teslim

<sup>294</sup> İspat yüküne ilişkin Medenî Kanunun 8. maddesindeki kural hakkında ayrıntılı bilgi için bak. Karş. **Rumo-Jungo**, s.39 vd; **Atalay**, s.8 vd.

<sup>295</sup> **Bucher** (OR BT), s.205; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.114, no:381; **Gauch/Aepli/Stöckli**, s.299; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.235, no:14. **15. HD. 06.05.2005, E. 2004/7452, K. 2005/2817 sayılı kararından**: “Eserin arsa sahibine teslim keyfiyetini kanıtlama yükü de yüklenicidedir” (www.kazanci.com.tr).

<sup>296</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.416, no:1507; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.114.

<sup>297</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.114, Art.363, no:379; **Gauch/Aepli/Stöckli**, s.299; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.235, no:15; **Erman** (İnşaat), s.30. İş sahibi bu ispat külfetini özellikle yaptıracağı delil tespitiyle gerçekleştirecektir. Bu konuda bak. **Cavelti**, s.299 vd.

<sup>298</sup> Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.32, no:107 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.102, no:331; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.129, no:294; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.262; **Zeltner**, s.66, no:166; **Trümpy** (SIA-Norm), s.52; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.105; **Hürlimann** (Koordination), s.216; **Stotz**, s.41; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.182; **Erman** (İnşaat), s.31; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.39.

İnceleme konumuzun dışında tuttuğumuz YİĞŞ ve BİĞŞ.'nde teslimle ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır.

olarak nitelendirildiği görülmektedir<sup>299</sup>. Buna göre taraflar inşaatın teslimini, anahtarların teslimi koşuluna bağlamışlarsa, inşaat tamamlanmış ve buna ilişkin bildirim yapılmış olsa bile, anahtarlar teslim edilmedikçe henüz hukukî anlamda teslim gerçekleşmiş sayılmaz.

Teslimin meselâ yapı kullanma izninin alınmış olmasına bağlanması mümkündür<sup>300</sup>. Fakat hemen belirtelim ki, yapı kullanma izninin yükleniciye yüklenmesi, her zaman, teslimin bu koşula bağlandığını göstermez. Diğer bir ifadeyle teslimin koşulu hâline getirilmemişse, yapı kullanma izninin alınmasından önce de teslim mümkündür.

Teslimin, tamamlanma bildiriminden ardından tarafların inşaatın birlikte gezip ifa olarak kabul etmeleriyle gerçekleşmesine bağlanması da mümkündür<sup>301</sup>. Ayrıca teslimin ortaklaşa imzalanan bir belgeyle gerçekleştirilmesi de kabul edilmiş olabilir. Bu durumlarda, teslim bu koşulların gerçekleştiği anda yapılmış olur. Fakat bu tür durumlarda dikkat edilmesi gereken husus, tarafların bu hükümlerle neyi amaçladığıdır. Çünkü bu tür sözleşme hükümlerinde genellikle “*kabul*” terimi kullanılmaktadır. Bu nedenle tarafların, bu tür sözleşme kayıtlarıyla teslim almayı mı, yoksa yüklenicinin ayıptan sorumluluğunu sona erdiren kabulü mü düzenledikleri, somut olaydaki koşullara ve tarafların iradelerine göre belirlenmelidir<sup>302</sup>. Eğer tarafların bu tür bir hükümlerle, teslim almayı değil de, teknik anlamdaki kabulü düzenledikleri sonucuna varılırsa, bu durumda teslim için sözleşmesel bir hüküm getirilmediğinden, yukarıda verilen açıklamalar gereğince teslim zamanı belirlenmelidir.

Uygulamada genellikle büyük yapı işlerinin iş sahibi tarafından çok sayıda yan / alt yükleniciye verilmesi durumunda, inşaat sözleşmelerine, teslimin bütün işin tamamlanmasının ardından toptan gerçekleşeceğine ilişkin hükümler konulmaktadır<sup>303</sup>. Bu durumda, her bir yan yükleniciye ait iş çok daha önce tamamlansa bile, bunun hukukî anlamda teslimi, en son yan yüklenicinin işi tamamlamasıyla birlikte gerçekleşecektir.

Teslimin gerçekleşmesi için iş sahibinin bir davranışının da gerekli olduğu sözleşmede kararlaştırılmışsa, meselâ anahtarların teslim alınması veya bir protokol imzalanması gibi, iş sahibinin haklı bir sebep olmaksızın bunları reddetmesi

---

<sup>299</sup> **Zeltner**, s.66, no:166.

<sup>300</sup> **Trümpy** (SIA-Norm), s.52, dn.3; **Erman** (İnşaat), s.31.

<sup>301</sup> **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.84.

<sup>302</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.32, no:107. Ayrıca bak. **Trümpy** (SIA-Norm), s.52; **Stotz**, s.42

<sup>303</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Subunternehmer), s.167; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.129, no:295; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.182.



(kaçınması) kanaatimce teslim engel olmaz. Bu durumda teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir<sup>304</sup>.

Teslimin, yüklenicinin belli bir biçimde yapacağı bildirimle bağlanması durumunda, kanaatimce bu biçime uyulmaması, her zaman teslimin gerçekleşmediğini göstermez<sup>305</sup>. Somut olayın koşulları gereğince, teslimin bundan önceki aşamada yapılmış sayıldığı kabul edilebilen hâllerde, şekil koşuluna uyulmaması, gerçekleşmiş olan teslimi ortadan kaldırmaz. **Koller**'e<sup>306</sup> göre, bu durumlarda da teslim, yüklenicinin arsayı fiilen terk ettiği anda gerçekleşir. Fakat kanaatimce tarafların teslimin geçerliliğini böyle bir bildirimle bağladıkları olayda, yine de teslimin fiili terk anında gerçekleştiğinin kabulü yerinde değildir.

### III. TESLİMİN HUKUKÎ SONUÇLARI

#### A. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, iş sahibine ait arsa üzerine, sözleşmeye uygun biçimde tamamlanmış (eksiksiz) ve ayıpsız bir yapıyı inşa edip, bunu sözleşmede belirtilen tarihte iş sahibine teslim etmektir<sup>307</sup>. Yüklenici ancak tamamlanmış ve ayıpsız bir eseri zamanında teslim edebilirse borca uygun davranmış olur. Bu nedenle inşaatın teslimi<sup>308</sup>, birçok hukukî sonuç doğurur.

Yüklenici, teslim borcunun muaccel olmasına rağmen yapıyı tamamlayıp teslim edememiş olabilir. Bu durum yüklenicinin temerrüdünü oluşturur. Borçlu temerrüdü, edimin zaman bakımından borç programına uygun olmamasını ifade eder. İnşaat sözleşmesi bakımında ifa, yapının teslimiyle gerçekleşir. Yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlayıp teslim edememesi durumunda, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulanır. Bu durumda iş sahibi teslim borcunun muaccel olduğu tarihten itibaren BK. m.126/b.4 hükmüne göre, yüklenicinin kasıtlı veya ağır ihmali olması durumunda 10 yıl, hafif ihmali olması durumunda ise 5 yıllık zamanaşımı süresi içinde aynen ifayı talep edebilir<sup>309</sup>. Yapının teslimiyle birlikte artık yüklenicinin temerrüdü ortadan kalkacaktır<sup>310</sup>.

Fakat çalışmamızda savunduğumuz üzere teslimin, inşaatın eksikliğine rağmen gerçekleşebileceği istisnai durumlarda, iş sahibinin bu eksikliklere yönelik ifa talebi

<sup>304</sup> **Zeltner**, s.112, 113; **Altış** (Eserin Telef Olması), s.84.

<sup>305</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.109, no:359.

<sup>306</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.109, no:359.

<sup>307</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.25, no:86; **Tandoğan** (ÖBİ. C.II), s.73; **Yavuz**, s.472.

<sup>308</sup> Buradaki teslim kavramı fiilî bir durumu değil, yukarıdaki esaslar kapsamında belirlenen hukukî anlamda teslim kavramını ifade etmektedir. Yoksa yüklenicinin inşaatı yarım bırakıp, anahtarları iş sahibine postalamasının teslimle bir ilişkisi yoktur.

<sup>309</sup> Zamanaşımı süresi BK. m.128 göre borcun muaccel olmasıyla başlar. Bu konuda bak. **Berti**, s.337.

<sup>310</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.617, no:2330; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.151, no:2941; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.9, no:16; **Frank** (Hafung), s.27.

genel hükümler gereğince devam edecektir. İş sahibi bu eksikliğin giderilmesini genel hükümlere göre talep edebileceği gibi, bunun yerine bedelde indirim hakkına kıyasen, eksikliğin giderilme masraflarını da talep edebilir.

Yüklenicinin işin icrası aşamasındaki özen borcuna aykırı davranışları teslim edilen<sup>311</sup> eserin ayıplı olmasına neden olmuşsa<sup>312</sup>, teslimden sonra iş sahibi, eserin ayıplı olması nedeniyle, doktrindeki hâkim görüşe göre sadece yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin Borçlar Kanununun 359 ve devamı hükümlerine başvurabilir<sup>313</sup>. Doktrindeki hâkim görüş gereğince, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, kendi içinde kapalı bir sorumluluk düzeni getirdiği için, iş sahibi teslim aldığı eserdeki ayıplar nedeniyle, sadece ayıptan sorumluluğa ilişkin bu özel hükümlere, bu hükümlerde belirtilen koşullarda başvurabilecektir<sup>314</sup>.

Fakat tamamlandığı bildirilen yapının, çalışmamızda savunduğumuz ölçüde ayıplı veya eksik olması durumunda, iş sahibinin uygun bir süre içinde bu yapıyı ifa olarak kabul etmediğini bildirmesi mümkündür<sup>315</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi kural

<sup>311</sup> Yüklenici tarafından inşa edilen yapının ayıplı olması durumunda, teslimin gerçekleşebilmesi için, ayıplı inşaatın, iş sahibi tarafından bu hâliyle ifa olarak kabul edilmiş olması veya kabul edilmek zorunda olması gerekir. Diğer bir ifadeyle iş sahibi kural olarak, ayıplı bir yapıyı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir.

<sup>312</sup> Yüklenicinin inşaatın icrası aşamasındaki özen borcuna aykırı bir davranışı yapının ayıplı olması dışında başka bir borca aykırılığa neden olmuşsa, meselâ yüklenici inşaatı özensiz yürüterek komşu taşınmazlara veya yüklenicinin diğer bir malvarlığı değerine zarar vermişse, bunlardan doğan zararın giderilmesi talebi, Borçlar Kanununun 96. maddesine bağlıdır. Bunun giderilmesi talebinin ayıptan sorumlulukla ve teslimle bir ilişkisi yoktur. Bu nedenle bu tip zararların tazmini talebi, muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmesine bağlı olmadığı gibi, eserin teknik anlamda kabulü de bu hakların düşmesine neden olmaz. Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.37, no:118; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.47, no:99. Karş. **Hager** (Werkmängel), s.44; **Gökyayla**, s.788.

<sup>313</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.615, no:2325 vd; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.296; **Neuenschwander**, s.86; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.88, no:2584; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.38, no:83; **Stotz**, s.172; **Bühler** (Beweislast), s.324; **Müller-Chen**, s.155, 328; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.128; **Öz** (Dönme), s.98; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.76. İsviçre Federal Mahkemesi kararları da bu yöndedir. Bak. BGE 117 II 553.

**Koller**e göre (BernKomm. Art.363 – 366), s.63, no:187 ve s.320, no:455; **Koller** (OR AT), s.438, no:7; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.534, no:54) iş sahibi, ayıplı eserden doğan ve Borçlar Kanununun 360. maddesinde düzenlenen hakların yerine, eserin ayıplı olmasından doğan bütün zararının (ayıp zararının) aynı Kanununun 96. maddesi gereğince tazminini, yüklenicinin kusurlu olması ve muayene – ihbar külfetlerinin yerine getirilmesi koşuluyla (ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi içinde) talep edebilir. Bu yönde: **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.7, no:15; **Klauser**, s.104 ve 162 vd; **Pedrazzini**, s.519. Bu görüşün kabul edilmesinin, yüklenicinin aleyhine olan bir yönü ve iş sahibinin sadece Borçlar Kanununun 360. maddesinde düzenlenen hakları kullanmaya zorlamanın haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Fakat yazar, 1995 yılındaki bir diğer eserinde ise örtülü olarak bu görüşe karşı çıkmaktaydı [**Koller** (Nachbesserungsrecht), s.5, no:8].

Satış sözleşmesindeki durum için bak. **Ernst**, s.255 vd; **Bähler**, s.7 vd; **Ginter**, s.156; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.10; **Neuenschwander**, s.78; **Schubiger**, s.47 vd.

<sup>314</sup> Fakat eserin tesliminden sonra, iş sahibinin eserdeki ayıbın giderilmesini talep etmesi durumunda, yüklenicinin eserdeki ayıbı giderme borcunda temerrüde düşmesi üzerine, iş sahibinin Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası ile borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlere işin niteliğine uyduğu ölçüde kıyas yoluyla başvurabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.479, no:1782; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.49 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.14, no:8; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.53, no:118; **Lenzlinger-Gadient**, s.110; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.21, no:41 vd; **Niquille-Eberle**, s.67; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.79.

<sup>315</sup> **Şenocak**, s.86, 87.

olarak ayıplı veya eksik (tamamlanmamış) eseri ifa olarak kabul etmek zorunda değildir<sup>316</sup>. Buna göre iş sahibi tamamlandığı bildirilen yapının, tesellümü reddedebilecek derecede ayıplı /eksik olması nedeniyle bunu ifa olarak kabul etmediğini yükleniciye bildirirse, artık teslim gerçekleşmiş sayılmaz. Böylece, ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümler değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır<sup>317</sup>.

Yapının teslimiyle birlikte, iş sahibinin eserin ayıplarını giderme ve eksikleri tamamlama hakkı sona erer<sup>318</sup>. Diğer bir ifadeyle teslimden sonra iş sahibinin yükleniciyi ayıpları gidermesi veya eksikleri tamamlaması için taşınmaza sokmaması, onu alacaklı temerrüdüne düşürmez.

Teslimin diğer hukukî sonuçları<sup>319</sup> ise, ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı sürelerinin işlemeye başlaması ve yapıya ilişkin hasar riskinin iş sahibine geçmesidir<sup>320</sup>. Bu sonucun kabulünde inşaatın eksik olmasının da bir önemi yoktur<sup>321</sup>. Bunun yanında, teslim zamanına kadar işlemiş bulunan cezaî şart alacağı, ancak teslim sırasında bunun saklı tutulmasına bağlı olarak devam eder. Diğer bir ifadeyle, teslim sırasında saklı tutulmamışsa, işlemiş cezai şart düşer.

## B. Bedel Borcunun Muaccel Olması

Teslimin diğer bir hukukî sonucu ise aksi kararlaştırılmamışsa, iş sahibinin bedel ödeme borcunun teslimle birlikte muaccel olmasıdır. Aksi açıkça kararlaştırılmamışsa, eserin ayıplı olması veya kabul ettiğimiz görüş gereğince bazı işlerin henüz tamamlanmamış olması durumunda da bedel borcunun tamamının

<sup>316</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.100, Art.363, no:315; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.7, no:15; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.15, no:16; **Lenzlinger-Gadient**, s.57; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.40; **Öz** (Dönme), s.173; **Ergezen**, s.67; **Günel**, s.415. Bu sonucun yazara göre iş sahibinin teslimden kaçınması, ancak eserin dönme hakkını sağlayacak derecede ayıplı olması durumunda mümkündür.

<sup>317</sup> **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.7, no:15; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.10, no:20.

<sup>318</sup> **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.49; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.101, no:320 ve s.111, no:367; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.5, no:15; **Klauser**, s.35.

<sup>319</sup> Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.100, Art.363; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.25, 73; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.17, no:36; s.59, no:130 ve s.109, no:243 vd; **Trümpy** (Abnahme und Genehmigung), s.105 vd; **Lenzlinger-Gadient**, s.58 vd; **Bögli**, s.100 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.42; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.114 vd; **Uçar** (Teslim), s.542.

<sup>320</sup> Borçlar Kanununun 368. maddesinin birinci fıkrasına göre, iş sahibi eserin tesliminde temerrüde düşerse, eserin kaza sonucu zarar görmesi veya yok olması (telef olması) riskini üstlenmiş olur. Bu hükmün uygulama koşulları hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.60 vd.

İnşaat sözleşmesinin tesliminde alacaklı (kabul) temerrüdünün gerçekleşme olasılığı kural olarak bulunmamaktadır. Fakat iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi nedeniyle inşaatın durması veya yüklenicinin ödemezlik defini kullanarak inşaatı durdurması nedeniyle inşaat süresinin uzaması durumunda, bu uzayan inşaat süresi içinde inşaattaki kaza sonucu hasar riskinin iş sahibine ait olduğu, ilgili hükmün kıyas yoluyla uygulanması sonucu kabul edilmektedir. Bak. ve Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.331, no:1191 vd.

<sup>321</sup> **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.83.

muaccel olduğu kabul edilmelidir<sup>322</sup>. Bunun sonucu olarak inşaatın hukukî anlamda teslimi gerçekleşince, inşaat ayıplı ve / veya eksik olsa bile, yüklenici bedelin tamamının ifasını talep edebilir. Fakat iş sahibinin ödemezlik def'ini kullanabileceği de gözden uzak tutulmamalıdır. Bu durumda iş sahibi, ayıbın giderilmesini veya eksikliğin aynen ifasını talep etmek suretiyle, bu ayıp/eksiklik giderilene kadar bedelin ayıbı/eksikliği karşılayan kısmını ödemekten kaçınabilir<sup>323</sup>.

Fakat iş sahibinin bedelde indirim hakkını seçmesi durumunda, zaten bedel, indirim oranında kendiliğinden düşeceği için, ödemezlik def'ine kural olarak yer yoktur. Fakat iş sahibinin, ayıptan veya eksiklikten doğan zararının (meselâ eksiklik giderilene kadar bağımsız bölümü kullanamamaktan doğan zararın) tazmini için ödemezlik def'ine başvurabileceği gözden kaçırılmamalıdır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ödemezlik def'inin kullanımı konusunda uygulamada bazı sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu özellikle eksikliğin

<sup>322</sup> Ayıp bakımından bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.630, no:2377 vd; **Gauch** (Vergütung), s.19; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.8, no:18; s.102, no:308; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.16, no:19 ve özellikle s.99, no:277; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.112, no:437; **Kolly**, s.80; **Lenzlinger-Gadient**, s.57; **Gehrer** (den Werklohn zurückzubehalten), s.305.

Aksi yönde: BGE 89 II 232, BGE 94 II 164, BGE 110 II 178. Bu kararlarda İsviçre Feredal Mahkemesi, bedel borcunun, eserin ayıpsız olarak teslimi hâlinde muaccel olacağını kabul etmek suretiyle, ödemezlik def'inin kullanılması için gerekli olan, borçlunun borcunun muaccel olması koşulunun bulunmadığını ileri sürmüştür. Buna göre teslim edilen eserin ayıplı olması durumunda yüklenici bedelin ifasını talep edemez, çünkü bedel muaccel olmamıştır. Federal Mahkemenin eleştirilen [**Gehrer** (den Werklohn zurückzubehalten), s.304; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.352, no:98] bu yaklaşımı Türk Doktrininde de bazı yazarlarca benimsenmektedir. Bak. **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.115.

Çalışmamızda savunduğumuz görüş gereğince eksik bir yapının da teslimi mümkün olduğu için, teslim üzerine iş sahibi, eksikliğin tamamlanabilmesi için gereken miktar için ödemezlik def'ini ileri sürebilir. Benzer bir durum kanaatimce, gecikme nedeniyle doğan zarar ve cezaî şart için de geçerlidir. İş sahibi işlemiş cezaî şart alacağı ve ortaya çıkan gecikme kararı için, ödemezlik def'ini ileri sürerek, bedelin bunu karşılayan kısmını ödemekten kaçınabilir. Aslında bu son durumda ödemezlik def'i ötesinde, takas hakkının kullanıldığından bahsedilmesi daha yerinde olur (Bedel para ise).

Ayrıca belirtelim ki doktrinde, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının zamanaşımına uğraması durumunda, ayıptan doğan hakların def'i yoluyla kullanabileceği kabul edilmektedir. Çünkü bir hakkın zamanaşımına uğraması, sadece onun dava edilebilirliğini ortadan kaldırmaz. Yoksa zamanaşımı, bu hakkı tamamen ortadan kaldırmaz.

Doktrindeki hâkim görüş gereğince Borçlar Kanununun satış sözleşmesinde satıcının ayıptan sorumluluğuna ilişkin 207. maddesinin ikinci fıkrasındaki "... alıcının satıcı tarafından aleyhine ikame edilen dâvaya karşı satılanın tesliminden itibaren bir sene geçmeksizin ihbar ettiği ayıptan dolayı def'i hakkı sene geçmekle sakıt olmayıp devam eder" hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, iş sahibinin ayıpları, ayıba ilişkin zamanaşımı (taşınır eserlerde 1 yıl, taşınmaz inşaatlarda 5 yıl, hileli ayıplarda 10 yıl) süresi içinde ihbar etmesi, söz konusu def'i hakkının varlığı için yeterli görülmektedir. Bu sonucun kabul edilebilmesi için, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun düşmemiş olması gerekir [Karş. **Ehrensperger**, s.57, 63]. Diğer bir ifadeyle, def'i hakkının varlığı, ancak muayene ve ihbar külfetlerinin zamanında yerine getirilmesiyle söz konusu olur. Yoksa bunun ötesinde muayene ve ihbar külfetlerinin (BK. m.359 gereğince) zamanında yerine getirilmemesine rağmen def'i hakkının bulunduğu ileri sürülmesi yerinde olmayacaktır. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.603, no:2288 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s. 131, no:391 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.108, no:296; **Tschütscher** (Verjährung der Mängelrechte), s.96, no:222 ve özellikle 163, no:371; **Tschütscher** (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht), s.247. Karş. **Şenocak**, s.240, 241.

<sup>323</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.352, no:98; **Brox**, s.88; **Gauch** (Werkvertrag), s.630, no:2377; **Guhl/Koller/Schnyder** / **Druey**, s.531, no:42; **Lenzlinger-Gadient**, s.154; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.31, 2244; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.102, 308; **De Feo**, s.170, no:409; **Trachsel** (Verantwortlichkeit des Bestellers), s.10, no:22; **Gehrer** (den Werklohn zurückzubehalten), s.305.

giderilmesi için gereken masrafların (ve varsa diğer tazminat ve cezai şart) tutarının ödemezlik def'i yoluyla yükleniciye verilmeyen bağımsız bölümün değerinden aşırı derecede düşük olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre meselâ, eksikliğin tamamlanması masrafları ile gecikme zararının toplamı sadece 5.000 – TL, fakat yükleniciye verilecek olan son bağımsız bölümün değeri ise 300.000 – TL ise, iş sahibinin 5.000 – TL için, 300.000 – TL tutarındaki bağımsız bölümü elinde tutması hakkaniyete aykırı görülebilir. Fakat aynı şekilde, iş sahibinin ellindeki tek teminatı, eksiklikler giderilmeden yükleniciye vermek zorunda bırakılması da hakkaniyete aykırıdır.

Buna göre hukukî anlamda teslim gerçekleşmekle birlikte, yapıda ayıplar veya eksikler<sup>324</sup> varsa iş sahibi, ödemezlik def'ini kullanarak, bunların giderilmesi için gereken miktarda bir arsa payının yükleniciye<sup>325</sup> temlikinden kaçınabilir<sup>326</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, yapının eksik ve ayıpları giderilene kadar, bunların giderilmesi için gereken ortalama masrafları karşılayan ölçüde bağımsız bölümü elinde tutabilir. Fakat Yargıtay'ın yerleşik ve kanaatimce de yerinde olan kararları gereğince arsa payı

<sup>324</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, bazı bölümler yükleniciye, bazı bölümler ise iş sahibine ait olacağından, yüklenici sadece iş sahibine kalacak bağımsız bölümler ile ortak alanların (çatı, merdiven boşluğu, çevre düzenlemesi, dış cephe, kazan dairesi, otopark, asansör vs.) tamamlanabilmesi için gereken masrafları karşılamak zorundadır. Farklı bir hesap biçimi için bak. **Erman** (İnşaat), s.77. Fakat burada vurgulanması gereken husus, iş sahibinin ortak alanların tamamlanma masraflarının tamamını talep edebileceğidir. Kanaatimce iş sahibinin, ortak alanların tamamlanma masraflarının sadece kendi arsa payı oranında ödenmesini talep edebileceğinin kabulü doğru değildir. Çünkü iş sahibinin ortak alanların tamamlanma masraflarının sadece kendi arsa payıyla sınırlı olarak talep edebileceğinin kabul edilmesi, gerçekte ortak alanların tamamlanamaması sonucunu doğurur. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin ifa menfaati tam olarak gerçekleşmez. Çünkü yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, ortak alanların sadece iş sahibinin arsa payı oranında tamamlamak değil, tümünü bitirmektir. Meselâ arsa paylarının %50 oranında paylaşılacağı arsa payı karşılığı bir inşaat sözleşmesinde, ortak alanların tamamlanabilmesi için 50.000 – TL gerektiği anlaşıldığında, Yargıtay'a göre iş sahibi sadece 25.000 – TL'yi talep edebilecektir. Bu durumda iş sahibinin, ortak alanları tamamlatabilmek için 25.000 – TL'yi şahsen karşılaması gerekecektir.

**15. HD. 14.09.2005, E. 2004/5982, K. 2005/4672:** "... mahallinde keşif yapılarak eksik imalat bulunup bulunmadığının incelenmesi varsa arsa sahibi Filiz'e ait bağımsız bölümlerde eksik imalatın bedeli ve binanın ortak alanlarında eksik bırakılan imalattan Filiz'in hissesine düşen miktarın belirlenerek Filiz'e ödenmesi şartıyla -birlikte ifa suretiyle- tescil kararı verilmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 27.09.2004, 470/4646:** "Ortak yerlerdeki eksik iş bedeli hesaplanırken davacı olarak yer almayan bağımsız bölüm maliklerinin paylarının dâhil edilmemesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 07.12.2004, E. 2111/6302:** "... ortak yerlerle ilgili hesaplanan eksik işler bedelinde davacının payı oranında isabet edecek miktar bulunup hükme esas alınması gerekirken tamamına hükmedilmesi yerinde görülmemiştir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 27.09.2005, 2790/5069:** "... Davada, ortak yerlerdeki eksik işler bedelinin ödenmesi talep edilmiştir. Bu durumda davacı, ortak yerlerden dolayı ancak tapudaki arsa payı oranında istekte bulunabilir. Bu husus gözardı edilerek bilirkişilerce saptanan eksik işler tutarının tümüyle hüküm altına alınması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **YHGK. 25.11.1987, 290/865** (İKİD. 1989, s.6314). Bu uygulamanın doğru olduğu görüşünde: **Erman** (İnşaat), s.183.

Bu sonuç iş sahibinin ifa menfaatini tam olarak sağlayamadığından, iş sahibinin ortak alanların tamamlanma masraflarının tamamını talep edebileceğinin kabul edilmesi gerekir Fakat bu durumda iş sahibinin masrafları almasına rağmen, inşaatı, özellikle de yüklenicinin de hak sahibi olduğu ortak alanları uygun bir süre içinde tamamlamazsa / tamamlamazsa, yüklenicinin buna ilişkin masrafları iş sahibinden geri alabileceği kabul edilmelidir. Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.352, no:574; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.624; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.306; BGE 128 III 418.

<sup>325</sup> Aynı sonuç, yüklenicinin alcağını devralan kişiler yönünden de geçerlidir.

<sup>326</sup> **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.81.

karşılığı inşaat sözleşmesinin özellikleri gereğince, yüklenicinin (veya ondan alacağı temlik alan üçüncü kişinin), ayıpların ve eksikliklerin giderilmesi için gereken masrafları (eksikliklerin / ayıpların giderilebileceği uygun sürenin sonuna kadar işleyecek olan gecikme tazminatı ve varsa cezai şartla birlikte) peşin olarak ödemeyi teklif etmeleri durumunda, iş sahibinin bunu reddetmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olacağı kabul edilebilir<sup>327</sup>. Mesela ayıp ve eksikliklerin giderilmesi için ortalama olarak 5.000 – TL gerektiği ortaya çıkarsa ve ayrıca iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı / uğrayacağı bütün zararların da peşin olarak ödenmesinin teklif edilmesi kaydıyla, mahkeme, iş sahibinin elindeki son bağımsız bölümün de yüklenici adına tesciline karar verebilmelidir<sup>328</sup>.

<sup>327</sup> Edime uygun ifa ilkesinin, dürüstlük kuralından yararlanarak kabul ettiğimiz bu istisnasının hukukî temeli eleştirilebilse de, kanaatimce vardığımız bu sonuç, hem hakkaniyete hem de usul ekonomisi ilkesine uygundur. Çünkü yüklenicinin bu yöndeki talebinin (teklifinin) iş sahibince reddedilmesinde, onun bakımından korunması gereken hiçbir hukuki yarar olmayacağından, böyle bir davranış hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Fakat yüklenici, borca aykırılığın giderilmesi için gereken bu masrafları peşin olarak Mahkeme vizesine depo etmezse, artık iş sahibinin ifa edilmeyen edimin değeri ne kadar küçük olursa olsun, sonuncu bağımsız bölümü ifa etmekten kaçınabileceği kabul edilmelidir.

<sup>328</sup> Bu görüşte: **Öz** (İnşaat), s.84; **Erman** (İnşaat), s.179.

**YHGK. 16.02.2005, 14–6/73:** "... eksik bırakılan bir iş varsa, ve bu eksiklikte pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelinin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır... Dosyaya sunulan bilirkişi raporu ile eksik bırakılan işler ve eksik işler bedeli de saptanmış olduğundan bu eksikliklerin giderilmesi veya bedelinin mahkeme vizesine depo edilmesi için Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi uyarınca davacılara önel verilerek sonuca göre bir karar verilmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr). **YHGK. 29.06.2005, 14–386/419:** "... Tescilin yapılabilmesi için yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmiş veya eksik kalan işlerin tamamlanabilecek düzeyde olması, yüklenici ya da halefleri tarafından tamamlanması gerekir..." (www.kazanci.com.tr). **YHGK. 04.02.1998, E. 1997/14–857, K.1998/67:** "... yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmesi, eksik bırakılan iş var ise bunun katlanılabilir oranda olup olmadığının tespit edilmesi, katlanılabilir oranda ise bu eksikliğin yüklenici veya halefi olan davacı tarafından tamamlanma olanağının bulunup bulunmadığının belirlenmesi, var ise tamamlattırılması veya bedeli belirlenerek bu bedelin arsa sahibine ödenmesi koşulu ile tescile karar verilmesi gerekir..." (İKİD. 1999, s.13997). **YHGK. 05.11.1997, 14–671/879:** "... yüklenici edimlerinin tamamını yerine getirmez ise, noksan kalan edimler pek cüz'i olur ve arsa sahiplerince bu miktarın paraya dönüştürülmesi sureti ile noksanlığın giderilmesi tahammül edilebilecek boyutlarda bulunabilirse bu noksanlığın para ile tamamlanması sağlanarak tescil isteme olanağı doğabilir..." (İKİD. 1998, s.13407).

**14. HD. 20.04.2007, 427/4637:** "... Yüklenici sözleşmeden doğan edimlerini tam olarak yerine getirmemişse, üçüncü kişi yüklenicinin ifa etmediği borçlardan sorumludur. Başka bir anlatımla, eserdeki eksik ve ayıplardan, koşulları varsa cezai şarttan, arsa sahipleri yararına sözleşmeden ve kanundan kaynaklanan diğer alacaklardan da kişisel hakkın ifasını isteyen üçüncü kişi sorumludur. Somut olayda, eksik ve ayıplı işler bedeli bilirkişiler tarafından tespit edilmiştir. Eksik ve ayıplı işlerin tüm bedelinden tescil isteyen üçüncü kişi-davacıların sorumlu tutulması yerine davacıların arsa payına karşılık gelen bedelin ödenmesi koşuluyla bağımsız bölümlerin davacılar adına tesciline karar verilmesi hatalıdır..." (www.kazanci.com.tr). **14. HD. 31.01.2006, E. 2005/10337, K. 2006/492:** "Yükleniciden temellük edilen kişisel hakkın dava edilerek arsa sahibine karşı ileri sürülmesi halinde mahkemece, tüm bu yönler üzerinde durulmalı, yüklenici, üçüncü kişi davacıya ancak hak kazandığını devir ve temlik edebileceğinden bu husus duraksamaksızın saptanmalıdır. Bütün bu araştırmalar sonunda eserin (binanın) arsa sahibinin reddedemeyeceği bir seviyeye getirildiği, ne var ki, yüklenicinin arsa sahibine gerek ayıp ve eksik işlerden, gerekse sözleşmede yer alan bazı hükümler sebebiyle sözleşme veya kanundan kaynaklanan nedenlerden dolayı borçlu bulunduğu ortaya çıkarsa yüklenicinin halefi olarak davacıya bunları yerine getirmek üzere uygun süre tanınmalı ya da olanaklı bulunursa karşılıkları para olarak depo ettirilerek depo edilecek tutar arsa sahibine ödenmek üzere (birlikte ifa kuralı) kişisel hakkın sonuçlarını meydana getirdiği düşünülüp istem kabul edilerek tescil hükmü kurulmalıdır..." (www.kazanci.com.tr). **14. HD. 14.03.2002, 1376/1818:** "... Somut olayda; Mahkemece mahallinde yapılan keşifte; binaların tamamında yapılan işlerin tamamına oranı (yani fiziki gerçekleştirme) % 95 ve sözleşmede arsa sahiplerine yapılması öngörülen işlerden, yapılanların yapılması gerekenlere oranı

Borçlar Kanununun 364. maddesine göre, sözleşmede inşaatın kısım kısım tesliminin ve her bir kısma ait bedelin o kısmın teslimi üzerine ifa edilmesinin kararlaştırılması hâlinde, her kısmın bedelinin o kısmın teslimi zamanında ödenmesi gerekir<sup>329</sup>. Fakat sözleşmede eserin kısımlar hâlinde değil de, bir bütün olarak tesliminin kararlaştırılmış olmasına rağmen, kat karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi, yapının birbirinden bağımsız bölümlere ayrılması mümkünse ve tamamlanan bir bölüm yukarıdaki gibi teslim edilmişse, kanaatimce iş sahibinin bu kısma ait bedeli ödeme borcu, aksi kararlaştırılmamışsa ancak inşaatın tamamının teslimiyle muaccel olur.

---

*ise (yani yüklenicinin edimi) % 98 olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda tespit edilen eksik işlerin tamamlanması veya parasal değerinin hesaplatılarak bu bedelin ödenmesi için davacıya mehil verilmesi gerekir. Diğer taraftan arsa malikleri, bir kısım eksikliğin kendileri tarafından yapıldığını savduklarına göre, bu savunmaları dikkate alınarak, gösterecekleri delilleri toplanmalı ve eğer yüklenici yerine tamamladıkları eksik iş var ise bunlarında bedeli tespit ettirilerek, bu bedelin de ödenmesinden sonra tescile karar verilmelidir...* (www.kazanci.com.tr) **14. HD. 11.10.2001, 5416/6603:** "... yüklenicinin herhangi bir sebeple inşaatı devam edememesi halinde yükleniciden daire alanların sözleşmeye uygun olarak inşaatı devam etmelerine arsa sahipleri bazen yazılı olarak muvafakat ettikleri gibi bazen de zımnen muvafakat etmiş olabilirler. Bu gibi hallerde inşaatın sözleşmeye uygun olarak yapılmış olması ve %95 ve onu aşan bir seviyeye ulaşması halinde, eksikliklerin tamamının parasal değerinin arsa sahiplerine ödenmesi koşulu ile tescil yoluna gidilebilir..." (www.kazanci.com.tr). Yargıtay %95'lik seviyeyi diğer bazı kararlarında da kabul etmiştir. Bu yönde: **14. HD. 20.09.2001, 4798/5758** (www.kazanci.com.tr); **14. HD. 24.03.1998, 173/2314** (www.kazanci.com.tr). **14. HD. 30.03.2001, 1350/2081:** "... Mahkemece, dava konusu taşınmazda eser sözleşmesi uyarınca tamamlanma oranı belirlenmiş, %5.5 oranında saptanan eksik işin katlanılabilir boyutta olduğu kabul edilerek, eksik bırakılan iş bedelinden davacı payına düşen orandaki kısmın depo edilmesi karşılığı tescile karar verilmiştir..." (www.kazanci.com.tr).

Bir kararda inşaatın %90'lık seviyesi, yeterli görülmemiştir. **14. HD. 10.04.2000, 2117/2315:** "... Yükleniciden pay alan üçüncü kişiler de ancak yüklenici edimini tam yerine getirdiğinde tescile hak kazanır. Somut olayda, inşaatı %10 oranında eksiklik, proje ve ruhsata aykırılıklar bulunmaktadır. Eksik işlerin yüzdesinin arsa sahiplerinin katlanabileceği boyutta olmaması ve binanın hukuka uygunluğunun sağlanmaması karşısında yüklenicinin şahsi hak kazandığı ileri sürülemez. Açıklanan hususlar göz önünde bulundurulmadan eksik iş bedeli depo ettirilerek davanın kabulü hatalıdır..." (www.kazanci.com.tr). Bu (%10'luk eksikliği yeterli görmeyen) yönde: **14. HD. 21.06.1999, 4040/4603** (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay bazı kararlarında, aynı sonuca yüklenici için de varmıştır. **15. HD. 25.11.2004, 6383/6023:** "... Arsa sahibi karşı dava açmakla birlikte yüklenici adına tescil edilecek dairelerin tapu kayıtlarının devrini eksik iş ve diğer alacak kalemlerinin ödenmesi şartına bağlı tutmuştur. Bu nedenle mahkemece arsa sahibinin belirlenecek alacağının ödenmesi şartıyla, yani birlikte ifa suretiyle tescil kararı verilmesi gerekirken, arsa sahibinin alacak haklarını teminatsız bırakacak şekilde sonuca varılması yerinde olmadığından karar bu nedenlerle de arsa sahibi yararına bozulmalıdır..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 18.05.2007, 535/2542** (www.kazanci.com.tr).

<sup>329</sup> Her bir kısma ilişkin hasardan sorumluluk, ilgili kısmın teslimiyle birlikte iş sahibine geçer. **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.181.

## **İKİNCİ BÖLÜM**

### **YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜN KOŞULLARI**

İnşaat sözleşmesinde iş sahibinin bedel ödeme borcunun sebebinin ve karşılığını, yapının inşası (tamamlanması) teşkil eder<sup>330</sup>. Yapının inşası (tamamlanması) için bedel taahhüt edilir. Fakat bu asli yükümlülüğünün ifa edilmiş sayılması, ayrıca yapı üzerindeki fiilî hâkimiyet olanağının iş sahibine devrine, yani yüklenicinin yapıdan tamamen ayrılması ve bunu iş sahibine bildirmesine bağlıdır<sup>331</sup>. Buna göre inşaat sözleşmesinde ifanın (aslı edim yükümlülüğünün) gerçekleşmiş olması, teslim anında inşaatın tamamlanmış olmasına bağlıdır. Aynı şekilde inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen, istisnaen henüz teslim edilmemiş olması da ifanın gerçekleşmediğini gösterir. ***Diğer bir ifadeyle yüklenicinin inşaatı tamamlamaması veya inşaatı tamamlamakla birlikte, teslimde gecikmesi yüklenicinin temerrüdüne neden olur***<sup>332</sup>. Çünkü bu iki durumda da ifa (aslı edim yükümlülüğü) henüz gerçekleşmemiştir. Çünkü yapı henüz tamamlanmışsa iş sahibi, yapının tamamlanması için vereceği uygun ek sürenin ardından, aynen ifadan, yani inşaattaki eksikliklerin giderilmesi (inşaatın tamamlanması) talebinden vazgeçerek müspet zararının veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir. Fakat istisnaen yüklenicinin yapıyı tamamlamasına rağmen, teslimde gecikmesi durumunda, artık iş sahibinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde alacaklının sahip olduğu özel haklara sahip olması söz konusu olamaz. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, tamamlanmış fakat tesliminde gecikilmiş bir yapı nedeniyle, sadece gecikmeden doğan zararının tazminini (ve kararlaştırılmışsa cezai şartı) talep edebilir<sup>333</sup>.

Tamamlanmış inşaatın tesliminde gecikme olması sık karşılaşılabilecek bir durum değildir. Fakat inşaatın teslim edilmemesi durumunda, yüklenicinin temerrüdünün doğumu bakımından, inşaatın tamamlanmış olması ile henüz tamamlanmamış olması arasında fark yoktur. Farklılık, bunların sonuçları bakımındandır. İnşaatın tamamlanması ve teslimi arasındaki bu farklılık nedeniyle, çalışmamızda yüklenicinin temerrüdü ifadesi, teslimdeki gecikme olarak kullanılmıştır. Bu durum ise çoğu zaman, inşaatın henüz tamamlanmadığını da gösterir.

Bu esaslara göre teslim gerçekleştirilmediği sürece, yüklenici borcunu ifa etmiş sayılmaz. Yüklenicinin temerrüdü, inşaatın tamamlanmasıyla değil, teslimiyle ortadan

<sup>330</sup> *Trachsel* (Nachtragsforderungen), s.110; *Scherrer* (Nebenunternehmer), s.10; *Öz* (Dönme), s.20.

<sup>331</sup> *Gauch* (Werkvertrag), s.27, no:92; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.367, no:631.

<sup>332</sup> *Bühler* (Werkvertrag), s.150, no:10; *Weber* (BernKomm Art. 97 – 109), s.382, no:33; *Gauch* (Werkvertrag), s.187, no:659; *Bögli*, s.247, no:415; *Frank* (Hafung), s.83; *Seibert* (Erfüllung), s.5, 6; *Koç*, s.5; *Tandoğan* (Mesuliyet), s.398; *Akkanat* (Temerrüt), s.6.

<sup>333</sup> Karş. *Gauch* (Werkvertrag), s.27, 93.



kalkar. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin üzerine aldığı bütün işleri tamamlamış olmasına rağmen, henüz anahtarları iş sahibine teslim etmemişse veya yapıyı henüz terk etmemiş ve böylece yapıyı iş sahibinin kullanmasına imkân verecek biçime getirmemişse, teslim gerçekleşmeyeceği için, yüklenicinin temerrüdünün sürdüğü kabul edilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, ancak iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümleri ve bunların yanında ortak kullanım alanlarını da tamamlamak ve teslim etmek suretiyle borcunu ifa etmiş sayılır<sup>334</sup>. Buna göre, yüklenicinin iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümleri tamamlamakla birlikte, ortak alanları tamamlamada temerrüde düşmesi durumunda da yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hakkında özel hüküm bulunmadığından, bu konuda Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümleri uygulanır<sup>335</sup>.

Yüklenicinin temerrüdü, teslim borcunun muaccel olmasına rağmen, inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesidir. Bu nedenle teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde, inşaatın belli bir tarihte belli bir seviyeye ulaşmasının kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde, buna aykırılığın veya yüklenicinin inşaata zamanında başlamamasının, inşaata ara vermesinin veya ifa etmeme iradesini açık ve kesin olarak ortaya koymasının bu bölümde incelediğimiz borçlu temerrüdüyle doğrudan bir ilişkisi yoktur<sup>336</sup>. Bu durumda Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenleme uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle, inşaat sözleşmeleri bakımından borcun muacceliyetinden önceki dönemde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler (BK. m.101 vd) uygulama alanı bulmaz<sup>337</sup>.

İş sahibi kural olarak ayıplı veya henüz tamamlanmamış bir yapıyı ifa olarak kabul etmek ve onu hukukî anlam teslim almak zorunda değildir. Buna göre iş sahibinin

---

<sup>334</sup> **Erman** (İnşaat), s.3.

<sup>335</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.187, no:658; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.203, no:14; **Bühler** (Werkvertrag), s.150; no:9; **Henninger** (Bauverzögerung), s.246; **Schenker**, s.163, no:435; **Erman** (İnşaat), s.55.

Teslim borcunun muacceliyetinden sonra, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası hükmü uygulanmaz. Çünkü bu hüküm, sadece muacceliyetten önceki dönemde gerçekleşen bazı borca aykırı davranışlarda uygulama alanı bulan özel bir hükümdür. Bu hüküm için bak. aşağı. § 13.

<sup>336</sup> Bunlar aşağıda, Dördüncü Bölümde, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasındaki açıklamalar içinde değerlendirilecektir.

Aynı şekilde yapının kısım kısım teslimi kararlaştırılmadığı sürece, yapının tamamının birlikte teslimi gerekir. Fakat yapının kısım kısım teslimi kararlaştırılmışsa, her bir kısmı teslim borcu, sözleşmedeki zamanda muaccel olacaktır. Yüklenicinin, sözleşmedeki kısım kısım teslim yükümlülüğüne aykırı davranarak, kısımları zamanında teslim edememesi durumunda ortaya çıkan hukukî sorunlarda Dördüncü Bölümde incelenmiştir.

<sup>337</sup> **Gauch/Schluap/Schmid/Rey**, s.22, :2168. Genel olarak borçlunun borcun muacceliyetinden önceki dönemde ifa etmeme iradesini açık ve kesin olarak ortaya koymasının hukukî sonuçları için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.83, no:223 vd.

böyle bir yapının teslimini reddetmesi, teslimden kaçınması durumunda, ifa gerçekleşmemiş sayılacak ve iş sahibi yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilecektir. Fakat hukukî anlamda teslim edilmiş bir inşaatın ayıplı veya eksik (henüz tamamlanmamış) olması hâlinde iş sahibi, artık yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvuramaz. Bu durumda artık ayıplar için Borçlar Kanununun 359 – 363 hükümleri uygulama alanı bulur. Fakat yapının eksikleri için, çalışmamızda kabul edildiği üzere, iş sahibi ayıptan doğan hakların kıyas yoluyla uygulanması sonucu söz konusu eksikler için aynen ifa veya bedelde indirim talebinde bulunabilir.

Yüklenicinin temerrüdünün söz konusu olabilmesi için<sup>338</sup>, öncelikle teslim borcunun muaccel olması ve ifası objektif olarak mümkün olan bu borcun henüz ifa edilmemiş olması gerekir. Bunun ardından kural olarak yüklenicinin iş sahibince ihtar edilmesi gerekir. Yüklenicinin temerrüdünün son koşulu ise, teslim borcunun ifa edilmemiş olmasının, objektif olarak borca aykırı bir davranış niteliğinde olmasıdır.

### § 3. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMESİ BORCUNUN MUACCEL OLMASI

#### I. GENEL OLARAK

Muacceliyet, borcun alacaklı tarafından istenebilir olmasını ifade eder<sup>339</sup>. Muacceliyetin inşaat sözleşmesi bakımından anlamı da, zaman itibarıyla artık iş sahibinin tamamlanmış olan yapının teslimini talep edebilmesidir<sup>340</sup>.

<sup>338</sup> Bu konuda bak. *Henninger* (Bauverzögerung), s.246; *Koller* (Verbindung), s.517 vd; *Bär*, s.3 vd; *Eren* (Genel Hükümler), s.1045 vd; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.911.

<sup>339</sup> *De Feo*, s.4, no:3; *Koller* (OR AT), s.43, no:1; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.22, no:58, s.23, no:61 ve özellikle s.91, no:242; *Schenker* (verspätete Erfüllung), s.47; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, s.236, no:3; *Wiegand* (recht, 1983/4), s.119; *Huguenin* (OR AT), s.104, no:628; *von Tuhr / Escher*, s.45; *Eren* (Genel Hükümler), s.1048. Çalışmamızda kabul ettiğimiz bu tanım, dar anlamda muacceliyet olarak kullanılmaktadır. Bu yönde: *De Feo*, s.12, no:26 vd; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.21, no:2161; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı*, s.32; *Akkanat* (Temerrüt), s.9. Geniş anlamda muacceliyet ise, alacaklının edimi talep edebilmesi ve borçlunun da ifa ile yükümlü olmasıdır. Bu görüşte: *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.274, no:97; *von Büren* (OR AT), s.366; *Bucher* (OR AT), s.305; *Keller/Schöbi*, s.214; *Schwenzer* (OR AT), s.46, no:7.17 ve özellikle s.444, no:65.06; *Tandoğan* (Mesuliyet), s.470; *Önen*, s.40; *Koç*, s.88 ve özellikle s.91. Muacceliyetin bu şekilde geniş anlamda kullanılması, borçlunun sahip olduğu bir def'i nedeniyle edimi ifadan kaçınabildiği hâllerde de muacceliyetin oluşmayacağı sonucunu doğurur. Karş. *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.274, no:97; *Weber* (BernKomm Art. 97 – 109), s.389, no:59; *Schraner*, s.254, no:190; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.276; *Wiegand/BaslerKomm*, s.577, no:4; *Bähler*, s.47, dn.205. *Havutçu* kavramsal olarak geniş anlamda muacceliyeti kullansa da, açıkça def'ilerin muacceliyeti önlemeyeceğini kabul etmek suretiyle, dar anlamda muacceliyeti benimsediğini açıklamıştır. *Havutçu*, s.24, 25. Baygın da aynı ifade tarzını kullanmıştır. *Baygın*, s.118.

Kanaatimce genel olarak muacceliyetin dar anlamda kullanılmasının yerinde olmasına rağmen, inşaat sözleşmelerinin uzun zamana yayılmış ve karmaşık yapısı nedeniyle ve konunun daha kolay bir biçimde açıklanabilmesinin sağlanması amacıyla, çalışmamızda borçlunun sahip olduğu bir def'i hakkına dayanarak edimi ifadan kaçınmasının teslim borcunun muacceliyetini doğrudan etkileyeceği kabul edilmiştir. Nitekim inşaat hukuku doktrini ve uygulamasında da aynı sonuca varılmaktadır. Bu konuda bak. aşa. § 3, II.

İş sahibinin ne zaman teslimi talep edebileceği konusunda, sözleşmede bir hüküm olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılması gerekmektedir.

### A. Muacceliyetin Sözleşmeyle Belirlenmiş Olması

İnşaat sözleşmelerinin konusunu teşkil eden yapının değerinin yüksek olması nedeniyle, genellikle sözleşmelerde yüklenicinin inşaatı tamamlayarak teslim etmesi gereken zaman<sup>341</sup> belirtilir<sup>342</sup>. Buna göre yüklenicinin inşaatı tamamlayarak<sup>343</sup> teslim etmesi gereken tarihin sözleşmede belirtilmiş olması durumunda, bu tarih teslim borcun muaccel olacağı, iş sahibinin tamamlanmış eserin teslimini talep edebileceği tarihi (Ablieferungstermin) belirleyecektir<sup>344</sup>. Bu tarihe kadar geçecek süre ise, teslim süresini (Ablieferungsfrist) ifade eder.

Muacceliyet açık bir vadenin (Termin) veya sürenin (Frist) belirlenmesiyle kararlaştırılabileceği gibi, ortalama bir biçimde de belirlenmiş olabilir<sup>345</sup>. Muacceliyetin ortalama bir biçimde belirlenmesi durumunda, somut olayın koşulları dikkate alınarak, tarafların farazî iradelerine uygun biçimde, kararlaştırılan ortalama sürenin dolmasıyla teslim borcunun muaccel olacağı kabul edilmelidir<sup>346</sup>.

<sup>340</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:646; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **De Feo**, s.168, no:404; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.255; **Erman** (İnşaat), s.55; **Öz** (Dönme), s.154; **Reisoğlu**, s.281.

<sup>341</sup> **Gauch**'un da haklı olarak belirttiği gibi süre, bedel ve işin nitelikleriyle birlikte inşaat sözleşmesinin ön önemli üç noktasından birini oluşturur. **Gauch** (Fristen und Termine), s.5; **Henninger** (Bauverzögerung), s.239; **Vygen / Schubert / Lang**, s.3, no:1; **Kaplan** (Süre Uzatımı), s.377.

<sup>342</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.45, no:155; **Henninger** (Bauverzögerung), s.239. Taraflar teslim / tamamlama borcunun muacceliyetini diledikleri gibi belirleyebilirler [**Gehrer** (Bauvertägen), s.90. Bu konuda ayrıca bak. **Gehrer** (Freiheit), s.183 vd.]. Belirlenen sürenin kısa veya uzun tutulması tamamen tarafların yetkisindedir. Yüklenici, sözleşmede belirlenen sürenin çok kısa olduğunu, inşaatın bu sürede tamamlanmasının kendisi için olanaksız olduğunu sonradan ileri süremez (Bak. SIA-Norm 118 standart kurallarının 95. maddesi). Sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenicinin, sözleşmenin yapılması aşamasında üzerine aldığı işin boyutlarını incelemesi ve bu işe uygun bir süreyi kabul etmesi gerekir. Bunu ihmal eden yüklenici, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadır. Karş. **von Büren** (OR BT), s.144; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.67.

<sup>343</sup> İnşaatın teslim edilebilmesi için, öncelikle yapının oluşturulması ve bunun için de belli bir süre gerekir. Bu süre çalışmamızda, inşaat hukuku doktrini ve uygulamasına uygun olarak inşaat süresi olarak anılacaktır.

<sup>344</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:646; **Gauch** (Fristen und Termine), s.6; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.261 vd; **Gehrer** (Bauvertägen), s.109; **Henninger** (Bauverzögerung), s.240; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.48; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.66; **Erman** (İnşaat), s.55.

<sup>345</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.258, no:21 vd.

<sup>346</sup> Aynı şekilde istisnaî olarak, inşaat sözleşmesinde yer alan süreye ilişkin kayıtların yorumundan, bunların bağlayıcı olmadıkları anlamı çıkarılabiliyorsa, yani inşaat sözleşmesinde yer alan süreye ilişkin kayıtların öngörü veya temenni biçiminde ifade edildiği sonucuna varılabiliyorsa, bu süreler bağlayıcı olmaz. Bu süreler, teslim borcunun muacceliyetini göstermez. Böyle hâllerde teslim borcunun muacceliyeti, ortalama bir değerlendirme sonucu belirlenir. Meselâ teslimin şubat ayı içinde yapılmasının öngörüldüğü veya tahmin ya da temenni edildiği sözleşme hükümleri, bu tür bir açıklık taşımaz **Bucher** (OR AT), s.358. Fakat bu durumlarda, sözleşmede yer alan bu tür hükümlerden de yararlanılır.

İnşaat sözleşmesinde yer almamakla birlikte, yüklenicinin kendiliğinden belirttiği, meselâ inşaatın 3 ay içinde tamamlanacağına ilişkin ifadelerinin de özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre gerek sözleşmede yer alan, gerekse de yüklenicinin kendiliğinden belirttiği süreye ilişkin hükümlerin bağlayıcı olup olmadıklarının tespitinde, bunların dürüstlük kuralı ışığında yorumlanmasından yararlanılır. Buna göre iş sahibi nezdinde, bunların bağlayıcı olduklarına ilişkin haklı bir güven olduğu sonucuna

Sözleşmede teslim yerine, inşaatın tamamlanması için muacceliyet zamanı (Fertigstellungstermin, Vollendungstermin), diğer bir ifadeyle sadece inşaat süresi kararlaştırılmış olabilir<sup>347</sup>. İnşaat sözleşmesinde inşaatın sadece tamamlanma tarihi belirtilmişse, inşaatın tamamlanması borcu, sözleşmede kararlaştırılan tarihte muaccel olacaktır<sup>348</sup>. İnşaatın tamamlanması, üstlenilen iş için gerekli bütün işlerin yapılmış olmasını ifade eder<sup>349</sup>. Bu şekilde inşaatın tamamlanması için tarafların bir süre veya vade kararlaştırmış olmaları durumunda, inşaatın belirlenen zamanda tamamlanmamış olması, diğer koşulların da bulunması kaydıyla, yüklenicinin temerrüdünü doğurur. Fakat bu tür durumlarda, teslim borcunun ne zaman muaccel olacağı sorusu akla gelmektedir. Bu durumda teslim borcunun ifası için bir vade/süre kararlaştırılmadığından, Borçlar Kanununun 74. maddesi<sup>350</sup> uygulama alanı bulur ve teslim borcunun, tamamlanmayla birlikte derhal muaccel olacağı sonucuna varılabilir<sup>351</sup>. Buna göre, sözleşmede sadece inşaatın tamamlanmasından bahsedilmiş ve bu bir süreye/vadeye bağlanmışsa, teslim borcu Borçlar Kanununun 74. maddesine göre, tamamlanma borcunun muaccel olmasıyla birlikte derhal muaccel olur, iş sahibi tamamlanmanın ardından derhal, teslimi talep edebilir.

Uygulamada özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi için belirlenen inşaat süresinin işlemeye başlamasının, idare tarafından verilecek bazı izinlere bağlandığı görülmektedir<sup>352</sup>. Bunlardan en sık görüleni inşaat (yapı)<sup>353</sup>, temel veya temel üstü (su basman) izninin (ruhsatının,

---

varılabiliyorsa, artık bu sürelerin bağlayıcı olduğu kabul edilmelidir. Bunun belirlenmesinde, kullanılan ifadeler dışında, bu süreye uyulmasının taraflar için taşıdığı ekonomik anlamın da dikkate alınması gerekir **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.229, no:107.

<sup>347</sup> Nitekim İsviçre’de uygulanan standart sözleşme koşullarının (SIA-Norm 118) 92. maddesinde, sözleşmeyle belirlenen sürenin, yüklenicinin üstlendiği inşaat için gereken bütün işleri yapması gereken süre (tamamlama süresi) olduğu ifade edilmiştir. Bu konuda bak. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.255 vd; **Gauch** (Fristen und Termine), s.7; **Walter** (Mehrkosten), s.125; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241.

SIA-Norm 118 madde 92: “Eser sözleşmesi, dolmasına kadar üstlenilmiş bütün işlerin yapılmış olması gereken süreyi içerir. Vade bu sürenin sonudur.”

Tamamlama veya teslim tarihi yanında, büyük inşaat işlerinde genellikle ara vadeler de kararlaştırılır. Bu ara vadeler, belirlenen tarihlerde inşaatın belli bir seviyeye gelmesi gerektiğini gösterir. **Gehrer** (Bauvertägen), s.110. Ara vadelere aykırılık hâlinde BK. m.358/I hükmü uygulama alanı bulacağından, bu konudaki açıklamalar aşağıda dördüncü bölümde verilmiştir.

<sup>348</sup> **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **Gehrer** (Bauvertägen), s.109.

<sup>349</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:651; **Gauch** (Fristen und Termine), s.7; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **Gehrer** (Bauvertägen), s.109; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241.

<sup>350</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının hükmü karşılayan 89. maddesine göre: “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukukî ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”

<sup>351</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.186, no:652; **Gauch** (Fristen und Termine), s.7; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.367, no:632; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241.

<sup>352</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.260, no:31; **Ozanoğlu**, s.66.

<sup>353</sup> İnşaat (yapı) ruhsatı, bir yapının İmar Kanunu, imar planı ve ilgili yönetmeliklere uygun olarak inşa edilebilmesi için gerekli belge ve projelerin usulüne uygun olarak tanzim edilmesi ve görülerek onaylanması sonucu oluşan yapı yapma hakkını belirleyen ve üzerinde binanın yapılacağı parselin ve binanın tanımları bulunan belediyenin ilgili birimince onaylanan resmi izin belgesidir.

vizesinin) alınmasıdır<sup>354</sup>. Fakat sürenin başlaması, arsanın yükleniciye teslimine, iş sahibinin yapacağı bildirimle, arsadaki binanın yıkılmasına, komşu taşınmazla olan sınır ihtilâfının çözülmesine veya kiracının tahliye edilmesi gibi bazı olaylara da

---

İmar Kanununun 22. maddesine göre, yapı ruhsatı almak için belediye, valilik(lere) yapı sahipleri veya kanuni vekillerince dilekçe ile müracaat edilir. Dilekçeye sadece tapu (istisnai hallerde tapu senedi yerine geçecek belge), mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projeleri, resim ve hesapları, röperli veya yoksa ebatlı kroki eklenmesi gereklidir.

<sup>354</sup> Bir inşaatın yapımında çeşitli aşamalarda idareden bazı izinlerin alınması gerekir. Bu izinler, İzmir Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinin “Yapı İzinleri” kenar başlıklı 73. maddesinde şöyle belirtilmiştir: “**A. Ruhsat Öncesi Alınacak İzinler – a) Yapı Yıkım İzni:** İmar Kanunu kapsamında işlem gören yıkılacak derecede tehlikeli yapılar ile koruma tescilli yapılar hariç olmak üzere, yeni inşaat yapma talebi veya başka bir nedenle yıktırılması öngörülen yapılar için, yapı sahibinin zorunlu olarak ilgili belediyesinden alması gereken izin belgesidir. Yıkım esnasında ve yıkım sonrasında komşu parsellere ve kamuya ait yerlere zarar verilemez. Yapı sahibi teknik sorumlu atamak suretiyle kamunun can ve mal güvenliğini sağlayacak tedbirleri almak zorundadır. Yeni inşaat yapmak için yapı ruhsatı almış yerlerde ayrıca yıkım izni alınmasına gerek yoktur. – **b) İstinat Duvarı İzni:** Parsel içinde istinat duvarı yapılması gereken hallerde; yapı denetim kuruluşu tarafından fenni mesuliyeti üstlenilmek kaydıyla, kot krokisi, ham yollarda yol profili, parselde ait vaziyet planı ve istinat duvarı betonarme projesi ile müracaat edilerek, belediyenin ilgili biriminden ruhsat alınması zorunludur. Bu tür parsellerde yapılacak binalara istinat duvarı tamamlanmadan önce hiçbir şekilde inşaat ruhsatı verilemez. İstinat duvarı yapılması gereken yerlerde, istinat duvarı izni, hafriyat izni ile birlikte verilir. – **c) Hafriyat İzni (Kazı İzni):** İnşaat ruhsatı alınmadan hafriyat yapılamaz. Ancak, inşaat ruhsatı alınmadan önce, mal sahibinin talebi halinde, zemin etüdü veya zemin iyileştirmesi (kazık v.b) yapılabilmesi amacıyla, fenni mesuliyetin üstlenilmesi kaydıyla, kazı ve zemin iyileştirme projesine dayanılarak, ilgili belediyesince hafriyat izni verilir. Yapı sahibi, yapı müteahhidi, varsa şantiye şefi, kazıda ve inşaat çukurlarından doğan her türlü kazalardan ve zararlardan sorumlu olup, yol yapılarını, teknik alt yapıları ve komşu parsellerdeki yapıları tehlikeye sokmayacak önlemleri almak zorundadırlar. Kazı toprağı ve molozlarının yolları kirlenmemeleri, belirlenmiş döküm yerlerine dökümünün sağlanması, yapı sahibinin, müteahhidin ve şantiye şefinin sorumluluğundadır. Aksi davranışlar hakkında İmar Kanununun 40. ve 42. Maddeleri uygulanır. – **d) Vaziyet Planı Onayı:** Bir parselde birden fazla bina yapılması halinde, inşaat ruhsatı öncesi, arsa ölçü krokisi ve plankote dikkate alınarak binaların konumu ile boş alanların düzenlenmesini gösterir vaziyet planı hazırlanır ve buna göre düzenlenmiş aplikasyon krokisi ile birlikte ön olur alınır. Uygulama projeleri ön oluru alınan vaziyet planı ve aplikasyon krokisine göre hazırlanır.

**B. Ruhsat Sonrası İzinler: a) Aplikasyon Vizesi:** Kadastro aplikasyon krokisine uygun aplike edilerek, sınırları belirlenmiş arsa üzerine, harita mühendisi tarafından, yapılacak yapının veya yapıların aplikasyonu yapılır ve ilgili belediyesine müracaat edilir. Belediye tarafından kontrolü yapıldıktan sonra hazırlanan yapı yeri uygulama krokisinin, karşılıklı onayı ile yapının devamına izin verilir. – **b) Temel Vizesi:** Ruhsatlı yapının temel betonu dökülmeden önce; ilgili yapı denetim kuruluşunun denetiminde ruhsatlı yapının aplikasyonu yapıp, inşaat hafriyatı yapıldıktan, temel demir montajı yapıldıktan, çevre ve arsa emniyeti sağlandıktan sonra, yapı sahibi tarafından belediyesine yazılı olarak başvurulur. Belediyeince, yapının temelinin aplikasyon krokisine göre doğru aplike edilip edilmediği ve demir montajının uygulama projesine uygun yapıp yapılmadığı tutanakla belirlenerek, uygun ise veya uygun duruma getirilmesi halinde beton dökme ve inşaatı devam etme izni verilir. Temel kontrolü yapıp, vizesi alınmadan üst katlara devam edilemez. İki yıl içinde temel vizesi yapılmadığı takdirde ruhsat hükümsüz kalır. – **c) Su Basman Vizesi:** Temel vizesi yapılarak inşaatı devam etme izni almış olan parsellerde, su basman kotu seviyesindeki döşeme betonu döküldükten sonra, yapı sahibi, yapı denetim kuruluşunun onayını alarak belediyesine beton numunesi laboratuvar raporları ve demir tutanaklarının ekli olduğu dilekçe ile başvurur. Bu seviyeye kadar yapılan imalatın uygulama projelerine ve daha önceki kontrollere uygunluğunun tespit edilmesi ile inşaatın devamına izin verilir. Uygun olmayan imalatlar düzeltilmeden inşaatın devamına izin verilmez. Su basman vizesi alınmadan üst katlara devam edilemez. Aksi takdirde İmar Kanununun 32. ve 42. maddelerine göre işlem yapılır. – **d) Isı Yalıtım Ve Kaba İnşaat Vizesi:** Yapının kaba inşaatı ikmal edilip, sıvaları yapılmadan önce ilgisinin belediyesinden ısı yalıtım ve kaba inşaat vizesi alması zorunludur. Yapı denetim kuruluşu ve varsa şantiye şefi tarafından her kat beton dökümünde numune alınması, demir kontrolü yapılması ve bu durumun hepsinin imzasını içeren bir tutanakla belirlenmesi zorunludur. İnşaatlarda hazır beton kullanılacaktır. Ayrıca, yapı denetim kuruluşu tarafından yapının onaylı ısı yalıtım projesine göre yapıp yapılmadığı denetlenerek rapor hazırlanacaktır. İlgili yapı denetim kuruluşu tarafından yapının kaba inşaatı ikmal edilip, sıvaları yapılmadan önce mahallinde incelenip, rapor hazırlanır ve yapı denetim mevzuatında belirtilen belgeler ile birlikte belediyenin ilgili birimine başvurularak, kaba inşaat ve ısı yalıtım vizesi alınır.”

bağlanabilir<sup>355</sup>. Bu durumda sürenin bağlandığı olayın gerçekleşmesiyle inşaat süresi başlayacak ve belirlenen sürenin sonunda teslim borcu muaccel olacaktır<sup>356</sup>. Fakat hemen belirtelim ki, sürenin işlemeye başlayacağı zamanı belirten olayın, yüklenicinin bir fiilini gerektirmesi ve bunun belli bir süre içinde yapılması gerektiği kararlaştırılmışsa, teslim süresi, bu sürenin dolmasıyla işlemeye başlayacak ve inşaat süresinin dolmasıyla teslim borcu muaccel olacaktır. Meselâ yüklenicinin sözleşmenin kurulduğu tarihten itibaren 3 ay içinde temel üstü iznini alması<sup>357</sup> gerektiği ve teslim borcunun, vizenin alınmasından itibaren 36 ay sonunda muaccel olacağı kararlaştırılmışsa, söz konusunu idarî izin 3 ay içinde alınmamış olsa bile, 39. ayın sonunda teslim borcu muaccel olur. Fakat bu olayda yüklenici 2. ayda bu izni almışsa, teslim borcu 38. ayda muaccel olacaktır.

İnşaat süresinin yüklenicinin belli bir fiiliyle başlayacağı kararlaştırılmasına rağmen, bu fiilin hangi süre içinde gerçekleştirileceği / gerçekleştirilmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmamışsa, ciddi sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ilk olarak belirtilmesi gereken, teslim borcunun muacceliyetinin, sürenin bağlandığı olayın fiilen gerçekleşme tarihine göre belirleneceğidir. Meselâ uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi yapının, temel üstü izninin alındığı tarihten itibaren 36 ay içinde tamamlanarak teslim edileceği kararlaştırılmış ve bu izin 4 ay sonra alınmışsa, inşaatın tamamlanarak teslimi borcu, sözleşmeden itibaren 40. ayın dolmasıyla muaccel olacaktır. Fakat bu tip durumlarda özel olarak incelenmesi gereken husus, yüklenicinin örtülü olarak kendisine verilen süreyi belirleme yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığıdır. Meselâ bu olayda yüklenici temel üstü iznini 20. ayın dolmasıyla almışsa, teslim borcunun 56 ayın dolmasıyla muaccel olacağı ileri sürülmesi, yüklenici bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir<sup>358</sup>. İlk 20 ay hiçbir faaliyette bulunmayarak temel üstü izninin alımını 20. aya kadar geciktiren yüklenicinin, teslim borcunun 56. ayda muaccel olduğunu ileri sürmesi kanaatimce hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda yapılması gereken iş, somut olaydaki türden bir inşaatın temel üstü izninin alınabileceği ortalama bir sürenin belirlenerek, bu tarihe 36 ayın eklenmesiyle teslim borcunun muaccel olacağı tarihin tespit edilmesidir. Diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcunun, makul ve iyiniyetli bir

<sup>355</sup> Böyle bir hüküm açıkça kabul edilmemişse, inşaat süresinin, sözleşmenin kurulmasıyla birlikte başlayacağı ve bu sürenin dolması üzerine teslim borcunun muaccel olacağı kabul edilmelidir.

<sup>356</sup> Bu durumda yüklenicinin temerrüdü için ihtara gerek olup olmadığı konusunda bak. aşa. § 6, II, A.

<sup>357</sup> Çalışmamızda verilen örneklerde, sürenin işlemeye başlayacağı ve yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi gereken fiil, uygulamada sıklıkla görüldüğü için, temel üstü izninin alınması olarak kullanılmıştır. Fakat taraflarca, yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi gereken ve sürenin başlangıcı olarak kabul edilen meselâ inşaat izninin alınması, arsadaki binanın yıkılması, eski kiracının tahliyesinin sağlanması veya arsaların birleştirilmesi gibi işler de aynı sonuçlar geçerlidir.

<sup>358</sup> Hemen belirtelim ki, iznin gecikmiş olması her zaman böyle bir sonuca varılmasını gerektirmez. Meselâ yüklenicinin ortalama olarak uygun bir süre içinde idareye başvurmasına rağmen, izin idarî sebeplerle gecikmesi durumunda, hakkın açıkça kötüye kullanıldığından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde temel üstü izninin alınması için gereken ön hazırlık faaliyetlerinin iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle veya mücbir sebeplerle gecikmesi durumunda da benzer bir sonuca varılması gerekir.

yüklenicinin somut olaydaki koşullar gereğince temel üstü vizesini alabileceği ortalama bir sürenin sonunda işlemeye başlayacak inşaat süresinin sonunda muaccel olacağı kabul edilmelidir. Meselâ bu olay bakımından temel üstü izninin alınması için ortalama olarak 4 aylık bir sürenin makul olduğu tespit edilirse, yüklenici fiilen 20. ayda almış bile olsa, yapının teslim borcunun sözleşmeden itibaren 40. ayda muaccel olacağı kabul edilmelidir<sup>359</sup>.

Sözleşmede taraflara bu yönde bir yetki verilmemişse, ne yüklenici ne de iş sahibi tek taraflı olarak süreyi değiştirebilir<sup>360</sup>. Fakat taraflar, gerek muacceliyetten önce sürenin uzatılması, gerekse de sonra teslim tarihinin değiştirilmesi hakkında yeniden anlaşabilirler<sup>361</sup> veya gecikmenin sonuçlarını düzenleyebilirler<sup>362,363</sup>.

## B. Muacceliyetin Sözleşmeyle Belirlenmemiş Olması

### 1. Genel Olarak

Teslim borcunun muacceliyeti hakkında sözleşmede herhangi bir açıklık bulunmayan istisnaî durumlarda, Borçlar Kanununun 74. maddesi uygulama alanı bulur<sup>364</sup>. Bu hükme göre vade belirlenmediği veya işin mahiyetinden aksi anlaşılmadığı takdirde, borcun hemen ifa ve derhal icrası talep olunabilir. Görüldüğü gibi bu hükümde

<sup>359</sup> Bu durumda yüklenicinin temerrüdü için ihtara gerek olup olmadığı konusunda bak. aşa. § 6, II, A.

<sup>360</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.11. Karş. **Higi** (Einseitige Vertragsänderungen), s.441 vd.

<sup>361</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.310 vd. Borçlar Kanununun 79. maddesine göre “*borcun ifası için tayin olunan ecel uzatılmış ise yeni mehil, aksi şart edilmedikçe evvelki mehlin hitamını takip eden birinci günden başlar.*”

<sup>362</sup> Fakat bu tür bir değişikliğin, eğer inşaat sözleşmesi yazılı olarak yapılmışsa, Borçlar Kanununun 12. maddesine göre yine yazılı biçimde yapılması gerekir.

<sup>363</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:650; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.24, no:2195. Tarafların sonraki anlaşmalarının neye ilişkin olduğunun belirlenmesi çok önemlidir. Çünkü tarafların sonraki anlaşmaları teslim süresinin uzamasına yönelik olabileceği gibi, sadece zamanında ifa edememenin sonuçlarının düzenlenmesine yönelik de olabilir. **Koller**e göre, somut olaydaki anlaşmanın neye ilişkin olduğunun net olarak anlaşılabilmesi ve bu konuda bir şüphe oluşması hâlinde, tarafların süreyi uzatmak yerine, sadece temerrüdün sonuçlarını düzenledikleri kabul edilmelidir. Yazar bu düşüncesini bir örnekle somutlaştırmaktadır. Buna göre, Mart ayının sonunda teslimi gereken bir eserin zamanında tamamlanamayacağını anlaşılmaması üzerine, yüklenici iş sahibine eserin ancak 10 Nisan tarihinde teslim edilebileceği bildirir ve iş sahibi de buna onay verirse, şüphe hâlinde iş sahibinin sadece Borçlar Kanununun 106. maddesinin ikinci fıkrasındaki haklarını o tarihe kadar kullanmayacağını bildirdiği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle teslim borcu yine Mart’ın sonunda muaccel olacak, fakat iş sahibi 10 Nisan’a kadarki dönem için sadece gecikme tazminatı talep edebilecektir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.370, no:647]. Kanaatimce yazarın bu görüşü kabul edilmemelidir. Çünkü iş sahibi, yüklenicinin böyle bir teklifini kabul etmek zorunda değildir. İş sahibi, yüklenicinin teklifini kabul etmekle, yüklenici nezdinde sürenin (muacceliyetin) uzadığı izlenimi yaratmaktadır. Bu nedenle kanaatimce şüphe hâlinde sürenin uzadığı, bunun sonucu olarak da verilen örnekte, yüklenicinin ancak 10 Nisan’da eseri teslim etmezse temerrüde düşeceği kabul edilmelidir.

Aynı şekilde yukarıdaki örnekte iş sahibinin açıkça temerrütten doğan haklarının saklı kalması koşuluyla 10 gün gecikmeli ifaya rıza göstermesi durumunda ise, edimin gecikmiş ifasına verilen rıza, açıkça ifade edilmemişse, 106. maddenin birinci fıkrası anlamında ek süre sayılamaz. Fakat somut olayın özellikleri gereğince, 106. maddenin birinci fıkrası anlamında ek süre verildiği sonucuna varılabilen hâllerde, iş sahibi bu sürenin de dolması ve ifanın henüz gerçekleşmemiş olması durumunda, derhal aynen ifadan vazgeçebilir. Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.370, no:647.

<sup>364</sup> **Gehrer** (Bauverträgen), s.109; **Eren** (Genel Hükümler), s.908.

kural olarak borcun derhal muaccel olacağı düzenlenmiştir. Fakat işin niteliği aksi bir sonuca varılmasını gerektiriyorsa, bu kural uygulanmayacaktır<sup>365</sup>.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin ediminin belli bir süre içinde gerçekleştirilecek olması nedeniyle, işin niteliğinin aksi bir sonuca varılmasını gerektirdiği ve yüklenicinin eseri teslim borcunun derhâl muaccel olmayacağı kabul edilmelidir. Buna göre inşaat sözleşmesinde teslim borcu, inşaatın hazırlanabilmesi için yüklenicinin ihtiyaç duyduğu, işin niteliği ve somut olayın özelliklerine uygun bir inşaat süresinin sonunda muaccel olacaktır<sup>366</sup>.

Buna göre teslim borcunun muacceliyeti, iki farklı noktanın belirlenmesini gerektirir. İlk olarak yüklenicinin ne zaman inşaata başlaması gerekir? İkinci olarak ise işin tamamlanması için gereken süre nedir? İşte teslim borcunun muacceliyeti, bu iki sürenin bileşiminden oluşacaktır<sup>367</sup>.

## 2. Yüklenicinin İnşaata Başlaması Gereken Zamanın Belirlenmesi

İnşaatın teslimi borcunun muacceliyeti hakkında sözleşmede bir hüküm bulunmaması durumunda, bu borcun muacceliyetinin belirlenmesi bakımından ilk tespiti gereken husus, yüklenicinin inşaata başlaması gereken zamandır.

Yüklenicinin inşaata başlaması gereken zaman, sözleşmeyle belirlenmiş olabilir. Bu ihtimalde, ortalama bir çalışma temposuyla inşaatın tamamlanabilmesi için gereken inşaat süresinin bu tarihe eklenmesiyle teslim borcunun muacceliyeti bulunacaktır.

Fakat sözleşmede yüklenicinin inşaata başlama tarihi belirlenmemiş ve somut olayın özellikleri ve tarafların farazi iradelerinden aksi anlaşılamiyorsa, yüklenicinin, işin niteliği gereği gereken hazırlık süresinin ardından derhal inşaata başlaması gerekir<sup>368</sup>.

## 3. İnşaatın Tamamlanması İçin Gereken Sürenin (İnşaat Süresinin) Belirlenmesi

Teslim borcunun ne zaman muaccel olacağının belirlenmesinde, yüklenicinin inşaata başlaması gereken zamanın tespiti yeterli değildir. Bunun ardından, inşaatın tamamlanma süresinin de (inşaat süresinin) tespiti gerekecektir. Buna göre teslim borcunun muacceliyetine ilişkin bir hüküm içermeyen inşaat sözleşmelerinde bu borç,

<sup>365</sup> *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.270, no:80; *Honegger*, s.32; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.25, no:2205; *Koller* (OR AT), s.50, no:30; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.371, no:650, 651; *Henninger* (Bauverzögerung), s.240; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, s.237; *Schumacher* (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.259; *Öz* (Dönme), s.154.

<sup>366</sup> *Vygen / Schubert / Lang*, s.15, no:26; *Gautschi*, s.47, no:6a; *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.270, no:80 ve s.273, no:93; *Gauch* (Werkvertrag), s.185, no:649; *Gauch* (Fristen und Termine), s.6; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.276; *Bucher* (OR AT), s.306; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.372, no:654; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.25, no:2205; *Schenker* (verspätete Erfüllung), s.48; *Gehrer* (Bauvertägen), s.108; *Zevkliler/Havutçu*, s.312; *Erman* (İnşaat), s.56; *Ozanoğlu*, s.67.

<sup>367</sup> *Koller* (OR AT), s.50, no:30; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.66; *Dirican*, s.11.

<sup>368</sup> *Gauch* (Fristen und Termine), s.6; *Henninger* (Bauverzögerung), s.240; *Koller* (OR AT), s.51, no:31; *Bögli*, s.246, dn.105; *Erman* (İnşaat), s.71.



yüklenicinin inşaatı başlatması gereken tarihten itibaren ortalama bir inşaat süresinin sonunda muaccel olacaktır.

Sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmaması durumunda inşaatın tamamlanması için gereken sürenin belirlenmesinde, somut olayın bütün koşulları dikkate alınır. Buna göre özellikle inşaatın yapısı ve boyutları belirleyici rol oynar. Çünkü tek katlı bir yapı ile bir barajın inşaatının süresi aynı olmayacaktır.

Bunun ardından, sözleşmede aksine bir hüküm yoksa somut olaydaki yüklenicinin iş sahibi tarafından da bilinen özellikleri dikkate alınarak, ortalama bir iş temposuyla işi tamamlaması gereken sürenin belirlenmesi gerekir<sup>369</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanması için gereken süre, somut olaydaki yüklenicinin iş sahibi tarafından bilinen özellikleri de dikkate alınarak, gecikmeksizin ve ara vermeksizin, tekniğin bilinen kuralları kullanılarak<sup>370</sup>, ortalama bir alet edevat ve iş gücüyle işi sürdürmesi durumunda işin tamamlanıp teslim edilebileceği ortalama sürenin belirlenmesiyle bulunur<sup>371</sup>. Teslim borcu, bu şekilde yapılacak bir hesaplamayla belirlenen ortalama sürenin sonunda muaccel olacaktır. Fakat inşaat sözleşmede işin temposuna ilişkin bazı hükümler varsa, inşaatın tahmini süresi, bu veriler de dikkate alınarak belirlenir. Meselâ inşaatın geceli gündüzlü iki vardiya çalışmayla yapılacağı veya en az 30 işçi ve belirli sayıda ve özellikte teknik donanımla yapılacağına kararlaştırılmış olması hâlinde, çalışma temposunun belirlenmesinde bu verilerden yararlanılacaktır.

Teslim borcunun muacceliyetinin bu şekilde belirlenmediği durumlarda, yüklenicinin temerrüde düşmesi için iş sahibinin ihtarı da ayrıca gerekecektir.

Ortalama inşaat süresinin bu biçimde belirlenmesinde, olağanüstü olaylar dikkate alınmaz. Diğer bir ifadeyle bu ortalama süre, somut olayın özellikleri ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak, sözleşmenin yapıldığı zaman itibarıyla, yani önceden (ex ante) bir değerlendirmeye sadece olağan koşullar göz önünde tutularak belirlenir. Bu nedenle bu tür bir ex ante değerlendirmeye belirlenen tamamlanma süresi için, doktrinde olağan tamamlama süresi (ordentlicher Fertigstellungstermin) terimi kullanılmaktadır<sup>372</sup>. İnşaatın tamamlanma süresinin (borcun muacceliyetinin) belirlenmesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve inşaatın zamanında tamamlanmasına engel olan sebepler dikkate alınmaz. İş sahibi tamamlama / teslim süresini sözleşme başında hesaplamaya yetkilidir. Bu durumda

<sup>369</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.373, no:660; **Koller** (OR AT), s.51, no:32; **Gautschi**, s.253, no:4b; **Henninger** (Bauverzögerung), s.240; **Bögli**, s.246, dn.105; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.72.

<sup>370</sup> Bu kavram için bak. **Tausky**, s.180 vd; **Briner**, s.242 vd.

<sup>371</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:649; **Gauch** (Fristen und Termine), s.6; **Bühler** (Werkvertrag), s.148, 149; no:5; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.372, no:654 vd; **Gehrer** (Bauvertägen), s.108. Bu yönde: BGE 113 II 517; **Henninger** (Bauverzögerung), s.240.

<sup>372</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.373, no:659.

teslim borcu, sözleşmenin başındaki koşullara göre yapılan bir değerlendirmeye belirlenecektir<sup>373</sup>. Fakat sonradan ortaya çıkan sebeplerle bu süreye uyulamazsa, çalışmamızda savunduğumuz görüş gereğince inşaat sözleşmelerine özgü bir sonuç olarak inşaat süresi ve bu arada borcun muacceliyeti uzayacaktır.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bu biçimde belirlenen sürenin sonunda öncelikle iş sahibinin muacceliyet ihbarında bulunması gerekir<sup>374</sup>. Hukukî olarak ihtar sayılmayan bu bildirimden borcun muaccel olacağı ve ifa gerçekleşmezse, iş sahibinin ihtar üzerine yüklenicinin temerrüde düşeceği ileri sürülmüştür. Bu görüşteki yazarlara göre, inşaatın tamamlanması için gereken ortalama hazırlık süresinin dolması, teslim borcunu kendiliğinden muaccel hâle getirmez, iş sahibinin ayrıca ifayı talep etmesi de gerekir.

İş sahibine iki ayrı külfet yükleyen ve kanaatimce hukukî temeli bulunmayan bu görüş kabul edilmemelidir. Çünkü Borçlar Kanununa göre edimin ifası için bir vade kararlaştırılmamışsa, borcun muacceliyeti somut olayın özelliklerine göre belirlenir. Bu biçimde bir belirleme muacceliyet için yeterlidir. Buna ek olarak alacaklının bir muacceliyet ihbarında bulunması Kanunen aranmamıştır.

## II. İNŞAAT SÜRESİNİN (Teslim Borcunun Muacceliyetinin) UZAMASI

Sözleşmede belirlenen tamamlama / teslim süresi veya sözleşmede böyle bir açıklık olmamasına rağmen, bunun yukarıda belirtildiği gibi tespit edilmesiyle ortaya çıkan teslim süresi, teslim borcunun muaccel olacağı tarihi gösterir. Teslim borcunun muacceliyeti, sözleşmede bir hüküm yoksa yukarıda belirtildiği gibi, önceden yapılan (ex ante) ve sadece normal koşulların dikkate alındığı bir değerlendirmeye belirlenir. Bu nedenle gerek sürenin sözleşmede belirtildiği, gerekse de bu biçimde yapılan değerlendirmeye belirlendiği durumlar için, **olağan tamamlama / teslim süresi** (ordentlicher Fertigstellungs – Ablieferungstermin) kavramından bahsedilmektedir<sup>375</sup>. Bu süre, inşaat sözleşmesiyle taraflara sürenin uzatılması konusunda bir yetki verilmemişse veya taraflar sonradan sürenin uzatılması konusunda anlaşmadıkça kural olarak uzamaz<sup>376</sup>. Bu süreye uyulmaması, yüklenicinin temerrüdünü doğurur<sup>377</sup>.

Fakat inşaat sözleşmesiyle belirlenen veya sözleşmede böyle bir hüküm bulunmaması nedeniyle ortalama bir çalışma temposu dikkate alınarak belirlenen teslim süresine (muacceliyete), sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle uyulamayabilir. Borçlar Kanunumuzda, Alman Medenî Kanununda da olduğu gibi, inşaatın

<sup>373</sup> Örtülü olarak bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:649.

<sup>374</sup> **Öz** (Dönme), s.155; **Erman** (İnşaat), s.56, dn.2; **Ergezen**, s.99; **Dirican**, s.11. Bu sonuncu yazar, yüklenicinin temerrüdünün koşullarını incelerken, örtülü olarak böyle bir ihbara gerek olmadığını kabul etmiştir. **Dirican**, s.42.

<sup>375</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.374, 375; **Koller** (OR AT), s.44, no:4.

<sup>376</sup> **Henninger** (Bauverzögerung), s.242, 252.

<sup>377</sup> **Henninger** (Bauverzögerung), s.247.

oluşturulması için uzunca bir sürenin gerektiği dikkate alınarak, bu süre içinde ortaya çıkan ve inşaatın durmasına veya yavaşlamasına neden olan etkenlerin, yapının tamamlanarak teslimi borcunun muacceliyetine etkisi hakkında hiçbir hüküm bulunmamaktadır<sup>378</sup>. Fakat inşaatın bazı sebeplerle<sup>379</sup> belli bir süre durmasının ve yavaşlamasının inşaat süresi ve dolayısıyla borcun muacceliyetini uzatacağı, doktrinde<sup>380</sup> ve inşaat hukuku uygulamasında açıkça kabul edilmektedir<sup>381</sup>. Buna göre,

<sup>378</sup> **Enders**, s.2.

<sup>379</sup> İnşa faaliyetinin durmasına neden olan etkenler çalışmamızda ikili bir ayrıma tâbi tutularak incelenmiştir. Buna göre ilk olarak inşa faaliyeti iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan sebeplerle durabilir. Meselâ inşaat arsasından tarihi eser çıkması nedeniyle bunların arsadan güvenli bir biçimde toplanması için gereken süre kadar inşaatın durması gibi. Aynı şekilde iş sahibinin alacaklı temerrüdünde olması nedeniyle de inşa faaliyeti durabilir.

İkinci olarak inşaat, yüklenicinin riziko alanından doğan sebeplerle durabilir. Meselâ yüklenicinin işçilerinin grev yapması, hastalanması, yüklenicinin ekonomik dar boğaza düşmesi, sipariş edilen malzemelerin zamanında teslim edilmemesi, aşırı yağış gibi.

Çalışmamızda savunduğumuz üzere, inşaatın mücbir sebeplerle durması da belli koşullar altında kural olarak iş sahibinin riziko alanına dâhil edilmiştir. Bak. aşa. § III, C, 4.

<sup>380</sup> İsviçre Hukukunda bu yönde: **Gautschi**, s.256, no:5a; **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:682; **Gauch** (Fristen und Termine), s.12; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.115, Art.363, no:386 ve s.374 vd; **Koller** (Konventionalstrafe), s.7, no:5 ve özellikle s.60, no:210; **Koller** (Verbindung), s.518; **Koller** (OR AT), s.55, no:53; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.27, no:2220; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.280; **Schumacher** (Vergütung), s.104, no:348; **Schumacher** (Rechnungen), s.20; **Zeltner**, s.75, no:193 ve 97, no:246; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.125; **Henninger** (Bauverzögerung), s.248.

Alman Hukukunda: **Vygen / Schubert / Lang**, s.26, no:43; **Fuchs** (Kooperationspflichten), s.131; **Frank**, s.92; **Wendler** (Haftung), s.62.

Türk Hukukunda: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.69; **Öz** (Dönme), s.154, dn.4a ve özellikle s.172, dn.94 ve buna bağlı metin; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s. 67; **Aral**, s.360; **Ozanoğlu**, s.70; **Dirican**, s.70; **Ekinci**, s.24.

Uluslar arası nitelik taşıyan büyük inşaat projelerinde uygulanan Fransa kökenli (FIDIC) ve Amerika kökenli (AIA, A 101) inşaat sözleşmesi standart kurallarında ve İsviçre’de (SIA-Norm 118), Almanya’da (VOB) ve Türkiye’de (YIGŞ ve BİGŞ) geçerli olan standart inşaat sözleşmesi koşullarında, inşaat süresinin bazı koşullarda uzayacağı açıkça kabul edilmiştir.

Ayrıca Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun “Mücbir Sebepler” kenar başlıklı 10. maddesinde de sürenin uzaması düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “Mücbir sebep olarak kabul edilebilecek haller aşağıda belirtilmiştir: a) Doğal afetler. b) Kanuni grev. c) Genel salgın hastalık. d) Kısmî veya genel seferberlik ilânı. e) Gerektiğinde Kurum tarafından belirlenecek benzeri diğer haller. – Süre uzatımı verilmesi, sözleşmenin feshi gibi durumlar da dahil olmak üzere, idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur.”

<sup>381</sup> Aksi yönde **Bühler** (Werkvertrag), s.154; no:31. Yazara göre borcun muacceliyeti tarafların bu yöndeki irade uyuşmaları bulunmadıkça değişmez. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin bir def’i hakkına dayanarak inşaatı durdurması veya iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi nedeniyle inşaata ara verilmesi, inşaatın teslim borcunun muacceliyetini etkilemez. Fakat bu durumda ifa etmeme objektif olarak borca aykırı bir davranış sayılamayacağı için, yüklenici yine de temerrüde düşmeyecektir. Bu yönde: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.91, no:241 vd; **Dürr**, s.45. Bak. ve karşı. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.252, no:6; **Reisoğlu**, s.319.

Kanaatimce bu görüş yanlış olmamakla birlikte, inşaat sözleşmesinde yapının oluşturulabilmesinin geniş bir zamanı gerektirmesi nedeniyle, inşaat süresinin bazı durumlarda uzayacağı ve buna paralel olarak muacceliyetin de değişeceği kabul edilmelidir. **Gauch**’un da haklı olarak belirttiği gibi, teslim süresinin uzaması, teorik olarak sözleşmede bu konuda bir boşluk bulunduğu ve bunun tarafların farazi iradelerine uygun olarak doldurulması gerektiği esasıyla açıklanabilir [**Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:682. Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.376, no:671; **Koller** (OR AT), s.319, no:9; **Koller** (Konventionalstrafe), s.60, no:210; **Zeltner**, s.99, no:250. Bu sonunca yazarlara göre, aynı sonucun diğer dayanakları, Medenî Kanunun 2. maddesi, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci

bu görüşte kabul edilen koşullar gerçekleşince inşaat süresi ve buna paralel olarak da teslim borcunun muacceliyeti uzar. İnşaatın zamanında tamamlanmasına engel olan sebeplerin bazıları, engelin etkili olduğu dönem boyunca sürenin işlemlerini durdurur. Diğer bir ifadeyle inşaat süresini uzatır, muacceliyeti öteler. Meselâ sözleşme gereğince iş sahibi tarafından sağlanması gereken malzemenin yükleniciye geç teslim edilmesi durumunda olduğu gibi<sup>382</sup>. Bu tür durumlar nedeniyle sürenin uzadığı hâllerde, olağan sürenin yerini, **olağanüstü tamamlama / teslim süresinin** (ausserordentlicher Fertigstellungs– ablieferungstermin) aldığı kabul edilmektedir<sup>383</sup>.

Bu görüş gereğince, inşaat süresinin ve buna bağlı olarak teslim borcunun muacceliyetinin uzaması sonucunun kabulü, olağan muacceliyet süresinin sözleşmeyle veya ortalama çalışma temposuyla belirlenmesine bağlı değildir. Teslim süresinin uzamasına ilişkin kurallar, her iki durum için de geçerlidir<sup>384</sup>.

Koşulların bulunması hâlinde inşaat süresinin kendiliğinden uzayacağı, bunun için yüklenicinin bir talebinin<sup>385</sup> veya iş sahibinin bunu onaylamasının aksi kararlaştırılmadıkça gerekli olmadığı kabul edilmektedir<sup>386</sup>. Aksi durumda, yani sürenin

---

fıkrası ve alacaklı temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun 91. maddesinin ratio legisidir]. **Bühler**'i görüşünün sonucu, ifa etmemeyi hukuka uygun kılan sebebin ortadan kalkması durumunda, borcun ifa edilmesinin gerekli olmasıdır. Yazarı görüşü gereğince meselâ 20 ayda tamamlanması gereken bir inşaat, 10. ayda inşaatın yarısının yapılmasından sonra, inşaatta kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından teslim edilmemesi nedeniyle yüklenicinin inşaatı durdurması hâlinde, sözleşmede belirlenen tarihte (20. ayın dolmasıyla) borç muaccel olacaktır. Fakat borcun ifa edilmemesi hukuka uygun olduğu için, borçlu temerrüdü oluşmaz. Bu hâlde ifa etmemeyi hukuka uygun kılan sebebin ortadan kalkmasından sonra borcun ifa edilmesi gerekir. Bu örneğe göre, iş sahibinin gereken malzemeleri meselâ 22. ayda teslim etmesi durumunda, yüklenicinin inşaatı kaldığı yerden devam ederek, inşaatı tamamlayıp teslim etmesi gerekir. Bu durumda teslim borcunun ne zaman ifa edilmesi gerektiği de ayrıca belirlenmelidir.

Bu nedenlerle çalışmamızda, teorik temeli dışında pratik bir farkı bulunmaması dikkate alınarak, inşaat hukuku doktrini ve uygulamasına uygun bir biçimde, inşaat süresinin bazı durumlarda uzayacağı ve bu hâllerde muacceliyetin bağlayıcılığını yitireceğine ilişkin hâkim görüşe uygun bir anlatım düzeni benimsenmiştir.

Kanaatimce muacceliyetin bağlayıcılığını yitireceği, teslim süresinin uzayacağı kabul edilen hallerde, muacceliyet tarihi değişeceği için, zamanaşımı süresinin de bu uzayan muacceliyetle birlikte başlayacağı kabul edilmelidir. Bu görüşte: **Koller** (OR AT), s.319, no:9; **Koller** (Verbindung), s.518; **von Büren** (OR AT), s.366. Fakat inşaat süresi yüklenicinin sahip olduğu bir def'i hakkı nedeniyle uzamışsa, zamanaşımı süresinin olağan muacceliyet tarihinden başlayacağı kabul edilmelidir. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.no:2381; **De Feo**, s.17, no:38, s.31, no:73 vd. Karş. **Berti**, s.337.

<sup>382</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.374, no:661.

<sup>383</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.374 vd; **Koller** (OR AT), s.44, no:4.

<sup>384</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.377, no:675; **Koller** (Verbindung), s.518.

<sup>385</sup> Sürenin uzaması için aranması gerekli olmayan talep, sürenin uzamasına ilişkin bir beyandır. Yoksa aşağıda görüleceği gibi, inşaat süresinin uzamasının ön önemli koşullarından biri, yüklenicinin kural olarak, inşaatın zamanında tamamlamama tehlikesini gecikmeksizin iş sahibine bildirmesidir. Bu nedenle sürenin uzaması için, yüklenicinin gecikme tehlikesini iş sahibine bildirmesi yeterli olup, sürenin uzamasına ilişkin bir talebi veya önerisi aksi kararlaştırılmamışsa gerekmez.

<sup>386</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.374, no:663; **Henninger** (Bauverzögerung), s.248. İsviçre'de inşaat işleri için uygulama alanı bulan standart sözleşme koşullarında (SIA Norm 118) genel olarak yüklenicinin sürenin uzatılmasını talep edebileceği belirtilmiş olmasına rağmen, doktrinde bu hükmün sürenin kendiliğinden uzayacağı biçiminden anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.374, no:663.

YİGS'inde, sürenin uzaması için yüklenicinin 20 gün içinde iş sahibine yazılı olarak başvurması gerektiği kabul edilmiştir.

uzaması için yüklenicinin talepte bulunmasının gerekli olduğu kabul edilecek olursa, bu talebin muhatabı iş sahibi olacaktır. Bu varsayımda süre, ancak iş sahibinin sürenin uzamasını kabul etmesiyle veya iş sahibinin bunu kabul etmemesi hâlinde, mahkeme kararıyla uzar. Bu ise, hem işleri karmaşıklarıştırmakta ve gereksiz yere uzatmakta, hem de hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Bu nedenle sürenin kendiliğinden uzayacağıının kabulü, kanaatimce de yerindedir<sup>387</sup>.

Sürenin uzayacağı kabul edilen hâllerde, yüklenicinin edim yükümlülüğü kendiliğinden sona ermez<sup>388</sup>. Yüklenicinin uzayan süre gereğince inşaatı tamamlayıp

<sup>387</sup> Bu yönde: **Gautschi**, s.255, no:4d.

YİGŞ'nin "İşin süresi ve sürenin uzatılması" kenar başlıklı 30. maddesinde de sürenin idarenin kararıyla uzatılacağı belirtilmiş olmasına rağmen, aynı sonucun burada da kabul edilmesi mümkündür.

<sup>388</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:682; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.375, no:665. İnşaatın, iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanan sebeplerle belli bir süre durması veya yavaşlamasının, inşaat süresinin uzaması dışında birçok sonucu bulunmaktadır. Bunların ayrıntılı olarak incelenmesi başka bir çalışmanın konusudur. Bu konuda bak. **Ehrensperger**, s.85, 93; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.79 vd; **Henninger** (Bauverzögerung), s.251 ve 254. Fakat sürenin uzaması dışındaki diğer sonuçlar kısaca şöyle özetlenebilir:

1. Borçlar Kanununun 368. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, esere ilişkin hasar riskinin iş sahibine geçmesi [Bu yönde: **Koller** (OR AT), s.394, no:111; **Gauch** (Werkvertrag), s.331, no:1191, 1192; **Gauch** (Fristen und Termine), s.23; **Koller Jo**, s.16, 18; **Zeltner**, s.100; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.86; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.261, no:7; **Henninger** (Bauverzögerung), s.256; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.85 ve 88].

2. İş sahibinin bu sebepten doğan ek masraflarının (zarar değil), yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak giderilmesi yükümlülüğünün doğması [Bu yönde: **Vygen / Schubert / Lang**, s.4, no:4; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.613, no:31; **Schumacher** (Vergütung), s.100, no:337; **Erdin**, s.89; **Koller** (OR AT), s.393, no:103; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.239, no:149 ve s.376, no:670; **Zeltner**, s.121, no:299; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.263, no:17; **Bucher** (OR AT), s.325; **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:666 ve özellikle s.373, no:1338; **Gauch** (Fristen und Termine), s.23; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.114 vd. ve özellikle s.132; **Walter** (Mehrkosten), s.141; **Schumacher** (Rechnungen), s.20; **Hürlimann /Heer**, s.8; **Stöckli** (Schaden), s.34; **Henninger** (Bauverzögerung), s.260. Karş. **Aday**, s.216 vd; **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.73; **Gürpınar**, s.91, 92]. Hemen belirtelim ki, bu yükümlülük, bedelin götürü olarak belirlendiği hâllerde bulunur. Diğer durumlarda bedelin belirlenmesinde zaten yüklenicinin masrafları dikkate alındığından, böyle bir ek bedele gerek yoktur. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.357, no:1280 ve özellikle s.372, no:1337.

3. Borçlar Kanununun 94. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, yüklenicinin aynı Kanunun 106 – 108 hükümlerine başvurması [Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.665; **Gauch** (Werkvertrag), s.374, no:1342, 1343; **Gauch** (Fristen und Termine), s.23; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.189, no:126 ve s.403, no:780; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.92; **Henninger** (Bauverzögerung), s.256; **Koç**, s.266; **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.133 vd.]. Sözleşmenin bu hükümlere göre sona erdirilmesinin, kural olarak dönme değil, fesih niteliği taşıdığı ve yüklenicinin BK. m.370/II hükmüne kıyasen, yapılan işin bedelini ve buna dâhil olmayan masrafların ödenmesini talep edebileceği kabul edilmelidir [Koller (BernKomm Art. 363 – 366), s.404, no:782; **Gauch** (Werkvertrag), s.374, no:1342; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.94; **Henninger** (Bauverzögerung), s.257. Bu yöndeki bir karar için bak. Freiburger Baurechtstagugn 1991, Band I, s.107]. Bu yönde: **YHGK. 12.02.1986, 42/134** [**Erman** (İnşaat), s.65, dn.26]

4. Bir önceki ihtimalde, yüklenicinin iş sahibinin kusura bağlı olarak ayrıca müspet zararının tazminini talep etmesi. Yüklenicinin sözleşmeden dönmesi hâlinde Borçlar Kanununun 369 ve 370/II maddelerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, menfi zararının değil, müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmelidir. [Karş. **Koller** (OR AT), s.392, no:97; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.403, no:780 vd; **Bucher** (AT), s.326; **Ehrensperger**, s.87; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.263, no:16 ve s.540, no:91; **Zeltner**, s.103, no:259; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.95; **von Tuhr / Escher**, s.84; **Sungurbey** (MHS, C.IV), s.461; **Karahasan**, s.479. Bu yönde: **15. HD. 08.03.1976, 5037/973** [**Karahasan**, s.478). Benzer bir görüş için bak. **Öz** (İnşaat), s.102.

Menfi zararın talep edilebileceği görüşünde: **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.666, no:17; **Bernet/BaslerKomm**, s.528, no:3; **Serozan** (Dönme), s.649; **Eren** (Genel Hükümler), s.983; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.846; **Koç**, s.273; **Üçer**, s.231. **YHGK. 12.02.1986, 42/134**

teslim etmesi gerekir. Hatta somut olayın koşulları gereğince yüklenicinin işi hızlandırması bile gerekebilir<sup>389</sup>.

Sürenin uzayacağı kabul edilen hâllerde, bu durumu iddia<sup>390</sup> ve ispat yükü, bundan lehine haklar çıkararak tarafa (yükleniciye) ait olacaktır<sup>391</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin olağan teslim tarihinde ifanın gerçekleşmemesi üzerine açtığı, meselâ gecikme tazminatına ilişkin davada, yüklenici sürenin uzadığını iddia etmez veya bu iddiasını ispat edemezse, normal teslim süresi gereğince karar verilmelidir<sup>392</sup>.

### III. İNŞAAT SÜRESİNİN (Teslim Borcunun Muacceliyetinin) UZAMASININ KOŞULLARI

Sözleşmeyle veya ortalama bir çalışma temposuna göre belirlenen inşaat süresi ve buna bağlı olan muacceliyet, kural olarak sonradan ortaya çıkan sebeplerden etkilenmez. Diğer bir ifadeyle inşaatın olağan inşaat süresinin sonunda tamamlanarak teslim edilmemiş / edilememiş olması durumunda, diğer koşulların da bulunması kaydıyla yüklenici temerrüde düşer. İnşaat sözleşmesinde uzman taraf olan ve ticari riskleri üstlenen yüklenici, kural olarak inşaatın zamanında tamamlanamamasından sorumludur<sup>393</sup>. Buna göre yüklenici, inşaatın elinde olmayan sebeplerle zamanında tamamlanamadığını ileri sürerek temerrüde düşmekten kurtulamaz. Fakat borcun ifa edilememesinin alacaklıdan kaynaklandığı bazı istisnaî hâllerde, inşaatın olağan sürede tamamlanarak teslim edilmemiş olması hukuka uygun sayıldığı için, borcun muacceliyetinin uzayacağı tereddütsüz kabul edilmektedir<sup>394</sup>.

---

[**Erman** (İnşaat), s.65, dn.26]. Karş. **Oğuzman/Öz**, s.291. Örtülü olarak tazminat talep edilemeyeceği görüşünde: **Gauch** (Werkvertrag), s.355, no:1277; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.191, no:3195].

Tazminat talep edilip edilemeyeceği meselesi, iş sahibinin ifaya katılma biçimindeki davranışının, külfet mi, yoksa gerçek bir yükümlülük mü olduğuna bağlıdır. Bu konuda bak. yuk. § 1,III, C.

<sup>389</sup> Bu konuda bak. aşa. § , III. D.

<sup>390</sup> Bu kavram için bak. **Atalay**, s.24 vd; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.368.

<sup>391</sup> **Bühler** (Beweislast), s.330; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.603, no:174; **Koç**, s.320. Karş. **Zevkililer/Acabey/Gökyayla**, s.174.

<sup>392</sup> İspat yükünü taşıyan taraf, belli bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin anlaşılabilmesi, yani belirsizlik hâlinde hâkimin kendi aleyhine karar vereceği taraftır. **Atalay**, s.9; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.360.

<sup>393</sup> **Bischoff**, s.165. Karş. **Briner**, s.247; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.7; **Henninger** (Bauverzögerung), s.248; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.66; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.21.

<sup>394</sup> İsviçre’de uygulanan standart koşulların (SIA-Norm 118), konuyla ilgili 96. maddesi şöyledir:

“Eserin yapımı, yüklenicinin 95. maddeye göre almakla yükümlü olduğu ek önlemlere rağmen, yüklenicinin kusuru olmaksızın gecikirse, sözleşmesel süreler uygun bir ölçüde uzar. Süre uzatım talebi, ancak yüklenicinin 25. maddeye göre, gecikmeyi ve sebebini (meselâ doğal etkiler, çalışma barışının bozulması, teslimattaki gecikmeler, yan yüklenicinin gecikmesi, kamusal önlemler gibi) gecikmeksizin inşaat yönetimine bildirmesine bağlıdır. Yeter ki inşaat yönetimi, bildirim bulunmamasına rağmen, gecikme ve sebebi hakkında bilgi sahibi olsun. – İnşaat yapım yönteminin değiştirilmesi, ayıplı teslim ya da yüklenicinin kusuru bulunan diğer gecikmelerde süre uzatım hakkı yoktur. – Sipariş değişiklikleri nedeniyle süre uzatımı hâlinde, 90. madde geçerlidir, ayrıca 94. maddenin ikinci fıkrası da dikkate alınır. – Yüklenici süre uzatım hakkına sahip değilse, iş sahibinin Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkrasına göre sözleşmeden dönme hakkı saklıdır. Ek süre verilmesinde ve iş sahibinin tazminat talebinde Borçlar Kanununun 107–109 hükümleri geçerlidir” Bu hüküm hakkında bak. **Walter** (Mehrkosten), s.123, 124.

İnşaatın tamamlanarak olağan teslim süresinde teslim edilmemesinin birçok nedeni bulunabilir. Bu sebepler çalışmamızda, bunların sonuçlarına yüklenicinin mi, yoksa iş sahibinin mi katlanacağına göre ikili bir ayrıma tâbi tutularak incelenmiştir. Buna göre inşaatın tamamlanarak olağan teslim süresinde teslim edilememesi, iş sahibinin riziko alanından<sup>395</sup> doğan sebeplerden kaynaklanabileceği gibi, yüklenicinin riziko alanından doğan sebeplerden de kaynaklanabilir. Kural olarak bütün riskleri yüklenici taşır. Fakat inşaatın tamamlanarak zamanında teslim edilememesinin sebebi, iş sahibinin (alacaklının) riziko alanından doğan sebepler ise, inşaat süresi uzayacak ve böylece borçlu temerrüdü oluşmayacaktır<sup>396</sup>. Bu nedenle iş sahibinin riziko alanının belirlenmesi, yüklenicinin temerrüdü bakımından büyük bir öneme sahiptir.

İnşaat sözleşmede aksine bir hüküm bulunmaması durumunda, hangi hâllerde zamanında ifa etmemenin hukuka uygun olacağı ve bu sebeple olağan teslim süresinin uzayacağı belirlenmesi, Borçlar Kanununun inşaat sözleşmesine ilişkin ifa risklerini taraflar arasında nasıl dağıttığına, diğer bir ifadeyle yüklenici ve iş sahibi arasındaki yasal riziko dağılımı ilkelerine bağlıdır. Bu nedenle inşaat sözleşmesinde riziko dağılımının nasıl düzenlendiğinin belirlenmesi gerekir.

Borçlar Kanununun 361. maddesine göre yüklenicinin eserin ayıplarından sorumluluğu, sadece ayıbın iş sahibine isnadının mümkün olduğu hâllerde ortadan kalkmaktadır<sup>397</sup>. Diğer bir ifadeyle bu hükümlerle eserin ayıplı olması durumunda bunun sonuçlarına katlanma yükümlülüğünün kural olarak yükleniciye ait olduğu, fakat ayıbın iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanması durumunda bu kuralın uygulanmayacağı esası kabul edilmiştir.

---

Aynı şekilde SIA-Norm 118 standart kurallarının 94. maddesinin ikinci fıkrasına göre: “*İnşaat yönetimi gecikirse, yüklenici sürenin uzatılması hakkına sahip olur. Bu, yeniden kararlaştırılır. İnşaat yönetimi sürenin uzamasını kabul etmezse veya sürekli olarak gecikirse, yüklenici alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlere göre (BK. m.95) sözleşmeyi sona erdirebilir.*”

<sup>395</sup> Çalışmamızda kullanılan “*riziko alanı*” kavramı, ortaya çıkan olumsuz sonuçlara yüklenicinin mi, yoksa iş sahibinin mi katlanması gerektiğini belirtir [Bu kavram için bak. **Bischoff**, s.21]. Yüklenicinin temerrüdü bakımından riziko alanı, gecikmeye neden olan etkenin, yüklenici aleyhine mi, yoksa iş sahibi aleyhine mi sonuç doğuracağını, daha açık bir ifadeyle inşaat süresinin uzayıp uzamayacağını ortaya koymak bakımından tercih edilmiştir. Buna göre, inşaat süresinin uzamasına neden olan etkenler, iş sahibinin riziko alanını oluştururken; bunun dışındaki etkenler ise yüklenicinin riziko alanını oluşturur. Karş. **Zeltner**, s.97, no:247. Doktrinde kullanılan diğer bir kavram, hâkimiyet alanı kavramıdır [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.239, no:151]. Bu kavram, riziko alanı kavramının daha dar bir anlama sahiptir. Hâkimiyet alanı, ortaya çıkan sebepten kimin sorumlu olacağını değil, bunun hangi tarafın fiilî egemenlik alanından doğduğuna göre kullanılmaktadır. Bu nedenle riziko alanı kavramı niteliği gereği ikili bir ayrıma tâbi tutulmakta iken, hâkimiyet alanı kavramı ise üçlü bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Buna göre, inşaatın durmasına veya yavaşlamasına neden olan etken, iş sahibinin veya yüklenicinin hâkimiyet alanından doğabileceği gibi, bunların dışında bağımsız koşullardan (neutrale Umstände) da kaynaklanabilir. Meselâ inşaatın aşırı yağışlar nedeniyle durması hâlinde, bunun taraflardan birinin hâkimiyet alanına dâhil edilmesi mümkün değildir. Çalışmamızda bu nötr etkenler belli koşullar altında iş sahibinin riziko alanına dâhil edilmiştir.

<sup>396</sup> **Koller** (OR AT), s.56, no:55.

<sup>397</sup> Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.509, no:1914 vd; **Schenker** (Hilfperson), s.21.

Benzer bir hüküm, teslimden önce eserin yok olması veya zarara uğraması durumu için de kabul edilmiştir. Buna göre eserin yeniden oluşturulmasının mümkün olduğu hâllerde Borçlar Kanununun 368. maddesine göre, teslimden önce eserin zarar görmesi veya yok olması durumunda anılan hükmün son fıkrasında belirtilen istisnâ durum hariç kural olarak bunun riskine yüklenici katlanır<sup>398</sup>. Diğer bir ifadeyle bu durumda yüklenici, inşaatı yeniden yapmakla yükümlüdür. Aynı şekilde inşaatın devamının imkânsızlaşması durumunda da, bunun riskine iş sahibinin katlanması için, bu duruma sebep olan etkenin iş sahibinin hâkimiyet alanından doğması gerekir (BK. m.370).

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına göre, sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle eserin zamanında tamamlanarak tesliminin öngörülemediği hâllerde iş sahibinin borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanabilmesi, bu gecikmenin Kanunun ifadesiyle iş sahibinin kusurundan<sup>399</sup> kaynaklanmamasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, olağan teslim süresinin dolmasından önce, artık inşaatın zamanında tamamlanamayacağı anlaşıldığında iş sahibinin borçlu temerrüdüne ilişkin haklarını kullanabilmesi, bu durumun Kanunun ifadesiyle iş sahibinin kusuru nedeniyle ortaya çıkmamış olmasına bağlıdır.

Görüldüğü gibi bütün bu hükümlerin ortak noktası, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerin, iş sahibinin riziko alanını oluşturacağıdır. Buna göre inşaatın olağan tamamlama / teslim süresinde tamamlanarak teslimi, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple gecikmişse, artık ifa etmeme hukuka uygun olacağı için, olağan inşaat süresinin uzayacağı, doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi **muacceliyetin bağlayıcılığını yitireceği** ve sonuç olarak **inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcunun muacceliyetinin uzayacağı** kabul edilmelidir.

Söz konusu olan gecikme, iş sahibinin hâkimiyet alanı dışındaki bir sebepten kaynaklanmışsa, artık bu durumda muacceliyetin bağlayıcılığını koruyacağı ve diğer koşulların da bulunması kaydıyla yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşeceği ortaya çıkacaktır. İş sahibinin hâkimiyet alanı dışından doğmakla birlikte, inşaatın belli bir süre durmasına / yavaşlamasına neden olan olayın yüklenicinin de hâkimiyet alanına da dâhil edilememesi hâlinde, sürenin bundan nasıl etkileneceği ise ayrı bir tartışma konusudur. Çalışmamızda, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde bedelin arttırılabilmesine ilişkin BK. m.365/II hükmünün, inşaat süresinin uzaması bakımından da uygulanabileceği kabul edilmiştir<sup>400</sup>. Buna göre istisnai olarak bazı koşulların yerine

<sup>398</sup> Bu hâlde malzemeye ilişkin risk ise, malzeme sahibine yüklenmiştir (BK. m.368/II). Karş. **Koller Jo**, s.18 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.41 vd.

<sup>399</sup> Hükümde geçen “*kusur*” ibaresinin, “*yüklenebilme*” veya “*iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanma*” olarak algılanması gerektiği hakkında bak. aşa. § 3, III, C.

<sup>400</sup> Bu konuda bak. aşa. § 3, III, C. 4.



getirilmesi hâlinde, ne iş sahibinin ne de yüklenicinin hâkimiyet alanına dâhil olmayan mücbir sebep türü olaylarda da inşaat süresi uzayabilir.

Bunlara göre teslim / tamamlama süresinin (muacceliyetin) bağlayıcılığını yitirerek teslim borcunun muacceliyetinin uzaması; inşaat sözleşmesinde aksi kararlaştırılmadıkça **inşaatın zamanında tamamlanarak teslim edilememiş olmasının iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerden kaynaklanmış olmasına bağlıdır**. Buna göre sürenin uzamasının koşulları şunlardır<sup>401</sup>:

- **İnşaat Süresinin İşlemeye Başlaması**
- **İnşaatın olağan sürede tamamlanarak teslim edilememesi**
- **İnşaatın olağan sürede tamamlanarak teslim edilememiş olmasının, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerden veya mücbir sebeplerden kaynaklanması,**
- **Yüklenicinin Çalışma Temposunu Arttırarak, İnşaatı Olağan Teslim Süresinde Tamamlama Yükümlülüğünün Bulunmaması**
- **Yüklenicinin İnşaatın Olağan Süresinde Tamamlanarak Teslim Edilememe Tehlikesi Gecikmeksizin İş Sahibine Bildirmesi,**
- **Yüklenicinin Bazı Davranışlarıyla, Gecikme Tehlikesini Üstlenmemiş Sayılması.**

#### **A. İnşaat Süresinin İşlemeye Başlaması**

İnşaat süresinin ve buna bağlı olarak inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muacceliyetinin sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle uzamasının ilk koşulu, bu sürenin işlemeye başlamasıdır. Bazı sebeplerle bu süre hiç işlemeye başlamazsa, artık inşaat süresinin uzadığından değil, inşaat süresinin bu sürenin sonunda başlayacağından söz edilmesi gerekir.

Buna göre inşaat süresinin işlemeye başlaması, iş sahibinin veya yüklenicinin belli bir davranışına bağlanmış olabilir. İnşaat süresinin işlemeye başlamasının, **iş sahibinin** davranışından veya hâkimiyet alanından doğan etkenlere bağlanmasının en tipik örneği, inşaat süresinin iş sahibinin yapacağı bildirim veya arsanın, inşaatla kullanılacak malzemelerin ya da inşaat planlarının iş sahibi tarafından yükleniciye teslimine bağlanmasıdır. Sürenin işlemeye başlamasının iş sahibine ilişkin bir geciktirici

<sup>401</sup> SIA-Norm 118 standart kurallarının 95. maddesine göre inşaat sürenin uzaması için, gecikmeye neden olan sebebin yüklenicinin kusuru dışında doğması, geri kalan sürenin işin hızlandırılmasına rağmen yeterli olmaması, yüklenicinin bu durumu ve sebebini gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi gerekir. Bu konuda bak. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.299 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.408, no:798. Aynı şekilde iş değişikliği yapılması da süreyi uzatır.

koşula bağlandığı bu tip durumlarda, bu koşul henüz gerçekleşmemişse, artık inşaat süresinin işlemeye başlamadığının kabulü gerekir<sup>402</sup>.

İnşaat süresinin işlemeye başlamasının, arsanın yükleniciye teslimi koşuluna bağlandığı inşaat sözleşmelerinde bu teslim, iş sahibinin, arsayı inşaata uygun konuma getirip, arsanın inşaat için hazır olduğunu ve inşaata başlanılabileceğini yükleniciye bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda yüklenici fiilen inşaat alanına gelmese veya inşaata başlamasa bile inşaat süresi işlemeye başlayacaktır.

Benzer bir durum, inşaat süresinin işlemeye başlamasının **yüklenicinin** bir davranışına veya onun hâkimiyet alanından doğan bir olguya bağlanmasında da söz konusu olur. Buna göre meselâ, inşaat süresinin işlemeye başlaması, sözleşmeye göre yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılan inşaat, temel veya temel üstü izninin alınmasına veya yüklenicinin üstlendiği, komşu taşınmazla olan sınır uyuşmazlığının giderilmesine veya arsada bulunan kiracının tahliyesinin sağlanmasına bağlanmışsa, inşaat süresi bu koşulların fiilen gerçekleşmesiyle başlayacaktır.

İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesine ilişkin sürenin işlemeye başlamasının yüklenicinin fiiline bağlandığı bu gibi durumlarda özellikle dikkat edilmesi gereken husus, bu fiilin veya olayın, yüklenici tarafından **hakkaniyete aykırı olarak** geciktirilmemesidir. Bu durum özellikle geniş bir uygulama alanına sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görülmektedir. Söz konusu sözleşmelerde inşaat süresinin işlemeye başlaması, genellikle temel üstü izninin (iş sahibinin verdiği temsil yetkisi gereğince) yüklenici tarafından alınmasına bağlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, yüklenicinin temel üstü iznini fiilen aldığı tarihin idareden kesin olarak öğrenilmesi ve bunun (idareden kaynaklanan gecikmeler hariç) dürüstlük kuralına uygun olup olmadığının dikkatlice değerlendirilmesi gerekir. Meselâ yüklenicinin hiçbir haklı sebebi ve gerekçesi olmamasına rağmen, sözleşmenin yapılmasından, dürüstlük kuralına aykırı olacak derecede uzun bir süre sonra bu izin için gereken idarî işlemlere

<sup>402</sup> Meselâ inşaat sözleşmesinde inşaat süresinin 36 ay olduğu ve bu sürenin, arsanın yükleniciye fiilen tesliminden itibaren başlayacağını kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, 36 aylık inşaat süresinin işlemeye başlaması, arsanın yükleniciye teslimine bağlıdır. Arsa yükleniciye 10. günde teslim edilirse, inşaatın tamamlanarak teslimi borcu, bu tarihten itibaren başlayan 36. ayın dolması üzerine muaccel olacaktır. Fakat bu teslim 5. ayda gerçekleşirse, muacceliyet bu süreden itibaren 36. ayın dolmasıyla gerçekleşecektir. Bu sonucun kabulü için, iş sahibinin, arsayı belli bir süre içinde yükleniciye teslim etmesinin kararlaştırılmış olması veya iş sahibinin hâkimiyet alanına bağlı olan geciktirici bu koşulun gerçekleşmesinin gecikmesinin iş sahibinin kusuru dışında ortaya çıkması önemli değildir. İş sahibi söz konusu gecikmede kusurlu olmasa bile, koşul gerçekleşmediği için inşaat süresi işlemeye başlamaz.

Bunun tipik bir örneği, inşaat süresinin sözleşmeden itibaren belli bir süre içinde, iş sahibinin yapacağı bildirim üzerine inşa süresinin başlayacağını kararlaştırılmasıdır. Meselâ sözleşmede, inşaat süresinin, iş sahibinin 3 ay içinde yapacağı bildirimle başlayacağı kararlaştırılmış, fakat iş sahibi bu bildirimini 5. ayda yapmışsa, inşaat süresi yine de 5. ayda başlayacaktır. Bu durumda iş sahibinin alacaklı temerrüdünde bulunması, inşaat süresinin başlaması bakımından bir öneme sahip değildir.

Fakat iş sahibinin arsayı teslim konusunda alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunda, yüklenicinin alacaklı temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun 94. maddesi gereğince sözleşmeden dönebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

başlaması durumunda, artık bu fiilî tarihin değil, dürüstlük kuralına uygun bir sürenin, işe başlama süresi olarak dikkate alınması gerekir.

## B. İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememesi

Sözleşmeyle belirlenen veya böyle bir belirleme bulunmamasına rağmen, ortalama bir çalışma temposuyla belirlenen olağan tamamlama / teslim süresinin uzamasının ikinci koşulu, olağan sürenin dolmuş olmasına rağmen inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesidir. İnşaatın yürütülmesi herhangi bir şekilde kesintiye uğrasa bile, inşaat zamanında tamamlamışsa artık sürenin uzamasına gerek kalmayacaktır<sup>403</sup>, sürenin uzaması sorunu doğmayacaktır. Diğer bir ifadeyle inşaat süresi, ancak inşaatın zamanında tamamlanamaması durumunda ortaya çıkar.

Normal koşullarda teslim süresinin uzamasına neden olabilecek bir olayın, teslim süresinin dolmasından sonra (yüklenicinin temerrüdü sırasında) gerçekleşmesi durumunda da ifa etmeme hukuka uygun hâle geleceğinden, yüklenici temerrüdün kusura bağlı sonuçlarına muhatap olmayacaktır.

<sup>403</sup> İnşaat süresi, inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle belli bir süre durması veya yavaşlaması hâlinde, diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla, durmanın veya yavaşlamanın olumsuz sonuçlarının giderilebileceği uygun bir süre kadar uzar. Bu süre birçok durumda inşaatın fiilen durduğu süreden uzun olacaktır. Fakat bazı istisnai durumlarda, yüklenicinin çalışma hızını artırma yükümlülüğü bulunması hâlinde, inşaat süresi ya hiç uzamayacak ya da durma süresinden daha kısa bir süre uzayacaktır. Aynı şekilde yüklenici inşaatı fiilen zamanında tamamlayarak teslim etmişse, inşaat süresinin uzadığından bahsedilemeyecektir.

Özellikle bazı büyük inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin inşaatı sözleşmede öngörülen süreden önce tamamlaması durumunda, erken tamamlamanın ölçüsüne göre günlük veya aylık bazı menfaatlere hak kazanacağına kararlaştırıldığı görülmektedir (prämie, bonus clause) [Bu konuda bak. **Frank**, s.151, dn.203; **Gauch** (Werkvertrag), s.203, no:717; **Gauch** (Fristen und Termine), s.20; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.318, no:2]. Meselâ 10 aylık inşaat süresinde, yüklenicinin erken teslim ettiği her gün için belli bir miktarda paraya hak kazanacağına kararlaştırılması buna bir örnektir. Taraflar bu ödemenin miktarını sözleşmeyle serbestçe belirleyebilirler. İsviçre’de uygulanan standart koşulların (SIA Norm 118) 153/3 ve 156. maddeleri gereğince, bu tip ek ödemeler, teslim sırasında açıkça ileri sürülmezse düşer. Karş. **Gauch** (Fristen und Termine), s.20, 21.

Yüklenicinin, inşaatı süresinden önce tamamlaması için bazı ek menfaatlerin ödeneceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, inşaat süresinin, durma döneminden daha kısa uzaması veya hiç uzamaması, yükleniciyi bu menfaatlerden kısmen veya tamamen mahrum bırakacaktır. Kanaatimce bu durumlarda, yüklenici sürenin uzamamasına veya durma süresinden daha az uzamasına rağmen, erken tamamlama durumundaki bu ek ödemeyi talep edebilmelidir. Bu sonuca varılmasında Borçlar Kanununun 154. maddesinde geçen “*şartın tahakkukuna iki taraftan biri hüsnü niyet kaidelerine muhalif bir hareketle mani olursa, o şart tahakkuk etmiş addolunur*” hükmünden de yararlanılabilir. Çünkü yüklenicinin söz konusu ek menfaatleri talep edebilmesi, geciktirici bir koşul olan, inşaatın süresinden önce tamamlanmasına bağlıdır. Bu koşulun iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle gerçekleşmesinin önlenmesi durumunda ise, bu koşul gerçekleşmiş sayılmalıdır. Fakat kanaatimce bu sonucun kabulü için, anılan hükümde geçen, şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olarak önlenmesi koşulu aranmamalıdır. Çünkü inşaat sözleşmesindeki riziko dağılımı, bunun aksi yönde bir sonuca varılmasını gerektirir. Buna göre meselâ teslim süresinin 10 ay olduğu ve yüklenicinin erken teslim hâlinde günlük 1.000 – TL ek ödeme alacağının kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin inşaata kullanılacak malzemeleri iki ay geç teslim etmesine rağmen yüklenicinin geri kalan 8 ayda inşaatı yüksek bir tempoda götürmesi ve yapıyı 10. ayın sonunda tamamlayarak teslim etmesi hâlinde, yüklenicinin inşaatın, iş sahibinden doğan sebeplerle iki ay durması nedeniyle, bu süreye ilişkin olan erken teslim bedelini almaya hak kazandığı kabul edilmelidir.

### C. İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememiş Olmasının, İş Sahibinin Hâkimiyet Alanından Doğan Sebeplerden veya Mücbir Sebeplerden Kaynaklanması

Olağan muacceliyet süresinin bağlayıcılığını yitirmesi, yani inşaat süresinin uzayarak olağanüstü muacceliyet süresinin ortaya çıkmasının en önemli koşulu, inşaatın zamanında tamamlanamamış olmasının, iş sahibinin riziko/hâkimiyet alanından doğan sebeplerden kaynaklanması, diğer bir ifadeyle bunun iş sahibine yüklenebilmesidir<sup>404</sup>. Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında, iş sahibinin teslim zamanının gelmesinden önce sözleşmeden dönebilmesi gecikmenin iş sahibinin kusurundan kaynaklanmaması koşuluna bağlanmıştır. Fakat doktrinde oybirliğiyle kabul edildiği üzere, bu hükümde geçen kusur ifadesi yerinde değildir<sup>405</sup>. Çünkü 358. maddenin birinci fıkrasına göre dönme hakkının kullanılabilmesinin iş sahibinin kusurunun yokluğuna bağlanması, bu hükmün uygulama alanını olağanüstü derecede genişletir<sup>406</sup>.

Buna göre sonuç olarak, inşaatın teslim süresinin uzamasının temel koşulu, inşaatın zamanında tamamlanamamasının, iş sahibine yüklenebilir olması, engelin iş sahibinin hâkimiyet alanından doğmasıdır. İş sahibinin hâkimiyet alanı dışındaki hiçbir sebep, kural olarak inşaat süresinin uzamasını sağlayamaz.

İnşaat süresinin uzayabileceği bir diğer durum ise, gecikmenin iş sahibine yüklenememesine rağmen, bunun bir mücbir sebepten doğmasıdır. Fakat aşağıda belirtileceği gibi, sonradan ortaya çıkan ve sözleşmenin başında öngörülemeyen zorunlu sebeplerle zamanında tamamlanamaması durumunda inşaat süresinin uzamasının bazı ek koşulları bulunmaktadır. Bu nedenle öncelikle iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle sürenin uzaması, ardından ise mücbir sebeplerle sürenin uzaması ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

<sup>404</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:650 ve özellikle s.193, no:680; **Gautschi**, s.254, no:4c; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.376, no:669; **Koller** (Konventionalstrafe), s.61, no:212; **Koller** (Verbindung), s.519; **Zeltner**, s.97, 98; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.118; **Henninger** (Bauverzögerung), s.251; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.299; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.67; **Erman** (İnşaat), s.71.

<sup>405</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:680; **Gauch** (Fristen und Termine), s.17; **Gautschi**, s.254, no:4c; **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:31; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.239, no:149 ve s.376, no:670; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.21, no:41; **Zeltner**, s.98; **Schenker** (Hilfsperson), s.22; **Bögli**, s.65, no:125; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.118; **Henninger** (Bauverzögerung), s.251; **Erman** (İnşaat), s.71; **Öz** (Dönme), s.53; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.67, 68; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.82; **Kaplan** (Süre Uzatımı), s.381.

<sup>406</sup> Bu hükmün, iş sahibinin kusurunun bulunmadığı bütün durumlarda uygulanabileceğinin kabulü durumunda ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırı sonuç şu örnekte açıkça görülmektedir. Meselâ teslim süresi 10 ay olan bir inşaat, iş sahibince temini gereken inşaat planlarının, mimarın temerrüde düşmesi nedeniyle 4 ay geç olarak yükleniciye teslim edilmesi durumunda, iş sahibinin bir kusurunun bulunmadığı ortaya çıkacaktır. Bu olayda inşaatın geri kalan 6 ay içinde tamamlanamayacağı açıkça öngörülebiliyorsa, iş sahibinin dönme hakkını kullanması hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle hükümde geçen kusur ifadesinin, gecikmenin iş sahibine yüklenebilmesi, gecikmenin iş sahibinin riziko alanından doğması biçiminde anlaşılması gerekir.

Bu sebeplere geçilmeden önce belirtelim ki, inşaatın iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle belli bir süre durması, her zaman inşaat süresini otomatik olarak uzatmaz. Bunun yanında, ortaya çıkan engelleyici etken ile gecikme arasında fiili bir sebep sonuç bağının bulunması gerekir. Diğer bir ifadeyle, inşaatın iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple durmasına rağmen, inşaatın gecikmesinin sebebi bu değilse, artık inşaat süresinin uzadığından bahsedilmesi mümkün olmayacaktır.

Buna göre, meselâ iş sahibinin gereken malzemeleri iki ay gecikmeli olarak teslim etmesine rağmen, yüklenici inşaatı 10 ay gecikmeyle başlamışsa, artık iki aylık malzeme teslimindeki gecikme ile inşaatı zamanında tamamlanamaması arasında sebep sonuç ilişkisinin bulunmadığı açıkça görülmektedir. Çünkü bu olayda iş sahibi malzemeleri zamanında teslim etseydi bile, yüklenici inşaatı 10. ayda başlayacaktı denilebiliyorsa, inşaatın zamanında tamamlanamamasının sebebi iş sahibi değildir<sup>407</sup>. Bu nedenle inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir. Aynı şekilde, kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanmasının kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin gereken malzemeleri üç ay gecikmeyle teslim etmesine rağmen, yüklenici bu döneme ilişkin malzemeleri kendisi tedarik ederek inşaatı yürütmüşse, artık inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir<sup>408</sup>. İş değişikliği yapılması da inşaat süresini otomatik olarak uzatmayacaktır. Bunun için yapılan değişikliği ek bir süreyi gerektirmesi zorunludur<sup>409</sup>.

## 1. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanından Doğan Sebepler

Inşaatın zamanında tamamlanamamasının sebebi, iş sahibine yüklenebilen bir olaya dayanıyorsa inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir. Hangi sebeplerin bu kapsamı girdiğinin teorik olarak tespiti mümkün değildir<sup>410</sup>. Bu nedenle aşağıdaki gibi uygulamada sıklıkla görülen bazı olayların bu kapsama girip girmediğinin incelenmesi yöntemi tercih edilmiştir.

İlk olarak iş sahibinin alacaklı temerrüdüne<sup>411</sup> düşmesinin inşaat süresini uzatacağı kabul edilmektedir<sup>412</sup>. Eser sözleşmesi bakımından alacaklı temerrüdü, iş

<sup>407</sup> Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.377, no:676 ve s.378, no:677. SIA-Norm 118 madde 96'nın konuya ilişki düzenlemesi için bak. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.299.

<sup>408</sup> Fakat bu durumda, yüklenicinin bu malzemelerden doğan masraflarının iş sahibi tarafından karşılanmaması nedeniyle inşaatın yürütümünü durdurması veya tamamlanmış inşaatı iş sahibine teslim etmemesi durumunda, doğal olarak inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir.

<sup>409</sup> **Egli** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.248, no:2.

<sup>410</sup> Bak. **Rampini**, s.104, no:276 vd; **Öz** (Dönme), s.172.

<sup>411</sup> Alacaklı temerrüdü hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.564 vd; **Bucher** (OR AT), s.318; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.290 vd; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.260 vd; **Koç**, s.5 vd; **Eren** (Genel Hükümler), s.968; **İnal**, s.212 vd; **Üçer**, s.12 vd.

<sup>412</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:678; **Gauch** (Fristen und Termine), s.17; **Henninger** (Bauverzögerung), s.249; **Koller** (OR AT), s.55, no:53; **Öz** (Dönme), s.172; **Kaplan** (Süre Uzatımı), s.382.

sahibinin, yüklenicinin ifasını teklif ettiği borca uygun edimi teslim almaktan haklı sebep olmaksızın kaçınması (kabulde temerrüt) veya yüklenicinin edimi ifa edebilmesi için iş sahibinin yapması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan haklı bir sebep olmaksızın<sup>413</sup> kaçınmasıdır<sup>414</sup>. İnşaat sözleşmesinde yapının zaten iş sahibine ait arsa üzerine yapılması nedeniyle, kabul temerrüdünün gerçekleşme olasılığı kural olarak bulunmamaktadır<sup>415</sup>. Fakat yüklenicinin inşaata başlayabilmesi veya inşaatı yürütebilmesi için gereken hazırlık fiillerinin iş sahibince zamanında yapılmaması / kötü yapılması veya yüklenicinin inşaatı yürütmesinin iş sahibi tarafından önlenmesi inşaat sözleşmesinde alacaklı temerrüdünü oluşturur<sup>416</sup>.

İş sahibinin alacaklı temerrüdünün doğumunu sağlayan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi, geniş anlamda anlaşılmalıdır. Buna göre hazırlık fiili ifadesi sadece inşaata başlanabilmesi için gereken koşulları değil, aynı zamanda inşaatın yürütülebilmesi için gereken ve iş sahibince gerçekleştirilecek fiilleri de kapsar. Uygulamada sıklıkla görülen şu hâllerde<sup>417</sup> alacaklı temerrüdünden bahsedilebilir:

Yüklenicinin inşaatın yapılacağı arsaya sokulmaması,

İdarî işlemlerin yapılabilmesi için gereken yetkinin (vekâletnamenin) yükleniciye verilmemesi veya geç verilmesi<sup>418</sup>,

<sup>413</sup> Alacaklı temerrüdünün doğumu için alacaklının kusurlu bir davranışı gerekmez. İfa edilememenin, iş sahibinin hâkimiyet alanına dayanması yeterlidir. Bu nedenle iş sahibinin, alacaklı temerrüdünün, kusuru bulunmadığını ileri sürerek önlemesi mümkün değildir. Bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.599, no:155; **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:678; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.64, no:2454, 2455; **Bucher** (OR AT), s.321; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.85; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.260, no:1; **Koller** (OR AT), s.365, no:7; **Koç**, s.53 ve 155; **Reisoğlu**, s.291; **Eren** (Genel Hükümler), s.970; **Oğuzman/Öz**, s.283; **İnal**, s.214.

<sup>414</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.565, no:11; **Schraner**, s.444 vd; **Koç**, s.6; **Eren** (Genel Hükümler), s.968; **Oğuzman/Öz**, s.280; **Üçer**, s.12.

Borçlar Kanunu Tasarısının 105. maddesinin birinci fıkrasına 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.*”

<sup>415</sup> **Koller Jo**, s.17; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.566, no:17. İstisnaen anahtarların teslim alınmamasının alacaklı temerrüdüne neden olabileceği ileri sürülmüştür. Bak. **Erman** (İnşaat), s.65, dn.26.

<sup>416</sup> Bu konuda bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.567, no:18 vd; **Schraner**, s.445, no:120; **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:678; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.291; **Koller** (OR AT), s.364, no:3; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.242, no:161; **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:31; **Zeltner**, s.96, no:245; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.63, no:2447 vd; **Bucher** (OR AT), s.321 vd; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.84; **Henninger** (Bauverzögerung), s.249, 251; **Oğuzman/Öz**, s.282; **Koç**, s.134; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.68.

<sup>417</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.597, no:149; **Schraner**, s.446, no:121; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.274; **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:678; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.64, no:2457 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.25, no:53 vd; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.125; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.79 vd; **Henninger** (Bauverzögerung), s.250; **Trümpy-Jäger**, s.144; **Ehrensperger**, s.82, 93 vd; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.68; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.85 ve 88; **Erman** (İnşaat), s.50 vd; **Öz** (Dönme), s.53 ve s.172; **Kaplan** (Süre Uzatımı), s.382.

<sup>418</sup> **Erman** (İnşaat), s.51, dn.76 ve s.53.

Yüklenici üstlenmemişse, inşaat planlarının, malzemelerin ve arsanın yükleniciye zamanında teslim edilmemesi veya inşaat izninin alınmaması<sup>419</sup>,

Yüklenici açıkça veya örtülü olarak üzerine almamışsa, teslim edilen arsanın inşaaata uygun olmaması<sup>420</sup>,

İnşaatın bir kısmını (meselâ elektrik tesisatını) yapacak olan yüklenicinin işi yapabilmesi için, yapının bu işe uygun olarak tamamlanmaması,

Kullanılacak malzemelerin seçimi konusunda iş sahibinin onayının alınacağına ilişkin sözleşmelerde, iş sahibinin bu onayı geciktirmesi iş sahibinin alacaklı temerrüdünü oluşturur.

Doğrudan alacaklı temerrüdü kavramına dâhil edilemeyen, fakat iş sahibine yüklenebilen bazı diğer sebepler de inşaat süresinin uzamasını sağlayabilir<sup>421</sup>. Buna göre, inşaatın zamanında tamamlanamamasının nedeni doğrudan iş sahibinin, aile bireyinin, kiracısının, misafirinin bir davranışı ise inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>422</sup>. Ayrıca iş sahibinin yardımcı kişilerinin davranışlarından (BK. m.100) doğan gecikmeler, iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhildir<sup>423</sup>. Buna paralel olarak, iş sahibi ile bir yüklenici arasındaki ilişkide, diğer bir (ön) yüklenicinin davranışından doğan gecikmeler iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhildir<sup>424</sup>. Meselâ sadece kapı – pencere işini üstlenmiş bir yüklenicinin işe başlayabilmesi için, öncelikle kendisinden

<sup>419</sup> Aksi kararlaştırılmadıkça, inşaat izninin arsa sahibince alınması gerekir. Bak. **Erman** (İnşaat), s.53. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmamış olsa bile, tarafların farazi iradelerinden, bu iznin yüklenici tarafından alınacağına kararlaştırıldığı sonucuna varılabilir.

<sup>420</sup> Arsanın inşaaata uygun olarak teslimi, iş sahibinin bir yükümlülüğüdür. Fakat sözleşmeyle, teslim edilen arsanın yüklenici tarafından inşaaata uygun bir hâle getirileceği de kararlaştırılabilir. **Erman** (İnşaat), s.51. Meselâ arsadaki taşınmazın yıkılması, kiracının tahliye edilmesi veya tapu ve belediyedeki idari işlemlerin yapılması gibi işlerin yüklenici tarafından üstlenilmesi durumunda, artık bunların yapılabilmesi için gereken sürelerin, inşaat süresine dâhil olduğu ve bu sebeplerle sürenin uzamayacağı kabul edilmelidir. Fakat bu tip durumlarda bile, idareden kaynaklanan sebeplerle yaşanan gecikmeler belli koşullar altında inşaat süresinin uzamasını sağlayabilir. Bak. aşa. § 3, III, C. 4.

<sup>421</sup> Karş. **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.57 vd. Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:679, 680 ve özellikle s.512 vd; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.120 vd; **Henninger** (Bauverzögerung), s.249; **Egli** (Mängel), s.94.

<sup>422</sup> **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.120. Meselâ iş sahibinin sigarasını söndürmeden inşaaata atması ve bu nedenle inşaatın kısmen hasar görmesi hâlinde, bu sebepten doğan gecikmeler inşaat süresini uzatır. Bak. **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.69. Aynı şekilde iş sahibinin borç ödemediği acz durumuna düşmesi nedeniyle yüklenicinin BK. m.82 gereğince inşaat faaliyetini durdurması da inşaat süresinin uzamasını sağlayabilir. Bak. **Henninger** (Bauverzögerung), s.249.

<sup>423</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.511, no:1921; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.115, no:385; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.70. Meselâ iş sahibinin planı hazırlattığı mimar veya mühendisin hatalı davranışından doğan sebepler iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil edilir. **Koller** (Solidarische Haftung), s.7; **Schenker** (Hilfperson), s.19. Bu yönde: BGE 119 II 127.

<sup>424</sup> Her ne kadar böyle bir ilişkide ön yüklenici, iş sahibinin art yükleniciyle olan ilişkisinde Borçlar Kanununun 100. maddesi anlamında ifa yardımcısı sayılmasa da, ön yükleniciden doğan gecikmeler, iş sahibi art yüklenici ilişkisinde iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhildir. **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:678, 680 ve özellikle s.511, no:1922 ayrıca bak. s.537, no:2044; **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:31; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.240, no:154; **Henninger** (Bauverzögerung), s.252; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.97, 167. Aynı şekilde iş sahibinin riziko alanından doğan gecikmeler, asıl yüklenici – alt yüklenici arasındaki ilişkide, asıl yükleniciye yüklenir. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bak. Schweizerische Baurechtstagung 1995, s.78.

önceki duvar ve sıvaları yapan yüklenicinin işini tamamlamış olması gerekir. Bu ön yüklenici işini geç tamamlarsa ve bu nedenle kapı – pencere işini üstlenen yüklenici işe zamanında başlayamazsa, artık bu gecikmenin iş sahibinin hâkimiyet alanından doğduğu kabul edilmelidir. Fakat alt yükleniciden doğan gecikmeler, asıl yüklenicinin hâkimiyet alanına dâhil olduğundan, bu sebeple inşaat süresi uzamaz<sup>425</sup>.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, inşaatın zamanında tamamlanamamasının nedeni, inşaat alanını etkileyen genel nitelikli halk hareketleri (eylemler, terörist faaliyetler) gibi etkenler ise, bunların inşaatın yapıldığı arsayla olan ilişkisi nedeniyle, kural olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil olduğu kabul edilmelidir<sup>426</sup>. Buna göre, inşaatın bu tip halk hareketleri nedeniyle zarar verilmiş ve bunun giderilmesi nedeniyle inşaat zamanında tamamlanamamışsa, kural olarak inşaat süresinin uzar.

Genel olarak inşaatın yapıldığı arsadan, iş sahibinin talimatlarından ve iş sahibince sağlanan malzeme, araç gereç ve planlardan doğan sebeplerle inşaatın yapımı gecikmişse, bunların iş sahibinin hâkimiyet alanından doğduğu kabul edilmelidir (bak. BK. m.357/III ve 368/III)<sup>427</sup>. Fakat bu sebeplerle inşaat süresinin uzaması için, işin uzman tarafı olan yüklenicinin arsayı, malzemeleri, araç gereci, planları ve talimatları sözleşmenin başında uygun bir biçimde incelemesi, bunların işe uygunluğunu denetlemesi ve bunu gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi gerekir<sup>428</sup>. Bu denetim sırasında anlaşılamayan (öngörülemeyen) sebeplerle inşaatın zamanında tamamlanması tehlikeye girerse, diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>429</sup>. Bu sonuca varılmasında en önemli husus, söz konusu engelin varlığının, yükleniciden sözleşmenin başında beklenen inceleme külfetinin gereği gibi yerine getirilmesine rağmen anlaşılammış olmasıdır<sup>430</sup>.

Meselâ iki yerleşim yeri arasında metro hattının yapılmasını konu alan bir inşaat sözleşmesinde, planlanan hattın kazı çalışmaları sırasında tarihi eserlerin bulunması

<sup>425</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:680; **Öz** (Dönme), s.10.

<sup>426</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:680 ve s.333, no:1199; **Gauch** (Fristen und Termine), s.18; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.240, no:154; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.121.

<sup>427</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.172, Art.365, no:66 vd; **Welser** (Verantwortlichkeit des Bauherrn), s.57 vd; **Schumacher** (Rechnungen), s.21; **Egli** (Mängel), s.94; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.68.

<sup>428</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.512, no:1926; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.170, Art.365, no:64 vd; **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.101, 102; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.11; **Welser** (Verantwortlichkeit des Bauherrn), s.61; **Erman** (Inşaat), s.33.

<sup>429</sup> Benzer bir sonuç için bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.173, no:69; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.121, dn:62; **Erman** (Inşaat), s.34.

<sup>430</sup> Yüklenicinin inceleme külfetinin ölçüsü ve kapsamı hakkında bak. **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.11; **Erman** (Inşaat), s.34 vd. Yüklenicinin bu özen ödevinin kapsamının belirlenmesinde somut olaydaki iş sahibinin uzmanlık derecesinin de dikkate alınması gerekir. Buna göre mesela işin uzmanı olmayan bir iş sahibinin verdiği arsanın veya malzemenin incelenmesi ile işin uzmanı olan veya bir uzmandan yardım alan yüklenici tarafından verilen malzeme veya arsanın incelenme ölçüleri farklı olacaktır. İsviçre’de uygulanan SIA-Norm 118 standart inşaat sözleşmesi koşullarının 58. maddesinde de benzer bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm için bak. **Gauch** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.105 vd.



durumunda, tarihi eserlerin çıkarılması ve inşaaata planlandığı hat üzerinden devam edilmesi gerekirse, tarihi eserlerin kamu kurumlarınca çıkarılmasının ardından hattın değiştirilmeden devam etmesine kadar geçen süre kadar inşaaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>431</sup>. Buna göre, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bu zorunlu sebepten kaynaklanan durma, teslim süresine eklenecektir. Dikkat edilirse, bu ihtimalde iş değişikliği veya ek yapılmamakta, sadece inşaaata belli bir süre ara verilmektedir.

İnşaaatın kamu kurumları tarafından durdurulması<sup>432</sup>, kural olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhildir<sup>433</sup>. Meselâ inşaaat alanının SİT alanı kapsamına alınması, fakat daha sonra bu kararın kaldırılması durumunda süre uzar. Fakat inşaaatın durdurulması gibi idarî bir yaptırım, meselâ yüklenicinin inşaaat alanına ilişkin kamu hukuku kaynaklı güvenlik önlemlerini almamasından doğmuşsa, artık sürenin bundan etkilenmeyeceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde, inşaaata başlanmasından sonra, kamu kurumlarınca getirilen yeni idari düzenlemelerden doğan gecikmeler de iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil olur.

İnşaaata başlanabilmesi ve inşaaatın sürdürülebilmesi için idareden alınması gereken izinlerin sözleşmeyle yüklenici tarafından alınacağı kararlaştırılmış olsa bile, kanaatimce kamu kurumlarının bu izni vermekteki, yüklenicinin kusuruna bağlı olmayan gecikmelerinin, inşaaat süresini uzatacağı kabul edilmelidir<sup>434</sup>. Fakat bu sonuç, sadece olağan süreyi aşan gecikmeler için kabul edilebilir. Çünkü meselâ inşaaat izninin alınması için olağan sayılabilecek süre, zaten inşaaat süresi içinde düşünöldüğünden, bu durumda sürenin uzaması söz konusu olamaz. Aynı şekilde yapı kullanma izninin yüklenici tarafından alınmasının gerektiği kararlaştırılmış ve bu izin, yüklenicinin kusuru bulunmamasına rağmen, kamu kurumlarınca geciktirilmışse, bu durumda da sürenin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>435</sup>. Fakat bu sonuç da bir önceki gibi, sadece olağan süreyi aşan gecikmeler için kabul edilebilir.

<sup>431</sup> Fakat bu sonuca varılabilmesi için, yüklenicinin sözleşmenin başında üzerine düşen inceleme ödevini gereği gibi ifa etmiş olmasına rağmen söz konusu durumun tespit edilememiş olması gerekir.

<sup>432</sup> İnşaaatın durdurulmasından kasıt, geçici bir durmadır. İnşaaatın devamı sürekli olarak imkânsızlaşmışsa, artık sürenin uzamasından değil, inşaaatın devamının imkânsızlaşmasından söz edilmesi gerekir. Bu durumda ise imkânsızlığın hangi tarafa yükleneneğine göre Borçlar Kanununun 370 veya 371 hükümleri uygulanacaktır.

<sup>433</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.243, no:163; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.121.

<sup>434</sup> Karş. **Erman** (İnşaaat), s.56. İnşaaatın, kamu kurumlarının filleri nedeniyle yavaşlatması hakkında özel bir inceleme için bak. **Hänni** (Verhindertes Bauen), s.45 vd.

<sup>435</sup> Bu yönde: **15. HD. 27.01.1992, 3263/215 [Erman]** (İnşaaat), s.73, dn.53].

**YHGK. 16.06.2004, 15-344/364**: "... Mevzii İmar Planının Temmuz 1988 tarihinde gerçekleşmesinde davacı yüklenicinin herhangi bir kusuru olmadığı ... sözleşmenin ifası mevzii imar planının yapılmasına bağlanmış olduğundan, bu konudaki gecikme sözleşmenin feshi nedeni olarak ileri sürülemez. Bu itibarla, davalının fesih bildirimini haklı nedenlere dayanmadığından sözleşmeye aykırılık sayılır ve davacı bu yüzden uğradığı kazanç yoksunluğu tazminatının ödenmesini isteyebilir." (www.kazanci.com.tr).

Bazı büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde ender de olsa, iş sahibine inşaatı geçici olarak durdurma yetkisi (Unterbrechungsklauseln) verildiği görülmektedir<sup>436</sup>. İş sahibinin sözleşmede bulunan bu tip bir yetkiyi kullanması hâlinde de inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir.

## 2. İş Sahibinin Ara Ödemeleri Zamanında Yapmaması

İnşaat sözleşmelerinde aksi kararlaştırılmadıkça iş sahibinin bedel ödeme borcu, yapının tamamlanmasının ardından teslimle birlikte muaccel olur (BK. m.364/I)<sup>437</sup>. Yüklenicinin, bunun öncesinde iş sahibinden ifada bulunmasını isteme yetkisi kural olarak yoktur. Fakat uygulamada, inşaat sözleşmelerinin çok büyük bir maddi kaynak ve emek gerektirmesi ve teslim için çok uzun bir zamana ihtiyaç duyulması nedeniyle, genellikle inşaatın tamamlanmasından önceki aşamada işin geldiği seviyeye göre kademeli olarak iş sahibinin ara ödemelerde (avans, Abschlagzahlungen) bulunacağı<sup>438</sup> kararlaştırılmaktadır.

İnşaatın zamanında tamamlanarak teslim edilmemiş olmasının nedeni, iş sahibinin bu ara ödemeleri zamanında yapmaması<sup>439</sup> ise, diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmektedir.

Yüklenici bu ara ödemenin zamanında yapılmamasına dayanarak sözleşmede yasaklanmamışsa<sup>440</sup> (ödemezlik def'i<sup>441</sup> – BK. m.81) inşaatın yapımını durdurabilir, yavaşlatabilir veya inşaatı teslimden kaçınabilir<sup>442, 443</sup>.

<sup>436</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.13

<sup>437</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.319, no:1152 vd; **Gehrer** (Bauverträgen), s.106; **Erman** (İnşaat), s.48 vd.

<sup>438</sup> Bu ara ödeme, normal inşaat sözleşmeleri için bedelin (paranın) belli bir kısmıdır. YİĞŞ. ve BİĞŞ. hükümlerine tâbi işlerde, kural olarak her ay ara hak edişler düzenlenmekte, o ay içinde yapılan işlerin bedelinin ödenmesi gerektiği kararlaştırılmaktadır.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise ara ödeme, arsa paylarının bir kısmının yükleniciye devri biçiminde ortaya çıkar. Fakat uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümler doğrudan yükleniciye devredilmemekte, vekâletname adı altında yükleniciye veya onun göstereceği diğer bir kişiye bu bağımsız bölümlerin satışı ve parayı tahsil yetkisi verilmektedir. Bu nedenle bu sözleşme tipinde ara ödeme, bazı bağımsız bölümlerin satış yetkisini içeren vekâletnamenin verilmesi biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bak. **Erman** (İnşaat), s.48 ve s.57.

<sup>439</sup> İş sahibinin ara ödemeleri zamanında yapmayarak temerrüde düşmesi hâlinde yüklenici inşaatı durdurabileceği gibi, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler gereğince gecikme tazminatı (gecikme faizi) talep edebilir veya ek süre vererek sözleşmeyi sona erdirebilir Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.355, no:1274 vd; **Erman** (İnşaat), s.49; **Dirican**, s.144. Bu durumda kanaatimce yüklenici, müspet zararının tazminini de talep edebilmelidir. Sadece menfi zararın tazmininin talep edilebileceği yönünde: **Gauch** (Werkvertrag), s.355, 356, no:1277; **Dirican**, s.147.

<sup>440</sup> Ödemezlik def'ine ilişkin hüküm emredici bir nitelik taşımadığından, kural olarak tarafların bu hakkı sözleşmeyle kaldırılabilir veya koşulları ağırlaştırılabilir. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.330, no:17.

<sup>441</sup> Genel olarak kabul edildiği gibi ödemezlik def'i, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, öncelikli ifa yükümlülüğü bulunmayan ve edimini usulüne uygun olarak ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olan borçlunun, karşı alacağının muaccel olmasına rağmen ifa edilmemesi veya ifasının teklif edilmemesi nedeniyle, karşı edim ifa edilene veya ifası teklif edilene kadar, edimini geçici olarak ifa etmekten kaçınma hakkıdır [**Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.327, no:4 vd; **Schraner**, s.217 vd; **Simmen**, s.37 vd; **Koller** (OR AT), s.70 vd; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.28; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.280; **Bucher** (OR AT), s.309; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.88, no:235; **Huguenin** (OR AT), s.105, no:632 vd;

Doktrindeki hâkim görüş gereğince ödemelik def'i, ileri sürüldüğü tarihten itibaren değil, bu hakkın ileri sürülebileceği, bunun koşullarının oluştuğu tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurur<sup>444</sup>. Buna göre ödemelik def'i, diğer koşulların da bulunması kaydıyla, ödemelik def'ine dayanan borçlunun karşı edim alacağıının muaccel olduğu tarihten itibaren etkili olur. Ödemelik def'ine dayanan ve bundan lehine haklar çıkaran borçlunun, ödemelik def'inin koşullarının bulunduğunu ve bu

---

*von Tuhr/Peter*, s.28; *Brox*, s.21; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.827; *Oğuzman/Öz*, s.275; *Reisoğlu*, s.285].

Bu def'i hakkının varlığı, ileri sürülmediği, diğer bir ifadeyle kullanılmadığı sürece ifa etmemeyi hukuka uygun hâle getirmez [*Simmen*, s.38; *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.375, no:212; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.89, no:237; *Bucher* (OR AT), s.356; *Koller* (OR AT), s.79, no:58; *von Tuhr/Escher*, s.136; *Koller* (Verbindung), s.521; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.282; *Kostkiewicz* (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.91; *Oğuzman/Öz*, s.296; *Eren* (Genel Hükümler), s.945; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.827; *Reisoğlu*, s.286; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/ Arpacı*, s.43; *Havutçu*, s.33]. Kanaatimce yerinde olmayan aksi görüşe göre, ödemelik def'i hakkının varlığı, ileri sürülmesi bile ifa etmemeyi hukuka uygun hâle getirir. Bunun sonucu olarak, ödemelik def'inin teknik anlamda bir itiraz nedeni olduğu ileri sürülmüştür. Bu yönde: *Serozan* (Dönme), s.260]. Ancak borçlunun ileri sürmesi üzerine mahkemece dikkate alınabilen (bu yönde: BGE 76 II 229) bu def'in, Medenî Usul Hukuku kurallarına göre, kural olarak 10 günlük esasa cevap süresi içinde ileri sürülmesi gerekir. Aksi hâlde, davacının, savunmasının genişletilmesi iddiası nedeniyle dikkate alınmaz. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olması üzerine aynen ifa veya temerrütten doğan diğer haklarını kullanması durumunda, yüklenicinin ödemelik def'ine dayanarak edimini ifa etmediğini iddia ve ispat etmesi gerekir [*Schenker* (Schuldnerverzug), s.88, no:236]. Diğer bir ifadeyle bu durumda yüklenici, karşı bedel alacağıının muaccel olduğunu kanıtlayarak, bu tarihten sonraki dönem için ödemelik def'inin geçerli olduğunu ortaya koyabilir.

<sup>442</sup> *Gauch* (Werkvertrag), s.192, no:677 ve özellikle s.356, no:1280; *Gauch* (Fristen und Termine), s.17; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.239, no:149 ve s.389, no:726; *Koller* (Konventionalstrafe), s.46, no:158; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.28 vd; *Schumacher* (Rechnungen), s.21; *Henninger* (Bauverzögerung), s.249; *Simmen*, s.50 vd; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.70; *Öz* (Dönme), s.171; *Öz* (İnşaat), s.83; *Gürpınar*, s.92; *Dirican*, s.148; *Kaplan* (Süre Uzatımı), s.381.

*Weber* örtülü olarak yüklenicinin böyle bir hakkı bulunmadığını kabul etmiştir. Çünkü yazara göre ödemelik def'inin bulunmasının temel koşulu, ifasından kaçınılacak olan borcun, diğer borçla karşılıklı ilişki içinde bulunmasıdır. Eser sözleşmesinde ise değişim ilişkisi iş sahibinin bedel ödeme borcu ile yüklenicinin eseri teslim borcu arasındadır. *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.354, 112. Bu görüşte: *Gautschi*, s.49, no:7a.

**15. HD. 29.01.2007, E. 2005/7382, K. 2007/403:** "...Satış hakkı verilmedikçe ya da tapu devri yapılmadıkça yüklenicinin inşaatı durdurma ve teslimden kaçınma hakkı bulunduğundan kat irtifakinin kurulduğu 15.8.2002 tarihi ile yedinci tapunun devredildiği 24.4.2003 tarihi arasındaki 8 ay 10 günlük sürenin de teslim süresine eklenmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>443</sup> Yüklenicinin inşaatı durdurmak için kullanabileceği diğer bir def'i, Borçlar Kanununun 82. maddesinde düzenlenen borç ödemedi acz def'idir [Bu def'i hakkında bak. *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.382 vd; *Gauch* (Werkvertrag), s.192, no:677; *Bucher* (OR AT), s.310; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.284; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, s.23; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.32, no:2249 vd; *Eren* (Genel Hükümler), s.955; *Oğuzman/Öz*, s.276; *Öz* (İnşaat), s.122 vd]. Bu hükme göre, teslimden sonra iş sahibince yükleniciye devredilmesi gereken bağımsız bölümlerin yükleniciye devri tehlikeye girerse, yüklenici bu borçların teminat altına alınmasına kadar inşaatı durdurabilir. Uygun süre içinde teminat verilmezse sözleşmeyi sona erdirebilir. Mesela yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin üçüncü kişilerce haczedilmesinde, yüklenicinin inşaatı durdurabileceği kabul edilmelidir.

Fakat ödemelik ve borç ödemedi acz def'ilerinin inşaat sözleşmesinde çok farklı uygulama alanları bulunmaktadır. Mesela bedelin inşaatın başında peşin olarak yükleniciye ödenmesi kararlaştırılan inşaat sözleşmelerinde, iş sahibi koşulları oluşmuşsa, acz def'ine dayanarak bu ödemeyi yapmaktan kaçınılabilir. Bu durumda iş sahibinin borcunu ifa etmemesi haklı sebebe dayandığı için, yüklenicinin ödemelik def'ine başvurması da mümkün olmayacaktır. Bu nedenle inşaat sözleşmesinde yargılama aşamasında, taraflarca ileri sürülen def'ilerin dikkatlice incelenmesi ve hangi def'in haklı olduğu belirlenmelidir.

<sup>444</sup> *Gauch* (Werkvertrag), s.192, no:677; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.93, no:246; *Wiegand* (recht, 1983/4), s.122; *Oğuzman/Öz*, s.275; *Kaneti*, s.155. Aksi görüşte: *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.376, no:214. Bu görüş gereğince ödemelik def'i sadece ileriye yönelik etki doğurur. Örtülü olarak bu görüşte: *Albaş*, s.129.

kapsamda karşı edim alacağına ne zaman muaccel olduğunu kanıtlama külfeti bulunmaktadır<sup>445</sup>. Çünkü ödemezlik def'i, borçlunun karşı edim alacağına muaccel olduğu tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğuracaktır.

Kanaatimce inşaat sözleşmelerinin yapısı gereği, ödemezlik def'inin etkili olacağı zamanın başlangıcının tespiti bakımından yukarıdakinden kısmen farklı bir sonuca varılması gerekir. Şöyle ki, bazı olaylarda iş sahibi kendi borcunun muaccel olduğundan habersizdir. Çünkü inşaat sözleşmelerinde borçlu yüklenicinin karşı edim alacağına muacceliyeti, genellikle inşaatın belli bir seviyeye gelmesine veya temelin atılması, kaba inşaatın bitimi, kapı kasalarının takılması gibi olgulara bağlanmıştır. İnşaat sözleşmesinin uzman tarafı ise yüklenicidir. Bu nedenle iş sahibinin henüz muaccel olduğunu bile bilmediği bir borcu nedeniyle ödemezlik def'ine maruz bırakılması işin niteliğine ve hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde ödemezlik def'inin, kısmî edim borcunun muacceliyetinden (meselâ inşaatın %50'sinin tamamlanmasından) değil, bu muacceliyetin iş sahibi tarafından öğrenilmesinden itibaren hüküm ve sonuç doğurması gerektiği kabul edilmelidir<sup>446</sup>. İş sahibinin kısmî edim borcunun muacceliyetini öğrenmesi, birçok olayda yüklenicinin buna ilişkin bir talebini gerektirir. Fakat böyle bir talep bulunmasa bile, meselâ iş sahibi tarafından bir tespitin yaptırılması hâlinde, bu tespit sonucu iş sahibinin kendi edim borcunun muaccel olduğu anlaşılıyorsa, artık ödemezlik def'i bu tarihten itibaren hüküm ve sonuç doğurmalıdır. Buna göre ödemezlik def'ine dayanan yüklenici, karşı edim alacağına muacceliyetini kanıtladıktan sonra, iş sahibinin bundan haberdar olduğunu da kanıtlama külfeti altındadır. Yüklenici bunu, kural olarak iş sahibine bildirmek yoluyla kanıtlayabilir.

Sonuç olarak inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin ileri sürdüğü ödemezlik def'inin, en erken iş sahibinin bedel borcunun muaccel olduğunu öğrendiği tarihten itibaren etkili olacağı kabul edilmelidir. Bunu kanıtlama külfeti ise, bundan lehine haklar çıkaran yükleniciye ait olacaktır. Diğer bir ifadeyle ödemezlik def'ine dayanan ve

<sup>445</sup> *Simmen*, s.54 ve özellikle s.101; *Olgaç*, s.461. Yargıtay 4. HD. 28.05.1957, 1364/3643 sayılı kararında da ispat yükünün yüklenicide olduğu açıkça belirtilmiştir. (Bak. *Olgaç*, s.462).

*Oğuzman/Öz'e* göre (s.276) ise ispat yükü, ödemezlik def'ine dayanan tarafa değil, ödemezlik def'ine muhatap olan tarafa düşer. Bu yönde: *Kaneti*, s.128, 168.

<sup>446</sup> Sürenin, ancak iş sahibinin bedeli ifade temerrüdü üzerine uzayabileceği yönünde *Schumacher* (Rechnungen), s.21.

Bu yönde: **YHGK. 14.02.1986, E. 1984/15–630, K. 1986/143**: "... sözleşmenin 8. maddesinde yüklenicinin inşaat ruhsatını almasından sonra kendisine isabet eden daireleri satabilmesini teminen davacılar tarafından vekaletname verileceği, imtina halinde geçecek sürenin sözleşme süresinden sayılamayacağı kararlaştırılmıştır. Yüklenici tarafından inşaat ruhsatının alınmasından ve inşaatın başlamasından sonra, davacıların satışa yetkili vekâletnameyi verme yükümlülüğünde temerrüdü sabit değildir. Nitekim davacılar tarafından satışa yetkili vekâletnamenin verildiği (22.2.1980) tarihinden önce bu konuda yüklenicinin davacılarla, yükümlülüklerini ifaya davet edici bir ihtarı bulunmadığı gibi davacıların vekâletnameyi vermekten imtina ettikleri iddiası da yoktur. Bu nedenle sözleşme ile saptanan 30.9.1980 tarihinin teslim taahhüt tarihi olarak kabulü gerekir..." (www.kazanci.com.tr)

bundan lehine haklar çıkararak yüklenici, ödemezlik definin hüküm ve sonuç doğuracağı tarihi de kanıtlamakla yükümlüdür<sup>447</sup>.

Ödemezlik definin kullanılması konusunda, önemli bir nokta, inşaatı icra faaliyetinin durdurulmasının ölçüsüdür. İş sahibinin yapması gereken ara ödemenin miktarı ile durdurulan inşaat faaliyeti arasında bir dengenin bulunması gerekir<sup>448</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenici bu hakkını Medeni Kanununun 2. maddesinde belirtilen kurallar kapsamında kullanmalıdır<sup>449</sup>. Aksi hâlde inşaat süresinin durmayacağı kabul edilebilir. Buna göre meselâ iş sahibinin geciktirdiği ödemenin miktarının çok önemsiz olmasına rağmen, yüklenicinin işi sürdürmesi dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenebiliyorsa, bu durumda artık inşaatın durdurulması hukuka uygun sayılmaz ve bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzamaz. Bu nedenle bu hakkın kullanılması konusunda, iş sahibinin geciktirdiği yükümlülüğü ile işin durdurulması durumunda ortaya çıkabilecek zarar kıyaslanmak suretiyle yapılacak değerlendirme sonucunda, yüklenicinin işi durdurmasının hakkaniyete ve dürüstlük kurallarına uygun düşeceği kabul edilebiliyorsa, diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>450</sup>.

Ara ödemelerin, meselâ arsa payı devir borcunun, yüklenicinin temerrüde düşmesinden sonra muaccel olması durumunda; iş sahibinin, gecikme zararı tazmin edilene veya cezai şart ödenene kadar, BK. m.81 gereğince ödemezlik define başvurarak, arsa paylarını devirden kaçınabileceği kabul edilmektedir<sup>451</sup>. Bu durumda, artık söz konusu olacak gecikme yüklenicinin hâkimiyet alanına dâhil olacağı için sürenin uzaması gündeme gelmeyecektir.

<sup>447</sup> Mesela teslim süresi 30 ay olan ve inşaatın %50 seviyeye ulaşması hâlinde yükleniciye 5 adet bağımsız bölümün verileceğinin kararlaştırıldığı bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sürenin uzaması, yüklenicinin 30 ayın dolmasından önceki dönemde inşaatı %50 oranında tamamladığını ve bunu iş sahibinin bildiğini kanıtlamasına bağlıdır. Diğer bir ifadeyle bu olayda iş sahibinin 40. ayda gecikme tazminatının ödenmesi için açtığı davada, yüklenici karşı edim alacağını ödemediğini ileri sürerek temerrüdün oluşmadığını iddia etmesi hâlinde, yüklenici 30 aylık sürenin dolmasından önce inşaatın %50 oranında tamamladığını ve bunu iş sahibinin bildiğini kanıtlaması gerekir. Aksi hâlde yüklenici temerrüde düşmüş sayılır ve gecikme tazminatının tamamından sorumlu olur. Bu olayda yüklenici üzerine düşün ispat yükünü yerine getiremezse ve dava tarihi itibarıyla (40. ayda) inşaat seviyesi %60 olsa bile, yüklenicinin temerrüde düştüğü ve iş sahibinin gecikme tazminatını talep edebileceği kabul edilmelidir. Karş. **Bucher** (OR AT), s.309.

<sup>448</sup> Aynı şekilde inşaatın durdurulmasının iş sahibine vereceği zararın da dikkate alınması gerekir. Buna göre, inşaatın durdurulmasının iş sahibine çok büyük zarar vereceği anlaşılan hâllerde, ödemezlik definin bu durum dikkate alınarak kullanılması gerekecektir. Bunun yanında yüklenicinin karşı edim alacağını herhangi bir biçimde teminat altına alındığı hâllerde, ödemezlik definin kullanılması konusunda yüklenici aleyhine bir değerlendirme yapılması daha kolay olabilecektir. Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.371, no:192 vd.

<sup>449</sup> **Simmen**, s.88 vd; **Schraner**, s.250, no:170; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.371, no:194; **Gauch** (Werkvertrag), s.357, no:1282; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.29, no:2231; **Bucher** (OR AT), s.310; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.494.

<sup>450</sup> Sözleşmeden dönme sonrası ortaya çıkan iade borçlarının ifasında ödemezlik definin kullanılmasının Medeni Kanunun 2. maddesiyle ilişkisi bakımından aynı yönde: **Hartmann** (Rückabwicklung), s.309, no:766 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.265, no:711.

<sup>451</sup> **Erman** (İnşaat), s.89.

### 3. İş Değişikliği veya Ek İşler Yapılması

İnşaat işleri daima baştan hazırlanan ayrıntılı planlara göre yapılır. Yüklenici işi bu plana uygun olarak yapmakla yükümlüdür. Aynı şekilde iş sahibi de, bu planın dışındaki ek isteklerde bulunamaz<sup>452</sup>. Fakat uygulamada üç farklı biçimde iş değişikliği veya ek iş<sup>453</sup> yapıldığı görülmektedir<sup>454</sup>. Buna göre iş değişikliği veya ek iş yapılması ilk olarak tarafların anlaşmaları sonucu gerçekleşebilir. İkinci olasılık yüklenicinin, tek taraflı iradesiyle iş değişikliği veya ek iş yapmasıdır. Son olasılık ise, iş değişikliği veya ek iş yapılmasının bazı zorunlu sebeplerle ortaya çıkmasıdır. Konumuz olan inşaat süresinin uzaması bakımından, bu üç durumda ortaya çıkacak hukukî sonuçlar farklı olacaktır. Bu nedenle bunların ayrı ayrı incelenmesinde yarar görülmüştür.

Kural olarak inşaat sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunmuyorsa, taraflara bu konuda bir opsiyon hakkı verilmemişse, ne iş sahibi ne de yüklenici, yapılması planlanan inşaatta tek başına değişiklik yapabilir<sup>455</sup>. Sözleşmede iş sahibine bu konuda yetki verilmemişse yüklenici, iş sahibinin iş değişikliği teklifini kural olarak kabul etmek zorunda olmadığı gibi; iş sahibi de yüklenicinin iş değişikliği teklifini kural olarak kabul etmek zorunda değildir. Fakat yüklenici zorunlu olmadığı hâlde iş değişikliğini kabul eder veya sözleşme hükümleri gereğince iş sahibinin bu yönde bir yetkisi varsa, inşaat

<sup>452</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.13. İsviçre’de uygulanan SIA-Norm 118 inşaat sözleşmesi standart koşullarının 84. maddesinde iş sahibine belli koşullarda iş değişikliği yapma yetkisi verilmiştir. **Egli** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.211.

<sup>453</sup> Hangi işlerin fazladan iş (ek iş) olduğu, hangilerinin sözleşmenin konusuna dâhil olduğu, öncelikle tarafların iradeleri dikkate alınarak, işin niteliği gereğince dürüstlük kuralları gereğince yapılan bir değerlendirmeye tespit edilir [Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.12, no:29; **Egli** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.210; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.75; **Gauch** (Werkvertrag), s.218, no:768; **Gauch** (Vergütung), s.10; **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.94; **Gehrer** (Bauvertägen), s.101 vd; **Enders**, s.51]; **Gürpınar**, s.97. Bir görüşe göre, yüklenici yapılan işin ek iş olduğunu değil, iş sahibi ek iş olmadığını ispat etmekle yükümlüdür. **Gürpınar**, s.98. Kanaatimce bu görüşün kabulü, ispat yüküne ilişkin temel kuralın aksinin kabulü anlamına gelir. Zira bu durumda bir olaydan (ek iş yapma) lehine haklar çıkararak (ek bedel hakkı) taraf yüklenicidir. Bu nedenle ispat yükünün yükleniciye ait olması daha yerinde olur. Bu görüşte: **Bühler** (Beweislast), s.318; **Gauch** (Werkvertrag), s.255, no:906.

**Kaplan**’a göre (Ücret, s.131) bir işin ek iş olup olmadığı konusunda şüphe hâsıl olursa borçlunun yararına yorum yapılmalıdır. Fakat yazar bu durumda her nedense yükleniciyi borçlu olarak değerlendirmiş ve bunun sonucu olarak yapılan işin ek iş olup olmadığının belirlenmesinde şüphe hâlinde, yapılan işin ek iş olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Kanaatimce bu durumda bedel söz konusu olduğundan, yüklenicinin değil, iş sahibinin borçlu olarak kabul edilmesi gerekir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılandan fazla bağımsız bölüm yapmasından doğan hukukî sorunlar hakkında özel bir inceleme için bak. **Akkanat** (Fazla İnşaat), s.64 vd.

<sup>454</sup> **Kaplan** (Ücret), s.145. Kumu İhale Kanununa ve Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine tabi inşaat sözleşmelerinde iş değişikliği, ancak bunun Kanunda açıkça düzenlenen hallerde mümkündür (KİSK. m.4/II).

<sup>455</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.53, no:73; **Gauch** (Werkvertrag), s.219, no:772; **Frank**, s.93; **Enders**, s.69; **Gehrer** (Bauvertägen), s.120; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.140. Fakat bazı durumlarda iş sahibinin değişiklik talebinin, yüklenici tarafından kabul edilmesi dürüstlük kuralları gereği zorunlu olabilir. **Gauch** (Werkvertrag), s.220, no:779; **Gehrer** (Bauvertägen), s.120; **Henninger** (Bauverzögerung), s.252. Karş. **Egli** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.208; **Huber / Schwendener**, s.84 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.13.

Dürüstlük kuralları gerektiriyorsa yüklenicinin, iş sahibinin iş değişikliği teklifini kabul etmesi gerektiğine yönelik, Hamburg İstinaf Mahkemesinin 1911 tarihinde verdiği ilke kararı için bak. **Enders**, s.72.

süresinin bu sebeplerle gerçekleşen iş değişikliğinden doğan gecikme oranında kendiliğinden uzayacağı kabul edilmelidir<sup>456</sup>. Buna göre, tarafların anlaşmaları sonucu gerçekleşen iş değişikliği veya ek iş yapılması nedeniyle oluşan gecikmeler, kural olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil olduğundan<sup>457</sup> olağan inşaat süresini kendiliğinden uzatır<sup>458</sup>.

Türk inşaat uygulamasında, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bazen yüklenici inşaat planını iş sahibinin onayı olmaksızın değiştirerek fazladan bağımsız bölüm yapmakta veya inşaatı daha farklı bir biçimde tamamlamaktadır<sup>459</sup>. İş sahibinin açık veya örtülü rızası bulunmaksızın yapılan bu değişikliklerin inşaat süresi üzerindeki etkisinin de ayrıca incelenmesi gerekir. Kanaatimce yüklenicinin, iş sahibinin açık veya örtülü iznini almaksızın ya inşaat planını değiştirmek suretiyle fazladan bağımsız bölüm yapması ya da sözleşmede kararlaştırıldan daha kaliteli malzeme kullanarak işin yapımında gecikmeye neden olması durumunda, teslim süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir. Çünkü aksinin kabulü, sürenin yüklenicinin tek taraflı iradesiyle süreyi uzatması sonucunu doğurur<sup>460</sup>. Ancak iş sahibinin bu fazla işlere örtülü de olsa göz yumması durumunda, iş sahibinin bu değişikliklerin normal süreyi uzatacağını da öngörmesi kaydıyla, artık inşaat süresinin uzayabileceği kabul edilebilir<sup>461</sup>.

<sup>456</sup> SIA-Norm standart kurallarınının 90. maddesine göre: “Sipariş değişikliği, sözleşmesel sürelerin (madde 92) uyarlanmasını gerektirirse, yüklenici uygun yeni bir sürenin belirlenmesini talep edebilir. Taraflar yeni süreyi anlaşma yoluyla belirlerler” Bu hüküm için bak. **Egü** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.247; **Gauch** (Werkvertrag), s.223, no:791 vd.

<sup>457</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.223, no:790; **Gauch** (Fristen und Termine), s.12; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.376, no:672; **Frank**, s.93; **Walter** (Mehrkosten), s.143.

<sup>458</sup> İş değişikliği ve ek iş yapılmasının parasal sonuçları inceleme konumuz dışındadır. Bu konuda bak. **Egü** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.218 vd; **Briner**, s.254; **Scherrer** (Bestellungsänderungen), s.87; **Gauch** (Werkvertrag), s.221, no:785; **Gauch** (Vergütung), s.23; **Schumacher** (Rechnungen), s.18 vd; **Schumacher** (Vergütung), s.171 vd; **Gürpınar**, s.94.

<sup>459</sup> İş sahibinin açık veya örtülü izni olmaksızın yüklenicinin kendi iradesiyle yaptığı ek işlerden doğan alacağı (bedelin para olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde) vekâletsiz iş görme hükümlerine göre belirlenecektir. Konumuz dışındaki bu durum için bak. **Schmid** (Geschäftsführung), s.421 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.365, no:1310; **Gürpınar**, s.99.

Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde Yargıtay’ın yerleşik görüşü gereğince fazladan yapılan bağımsız bölümlerin, aksi kararlaştırılmadıkça yüklenici ile arsa sahibi arasında sözleşmedeki paylaşım oranına göre paylaşılması gerekir.

**15. HD. 01.05.2002, 561/2204:** “... Çatı altına yapılan bölüm müstakil arsa payı olan bağımsız bir bölüm olmayıp dairenin müstamilatı niteliğinde bulunduğundan ve dubleks yapılmak suretiyle daireye müteahhit lehine değer kazandırdığından arsa sahibi davacı, sözleşmedeki hissesi nispetinde ve paylaşım oranına göre talepte bulunma hakkına sahip ise de bu bağımsız bölümü şuyulandıracak şekilde arsa sahibine tapudan pay verilmesi mümkün olmayıp davacı ancak kazanılan değere göre yükleniciden tazminat talep edebilir...” (www.kazanci.com.tr). Bu konuda ayrıca bak. **Akkanat** (Fazla İnşaat), s.64 vd.

<sup>460</sup> Fakat Yargıtay, yapılan iş değişikliğinin ve ek işlerin süreye yönelik etkisini daima kabul etmektedir. Bu yönde: **15. HD. 15.05.2007, E. 2006/2917, K. 2007/3264** (YKD. 2008/3, s.480).

<sup>461</sup> Karş. **Gautschi**, s.30, no:29. Nitekim **15. Hukuk Dairesinin bir (11.02.1994, 1993/2335 E, 1994/724 K.)** kararında bu husus şöyle belirtilmiştir: “Davalı savunmasında davacıya ait inşaat 420 m2 alanında yapılacak iken fiilen 460 m2 olarak işin parsellendiğini bu fazlalığın inşaat süresini ertelediğini belirtmiştir. Gerçekten mahkemece alınan bilirkişi raporundan inşaatın 37.50 m2 fazla yapıldığı anlaşılmıştır. Bu durumda işin zamanında teslim edilmemesinde inşaatın düşünülüşünden büyük

İş değişikliği veya ek iş yapılması nedeniyle inşaat süresinin kendiliğinden uzayacağı bir diğer durum ise, **iş sahibine yüklenebilen zorunlu sebeplerle** iş değişikliği veya ek iş yapılması gereğinin ortaya çıkmasıdır<sup>462</sup>. Buna göre, inşaat sözleşmesinin yapılmasından sonra, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebepler, planlanan işin değiştirilmesini veya bazı ek işler yapılmasını zorunlu kılar ve bu işlerin yapılması, inşaatın zamanında tamamlanmasına engel olursa, inşaat süresinin yine kendiliğinden uzayacağı kabul edilmelidir. İnşaatın yapılacağı arsadan, iş sahibince sağlanan malzemelerden ve inşaat planından doğan sebepler kural olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhildir. İş sahibinin iradesi doğrultusunda yapılan iş değişikliklerinde / ek işlerde inşaat süresinin uzayacağı kolaylıkla kabul edilebilmekle birlikte, kanaatimce iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan zorunlu nedenlerle yapılması gereken iş değişikliği veya ek işlerin, aynı sonucu doğurabilmesi için ek bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Buna göre, Borçlar Kanununun 368/III hükmüne kıyasen, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan zorunlu sebebin, sözleşmenin yapıldığı sırada, yüklenicinin yapacağı denetimlerde ortaya çıkmayan (öngörülemeyen) bir nitelik taşınması gerekir. Sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenicinin, sözleşmenin yapılması aşamasında inşaatın nasıl ve ne kadar süre içinde yapılabileceğini hesaplayarak, sözleşme kurma teklifini (icabını) buna göre yapması gerekir. Yüklenicinin sözleşmenin başında, inşaatın yapılacağı arsanın ve inşaat planının işin niteliğine uygun olup olmadığını, makul bir biçimde incelemesi gerekir<sup>463</sup>. Fakat yükleniciden beklenebilen bu yükümlülüğün ötesinde, öngörülemeyen veya öngörülüp de dikkate alınmayan

---

*yapılmasının etken olduğu açıktır. Esasen bu fazlalığa davacı da ses çıkartmamış ve kabul etmiştir. Öyle olunca mahkemece bilirkişiden ek rapor alınarak fazla yapılan işin, teslim süresini ne kadar etkileyeceğinin belirlenmesi ve bu ek sürenin teslim zamanına eklenerek işte gecikme olup olmadığının tespitiyle varsa bu süre kadar gecikme tazminatına hükmedilmesi ve cezai şartın da buna göre değerlendirilmesi gerekirken ...” (www.kazanci.com.tr).*

Fakat Yargıtay'ın genel olarak, yüklenicinin tek tarafı olarak yaptığı iş değişikliği ve ek işlerin süreyi uzatacağını kabul ettiği söylenebilir. **15. HD. 15.02.1994, E. 1993/2658, K. 1994/791:** “*Fazladan yapılan işler için geçen süre, kira parasına esas alınan gecikme süresinden düşürülür...*” (www.kazanci.com.tr).

<sup>462</sup> Büyük inşaat işlerinin genellikle uzun bir zamanı gerektirmesi ve bazen işin niteliğinin ancak planın uygulanması aşamasında tam olarak ortaya çıkması nedeniyle, inşaatın ayıpsız olarak tamamlanabilmesi için, sözleşmenin başında hazırlanan inşaat planında bazı değişiklikler veya eklemeler yapılması zorunluluğu ortaya çıkabilir. Meselâ inşaat planlarının hazırlanmasından sonra, inşaat yapım tekniğini değiştiren bazı yeni idarî düzenlemelerin ortaya çıkması ve mevcut planların da buna uymasının zorunluluğu karşısında, artık zorunlu bir iş değişikliği ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, baştan hazırlanan planın uygulanması aşamasında, planın aynen tatbikinin mümkün olmadığı veya bunun çok büyük masraflara neden olacağı anlaşıldığında, planda değişiklik veya bazı ek işler yapılması gereği doğabilecektir. Bu konuda bak. **Nicklisch** (Projektänderungen), s.109 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.218, no:768 vd; **Gürpınar**, s.99.

<sup>463</sup> Bu inceleme sırasında anlaşılmayan veya daha sonra ortaya çıkan sebepler kural olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil sayılmalıdır. **Erman** (İnşaat), s.33.

**Brunner'e** göre [(Unvorhergesehenes), s.220] inşaatın yapıldığı arsadan doğan gecikme tehlikeleri kural olarak yükleniciye aittir. Yazara göre yüklenici sözleşme için icapta bulunmadan önce arsayı incelemeli ve olası tehlikeleri tespit ederek, icabını buna göre belirlemelidir. Buna aykırı davranan yüklenici, bunun sonuçlarına da katlanmalıdır. Yazarı bu görüşü, ancak sözleşmenin başında yapılan incelemeyle anlaşılabilir türden engeller için geçerlidir. Yoksa öngörülemez türden sebepler ek iş veya iş değişikliği yapılmasını gerektirirse, çalışmamızda savunulduğu üzere inşaat süresinin uzaması gerekir.



sebeplerle işte değişiklik gereği doğarsa, bu sebepten doğan gecikmenin inşaat süresine eklenmesi gerekecektir.

Meselâ iki yerleşim yeri arasında kurulması planlanan metro hattı için yapılan tünel kazısı sırasında, zeminin planlandığı biçimde inşaatı uygun olmadığı, ancak büyük ölçekli ek inşaatların yapılması hâlinde inşaatı devam edilebileceği ortaya çıkarsa, inşaatın devamı için zorunlu olan bu ek yatırımların yapılması için gereken süre kadar inşaat süresinin uzayacağı kabul edilmelidir<sup>464</sup>. Bunun için yüklenicinin durumu iş sahibine bildirmesi gerekli ve yeterlidir. Fakat bu sonucun kabulü, planlanan hattın kazı çalışmaları sırasında, zeminin inşaatı uygun olmadığına sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülemez bir durum olarak kabulüne bağlıdır (BK. m.357/III ve 368/III). Bu durumda inşaat süresinin uzaması için, BK. m.365/II hükmünün aksine, bir mahkeme kararına gerek yoktur. Çünkü bu durumda inşaatın durması veya yavaşlaması doğrudan iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil sayılmaktadır.

#### **4. İş Sahibinin Hâkimiyet Alanına Dâhil Edilemeyen ve Zorunlu Olarak İnşaatın Durmasına / Yavaşlamasına Neden Olan Sebeplerin İnşaat Süresine Etkisi**

İş sahibinin hâkimiyet alanından doğan zorunlu sebeplerle iş değişikliği veya ek iş yapılması veya inşaatı belli bir süre ara verilmesi, diğer koşulların, özellikle de bildirim yükümünün yerine getirilmesi kaydıyla, inşaat süresini doğrudan ve kendiliğinden uzatır. Bunun için bir mahkeme kararına gerek yoktur.

Fakat her iki tarafın da hâkimiyet alanına dâhil olmayan meselâ savaş, olağanüstü hâl, sıkıyönetim, sokağa çıkma yasağı, deprem, yıldırım düşmesi, genel grev, genel enerji kesintisi, nükleer sızıntı veya tahminleri aşan olağanüstü olumsuz hava koşulları gibi zorunlu sebeplerle (mücbir sebeplerle) ek iş veya iş değişikliği yapılması gereği ortaya çıkar<sup>465</sup> veya böyle bir ek iş veya değişiklik yapılması gereği doğmamakla birlikte sadece inşaatı belli bir süre ara verilmesi gereği doğarsa

<sup>464</sup> Aynı şekilde sonradan yapılan değerlendirmeler sonucunda metro hattının, planlanan hattan geçirilmesinin mümkün veya rantabl olmadığı, bunun yerine hattın başka bir yer üzerinden geçirilmesinin daha uygun olacağı sonucuna varıldığında (iş değişikliği), hattın değiştirilmesinden doğan gecikmenin teslim süresine eklenmesi gerekir.

Benzer bir durum, sonradan kabul edilen idari düzenlemelerle, inşaat planlarının değiştirilmesinin zorunlu hâle gelmesinde de bulunmaktadır. Buna göre meselâ 1999 Kocaeli depreminden sonra idari bazı düzenlemelerle, inşaat planlarında değişiklik gereği ortaya çıkmıştır. Bu durumda bu değişikliklerden doğan ek işlerin yapılması için gereken sürenin inşaat süresine ekleneceği kabul edilmelidir.

**15. HD. 07.03.2005, E. 2004/7535, K. 2005/1259:** "... Parselasyon planlarının iptali ve bu nedenle geçen süre davalı yüklenicinin kusuruna dayalı olmayıp, idari makamlardan kaynaklanan mücbir sebep olarak kabul edilmesi gecikme süresinin bu yön değerlendirilerek tespit edilmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 17.11.2003, 2502/5494:** "... depremin ve varsa imar çalışmalarının neden olduğu süre uzatımları belirlenerek teslim tarihine eklenip bulunacak süre için cezai şarta hükmedilmesi gerektiği..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>465</sup> Meselâ inşaatın yapılmış olan kısmının, bir deprem sonucu hasar görmesi durumunda, hasar gören kısmın yeniden inşası nedeniyle ortaya çıkan gecikme.

(vorübergende Leistungshindernisse), inşaat süresinin bundan etkilenip etkilenmeyeceği ise ayrıca incelenmelidir. Doktrinde zorunlu sebeplerin inşaat süresine etkisi konusunda genel olarak üç farklı eğilim görülmektedir.

Hâkim olarak değerlendirilebilecek **ilk görüş**, borçlu temerrüdünün doğumu için kusurun gerekli olmadığına ve BK. m.368'de geçen, teslimden önce eserin hasara uğraması durumunda yüklenicinin herhangi bir bedel talep edemeyeceğine ilişkin hükme dayanır<sup>466</sup>. Buna göre iş sahibinin hâkimiyet alanından doğamayan hiçbir sebep (mücbir sebepler bile) inşaat süresinin uzamasını sağlamaz. Meselâ inşaat süresi içinde sokağa çıkma yasağı ilan edilmesi nedeniyle inşaat zamanında tamamlanamasa bile yüklenici temerrüde düşer<sup>467</sup>. Bu görüş kabul edildiğinde yüklenici, temerrüdün kusura bağlı olmayan sonuçlarıyla karşı karşıya kalacaktır. Fakat gecikmeye neden olan bu olay, ek süre verilmesi (ek sürenin uzunluğu) bakımından dikkate alınacaktır.

**İkinci görüş** ise biraz daha ılımlıdır. Buna göre, BK. m.365/II<sup>468</sup> hükmünün uygulanabildiği durumlarda<sup>469</sup>, mahkeme sürenin uzatılmasına da karar verebilir<sup>470</sup>. Bu görüşte, sonradan ortaya çıkan ve inşaatın devamına engel olan bu sebeplerin, inşaatın belirlenen götürü bedelle yapılmasını aşırı derecede zorlaştırıp

<sup>466</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:681; **Bühler** (Werkvertrag), s.155, no:32; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:20; **Brunner** (Unvorhergesehenes), s.218; **Altas** (Eserin Telef Olması), s.152. Örtülü olarak bu görüşte: **Bischoff**, s.158 ve 165. **Koller** de (BernKomm, s.239, no:151) açıkça bu görüşte olduğu belirtmesine rağmen, 2004 yılında yayınlanan bir başka makalesinde [**Koller** (Verbindung), s.519] alacaklıya yüklenemeyen deprem, savaş gibi mücbir sebeplerin, muacceliyeti uzatacağını kabul etmiştir. Yazar bu görüşünü, 2006 yılındaki bir eserinde de sürdürmüştür. **Koller** (OR AT), s.56, no:56.

<sup>467</sup> Genel olarak bu görüşte olduğu anlaşılan **Guhl/Koller/Schnyder/Druey** ise (s.526, no:20), idari sebeplerle inşaatın durmasını, iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil etmektedir.

<sup>468</sup> BK. m.365: "Götürü pazarlık edilmiş ise, müteahhit yapılacak şeyi kararlaştırılan fiyata yapmağa mecburdur. Yapılacak şey, tahmin edilen miktardan fazla sây ve masrafı mücib olsa bile, müteahhit bedelin arttırılmasını isteyemez. – Fakat evvelce tahmin olunamayan veya tahmin olunup ta iki tarafça nazara alınmayan haller işin yapılmasına mani olur veya yapılmasını son derece işkâl ederse hâkim, haiz olduğu takdir hakkı dolayısıyla ya tekarrür eden bedeli tezyit veya mukaveleyi fesheyleyebilir. – Yapılacak şey, evvelce tahmin edilen miktardan daha az bir sây ile vücuda gelmiş ise, iş sahibi bedeli tamamen vermeğe mecburdur." Bu hükmün uygulanması konusundaki ispat hukukuna ilişkin sorunlar için bak. **Bühler** (Beweislast), s.319. Bu biçimde ortaya çıkan risklerin sigortalanması konusunda bak. **Jauch-Stolz** (Kosten-Garantie), s.191 vd; **Gauch** (Vertragsrecht), s.28 ve 33; **Aeppli** (Garantien und Bürgschaften), s.89 vd; **Fuhrer**, s.171 vd; **Campi/von Büren**, s.84 vd.

Konuya ilişkin SIA-Norm 118 standart kurallarının 59. maddesine göre: "Yüklenici, öngörülemez veya taraflarca dikkate alınmayan olağan üstü sebeplerin eserin tamamlanmasını önlemesi veya aşırı derecede zorlaştırması durumunda, ek bedel talep edebilir. Bu sebepler meselâ sel, deprem, elektrik veya gaz kesintisi, aşırı yüksek sıcaklıklar, radyoaktif sızıntı, geniş kapsamlı kamusal önlemler veya çalışma barışının bozulması olabilir. – Ek bedelin miktarını taraflar somut olaya göre belirlerler, fakat bunun üst sınırını, kanıtlanabilen fiilî ek masraflar oluşturur. Bu konuda bir anlaşma gerçekleşmezse, yüklenicinin talebi üzerine hâkim ek bedeli belirler veya sözleşmenin feshine karar verir (BK. m.373/II). – Yüklenicinin bildirim yükümlülüğü hakkında 25. madde geçerlidir." Bu hüküm için bak. **Walter** (Mehrkosten), s.127. Benzer bir hüküm olan 96. madde için bak. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.298.

<sup>469</sup> Bu hükmün uygulama koşulları için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.291, no:1044 vd; **Gauch** (Vergütung), s.12; **Erdin**, s.18 vd; **Bucher** (OR BT), s.212; **Vanoli**, s.18 vd; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.71 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.54; **Albaş**, s.70; **Gürpınar**, s.113 vd.

<sup>470</sup> **Erdin**, s.155 vd; **Rampini**, s.49. BK. m.365/II hükmünün mahkemeye, bedelin arttırılması ve sözleşmenin feshi dışında diğer uyarılma yöntemlerine (işin değiştirilmesi, sürenin uzatılması gibi) başvurma konusunda yetki verdiği yöneltik haklı görüş için bak. **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.110, 111. Örtülü olarak bu görüşte: **Vanoli**, s.42.

zorlaştırmadığına göre bir ayırım yapılmaktadır<sup>471</sup>. Diğer bir ifadeyle sonradan ortaya çıkan bu engellerin bazıları, inşaatın sadece belli bir süre durmasına neden olurken; bazıları ise inşaat planının değiştirilmesi veya bazı ek işlerin yapılması gereğini ortaya çıkararak inşaatın zamanında tamamlanmasına engel olabilir<sup>472</sup>.

Buna göre meselâ, inşaatın tamamlanmasına çok az bir süre kala (teslimden önce), inşaatın bir mücbir sebep (yıldırım düşmesi) nedeniyle hasara uğraması durumunda, inşaatın uğradığı hasarın giderilmesi götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde BK. m.365/II hükmünün uygulanmasını gerektirebilir<sup>473</sup>. Teslime iki gün kala düşen yıldırım sonucu meselâ inşaatın %50 oranında hasar gördüğü ve hasarın giderilerek teslim hazırlan hâlen getirilmesi için, yüksek miktarda ek masrafın gerektiği bir olayda, yüklenicinin BK. m.365/II hükmüne göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması anlamında belirlenen bedelin arttırılmasını talep edebileceği kabul edilmektedir. Fakat bu olayda hasarın giderilmesi aynı zamanda meselâ 3 ay gibi bir süreyi de gerektiriyorsa, mahkeme bedelin arttırılması yanında sürenin uzatılmasına da karar verebilmelidir. Bunun sonucu olarak, 365/II kapsamına giren durumlarda mahkeme, bedel arttırılması yanında sürenin uzamasına da karar verebileceğinden, bu durumlarda da inşaat süresinin uzaması mümkündür<sup>474</sup>.

Fakat bu görüş, fazladan masraf yapılmasını gerektirmeyen zorunlu sebepleri ise, bu sonucun kapsamı dışında tutmaktadır. Buna göre meselâ sonradan ortaya çıkan zorunlu sebepler ek işler yapılmasını zorunlu kılmamakla birlikte sadece inşaatın belli bir süre durmasına neden oluyorsa, artık bu durumda inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmektedir. Meselâ olağanüstü hâl ilanı nedeniyle inşaata belli bir süre ara verilmesi, sürenin uzamasını sağlamaz<sup>475</sup>.

Bu konudaki **üçüncü görüş** ise, doktrinde **Gautschi** tarafından savunulmuştur<sup>476</sup>. Anılan yazara göre, inşaatın zamanında tamamlanamaması, yüklenicinin irade ve isteği dışında gerçekleşmişse, bu durumda sürenin uzayacağı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle anılan yazar, yüklenicinin kusurunun bulunmadığı bütün durumları iş sahibinin hâkimiyet alanına dâhil etmektedir. Yargıtay'ın bazı

<sup>471</sup> **Erdin**, s.18, no:55 ve özellikle s.21.

<sup>472</sup> Bu nedenle doktrinde riziko kavramı, masrafların artması rizikosu ile amaca ulaşma rizikosu olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. **Bischoff**, s.17.

<sup>473</sup> **Erdin**, s.22, no:69.

<sup>474</sup> Açıkça aksi görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.311, no:1126, 1127; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.481. Yazarlara göre, BK. m.365/II hükmü mahkemeye, sadece bedelin arttırılması veya sözleşmenin feshi yetkisi verir. Bunların dışında, meselâ sürenin uzatılması veya işin azaltılması gibi diğer önlemlere karar verilmesi mümkün değildir.

<sup>475</sup> Bu görüşte: **Henninger** (Bauverzögerung), s.248. Karş. **Rampini**, s.49; **Erdin**, s.18, no:55 ve özellikle s.22.

<sup>476</sup> **Gautschi**, s.255, 4d. Bu görüşte: **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.67.

kararlarında bu görüşü kabul ettiği görülmektedir<sup>477</sup>. Türk hukukunda **Öz**'de gecikmenin mücbir sebep veya olağanüstü hâlden kaynaklanması durumunda sürenin uzayacağını kabul etmek suretiyle Gautschi'ye yakın bir duruş sergilemektedir<sup>478</sup>.

**Kanaatimce** bu konuda temel olarak ikinci görüş kabul edilerek, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına<sup>479</sup> ilişkin Türk Hukukundaki özel bir kural olan BK. m.365/II'den<sup>480</sup> ve Medenî Kanununun 2. maddesinden yararlanılması yerinde olur. Eser, özellikle de inşaat sözleşmeleri, uzun süreli sözleşmeler (langfristige Verträge, komplexe Langzeitverträge) olarak nitelendirilmektedir<sup>481</sup>. Sözleşmenin kurulması ile yapının tamamlanarak teslimi arasında genellikle aylar, hatta yıllar bulunmaktadır. Bu nedenle sözleşmenin kurulmasından sonra, inşaatın sözleşmeyle belirlenen zamanda tamamlanarak teslimini aşırı derecede zorlaştıran veya imkânsız hâle getiren, sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca dikkate alınmayan olağanüstü sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, Medenî Kanununun 2. maddesi ile Borçlar Kanununun 365. maddesinin ikinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması sonucu<sup>482</sup>, yüklenicinin sürenin uzatılması için hâkimin müdahalesini talep edebileceğinin kabul edilmesi yerinde olur<sup>483</sup>.

<sup>477</sup> Bak. **15. HD. 25.12.1996, 6551/6962** (Geçici çalışma yasağı hakkında) Karar için bak. **Erman** (İnşaat), s.80, dn.71.

<sup>478</sup> **Öz** (Dönme), s.154, dn.4a. Bu görüşte: **Erman** (İnşaat), s.73b

<sup>479</sup> Bu konuda bak. **Rampini**, s.5 vd; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.54 vd.

<sup>480</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının 137. maddesinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin bir genel hüküm bulunmaktadır. Buna göre: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır."

Aynı şekilde Tasarının 480. maddesinde de uyarlanmanın bedelde indirimden ibaret olmadığı açıkça vurgulanmıştır. Bu hükme göre: "Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

Ancak, başlangıçta öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür."

Bu hükümlerin yasalaşmasından sonra, kanaatimce kabul ettiğimiz görüşün savunulabilirliği daha da artacaktır.

<sup>481</sup> Karş. **Rimle**,s.12, no:47; **Hager** (Werkmängel), s.46; **Bischoff**, s.15 vd.

<sup>482</sup> Kabul ettiğimiz bu görüş gereğince, Kanunda bu konuda bir boşluk olduğu kabul edilmiş ve bu boşluk, açıklandığı biçimde doldurulmaya çalışılmıştır.

<sup>483</sup> Benzer görüşte: **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.121; **Henninger** (Bauverzögerung), s.243. Aksi görüşte: **Koller** (Konventionalstrafe), s.61, no:214; **Rampini**, s.49; **Walter** (Mehrkosten), s.128. **Gauch** [(Fristen und Termine), s.18'de] bu durumda hâkimin süreyi uzatamayacağını açıkça belirtmesine rağmen, yazar genel olarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına ilişkin bir makalesinde [**Gauch** (Auslegung), s.231], uyarlanmanın süreye ilişkin olabileceğini kabul etmiştir. Karş. **Bischoff**, s.35 vd.

Genel olarak kabul ettiğimiz ikinci görüş, bu sonucu sadece 365/II hükmünün doğrudan uygulanabileceği, götürü bedelli sözleşmelerde masrafların aşırı derecede artması durumuna inhisar ettirmesine rağmen, kanaatimce aynı sonucun genişletici bir yorum yapılması yoluyla, böyle bir durumun ortaya çıkmadığı diğer hâllere de teşmil edilmesi gerekir<sup>484</sup>. Buna göre, aşağıdaki şartların bulunması durumunda, yüklenicinin sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını<sup>485</sup> (sürenin uzatılmasını) talep edebileceği kabul edilmelidir<sup>486</sup>.

İlk olarak, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebebin, inşaatın zamanında tamamlanmasını aşırı derecede<sup>487</sup> engellemiş olması, bu sebebin ortaya çıkmasında yüklenicinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin hiçbir sorumluluğunun bulunmaması<sup>488</sup> ve bu sebebin sözleşmenin kurulduğu sırada dikkate alınmayan<sup>489</sup> ve öngörülemeyen bir nitelik taşıması gerekir<sup>490</sup>. Ayrıca yüklenicinin söz

---

Yargıtay da, 1999 yılındaki deprem nedeniyle ortaya çıkan gecikmenin inşaat süresine eklenmesi gerektiğini haklı olarak kabul etmiştir. **15. HD. 04.03.2003, E. 2002/4739, K. 2003/1044**: "... yöredeki 17.8.1999 tarihinde oluşan depremin de eserin teslim süresini (bir) yıl etkileyeceği bildirilmiştir. Yüklenicinin yaptırdığı tesbite göre ise; başka bir şantiyede bazı ahşap imalatlar yapıldığının saptandığı görülmektedir. Bilinen depremin yöredeki inşaatları nasıl etkilediği, deprem nedeniyle ne gibi bir işlem yapıldığı hususu ise idari mercilerden sorulmamış, bu konudaki bilirkişi düşüncesi denetlenmemiştir. Şu hali ile yapılan inceleme ve araştırma hüküm için yeterli değildir. Bu durumda, mahkemece; konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulu ile yerinde ve davalı şantiyesinde keşif yapılarak ... yetkili idari merciden 17.8.1999 günlü deprem nedeniyle ne gibi işlem yapıldığı, bu işlemlerin genelde inşaat işlerindeki süreyi ne kadar ve nasıl etkilediği sorulmalı, bilirkişilere tüm bu araştırma sonucu eserin teslim tarihinin ne olacağı, kalan süreye göre eserin artık zamanında bitirilip bitirilemeyeceği, BK.nun 358. maddesi çerçevesinde incelettirilerek ayrıntılı ve gerekçeli rapor alınmalı böylelikle tüm deliller değerlendirilip bir hükme varılmalıdır..." [**Erman** (İnşaat), s.73, dn.53 ayrıca bak. www.kazanci.com.tr].

<sup>484</sup> **Welser** tarafından verilen bir örneğe göre, büyük bir otel tesisinin inşaatı için iş sahibi, zeminin uygun olup olmadığını, bu konuda uzman bir şirkete inceletmiş ve bu konuda bir onay aldıktan sonra buna uygun olarak hazırlanan plana göre yüklenici işe başlamıştır. Temelin kazılması sırasında ortaya çıkan demir cevheri, işin planlananın dışında yapılmasına neden olmuştur. Yazarın ayıp konusunda verdiği bu örnek, temerrüt konusuna da teşmil edilebilir. Bak. **Welser** (Verantwortlichkeit des Bauherrn), s.52.

<sup>485</sup> Genel olarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hakkında bak. **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.25, no:75 vd; **Gauch** (Auslegung), s.231 vd; **Bischoff**, s.183 vd; **Erzurumluoğlu**, s.71 vd; **Baygin**, s.140 vd. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasında, mahkemenin bir uyarlama yöntemi olarak sürenin uzatılmasına da hükmedebileceği görüşünde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.28, no:84; **Bischoff**, s.236.

<sup>486</sup> Anılan maddeye göre iş sahibi, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını, ancak yenilik doğuran bir dava ile kullanabilir. **Rampini**, s.50, no:125; **Erdin**, s.128, no:377; **Gauch** (Werkvertrag), s.310, no:1122; **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.110. Aksi görüşte: **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.108, 109 ve 115. Yazara göre, mahkemenin vereceği karar kural olarak kurucu değil, sadece açıklayıcı bir nitelik taşır.

<sup>487</sup> Bedelin artırılması veya sözleşmenin feshi için BK. m.365/II hükmüne göre, götürü bedelin, dürüstlük kuralları gereğince yükleniciden beklenemeyecek derecede artması gerektiğinden [**Gauch** (Werkvertrag), s.294, no:1057; **Vanoli**, s.18 vd; **Gürpınar**, s.129 ve s.145], aynı ağırlığın süre uzaması bakımından da aranması gerekir. Buna göre zorunlu sebeplerden doğan gecikmenin, yüklenicinin çalışma temposunu yükseltmesine rağmen inşaatı zamanında tamamlanamaması sonucunu doğurması koşuluyla anılan hükme başvurulabilecektir. Karş. **Erdin**, s.20, no:60.

<sup>488</sup> **Bischoff**, s.216; **Rampini**, s.49, no:124; **Vanoli**, s.32; **Gürpınar**, s.148.

<sup>489</sup> **Bischoff**, s.204; **Vanoli**, s.22 vd. **Seliçi**'nin verdiği bir örneğe göre meselâ su altında yapılan bir inşaatta taraflar inşaatın yapılacağı zeminden kaynaklanan çok çeşitli sorunların doğabileceğini öngörebilirler. Fakat sözleşme, bu engeller dikkate alınmaksızın yapılmışsa, BK. m.365/II hükmü uygulanabilir. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.58. Karş. **Gürpınar**, s.143.

<sup>490</sup> Bu koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde titiz davranılması gerekir. Çünkü aşırı yağışlar, ağır ekonomik krizler bile bazı durumlarda önceden tahmin edilebilen türden olaylar olarak nitelendirilebilir. **Rampini**, s.106 vd; **von Büren** (OR BT), s.146; **Erdin**, s.93 vd; **Seliçi** (Müteahhidin

konusu durumu (inşaatın ortaya çıkan zorunlu sebepler nedeniyle zamanında tamamlanamayacağını) gecikmeksizin, iş sahibine bildirerek sürenin uzatılmasını talep etmesi gerekir<sup>491</sup>.

İnşaatın zamanında tamamlanamamasının nedeni olağan sayılabilecek olumsuz hava koşulları (aşırı yağışlar veya soğuk hava), yüklenicinin işletmesinde gerçekleşen grev, yüklenicinin inşaat malzemesini piyasadan tedarik edememesi veya yüklenici tarafından sağlanan malzemenin ayıbı ise inşaat süresi uzamaz<sup>492</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenici bu sebeplere dayanarak temerrüde düşmekten kurtulamaz. Ya öngörülemez ve önlenememe niteliklerinin yokluğu ya da yüklenicinin kusurunun varlığı nedeniyle, yüklenicinin bu sebeplere dayanarak BK. m.365/II hükmüne başvuramayacağı kabul edilmelidir<sup>493</sup>.

Koşulların gerçekleştiğini ispat yükü, bundan lehine haklar çıkaran yükleniciye aittir<sup>494</sup>. Bu koşulların yanında söz konusu engelleyici sebebin, yüklenicinin temerrüde düştüğü bir sırada gerçekleşmemesi gerekir. Yüklenicinin temerrüde düştüğü anda ortaya çıkan engelleyici sebeplerinin rizikosunu, temerrüde düşen yüklenici taşır<sup>495</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin temerrüdünün doğduğu sırada ortaya çıkan zorunlu sebepler, hiçbir zaman inşaat süresini uzatmamalı veya durdurmamalıdır. Çünkü yüklenici temerrüde düşmekle artık bu riskleri üstlenmiş olur.

Buna göre sonuç olarak, yüklenicinin hâkimiyet alanı dışından doğan ve sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülemeyen, fakat inşaatın devamı sırasında ortaya çıkan önlenemeyen, kaçınılmayan nitelikli sebeplerle inşaatın zamanında tamamlanması mümkün olamayacaksa, yüklenicinin sürenin uzaması için BK. m.365/II hükmüne kıyasen, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle çalışmamızda, yukarıda temel özellikleri verilen

---

Sorumluluğu), s.55, 58. Aşırı yağışların öngörülebilmesi bakımından özel bir inceleme için bak. **Sinniger**, s.83 vd.

Bu nedenlerle **Gürpınar**'ın da haklı olarak belirttiği gibi, inşaat süresi içinde ortaya çıkan ufak tefek sürprizlerin öngörülebilir olduğu, bunların inşaat süresine dâhil olduğu kabul edilebilir. **Gürpınar**, s.140. Bak. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.66; **Ozanoğlu**, s.66. Meselâ teslim süresi 36 ay olan bir inşaat sözleşmesinde, aşırı yağmurlar nedeniyle inşaatın 10 – 15 gün durmak zorunda kalması bu tip bir örnektir. Bu tip durumlar, sözleşmenin kapsamında değerlendirildiği için, sürenin uzamasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir.

<sup>491</sup> **Gürpınar**, s.149. Yüklenicinin bu sonuncu koşulu yerine getirmeksizin (ihtirazi kayıt düşmeksizin) inşaata devam etmesi, onun süre uzatım talebinin düşmesi sonucunu doğurabilir. **Gauch** (Werkvertrag), s.307, no:1111 vd; **Bühler** (Beweislast), s.319, 320; **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.111; **Erdin**, s.18, no:57 ve özellikle s.107 vd; **Gürpınar**, s.150.

<sup>492</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:681; **Gauch** (Fristen und Termine), s.18; **von Büren** (OR BT), s.146; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.240, no:155 ve s.376, no:673; **Henninger** (Bauverzögerung), s.248. Karş. **Frank**, s.95; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.58.

<sup>493</sup> Karş. **Rampini**, s.106 vd; **Gürpınar**, s.125.

<sup>494</sup> **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.110.

<sup>495</sup> **Bischoff**, s.218, dn.194 ve buna bağlı metin; **Erdin**, s.20, no:59; **Gauch** (Werkvertrag), s.307, no:1110; **Koller Jo**, s.25; **Gürpınar**, s.149.

mücbir sebep niteliğine ulaşan geçici ifa engellerinin, iş sahibine sürenin uzatılmasını isteme yetkisi verdiği sonucuna ulaşılmıştır<sup>496</sup>.

Kabul ettiğimiz sistemde inşaat süresinin uzaması, ancak BK. m.365/II hükmüne kıyasen iş sahibinin mahkemeye başvurarak sürenin uzatılmasını talep etmesi durumunda mümkündür<sup>497</sup>. Fakat uygulamada yüklenicinin inşaat süresi dolmadan 365/II hükmünün uygulanması (bedelin arttırılması veya sürenin uzatılması) için mahkemeye başvurması ender görülen bir yoldur. Bu nedenle doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, anılan türden bir durumun ortaya çıkması üzerine, yüklenicinin durumu ve sürenin uzatılması (bedelin arttırılması) gerektiğini iş sahibine bildirmesinin ardından, iş sahibinin bu talebi reddetmesinin açıkça dürüstlük kurallarına aykırı olacağı kabul edilebilen hâllerde, istenen sonucun doğması (sürenin uzaması) için mahkemeye başvurulmasına gerek olmadığı kabul edilmelidir<sup>498</sup>. Fakat yüklenicinin, herhangi bir ihtirazi kayıt ileri sürmeksizin inşaatı devam etmesi durumunda, artık sürenin uzatılma talebinden vazgeçtiği kabul edilmelidir<sup>499</sup>.

#### **D. Yüklenicinin Çalışma Temposunu Arttırarak, İnşaatı Olağan Teslim Süresinde Tamamlama Yükümlülüğünün Bulunmaması**

##### **1. Genel Olarak**

İnşaat süresinin uzamasının bir diğer koşulu, yüklenicinin çalışma temposunu arttırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını giderme, diğer bir ifadeyle inşaatı belirlenen veya ortalama sürede tamamlama yükümlülüğünün bulunmamasıdır.

Yüklenicinin çalışma temposunu arttırarak, inşaatı olağan sürede tamamlama yükümlülüğü, öncelikle iki mantıkî koşulun varlığını gerektirir.

İlk olarak inşaatın olağan süresinin henüz dolmamış olması gerekir. Buna göre meselâ 10 aylık inşaat süresinin üçüncü ve beşinci ayları arasında, iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple inşaatın durması hâlinde, henüz inşaatın olağan süresi dolmadığı için, eğer geri kalan dönemde yüklenicinin inşaatı hızlandırma ve olağan sürede tamamlama yükümlülüğü bulunuyorsa inşaat süresi uzamaz. Fakat bu olayda inşaatın durduğu dönem, yedinci ve on ikinci aylara denk gelmişse, artık olağan sürenin uzaması için yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğünün bulunup bulunmaması önem taşımaz. Bu durumda yüklenicinin inşaatı hızlandırma

<sup>496</sup> Kanaatimce bu tip durumlar nedeniyle inşaat süresinin uzamasının, iş sahibi bakımından katlanılması beklenemeyen bir sonucun doğmasına neden olursa, iş sahibi sözleşmeyi, BK. m.369 hükmüne göre sona erdirebilir. Fakat bu durumda iş sahibinin, yüklenicinin müspet zararını giderme yükümlülüğünün kısmen veya tamamen ortadan kalkmasının mümkün olduğu da kabul edilmelidir. Nitekim bazı durumlarda iş sahibinin sözleşmeyi BK. m.369 hükmüne göre sona erdirmesi durumunda tazminattan indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu konuda bak. **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.93. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bak. BGE 114 II 55.

<sup>497</sup> **Fellmann** (Leistungsverzeichnis), s.110.

<sup>498</sup> **Erdin**, s.156.

<sup>499</sup> Bu yönde: **Bischoff**, s.219. Karş. **Gürpınar**, s.131.

yükümlülüğünün bulunup bulunmaması, inşaat süresinin uzamasının ölçüsünü belirlemede dikkate alınacak bir esas olacaktır. Diğer bir ifadeyle örnek olayda, yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğünün bulunup bulunmamasına bağlı olmaksızın inşaat süresi uzayacak, fakat 12. aydan sonra inşaat süresinin ne kadar uzayacağı belirlenirken, yüklenicinin geri kalan işi hızlandırma yükümlülüğünün bulunup bulunmaması dikkate alınacaktır.

İkinci olarak inşaat süresinin uzamaması için, inşaatın olağan sürede tamamlanarak tesliminin, yüklenicinin alabileceği ek hızlandırma önlemleri nedeniyle mümkün olması gerekir. Daha açık bir ifadeyle, ancak inşaatın normal sürede tamamlanmasının, ek önlemlerin alınmasıyla mümkün olması hâlinde diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilebilir. Meselâ yukarıdaki örnekte, inşaatın %30'unun yapılmasının ardından, inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple 9. aya kadar durması hâlinde, geri kalan %70'lik işin, son 1 ayda tamamlanması ek önlemlere rağmen mümkün olamayacaksa, yüklenicinin ek önlemler alması zorunlu olsa bile inşaat süresi uzayacaktır. Fakat bu olayda yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğünün bulunup bulunmaması, sürenin ne kadar uzayacağı konusunda dikkate alınacaktır.

## 2. İnşaatın Hızlandırılması Kavramı

İnşaatın hızlandırılması kavramı, yüklenicinin inşaat süresine göre belirlenen ortalama çalışma temposunu, hızını arttırmasıdır<sup>500</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin normale göre fazladan iş gücü ve alet edevat kullanması veya çalışma süresini (mesaiyi) arttırması, yani bir yerine iki vardiya hâlinde çalışması, inşaatın hızlandırılmasını (tempo arttırılmasını) ifade eder.

Yüklenici somut olayın özellikleri de dikkate alındığında, inşaatın zamanında tamamlanmasına uygun bir tempoyla çalışmak zorundadır. Bu ise ortalama bir iş gücü, alet edevat ve mesai saati anlamına gelir. Ortalama çalışma temposunun belirlenmesinde inşaat süresine göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Diğer bir ifadeyle ortalama çalışma temposu, inşaat süresinin uzunluğuna göre belirlenir. Meselâ 10 aylık bir inşaat süresinin karşılaştırıldığı bir inşaatda, ortalama çalışma hızı aylık %10'luk bir inşaat seviyesini ifade eder. Fakat teslim süresi 20 ay olan bir inşaatda ise aylık %5'lik bir çalışmanın ortalama tempo olduğu ortaya çıkar<sup>501</sup>.

<sup>500</sup> **Walter** (Mehrkosten), s.144; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.293.

<sup>501</sup> Aynı esas, teslim süresinin sözleşmeyle belirlenmediği işlerde de geçerlidir. Bu tip işlerde inşaat süresi, inşaat sözleşmesinin başındaki koşullara ve tarafların konumlarına göre yapılan objektif bir değerlendirmeyle belirlenir. İşte böyle bir belirlemeyle bulunan inşaat süresinde aybaşına düşen iş miktarı, ortalama çalışma temposunu ifade eder.



### 3. Yüklenicinin İnşaatı Hızlandırma Yükümlülüğünün Bulunduğu Hâller

İnşaatın **yüklenicinin** hâkimiyet alanından kaynaklanan sebeplerle durması / yavaşlaması hâlinde yüklenici, inşaat süresine uyabilmek, inşaatı olağan sürede tamamlayarak teslim edebilmek için gereken bütün ek önlemleri, masrafı kendisine ait olmak üzere almakla yükümlüdür<sup>502</sup>. Aksi hâlde inşaatın zamanında tamamlanamaması onu temerrüde düşürür.

**İnşaatın, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle durması / yavaşlaması hâllerinde ise yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır**<sup>503</sup>. Yüklenicinin normal çalışma temposunu hızlandırarak, gecikmenin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırma, diğer bir ifadeyle inşaatı normal sürede tamamlama yükümlülüğü **iki durumda bulunmaktır**. İnşaatın hızlandırılması yükümlülüğü **ilk olarak**, bunun **inşaat sözleşmesinde düzenlenmiş olması durumunda** vardır. Diğer bir ifadeyle yüklenici inşaatın, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle gecikmesi durumunda bile, kalan süre içinde inşaatı hızlandırarak inşaatı zamanında tamamlayacağını taahhüt etmişse, artık inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir. Böyle bir taahhüt uygulamada, belli bir süreye kadar olan gecikmelerin, yüklenicinin geri kalan dönemde hızlı çalışmasıyla ortadan kaldırılacağı biçiminde kararlaştırılmaktadır.

Geri kalan süre içinde inşaat temposunun hızlandırılarak inşaatın olağan sürede tamamlanmasını yükümlülüğü **ikinci olarak Medenî Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kurallarından doğabilir**<sup>504</sup>. Buna göre, yüklenicinin inşaatı hızlandırarak normal sürede tamamlamak için ek önlemler almakla yükümlü olması, ancak bu tür önlemlerin alınmasının somut olayın bütün koşullarının dikkate alınması kaydıyla dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenebildiği hâllerde söz konusudur<sup>505</sup>. Bu konuda bir karar verilmesi aşamasında, inşaatın hızlandırılması için ek önlemler alınmasının yüklenici bakımından ek maddi yükler getirip getirmeyeceğine göre ikili bir ayırım yapılması gerekir.

<sup>502</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.183, no:106. İsviçre’de uygulanan standart sözleşme koşullarının (SIA-Norm 118) 95. maddesine göre: “İşin yürütümü sırasında, ek önlemler alınmaksızın sözleşmesel sürele uyulamayacağı görülürse, yüklenici sürele uyabilmek için kendisinden beklenebilen, meselâ inşaat yapım tesisini amaca uygun bir biçimde düzenlemek, işçi sayısını artırmak ya da ek vardiyayla çalışmak gibi, gereken bütün zorunlu ek önlemleri, gecikmeksizin kendiliğinden veya inşaat yönetiminin bildirimine üzerine almakla yükümlüdür. Ek masrafları yüklenici üstlenir. – Ek önlemler alınarak sürele uyulması gereği, yüklenicinin kusuru olmaksızın ortaya çıkarsa, yüklenici bu önlemleri, ancak inşaat yönetiminin onayı ile alabilir. Bu durumda kanıtlanabilen ek masrafları iş sahibi üstlenir. İnşaat yönetimi onay vermeyi reddederse, yüklenici hiçbir ek önlem almak zorunda değildir.” Bu hüküm için bak. **Walter** (Mehrkosten), s.124; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.284.

<sup>503</sup> **Zeltner**, s.99. Karş. **Henninger** (Bauverzögerung), s.253; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.379, no:682.

<sup>504</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.183, no:106.

<sup>505</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.379, no:685.

Kural olarak **inşaatın hızlandırılmasına yönelik önlemlerin alınmasının yüklenici bakımından hiçbir ek külfeti gerektirmemesi durumunda**<sup>506</sup>, yüklenicinin çalışma temposunu arttırma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle işin hızlandırılarak gecikmenin olumsuz sonuçlarının telafi edilmesi ve böylece inşaatın normal süresinde tamamlanması, yüklenici için hiçbir ek külfeti ve zorluğu gerektirmiyorsa, dürüstlük kuralları gereğince yüklenicinin çalışma hızını arttırması gerekir. İnşaatın olağan sürede tamamlanabilmesi için yüklenicinin, sözleşmenin koşullarından bağımsız olarak ortalama bir tempoda çalışmasının yeterli olacağı anlaşılan durumlarda, inşaatın hızlandırılmasının ek külfet gerektirmemesi nedeniyle inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir.

Bu özellikle, sözleşmeyle belirlenen inşaat süresinin çok uzun olması durumunda ortaya çıkar<sup>507</sup>. Çünkü uygulamada beş katlı orta kalite bir binanın yapılması için inşaat sözleşmelerinde 12 ay ile 36 ay arasında inşaat sürelerinin kararlaştırıldığı görülmektedir. Meselâ inşaat süresinin 36 ay olarak kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple inşaatın ancak 2 aylık bir gecikmeyle başlanmışsa, geri kalan 34 aylık sürenin yeterli olmadığı ileri sürülmesi, bazı durumlarda dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Diğer bir ifadeyle somut olayda, iş sahibinden kaynaklanan 2 aylık işe başlama gecikmesine rağmen, yüklenicinin geri kalan 34 ay içinde inşaatı objektif olarak yavaş yürütmesi nedeniyle tamamlayamaması hâlinde, yüklenicinin temerrüde düşeceği kabul edilebilir.

İnşaatın hızlandırılmasının yüklenici bakımından hiçbir maddi külfeti ve zorluğu bulunmayan hâllerde, yüklenicinin iş sahibinin bu yöndeki talebini beklemeksizin inşaatın hızlandırılması yönünde önlemler alması gerekir. Diğer bir ifadeyle yüklenici, iş sahibinin bu yönde bir talebinin bulunmamasını gerekçe göstererek inşaat süresinin uzadığını ileri sürememelidir.

**İnşaat temposunun hızlandırılması yükleniciyi, meselâ fazladan işçi, alet veya makine gibi, bazı ek maddî külfetlere sokacaksa, kural olarak yüklenicinin ek**

<sup>506</sup> Burada kastedilen ek maddi yükler, inşaatı temposunun hızlandırılması nedeniyle doğabilecek ek giderlerdir. Meselâ yüklenicinin yeni işçiler tutması, ek makineler tedarik etmesinden doğan giderler gibi.

Fakat bu giderlerin mevcudiyetinden bağımsız olarak, inşaatın iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle belli bir süre durması nedeniyle ortaya çıkan ek masrafların her halükârda iş sahibi tarafından giderilmesi gerekir. Meselâ **Koller**'in bu konuda verdiği bir örneğe göre [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.378, no:678], bir evin boyanması için 1 aylık bir süre kararlaştırılmış, ikinci haftada yüklenicinin, boyamak için eve gitmesi üzerine iş sahibinin evde bulunmaması nedeniyle işe başlanamamışsa, inşaat süresinin uzamasından bağımsız olarak, yüklenicinin yol masraflarının ve varsa bunun dışındaki diğer giderlerinin iş sahibince giderilmesi gerekir. Buna göre, iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple inşaatın ara verilmesi durumunda, iş sahibi kusuruna bağlı olmaksızın, yüklenicinin bu sebepten (inşaatın durmasından) doğan ek masraflarının tazminini talep edebilir. Bu konuda bak. **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.137.

<sup>507</sup> Bu görüşte: **Koller** (Konventionalstrafe), s.60, dn:135. Yazara göre, inşaatın iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple durması, inşaat süresini her zaman uzatmaz. Sürenin uzaması için, bu sebebin zamanında tamamlamayı önlemesi gerekir.

önlemlerin alarak inşaat temposunu hızlandırma, gecikmenin olumsuz sonuçlarını azaltma yükümlülüğü yoktur<sup>508</sup>. Fakat bazı istisnai durumlarda, yüklenicinin inşaat temposunu artırma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilir. Bu konuda bir karar verilmesi tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılmasıyla mümkündür. Özellikle işin hızlandırılmasının yüklenici bakımından taşıdığı zorluk ile gecikmenin iş sahibi bakımından getireceği zararın karşılıklı tartılması gerekir. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin, inşaatın zamanında tamamlanmasına olan menfaati ne kadar yüksekse, hızlandırma yükümlülüğünün bulunduğu da o kadar kolaylıkla kabul edilebilir. Bu konuda **Koller**'in verdiği bir örnek<sup>509</sup>, durumu daha açık bir biçimde ortaya koymaktadır. Buna göre, kış mevsiminin çok ağır geçtiği bir bölgede, Kasım ayının sonunda tamamlanması gereken bir yapının inşası için inşaat sözleşmesi akdedilmiştir. İş sahibinin inşaat iznini bir ay geç alması nedeniyle, normal çalışma temposuyla, işin belirlenen tarihte tamamlanamayacağı anlaşılmıştır. Bu durumda normal olan, sürenin bir ay uzamasıdır. Fakat bu bölgede kışların çok ağır geçmesi nedeniyle, kasım ayından sonra inşaat işlerinin yapılması mümkün olamayacaktır. İşte böyle bir durumda iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanan bir nedenle zamanında tamamlama tehlikeye girmiş olsa bile, gecikme nedeniyle iş sahibinin uğrayacağı zararın çok büyük olma ihtimali dikkate alınarak, bu olayda yüklenicinin işi hızlandırma önlemleri almakla yükümlü olduğu, diğer bir ifadeyle teslim süresinin uzamayacağı kabul edilmelidir.

Ayrıca gecikmeye neden olan olayın iş sahibinin kusuruyla olan ilişkisi de bu konuda karar verilmesinde etkili olacaktır. Meselâ işin devamı, iş sahibinin malzemelerin seçimini haklı bir neden olmaksızın geciktirmesi veya ara ödemeleri zamanında yapmaması nedeniyle durmuşsa, yüklenicinin işi hızlandırma

<sup>508</sup> Yüklenicinin inşaat temposunu artırma yükümlülüğünün, ne inşaat sözleşmesinden, ne de dürüstlük kuralından çıkarılamaması durumunda bile, yüklenici inşaatın hızlandırılması için gereken bütün önlemleri almaya yetkilidir. Çünkü inşaatın teslim süresi, aynı zamanda bu borcun muacceliyet tarihini de oluşturur. Bu nedenle yüklenicinin borcunu, muaccel olacağı tarihte ifa etmekte yararı bulunmaktadır [**Fuchs** (Kooperationspflichten), s.131; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241]. Meselâ mevcut inşaatın tamamlanmasından sonrası için yeni bir sözleşme yapılmış olabilir veya yüklenici bu inşaat karşılığı alacağı bedelin muacceliyetini inşaat süresinin uzaması nedeniyle geciktirmek isteyebilir. İşte bu gibi durumlarda, inşaatın hızlandırılarak zamanında tamamlanması yüklenicinin de yararınadır. Bu nedenle inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle durması veya yavaşlaması hâlinde inşaatın zamanında tamamlanması ancak ek masraf gerektiren bazı hızlandırma önlemlerinin alınması koşuluyla gerçekleşebilecek durumda ise, iş sahibinin açıkça karşı çıkmasına rağmen, yüklenici inşaatı hızlandıracak ek önlemler almaya yetkilidir. [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.381, no:694; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241].

İş sahibinin onayı bulunmamasına rağmen inşaatın zamanında tamamlanması için inşaatı hızlandırma yönünde ek önlemler alan iş sahibi, bu nedenle ek masraflarının tazminini ancak vekâletsiz iş görme hükümleri gereğince talep edebilecektir. Fakat bunun için, yüklenicinin bu ek önlemlere başlamadan önce durumu (ek önlemler alacağını) iş sahibine bildirmesi gerekir. Bunun iki amacı bulunmaktadır. İlk olarak, iş sahibinin bu ek hızlandırma önlemlerini inceleyebilmesi, ikincisi ise bu ek önlemlerin getireceği ek külfetler nedeniyle, iş sahibinin Borçlar Kanununun 369. maddesi gereğince sözleşmeyi feshetme yetkisini kullanmasına olanak sağlamaktır. Yüklenici bu bildirim külfetini yerine getirmezse, ek önlemlerden doğan alacağını kısmen veya tamamen kaybedebilir.

Yüklenicinin bu biçimde yetkili olduğu ek önlemleri almasına iş sahibi engel olursa, alacaklı temerrüdünün oluşacağı ve yüklenicinin buna ilişkin hükümlere başvurabileceği kabul edilmelidir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.381, no:694.

<sup>509</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.380, no:690.

yükümlülüğünün varlığının belirlenmesinde yüklenici yararına bir karara varılması işin niteliğine daha uygun olacaktır. Fakat inşaatın devamı iş sahibinin kusurunun bulunmadığı bir sebepten dolayı durmuşsa, işi hızlandırma yükümlülüğünün bulunduğu yönünde sonuca varılması olasılığı daha yüksek olacaktır. Tarafların menfaatlerinin tartılmasında temel olarak yüklenicinin menfaatlerinin üstün tutulmasının gerektiği doktrinde ileri sürülmüştür<sup>510</sup>.

Dürüstlük kuralları gereğince yüklenicinin, inşaatın hızlandırılarak zamanında tamamlanmasını sağlama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilen durumlarda yüklenici, bu sebepten doğacak ek masraflarının iş sahibince karşılanması koşuluyla ek önlemler alabileceğini ileri sürebilir<sup>511</sup>. İşin hızlandırılması yönünde ek önlemler alınması nedeniyle ortaya çıkan ek masrafların tazmin edilmemesi hâlinde, yüklenicinin bu tür önlemler alma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durumda iş sahibinin, bu önlemlerin alınmasından doğacak ek masrafların ödenmesini reddetmesi veya bu bildirimde sessiz kalması hâlinde, artık yüklenicinin işi hızlandırma yükümlülüğünden bahsedilemez<sup>512</sup>. Bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzar<sup>513</sup>.

#### 4. Yüklenicinin İnşaatı Hızlandırarak, Zamanında Tamamlama Yükümlülüğü Bulunmasının Sonuçları

Yüklenicinin yukarıdaki biçimde yapılan bir değerlendirme sonucunda inşaatı hızlandırarak zamanında tamamlama yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilen hâllerde, olağan tamamlama / teslim süresi bağlayıcılığını korur. Diğer bir ifadeyle, sürenin uzamasına ilişkin diğer koşulların bulunmasına rağmen, teslim süresi uzamaz<sup>514</sup>.

<sup>510</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.379, no:685.

<sup>511</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.380. no:686. Nitekim bu durum, İsviçre’de uygulanan standart sözleşme koşullarının (SIA-Norm 118) 95. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.284 vd.

<sup>512</sup> SIA-Norm 118 standart sözleşme koşullarının 95. maddesinde, iş sahibinin onayı hâlinde yüklenicinin hızlandırma önlemleri almakla yükümlü olduğu belirtilmiştir. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.298, no:34.

<sup>513</sup> İstisnaî olarak inşaatın zamanında tamamlanmasının iş sahibi için çok büyük önem taşıması nedeniyle, iş sahibinin farazi iradesinin, işin hızlandırılması yönünde olacağına açık olduğu ve iş sahibine ulaşılarak onayının alınmasının zor olduğu hâllerde, artık yüklenicinin onaya gerek olmaksızın işi hızlandırmakla yükümlü olacağı kabul edilmez. Meselâ gerçekleşme tarihi çok önceden belli olan yüzme yarışlarına yetiştirilmesi gereken bir havuzun inşasında yaşanan zorunlu nedenlere dayanan duraksamaya rağmen, bunun ardından yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlamak için işi hızlandırmakla yükümlü olduğu kolaylıkla kabul edilebilir. Bu gibi durumlarda yüklenicinin, dürüstlük kuralları gereğince iş sahibine bildirimde bulunmayı ve onun cevabını beklemeksizin inşaatı hızlandıracak ek önlemler alması gerektiği kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin farazi iradesinin inşaatın hızlandırılması ve bundan doğacak ek masrafların ödenmesinin kabul edileceği yönünde olacağına açık olduğu hâllerde, yüklenicinin iş sahibinin masrafları ödeyeceğini kabul etmesini beklemeksizin inşaatı hızlandırması gerektiği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda ise artık teslim süresi uzamayacaktır.

<sup>514</sup> Yüklenicinin iş temposunu artırarak inşaatı olağan sürede tamamlama yükümlülüğü bulunan hâllerde iş sahibi bu ek önlemlerin gerektirdiği ek masrafların iş sahibince karşılanmasını talep edebilir. Bu masrafların miktarının belirlenmesinde, Borçlar Kanununun 366. maddesi hükmü dikkate alınmalıdır. Buna göre yüklenicinin bu ek önlemler nedeniyle talep edebileceği alacak, “*yapılan şeyin kıymetine ve*

Bu durumda yüklenicinin somut olayın özelliklerine göre daha fazla iş gücü veya alet edevat tedarik ederek ya da bir yerine iki vardiya çalışarak, inşaatı zamanında tamamlamaya çalışması gerekir. Yüklenicinin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi durumunda, olağan tamamlama / teslim süresinden önce Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası, sonra ise aynı Kanununun 106 – 108 hükümleri uygulama alanı bulur.

### **E. Yüklenicinin İnşaatın Olağan Sürede Tamamlanarak Teslim Edilememe Tehlikesi Gecikmeksizin İş Sahibine Bildirmesi**

İnşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple belli bir süre durması veya yavaşlaması hâlinde, yüklenicinin olağan inşaat süresinden geri kalan zaman içinde çalışma temposunu hızlandırarak inşaatı zamanında tamamlaması sözleşme hükümleri veya dürüstlük kuralları gereğince beklenemiyorsa, inşaat süresinin uzaması, kural olarak yüklenicinin gecikme tehlikesini iş sahibine bildirmesine bağlıdır<sup>515</sup>. Borçlar Kanununun 357. maddesinin üçüncü fıkrasına göre<sup>516</sup> “iş devam ettiği sırada, iş sahibinin, verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır yahut imalâtın noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal olursa müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeğe mecbur aksi takdirde bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir.”

---

*müteahhidin masrafına*” göre belirlenir. Meselâ inşaatı zamanında tamamlayabilmek için fazladan iş makinesi kiralamak zorunda kalan yükleniciye, bunun bütün masraflarının ödenmesi gerekir. Ayrıca bu ek masraflar dışında, yükleniciye somut olayın koşulları gereğince uygun bir bedelin ödenmesi gerektiği de İsviçre ve Alman hukukunda kabul edilmektedir. Buna göre inşaatı zamanında tamamlayabilmek için ek bazı önlemler alan yükleniciye, katlandığı fedakârlığın ölçüsüne göre belirlenen bir ek bedelin ödenmesi gerekir. Meselâ olimpiik bir havuz inşasını, olimpiyat oyunlarına yetiştirmek için son iki ay geceleri de çalışması karşılığı, yükleniciye normalin üstünde bir bedel takdir edilebilir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.402, no:779.

<sup>515</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.233, no:829; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.173, no:70 vd; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.9 vd; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.129; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.305; **Henninger** (Bauverzögerung), s.257; **Briner**, s.258; **Frank**, s.190; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.66; **Tunçomağ** (ÖBİ), s.1002; **Öz** (Dönme), s.54; **Erman** (İnşaat), s.32; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.103 vd.

Alman Medenî Kanununda bu yönde açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, yüklenicinin böyle bir bildirim yükümlülüğünün bulunduğu dürüstlük kurallarından ve inşaat işleri genel koşullarındaki açık hükümden kıyas yoluyla çıkarılmaktadır. Bak. **Enders**, s.64; **Fuchs** (Kooperationspflichten), s.183. Bu yöndeki bir Alman Federal Mahkeme kararı için bak. BauR. 1987, s.79.

<sup>516</sup> Benzer bir hüküm içeren SIA-Norm 118 standart kurallarının 25. maddesine göre: “İş sahibinin, inşaat yönetimi eliyle yüklenici üzerinde yürüttüğü denetim, yüklenicinin, eserin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan durumları, inşaat yönetimine gecikmeksizin bildirme (Borçlar Kanununun 365. maddesinin 3. fıkrası) biçimindeki yasal yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Yüklenici bu yükümlülüğünü ihlâl ederse, bunun olumsuz sonuçlarına kendisi katlanır; yeter ki inşaat yönetimi anılan durumlardan bildirim yapılmamasına rağmen haberdar olsun. – Bildirim yazılı olarak yapılmalıdır, sözlü bildirim zapta geçirilmelidir. – Yüklenicinin, kendisine verilen planı ve inşaatın yapılacağı arsayı inceleme yükümlülüğü, ancak iş sahibinin bir inşaat yönetimi tarafından temsil edilmemesi, iş sahibinin kendisinin uzman olmaması veya iş sahibinin bir uzmana danışmamış olması hâlinde bulunur. Yüklenici işin yürütümü sırasında fark ettiği olumsuzluk veya diğer ayıpları, gecikmeksizin 1. ve 2. fıkraya uygun olarak inşaat yönetimine bildirir ve bunların olumsuz sonuçları hakkında uyarıda bulunur. – Aynı uyarı yükümlülüğü, yüklenicinin inşaat yönetimine verilen talimatların hatalı olduğunu ... tespit ettiği veya etmek zorunda olduğu hâllerde de bulunur. ...” Bu hüküm için bak. **Walter** (Mehrkosten), s.124.

İş sahibi yapının zamanında (olağan sürede) tamamlanarak ayıpsız bir biçimde teslim edileceğine yönelik haklı bir güveni bulunmaktadır. Fakat bazı nedenlerle yapının ayıplı olma veya zamanında tamamlanamama tehlikesi ortaya çıktığında, yüklenicinin bu durumu gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi gerekir. Yüklenici gerektiği hâlde bu bildirimde bulunmazsa, iş sahibinin olağan sürenin geçerli olduğuna (sürenin uzamadığına) ilişkin güveni korunur ve bunun sonucu olarak da bu tarihte teslim gerçekleşmezse, yüklenici borçlu temerrüdüne düşer. Fakat yüklenici bu bildirim gerektiği gibi yaparsa, diğer koşulların da bulunması kaydıyla, artık teslim süresinin uygun ölçüde uzayacağı kabul edilmelidir<sup>517</sup>. Bu durumda yüklenici, inşaat süresinin dışındaki dönemde de çalışmak zorunda kalacağı için, bu sebepten doğan masraflarının tazminini talep edebilir.

Bu bildirimle, iş sahibinin öncelikle olağan sürenin geçerli olacağına duyduğu güven nedeniyle zarara uğramasının önlenmesi, ardından ise iş sahibinin ek önlemler yoluyla gecikmenin giderilmesini sağlayabilmesi veya Borçlar Kanununun 369. maddesi gereğince sözleşmeyi feshedebilmesi imkânı sağlanır<sup>518</sup>. Bu nedenle bildirim yükümlülüğünün ihlali, yüklenicinin bazı olanakları kaybetmesi, bazı olumsuz sonuçlara maruz kalması dışında; onu, duruma göre iş sahibinin bazı zararlarını giderme borcu altına da sokabilir.

Yüklenicinin bildirim yükümü, inşaatın zamanında ve ayıpsız olarak tamamlanmasının tehlikeye girmesi hâlinde bulunmaktadır. Bu nedenle söz konusu tehlikeyi ortaya çıkaran sebebin kural olarak bildirim yükümünün doğumu bakımından bir önemi yoktur. Buna göre, inşaatın zamanında ve gereği gibi tamamlanarak teslimini tehlikeye sokan etken, iş sahibinin veya yüklenicinin riziko alanından doğabilir<sup>519</sup>. Bu tehlikeye neden olan etkenin kaynağı, sadece bunun sonuçları bakımından farklılıklar doğurur<sup>520</sup>.

<sup>517</sup> Yüklenici bildirimde bulunduktan sonra iş sahibinden bu konuda bir talimat gelene kadar inşaatı durdurmaya yetkili değildir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.188, no:123]. Diğer bir ifadeyle yüklenici bildirimde bulunması hâlinde, inşaatı eskisi gibi devam ettirmekle yükümlüdür. Fakat somut olayın özellikleri gereğince, iş sahibinin riziko alanından doğan ve inşaatın ilerlemesini önleyici etkenin ortadan kaldırılması için iş sahibinin belli bir davranışta bulunması gerekiyorsa, yüklenicinin bildirimde bulunmak koşuluyla inşaatı durdurabileceği kabul edilmektedir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.189, no:127]. Bu durumda inşaat süresi de kendiliğinden uzar.

<sup>518</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.169, no:57 ve s.188, no:122; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.66.

<sup>519</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.173, no:70.

<sup>520</sup> İnşaatın zamanında tamamlanarak teslimi edilememe tehlikesi, yüklenicinin riziko alanından doğan bir sebepten kaynaklanıyorsa, yüklenicinin yine de bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır. Fakat bu yükümlülüğüne uygun davranılması bile, inşaatın teslim süresinin uzaması sağlamaz. Bu durumda yüklenici yine de olağan süre sonunda (inşaatı tamamlayarak teslim edemezse) temerrüde düşer. Fakat temerrüde düşmede yüklenicinin kusuru bulunmuyorsa, (gecikme nedeniyle) herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmaz. Somut olayın özellikleri gereğince, yüklenicinin kusurlu olduğu da kabul edilebilir. Meselâ yüklenicinin yardımcı kişinin kusurlu davranışı nedeniyle inşaat zamanında tamamlanamazsa, Borçlar Kanununun 100. maddesi gereğince yüklenici kusurlu sayılır. Bu durumda yüklenici gecikme zararından sorumlu olur. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.180, no:96. İşte bildirim yükümlülüğünün ihlali bu noktada devreye girer. Yüklenicinin kusursuz olmasına rağmen, inşaatı zamanında tamamlayamaması nedeniyle temerrüde düşmesi hâlinde, yüklenici inşaatın

Yüklenici fark ettiği veya etmek zorunda olduğu gecikme tehlikesini bildirmelidir<sup>521</sup>. Buna göre sözleşmenin uzman tarafı olan yüklenicinin, iş sahibince verilen malzemelerin, planların, talimatların veya inşaatın yapılacağı arsanın ayıplı ve inşaatı uygun olup olmadığını ortalama bir yükleniciden beklenen biçimde incelemesi gerekir<sup>522</sup>. Yüklenicinin meselâ ayıplı malzemeyi yeterince incelemeyen inşaatı kullanılması nedeniyle ortaya çıkan gecikme<sup>523</sup> tehlikesinin yüklenici tarafından fark edilmesi gerektiğinden, böyle bir durumda sürenin uzamayacağı, diğer bir ifadeyle iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanmakla birlikte bu gecikmenin yükleniciye yükleneceği kabul edilmelidir<sup>524</sup>.

Bildirilmesi gereken husus, inşaatın belli bir süre durması değil, bu sebeple inşaatın zamanında tamamlanmasının tehlikede olduğudur<sup>525</sup>. Bu nedenle iş sahibinin, inşaatın durduğunu bildiği durumlarda bile, yüklenicinin böyle bir bildirimde bulunma yükümlülüğü kural olarak bulunmaktadır<sup>526</sup>. İş sahibinin, inşaatın belli bir süre durduğunu veya yavaşladığını bilmesi, bildirim külfetinin ortadan kalkması için yeterli değildir. Önemli olan, iş sahibinin bu durumun, inşaatın zamanında tamamlanarak

---

zamanında tamamlanarak teslim edilemeyeceğini gecikmeksizin iş sahibine bildirmezse, onun, iş sahibinin süre sonunda teslimin gerçekleşeceğine duyduğu güvenden doğan zararını tazmin etmesini gerektirir. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.173, no:70 ve s.179, no:90 vd; **Barth**, s.58.

Meselâ yüklenici sipariş ettiği son parti inşaat malzemesinin 3 ay geç teslim edilmesi nedeniyle inşaatı zamanında tamamlayamamışsa, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmadığı kabul edilebilir. Fakat bu olayda yüklenicinin inşaatın zamanında tamamlanamayacağını gecikmeksizin iş sahibine bildirmesi gerekir. Yüklenici yan yükümlülük niteliğindeki bu bildirim kusurlu olarak ifa etmezse, iş sahibinin inşaatın zamanında tamamlanacağına yönelik duyduğu güven nedeniyle uğradığı zararı gidermek zorunda kalır.

<sup>521</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.234, no:831; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.169, no:60; **Briner**, s.259; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.15; **Koller Jo**, s.35; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.104, 106.

<sup>522</sup> Bu incelemenin en azından ortalama bir yükleniciden beklenebilen bir ölçüde yapılması gerekir. Yoksa ayrıntılı bir inceleme her zaman gerekmez. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.170, no:62 ve s.173, no:68; **Briner**, s.257; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.11; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.103, dn.328.

Özellikle iş sahibinin de uzman niteliğinin bulunduğu veya bir uzmanla birlikte çalışıyor olması durumlarında, yüklenicinin özen ödevi, daha düşük derecede takdir olunmalıdır. Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.172, no:66; **Koller Jo**, s.35; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.107; **Welser** (Verantwortlichkeit des Bauherrn), s.52. **Koller**'in da haklı olarak belirttiği gibi, iş sahibi arsanın işe uygunluğunu önceden kontrol etmişse ve dürüstlük kuralları gereğince yüklenicinin bu sonuçlara dayanması uygunsa, artık yüklenicinin yeniden bir inceleme külfetinin bulunmadığı kabul edilmez (BernKomm, s.172, no:66).

<sup>523</sup> Meselâ bu malzemeyle yapılan kısmın, inşaatın tamamlanmasından önce çürümesi nedeniyle işin yeniden yapılmak zorunda kalmasından doğan zaman kaybı.

<sup>524</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.170, no:61 vd. özellikle s.173, no:68.

<sup>525</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.174, no:71; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.305, no:8. Karş. **Koller Jo**, s.34; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.105.

Gecikme tehlikesinin çok küçük bir olasılık boyutunu aşıp, ciddi kategorisine dâhil olmasından sonra, bildirim külfeti doğar. Yoksa en küçük şüphe hâlinde böyle bir külfet söz konusu olmaz. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.170, no:63.

<sup>526</sup> Bu yükümlülüğün bulunup bulunmadığı konusunda, daima somut olayın koşulları dikkate alınmalıdır. Meselâ iş sahibinin bir mimar veya mühendis aracılığıyla inşaatın durumunu sürekli olarak incelediği bir olay ile iş sahibinin şehir dışında yaşadığı ve sadece nadiren inşaat alanına geldiği bir olayda, yüklenicinin bildirim yükümlülüğü farklı biçimlerde ortaya çıkacaktır. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.170, no:63.

teslimini tehlikeye sokabilecek derecede olduğunu bilmesidir<sup>527</sup>. Bu konuda bir sonuca varılırken, iş sahibinden kaynaklanan sebebin niteliği de dikkate alınmalıdır. Buna göre meselâ iş sahibinin inşaatta kullanılacak malzemeleri teslim etmemesi durumunda, onun gecikme tehlikesini öngörebileceği genel olarak kabul edilebilir<sup>528</sup>. Fakat bu yargı, genel geçer bir özellik taşımaz. Meselâ 36 aylık süresi olan bir inşaatta, malzemelerin iş sahibince 15 gün gecikmeli teslimi hâlinde, somut olayın özelliklerine göre böyle bir gecikme tehlikesinin doğmayacağı da düşünülebilir. Fakat böyle bir sonuca varılabilmesi, elbette ki somut olayın koşullarının incelenmesine, özellikle de tamamlama süresi ile malzemelerin teslimindeki gecikmenin uzunluğunun dikkate alınması gerekir.

Bildirim geçerli olması, belli bir şekilde yapılmasına bağlı değildir. Kanıtlanabildiği ölçüde sözlü olarak da yapılabilir<sup>529</sup>. Fakat inşaat sözleşmesindeki buna aykırı hükümler saklıdır<sup>530</sup>. Bildirim açık ve anlaşılabilir olması gerekir.

Bildirim, gecikme tehlikesinin ortaya çıkması üzerine gecikmeksizin yapılması gerekir<sup>531</sup>. Gecikmiş bildirim, sürenin uzamasını sağlamamalıdır. Fakat **Gauch**'un da haklı olarak belirttiği gibi yüklenici, hiç yapılmamış veya gecikmeli yapılmış olan bildirim, olayın akışı üzerinde hiçbir etkide bulunmayacağını kanıtlayabilirse, bildirim yükümlülüğünün ihmeline rağmen inşaat süresinin uzayacağı kabul edilebilir<sup>532</sup>.

<sup>527</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.174, no:71. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.234, no:832; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.174, Art.365, no:71, s.241, no:157 ve s.379, no:681; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.307, no:20. Bu yöndeki bir karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung 2005, s.279.

<sup>528</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.174, no:71.

<sup>529</sup> Bildirim yapıldığını kanıtlama yükü, bundan lehine haklar çıkararak taraf olan yükleniciye aittir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.177, Art.365, no:82.

<sup>530</sup> **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.17. Genellikle büyük nitelikteki inşaat sözleşmelerinde sürenin uzaması için yazılı bildirim gerektiği kararlaştırılmaktadır. İsviçre Federal Mahkemesine göre bu tip yazılı şekil zorunluluğunun, (BK. m.16/1'in aksine) geçerlilik değil, ispat şekli olduğu kabul edilmelidir (BGE. 95 II 45). Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.174, no:72.

YİĞŞ. hükümlerine tabi işlerde de bildirim yazılı olması gerekir (madde 30).

<sup>531</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.s.175, Art.365, no:74; **Welser** (Baustoff und Baugrund), s.18; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.104. Sözleşmeyle bu bildirim belli bir süreye ve şekle bağlanması mümkündür. Bu tip bir hüküm bulunan hâllerde, buna aykırılık hâlinde süre uzamayacaktır. **15. HD. 26.02.2001, E. 2000/4429, K. 2001/1032**: "... Sözleşmenin 44. maddesinde süre uzatımı verilmesi gereken haller ve bu konudaki talebin nasıl yapılacağı açıklanmıştır. Maddenin 1. fıkrasında; hangi hallerde süre uzatımına hak kazanılacağı 2. fıkrada ise süre uzatımı verilebilmesi için yüklenicinin 28 gün içerisinde durumu mühendise bildirmesi ve bir kopyasını da iş sahiplerine göndermesi, belge ve kanıtların da süre uzatım talebine ekleneceği belirtilmiştir. Aynı sözleşmede çalışılmayan dönem diye bir tanıma yer verilmemiş ve istisnai hava şartlarının 44/1. maddesinde değerlendirilmesi öngörülmüştür. Dava konusu olayda bilirkişilerce süre uzatımına esas olarak kabul edilen hususlardan, Prekast elemanları için davacı yüklenicinin herhangi bir talepte bulunmadığı, avansın geri ödetilmesinde yapılan hata TEK Trafo -TRI bağlantısı için vaki talebin süresinde olmadığı, Elektrik Projesi ve SSK Lojmanları altyapısı için süresinde talepte bulunulmuş ise de bu isteklerin Mühendisin 3 kez istemesine rağmen belgelendirilmediği, anlaşılmaktadır. Bu haliyle taleplerin sözleşmede uygulanması gereken koşullarda yapılmadığı ortadadır..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>532</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.234, no:832. Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.175, Art.365, no:74; **Briner**, s.259. Karş. **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.104, 105.



**Bildirim yükümünü ihlalinin sonucu**, Borçlar Kanununun 357. maddesinin üçüncü fıkrasında “*bunların neticelerini tahammül etmekle mükelleftir*” biçiminde ifade edilmiştir<sup>533</sup>. Genel olarak ifade edilmesi gerekirse, bildirim yükümünün ihlâli, taraflar arasındaki riziko dağılımının ters çevrilmesini sağlar. Normalde iş sahibinin riziko alanına dâhil olan bir husus, bildirim yükümünün ihlâliyle birlikte artık yüklenicinin riziko alanına girer<sup>534</sup>, iş sahibinin riziko alanından doğan etkenlerin risklerini de taşımak zorunda kalır ve bunun sonucu olarak da inşaat süresi uzamaz<sup>535</sup>.

Bu durumda yüklenicinin olağan teslim süresinde yapıyı tamamlayarak teslim etmemesi onu temerrüde düşürür<sup>536</sup>. Fakat bu durumda yüklenicinin temerrüde düşmede kural olarak kusuru bulunmayacağından, yüklenici gecikmeden doğan zarardan sorumlu olmayacaktır<sup>537</sup>. Diğer bir ifadeyle söz konusu durumda, inşaatın tamamlanarak zamanında teslimi, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerden kaynaklanması, yüklenicinin gecikmede kusursuz olduğunu gösterir. Bu nedenle yüklenici, gecikme tazminatından ve müspet – menfi zarardan sorumlu olmayacaktır. Bu durumda iş sahibi sadece yükleniciye ek süre vererek, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir.

Yüklenicinin, inşaatın olağan teslim süresinde teslim edilemeyeceğini bildirme yükümü yüklenici için bir yan yükümlülük niteliği taşır. Bu nedenle bunun ihlâli, Borçlar Kanununun 96. maddesi gereğince, iş sahibinin bu sebeple doğan zararının tazminini gerektirir<sup>538</sup>. Bu tazminat borcunun doğumu için, yüklenicinin bildirim yükümünü kusurlu olarak ihmal etmesi, kusur karinesi dikkate alındığında, yüklenicinin kusursuzluğunu kanıtlayamamış olması gerekir. Fakat hemen belirtelim ki bildirim ihmali, zaten içinde

<sup>533</sup> Hükümde geçen sonuçlara katlanma ifadesinin çok çeşitli anlamları bulunmaktadır. Bu konuda bak. **Gautschi**, s.224, no:28a; **Gauch** (Werkvertrag), s.233, no:829; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.181, no:98 vd; **Welsler** (Verantwortlichkeit des Bauherrn), s.61 vd; **Welsler** (Baustoff und Baugrund), s.19; **Egli** (Mängel), s.96; **Koller Jo**, s.35 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.177, no:83 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.60. Çünkü bildirim, sadece inşaatın olağan zamanda tamamlanamayacağı konusunda değil, bunun yanında gereği gibi ifayı tehlikeye sokan bütün durumları kapsar. Bu nedenle konumuz dışında olan, meselâ ayıplı olma tehlikesinin bildirim ihmali, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun genişlemesine veya bedele ilişkin hasara katlanma yükümlülüğünün kendisine geçmesine (BK. m.368/III) neden olur.

<sup>534</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.177, no:83; 64 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.103.

<sup>535</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.233, no:829; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.182, no:104 ve s.241, 242, no:157; **Henninger** (Bauverzögerung), s.257; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.306 vd.

<sup>536</sup> Somut olayın özelliğine göre hakkaniyet gerektiriyorsa, bildirim süresinin uzamaması nedeniyle, iş sahibinin inşaatın olağan teslim süresinde tamamlanamayacağını açık olduğu hâllerde, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası gereğince temerrüde ilişkin haklarını kullanabileceği de kabul edilebilir. Bu yönde bak. SIA-Norm 118 standart sözleşme kurallarının 96. maddesinin son fıkrası. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.309, no:29 vd.

<sup>537</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.180, no:96 ve s.242, no:157; **Henninger** (Bauverzögerung), s.259. Hemen belirtelim ki, bazı durumlarda yüklenicinin iş sahibi tarafından verilen malzemelerin, arsanın veya talimatın gecikmeye neden olacağına incelenmemesi ve bunun bildirilmemesi, gecikme bakımından bir kusur olarak da nitelenebilir. Meselâ iş sahibi tarafından verilen malzemelerin açıkça ayıplı olmasına rağmen, bunları incelemeksizin inşaatı kullanan ve bu nedenle inşaatın zarar görmesi hâlinde inşaatın zamanında tamamlanması mümkün olmayan hâllerde, yüklenicinin gecikmede kusurlu olduğu da kabul edilebilir. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.183, no:105.

<sup>538</sup> **Barth**, s.58; **Gauch** (Werkvertrag), s.233, no:829; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.179, no:90.

yüklenicinin kusurunu da barındırır<sup>539</sup>. Çünkü bildirim yükümü, sadece yüklenicinin bildiği gecikme tehlikeleri için değil, bilmesinin kendisinden beklendiği gecikme tehlikeleri için de bulunmaktadır. Bu nedenle birçok durumda kusur koşulu da gerçekleşmiş olur.

Yüklenicinin konumuzla ilgili tazminat sorumluluğu, iş sahibinin olağan teslim süresinde teslimin gerçekleşeceğine duyduğu güvenden doğan zararının tazminini ifade eder<sup>540</sup>. Buna göre bildirim yükümünü ihmal eden yüklenici, iş sahibinin, inşaatın olağan teslim süresinde teslim edilemeyeceğini önceden bilseydi önleyebileceği zararlarını tazmin etmekle yükümlüdür<sup>541</sup>. Diğer bir ifadeyle zaten ortaya çıkacak olan zararların-masrafların (sowieso-Kosten) tazmini gerekmez<sup>542</sup>. Dikkat edilecek olursa, bu durumda iş sahibi, inşaatın zamanında teslim edilmemesinden doğan (gecikme) zararını değil, bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden doğan zararının tazminini talep edebilecektir<sup>543</sup>.

<sup>539</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.179, no:90.

<sup>540</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.178, no:86 ve s.242, no:157. Bildirim yükümlülüğünü ihlalinin bunun dışında bazı tazminata ilişkin sonuçları daha vardır. Meselâ iş sahibinin verdiği malzemenin ayıplı olduğu bir olayda, yüklenici bildirim külfetini ihmal eder ve bu ayıplı malzeme nedeniyle inşa edilen yapı teslimden önce hasara uğrarsa, yüklenicinin öncelikle bu ayıplı malzeme için iş sahibine tazminat ödemesi gerekecektir. Bu tazminatın miktarının belirlenmesinde, Borçlar Kanununun 42. ve devamı maddelerinde düzenlenen tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür. Buna göre iş sahibinin kusuru da duruma göre tazminattan indirim sebebi olacaktır. **Gauch** (Werkvertrag), s.334, no:1201. Bu durumda yüklenici ise herhangi bir bedel talebinde bulunamayacaktır (BK. m.368/III ve 370/I). **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.182, no:101.

<sup>541</sup> Meselâ yüklenicinin kusurlu olarak gecikme tehlikesini iş sahibine zamanında bildirmemesi nedeniyle, iş sahibi, yapının olağan süre içinde teslim edileceği yönelik haklı güvenine dayanarak, bu yapıya ilişkin olarak üçüncü kişilerle akdettiği sözleşmeler nedeniyle cezai şart ödemek zorunda kalması durumunda, iş sahibi bu zararının tazminini, yüklenici temerrütte kusurlu olmasa bile talep edebilir. Karş. **Barth**, s.58

<sup>542</sup> Bu konuda bak. **Früh** (Sowieso-Kosten), s.1 vd; **Trachsel** (Sowieso-Kosten), s.117 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.234, no:832; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.178, no:87; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.113, no:313.

<sup>543</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.175, no:74.

Buna göre meselâ, bir fabrika inşaatının zamanında teslim edileceğine güvenen iş sahibi, yüklenicinin herhangi bir bildirimde de bulunmaması nedeniyle, fabrikanın tamamlanarak teslim edileceği tarihte teslim edilmek üzere bazı makineler sipariş etmiş olsun. Bu durumda inşaat iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple zamanında tamamlanamazsa ve yüklenicinin bildirimde bulunma yükümlülüğüne aykırı davranması nedeniyle teslim süresi uzamazsa, yüklenici bu sürenin sonunda temerrüde düşecektir. Fakat gecikmenin sebebi, yüklenicinin kusurundan bağımsız olduğu için, yüklenici gecikme zararından (meselâ fabrikanın kiraya verilecek olması durumunda kira kaybindan) sorumlu olmaz. Fakat iş sahibi sipariş ettiği makineleri, inşaatın tamamlanacağı tarihe kadar bir depoya koymak zorunda kalacağı için, bunların nakliyesi ve depo kirası nedeniyle uğradığı zararının tazminini yükleniciden talep edebilir.

Gecikmenin iş sahibinin hâkimiyet alanından doğması, yüklenicinin sorumlu olacağı bu tazminatın miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. **Gauch** (Werkvertrag), s.209, 210, no:740; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.179, no:92 (BK. m.42). Buna göre iş sahibinin kusuru ve gecikmenin iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanmış olması, söz konusu tazminat miktarının belirlenmesinde, duruma göre bir indirim sebebi veya tazminatın tamamen ortadan kalkmasını sağlayan bir etki doğurabilir.

## F. Yüklenicinin Bazı Davranışlarıyla Gecikme Tehlikesini Üstlenmemiş Sayılması

Yüklenicinin inşaatın gecikme tehlikesini arttırıcı davranışlarda bulunması durumunda, artık yüklenicinin bu tehlikeyi üstlendiği ve inşaatın belli bir süre durmasına rağmen sürenin uzamayacağı, somut olayın koşulları ve dürüstlük kuralları gereğince kabul edilebilir<sup>544</sup>. Meselâ teslim süresinin 36 ay olarak kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde yüklenicinin, inşaatı 20 ay geciktirmeli olarak başlaması durumunda, yüklenicinin bu davranışıyla geri kalan 16 ay içindeki gecikme risklerini üstlendiği sonucuna varılabilir. Bu durum ülkemizde yaygın bir uygulama alanına sahip olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sıklıkla görülmektedir. Birçok olayda sadece teslim süresi kararlaştırılmaktadır. Bu durumda yüklenici, belli bir süre inşaatı başlatmamakta, geri kalan kısa süre içinde ise yüksek bir çalışma temposuyla inşaatı tamamlamaya çalışmaktadır. Verilen örnekte olduğu gibi geri kalan 16 ay içinde, meselâ bir mücbir sebeple inşaatın 1 ay durması hâlinde geri kalan sürenin de olağan çalışma temposu bakımından yeterli olmadığı durumlarda, hemen sürenin uzayacağı kabul edilmemelidir. Çünkü bu durumda yüklenici, 36 aylık süresinin çok büyük bir bölümünü çalışmamak suretiyle, geri kalan süre içinde ortaya çıkabilecek gecikme tehlikelerini üstlendiği sonucuna varılabilir. Ayrıca yüklenici inşaat sözleşmesinde uzman taraftır. Somut olaydaki inşaatı ne kadar iş gücüyle, ne kadar süre içinde tamamlayabileceğini öngörerek, sözleşmedeki süreyi buna göre kullanmalıdır. Sürenin yarasında hiç bir iş yapmayarak, kalan süre içindeki kısa bir engele dayanması kanaatimce yerinde olmaz. Bu nedenle bu tür durumlarda somut olayın özelliklerine göre, sürenin bir kısmında hiçbir faaliyette bulunmamak suretiyle, işi geri kalan süreye sıkıştıran yüklenicinin, bu süre içinde ortaya çıkabilecek kısa süreli gecikmelerin riskini üstlendiği kabul edilebilir.

Bu nedenle kanaatimce gecikmenin hukuka uygun sayılması ve dolayısıyla inşaat süresinin uzaması bakımından Medenî Kanunun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralları da dikkate alınarak titiz bir inceleme ve değerlendirme yapılması gerekir. Yüklenicinin gecikme riskini arttırıcı davranışlarda bulunması hâlinde, dürüstlük kuralı gerektiriyorsa, iş sahibinin de haklı menfaatleri dikkate alınarak, inşaat süresinin uzamayacağı kabul edilebilir. Fakat bu aşamada somut olayın bütün koşulları dikkate alınmalıdır. Gecikmeye neden olan sebep de bu aşamada verilecek kararda etkili olacaktır. Çünkü iş sahibinin kusurlu davranışından doğan engellerde bu biçimde bir onuca varılması mümkün görünmemektedir.

<sup>544</sup> Karş. *Henninger* (Bauverzögerung), s.252.

## IV. İNŞAAT SÜRESİNİN (Muacceliyetin) UZAMASININ ÖLÇÜSÜ

### A. Genel Olarak

İnşaat hukuku uygulamasında yüklenicinin temerrüdü konusunun en önemli noktalarından biri, inşaat süresinin uzamasıdır. İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcu kural olarak, sözleşmede belirlenen sürenin sonunda veya yüklenicinin ortalama bir çalışma temposuyla inşaatı tamamlayabileceği sürenin sonunda muaccel olur. Fakat kabul ettiğimiz görüş gereğince, inşaatın bazı sebeplerle tamamen durması veya yavaşlaması durumunda teslim süresi kendiliğinden uzar. Bu durumda uzadığı kabul edilen teslim borcunun ne zaman muaccel olacağına belirlenmesi sorunu ortaya çıkar.

Genel olarak doktrinde belirtildiği gibi, teslim süresi, inşaatın durmasının veya yavaşlamasının olumsuz sonuçlarının giderilmesi gereken uygun bir süre kadar uzar<sup>545</sup>. Bunun tespitinde öncelikle inşaat tamamen durmuşsa, yüklenicinin ne zaman yeniden işi başlamak zorunda olduğunun; tamamen durmamış sadece yavaşlamışsa, ne zaman yeniden eski tempoda çalışmasının gerektiğinin belirlenmesi gerekir.

**Yüklenicinin yeniden işe başlaması gereken tarihin belirlenmesi:** Normal olarak yüklenicinin, inşaatın durmasına veya yavaşlamasına neden olan etkenin ortadan kalkması üzerine kendiliğinden derhal yeniden işe başlaması veya inşaat yavaşlamışsa inşaatı normal temposuna çıkarması gerekir (BK. m.74)<sup>546</sup>. Bu konuda iş sahibinin bir talebi kural olarak gerekli değildir. Çünkü bu talep birçok durumda zaten işin niteliği gereği, engelin ortadan kalkmasıyla yükleniciye bildirilmiş olur. Diğer bir ifadeyle alacaklı temerrüdünün sona ermesini sağlayan ifaya hazır olma (ifayı kabul etme) beyanı, aynı zamanda engelin ortadan kalktığını ve ifa talebini de içerir<sup>547</sup>.

İnşaatın durmasına veya yavaşlamasına sebep olan etkenin ortadan kalktığının yüklenici tarafından bilindiği veya bilinmesinin gerektiği durumlarda ise, artık yüklenicinin işe yeniden başlaması veya inşaatı eski temposuna çıkarması için iş sahibinin bir bildirimde bulunmasının gerekli olmadığı, yüklenicinin bu sebeplerin

<sup>545</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.18; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.255, Art.366, no:214; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.280, 301; **Zeltner**, s.99, no:250; **Walter** (Mehrkosten), s.139; **Henninger** (Bauverzögerung), s.258.

<sup>546</sup> Fakat bu durumda yükleniciye uygun bir başlama süresinin (reaksiyon süresinin) tanınması gerektiği haklı olarak kabul edilmektedir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.244, no:169. Meselâ iş sahibinin inşaatın devamı için gereken malzemeleri teslim etmemesi üzerine inşaat durmuşsa, iş sahibinin malzemeleri teslim edeceğini bildirmesinin ardından somut olayın gereklerine uygun bir sürenin geçmesi üzerine yüklenicinin işe yeniden başlaması gerekir.

<sup>547</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.243.

Meselâ inşaat, iş sahibinin yükleniciyi inşaat alanına sokmaması, malzemeleri veya inşaat planını teslim etmemesi nedeniyle durmuş veya hiç başlayamamışsa, diğer bir ifadeyle iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüşse, yüklenicinin işe yeniden başlaması için, alacaklı temerrüdünün sona ermesi gerekir. Alacaklı temerrüdü ise, kural olarak iş sahibinin alacaklı temerrüdüne neden olan davranışına son vereceğini (malzemeyi veya inşaat planını teslim edeceğini, yükleniciyi arsaya kabul edeceğini) bildirmesiyle sona erer.

ortadan kalkması üzerine kendiliğinden işe başlamak zorunda olduğu kabul edilmektedir<sup>548</sup>.

Yüklenicinin yeniden işi başlaması gereken tarihin tespitinde somut olayın özellikleri de dikkate alınmalıdır. Bunlar özellikle yüklenicinin boş durduğu sırada başka işler alması<sup>549</sup> veya engelin ortadan kalkmasına rağmen, meselâ içinde bulunulan mevsimin inşaat için elverişli olmamasıdır. Buna göre meselâ kışların çok ağır geçmesi nedeniyle Kasım – Nisan ayları arasında inşaatların yapılamadığı bir bölgede, Ekim ayının sonunda tamamlanması gereken bir inşaatla, iş sahibinin, inşaat için gereken malzemelerin bir kısmını teslim etmemesi nedeniyle inşaatın durduğunu kabul edelim. İş sahibinin bu malzemelerin eksik olan kısmını Aralık ayı içinde teslim etmeyi teklif etmesi hâlinde, yüklenicinin işe başlaması gereken tarihin en erken Nisan ayı olması gerektiği kabul edilmelidir<sup>550</sup>.

İnşaat süresinin ne kadar uzayacağına belirlenmesinde ilk olarak inşaatın tamamen durması ile yavaşlaması arasında bir ayırım yapılması gerekir.

## **B. İnşaat Tamamen Durmuşsa**

İş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple **inşaat belli bir süre tamamen durmuşsa**, inşaat süresinin ne kadar uzayacağına belirlenmesinde, iki ayrı sürenin dikkate alınması gerekir. İnşaat süresi, iki ayrı sürenin toplamı kadar uzar.

**İlk olarak:** İnşaat süresinin uzama miktarının belirlenmesinde dikkate alınacak ilk süre, inşaatın, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle durma süresidir. Kural olarak inşaat süresi en az, **durma tarihi ile yüklenicinin yeniden inşaatla başlaması gereken tarih arasındaki süre kadar uzar**<sup>551</sup>. Buna inşaatın durmasının doğrudan etkisi denilebilir.

Meselâ teslim süresi 10 ay olan bir inşaatla, inşaatın, iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple 5. ayda tamamen durduğu ve bu engelin 9. ayda ortadan kalktığı bir olayda, olağan inşaat süresinin, duraklama süresi olan 4 ay kadar uzayacağı ve inşaatın tamamlanarak teslim edilmesine ilişkin borcun 14. ayın sonunda muaccel olacağı kabul edilmelidir. Bu sonucun kabul edilmesinde, inşaatın durduğu zamanki seviyesinin sonuca hiçbir etkisinin bulunmadığı da kural olarak kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, bu olayda inşaatın durduğu tarihte (örnekte 5. ayın sonunda) inşaat seviyesinin, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa ortalama olarak

<sup>548</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.244, no:170.

<sup>549</sup> **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.301.

<sup>550</sup> **Zeltner**, s.99, no:250; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.302.

<sup>551</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:682; **Gauch** (Fristen und Termine), s.18; **Zeltner**, s.99, no:250.

%50 olmasının gerekmesine rağmen<sup>552</sup>, bunun fiilen sadece %10 seviyesinde kalması durumunda, inşaat süresi yine de 4 ay uzayacaktır<sup>553</sup>.

Fakat inşaatın durduğu sırada (olayda 5. ayın sonunda), yüklenicinin ortalama inşaat seviyesinin (10 aylık inşaatla bu seviye kural olarak ortalama %50'dir) ilerisinde olması durumundaki hukukî durum ayrıca değerlendirilmelidir. Mesela bu olayda yüklenici ilk 5 ay yüksek bir hızda çalışmış ve engelin ortaya çıktığı tarihe kadar (5. ayın sonunda) inşaatı %75'lik bir seviyeye getirmiş ve bu sırada iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple inşaat 9. aya kadar durmuşsa, inşaat süresinin ne kadar uzayacağı konusunda kanaatimce hakkaniyete uygun sonuçlar doğuran şöyle bir yolun tercih edilmesi yerinde olur. Buna göre sürenin uzama ölçüsünün doğrudan geri kalan işin miktarına bakılarak hesaplanması, engelin ortaya çıkmasına kadar yüksek bir tempoda çalışan yüklenicinin aleyhinedir. Diğer bir ifadeyle kanaatimce engele kadar hızlı çalışan yüklenicinin, bu süratinden yararlandırılması gerekir. Bu nedenle bu olayda inşaat süresinin en az inşaatın durduğu süre kadar uzayacağı kabul edilmelidir<sup>554</sup>. Fakat somut olayın özellikleri gereğince engelin ortaya çıktığı tarihte inşaatın çok büyük bir kısmı yapılmış, meselâ inşaat %98'lik bir seviyeye getirilmişse, artık bu durumda yüklenicinin sürenin yine 4 ay uzadığını ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşebilir. Bu nedenle bu tip istisnai durumlarda, sürenin daha az uzadığı da kabul edilebilir.

Inşaatın fiilen durduğu süre içinde olağan teslim süresinin dolması hâlinde ise, inşaat süresinin şu biçimde uzayacağı kabul edilebilir: Meselâ, yukarıdaki örnekte 5. ayda duran inşaat, ancak engelin 12. ayda ortadan kalkması nedeniyle yeniden başlayabilmişse, bu durumda inşaat süresinin 7 ay uzayacağı, diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun 17. ayda (19. değil) muaccel olacağı kabul

<sup>552</sup> İnşaat sözleşmesinde aksine bir hüküm bulunmuyorsa, yüklenicinin kendisine tanınan toplam süreyi işin niteliğine uygun biçimde kullanması gerekir. Diğer bir ifadeyle inşaat sözleşmesinde ara vadelerin kararlaştırılmaması hâlinde, yüklenicinin inşaat sözleşmesinin ardından kural olarak derhal inşaatla başlaması ve belirlenen sürenin sonunda tamamlanabilmesi için uygun bir tempoda çalışarak inşaatı tamamlaması gerekir. Buna göre meselâ teslim süresi 10 ay olan bir inşaatla, aksine bir hüküm bulunmuyorsa yüklenicinin aylık ortalama %10'luk bir seviyede tutturacak tempoda çalışması gerekir. Yüklenici eğer çalışma düzenini buna aykırı olarak planlamışsa, bunun sonuçlarına katlanması gerekecektir. Bu nedenle sürenin uzamasıyla ilgili sorunlarda, kural olarak bütün inşaat süresi dikkate alınarak, engelin ortaya çıktığı zamana kadar yüklenicinin işi ne ölçüde tamamlamasının gerekli olduğu dikkate alınmalıdır.

<sup>553</sup> Çünkü 5. ayın sonunda (engelin ortaya çıkmasına kadar) inşaatın olması gereken seviyeden geri kalmış olması, yüklenicinin riziko alanından doğan sebeplere dayanmaktadır. Bunun sonuçlarına yüklenici katlanacaktır. Bu nedenle bunun, kural olarak sürenin uzamasında bir önemi bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle, söz konusu örnekte, engelin ortadan kalktığı tarih olan 9. ayda, inşaat seviyesinin %10 olmasına rağmen, inşaat süresi, kural olarak inşaatın fiilen durduğu 4 ay kadar uzar. Yüklenici inşaatın geri kalan %90'lık kısmını, olağan süreden geri kalan 1 ay ve eklenen 4 ay, yani toplam 5 ay içinde tamamlamakla yükümlüdür aksi hâlde temerrüde düşer. Aynı şekilde, bu örnekte yüklenicinin uzayan süreyle birlikte toplam olarak 5 ay içinde (14. ayın sonunda), inşaatın geri kalan kısmı olan %90'ını tamamlaması bütün tahminlere göre öngörülemiyorsa, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası gereğince, sürenin dolmasından önce de, yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanabilecektir.

<sup>554</sup> Bak. ve karşı. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.302, no:5e; **Henninger** (Bauverzögerung), s.258; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.256, Art.366, no:215.

edilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta eklenecek sürenin, engelin ortadan kalktığı tarihten değil, olağan teslim süresinin sonundan başlaması gerektiğidir. Yoksa bu 7 aylık duraklama nedeniyle, bu sürenin engelin ortadan kalktığı 12. ayın sonuna eklenmesi doğru değildir.

**İkinci olarak:** Bazı durumlarda, inşaatın durmasının olumsuz sonuçlarının giderilmesi, bu duraklama döneminden daha uzun bir süreyi gerektirebilir<sup>555</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın yürütülmesinin belli bir dönemde kesilmesi veya inşaat süresinin planlanmamış bir döneme sarkması, bazı ek süre kayıplarına neden olacaksa, bunların da yukarıdaki biçimde belirlenen uzama süresine eklenmesi gerekir. Sürenin uzama ölçüsünün belirlenmesinde bu tür durumlar da dikkate alınır. Bu nedenle gerekiyorsa teslim süresinin, durma döneminden daha uzun bir süre kadar uzadığı da kabul edilebilir. Buna ise inşaatın durmasının dolaylı etkisi denilebilir.

Doktrinde **Schumacher**<sup>556</sup> tarafından verilen bir örneğe göre, meselâ kamu hukuku kökenli kurallar nedeniyle ayın sadece ilk haftasında yapılabilen bazı işlerin yapılmasından önce, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle inşaat durur ve bu engel, ayın ikinci haftasında ortadan kalkarsa, inşaat süresi sadece inşaatın durduğu süre kadar değil, bunun dolaylı etkisi olan, diğer iki haftayı da kapsayacak biçimde uzayacaktır<sup>557</sup>.

**Yüklenicinin geri kalan süre içinde çalışma hızını arttırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını azaltma yükümlülüğünün bulunduğu hâllerde ise, inşaat süresinin ne ölçüde uzayacağına özel olarak incelenmesi gerekir<sup>558</sup>.** Yüklenicinin, inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle belli bir süre tamamen durması hâlinde, **inşaat temposunu arttırarak duraklamanın olumsuz sonuçlarını azaltma yükümlülüğü bulunması durumunda**, yukarıdaki sonuçtan farklı olarak inşaat süresinin duraklama süresinden daha az uzayacağı kabul edilmelidir<sup>559</sup>. Buna göre, yukarıdaki örneğe uygun olarak inşaatın 10 aylık sürenin 5. ve 9. aylar arasında

<sup>555</sup> **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.301; **Henninger** (Bauverzögerung), s.258; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.256, Art.366, no:215.

<sup>556</sup> **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.301; **Zeltner**, s.99, no:250.

<sup>557</sup> Bunun bir diğer örneği, inşaatın durması nedeniyle, engelin ortadan kalktığı dönemde bazı sebeplerle çalışmanın mümkün olamamasıdır. Meselâ kışları havanın çok sert geçmesi nedeniyle, Kasım – Nisan tarihleri arasında inşaatların yapılamadığı bir bölgede, Ekim ayında tamamlanması gereken bir inşaatın, iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple 4 ay durması hâlinde, artık inşaat süresinin 4 ay değil, inşaatın fiilen yapılamayacağı Kasım – Nisan dönemini kapsayan 6 aylık bir eklemeye belirlenen süre kadar (10 ay) uzayacağı kabul edilmelidir.

<sup>558</sup> Burada dikkat edilmesi gereken husus, engelin ortadan kalktığı tarihten sonra geri kalan sürenin, inşaatın hızlandırılması yoluyla inşaatın olağan sürede tamamlanabilmesi için yeterli olduğu ve bunun da yükleniciden beklenebildiği durumlarda, inşaat süresinin zaten uzamayacağıdır. Meselâ 36 aylık inşaat süresinin 2. ayında inşaatın durması ve engelin 3. ayda ortadan kalkması durumunda, dürüstlük kuralı yüklenicinin çalışma hızını arttırarak inşaatı geri kalan 33 ayda tamamlamasını gerektirirse artık süre uzamayacaktır. Fakat burada ifade etmeye çalıştığımız husus, dürüstlük kuralının veya inşaat sözleşmesinin, inşaatın durması hâlinde yükleniciye inşaatı hızlandırma ve gecikmenin olumsuz sonuçlarını azaltma –inşaat süresine uymayı değil– yükümlülüğü yüklemesine ilişkindir.

<sup>559</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.256, no:215.

durduğu ve yüklenicinin inşaat temposunu arttırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını azaltma yükümlülüğü bulunan hâllerde, inşaat süresi duraklama süresi olan 4 aydan kısa bir süre kadar uzar. Bunun ölçüsünün belirlenmesinde ilk olarak engelin ortaya çıktığı tarihte inşaatın **bulunması gereken** seviyenin belirlenmesi gerekir. Buna göre 10 aylık bir inşaat süresi bulunan bir inşaatla aksi sözleşmede belirtilmemişse, engelin ortaya çıkarak inşaatın durduğu tarih olan 5. ayın sonunda yüklenicinin %50'lik bir seviyeye ulaşması beklenebilir. Yüklenicinin fiilen bunun altında kalmış olmasının bir önemi yoktur<sup>560</sup>. Bu durumda olağan inşaat süresi, engelin ortadan kalktığı tarihte geri kalması gereken iş miktarının, uygun bir biçimde hızlandırılmasıyla tamamlanabileceği bir süre kadar uzayacaktır. Diğer bir ifadeyle bu örnekte yüklenicinin inşaatı hızlandırma yükümlülüğü bulunmasaydı inşaat süresinin 4 ay uzayacağı kabul edilecekti, fakat böyle bir yükümlülüğün bulunması durumunda bu süreden uygun bir indirimin yapılması gerekir<sup>561</sup>.

### C. İnşaat Yavaşlamışsa

İnşaatın durmayıp sadece yavaşlaması hâlinde, inşaatı yavaşlatan bu sebebin olumsuz sonuçlarının giderilebileceği süre, olağan teslim süresine eklenir. Meselâ iş sahibinin talebiyle veya zorunlu sebeplerle iş değişikliği yapılmışsa, bu değişikliğin gerektirdiği sürenin, olağan teslim süresine eklenmesi gerekir.

İş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple inşaat tamamen durmamış, fakat normal çalışma temposuna göre yavaşlamışsa, inşaat süresinin ne kadar uzayacağını belirlenmesinde temel esas, inşaat süresinin kural olarak bu yavaşlamanın olumsuz sonuçlarının giderilebileceği süre kadar uzamasıdır. Buna göre genel olarak şöyle bir esas ortaya konulabilir. İnşaat süresi, inşaatın yavaşlamasına neden olan sebebin etkili olduğu süre boyunca fiilen gerçekleşen iş miktarının, ortalama iş miktarından çıkarılmasıyla bulunan gecikmiş işin, kural olarak ortalama bir iş temposuyla tamamlanabileceği süre kadar uzar. Meselâ teslim süresi 10 ay olan bir inşaatla, ortalama iş aylık %10 olarak kabul edilebilir. Bu olayda inşaatın 3 ve 6 ayları arasındaki üç aylık süre boyunca inşaatın yürütümü iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle yavaşlamış ve bu dönemde fiilen sadece %10'luk bir iş gerçekleştirilmişse, bu

<sup>560</sup> Çünkü bu tip bir gecikmenin sonuçlarına yüklenici katlanacaktır.

<sup>561</sup> Buna göre somut olayın özellikleri, sözleşme hükümleri, sözleşmeyle belirlenmiş olan toplam sürenin uzunluğu, yüklenicinin gerçek çalışma kapasitesi, inşaatın durmasına neden olan etkenin iş sahibinin kusuruyla ilişkisi ve inşaatın hızlandırılarak daha erken tamamlanmasının iş sahibi açısından taşıdığı menfaat dikkate alınarak, hakkaniyete uygun bir hızlandırma temposu belirlenmelidir Karş. **Henninger** (Bauverzögerung), s.258.

Meselâ bu biçimdeki bir değerlendirmeye yüklenicinin çalışma temposunu %20 arttırmasının gerektiği sonucuna varıldığında, inşaat süresinde %20'lik bir indirim yapılması yoluyla, örneğimizde inşaatın engelin kalktığı 9. aydan sonraki 5. ayın (14. ayın) değil de 4. ayın (13. ayın) sonunda dolacağı kabul edilebilir. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin inşaat temposunu arttırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırma yükümlülüğünün bulunduğu hâllerde, belirlenen hızlanma oranı ölçüsünde geri kalan ve eklenecek sürenin toplamından indirim yapılır. İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcu, bu biçimde belirlenen sürenin sonunda muaccel olacaktır.



dönemin ortaya çıkardığı gecikmenin olumsuz etkilerinin iki aylık bir çalışmayla giderilebileceği kabul edilebilir. Bu nedenle söz konusu örnekte, inşaat süresinin yüklenicinin gecikmenin olumsuz sonuçlarını azaltma yükümlülüğünün bulunmadığı varsayıldığında 2 ay uzayacağı ortaya çıkmaktadır.

İnşaatın tamamen durması hâlindeki kurallar, inşaatın yavaşlaması durumunda da geçerlidir. Buna göre yüklenicinin kalan süre içinde inşaatı hızlandırarak gecikmenin olumsuz sonuçlarını giderme yükümlülüğü bulunan hâllerde sürenin uzayıp umamayacağı, uzayacaksa bunun ölçüsü hep yukarıdaki esaslara bakılarak belirlenecektir.

## V. SÖZLEŞME HÜKÜMLERİ GEREĞİNCE TARAFLARIN TESLİM BORCUNUN MUACCELİYETİNİN UZAMASINI DÜZENLEMELERİ

### A. Genel Olarak

İnşaat sözleşmesinin uzun süreli yapısı nedeniyle tarafların, sonradan ortaya çıkabilecek bazı sebeplerin teslim borcunun muacceliyetini uzatacağını veya normalde sürenin uzayacağı kabul edilebilen hâllerde sürenin uzamayacağını kararlaştırmaları mümkündür (Vertragsanpassungsklauseln, Terminanpassungsklauseln)<sup>562</sup>.

Yukarıda belirtilen inşaat süresinin uzamasına ilişkin hususlar, inşaat sözleşmesinde süre uzamasına veya inşaatın icrasının engellenmesine ilişkin bir hüküm bulunmaması durumunda uygulanır. Diğer bir ifadeyle, Borçlar Kanununun riziko dağılımı ve bunun hukukî sonuçları emredici bir nitelik taşımaz. Taraflar bunu kural olarak serbestçe düzenleyebilirler<sup>563</sup>.

Bu sözleşmesel hükümlerin geçerliliği, her şeyden önce Borçlar Kanununun sorumluluğun sözleşmeyle sınırlanmasına ilişkin 99. maddesinde belirtilen emredici sınırlamalara uygun olmalarına bağlıdır<sup>564</sup>. Bu nedenle işbu sözleşmesel hükümlerin, hangi taraf yararına getirildiğinin incelenmesi gerekir.

### 1. Yasal Riziko Dağılımını Yüklenici Yararına Değiştiren Kayıtlar

Özellikle büyük inşaat sözleşmelerinde yükleniciye bazı koşulların gerçekleşmesi hâlinde süre uzatımı isteme yetkisi (Änderungsklauseln, Verlängerungsklauseln) verilmektedir<sup>565</sup>. Bu tür sözleşmesel kayıtlara dayanarak

<sup>562</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.12; **Gehrer** (Bauverträgen), s.112; **Hager**, s.279; **Trachsel** (Nachtragsforderungen), s.122; **Higi** (Einseitige Vertragsänderungen), s.439 vd; **Erdin**, s.45 vd.

<sup>563</sup> **Bischoff**, s.19; **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:650; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.375, no:667. **Gehrer** (Bauverträgen), s.119. **Schwenzer** (Beschränkung und Modifikation), s.112 vd; **Henninger** (Bauverzögerung), s.252; **Widmer**, s.127; **Schumacher** (Rechnungen), s.22; **Schumacher** (Vergütung), s.128 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.60b

<sup>564</sup> Karş. **Schwenzer** (Beschränkung und Modifikation), s.113. Ayrıca diğer sınırlamalar için bak. **Bischoff**, s.24 ve özellikle s.92 vd.

<sup>565</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.185, no:650; **Gauch** (Fristen und Termine), s.12; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.369, no:640.

yüklenicinin süre uzatımı istemesi durumunda teslim süresinin uzayacağı kabul edilir. İnşaat sözleşmelerinde süre uzatımı iki bakımdan düzenlenmektedir. Bunlar: hangi hâllerde sürenin uzayacağı ve sürenin uzama yöntemidir.

İnşaat sözleşmelerindeki hangi durumlarda sürenin uzayacağına ilişkin kayıtlar, özellikle mücbir sebep seviyesine ulaşmayan olumsuz hava koşulları ve yüklenicinin işletmesinden doğan meselâ grev ve malzemelerin geç teslimi gibi, gerçekte yüklenicinin riziko alanına dâhil olan noktalardır. Normalde sürenin uzamayacağı bu hâllerde, taraflar irade özgürlükleri gereğince sürenin uzayacağını kabul edebilirler.

İnşaat sözleşmelerinde ayrıca, sürenin uzama yöntemine ilişkin hükümler de bulunabilir. Yukarıda da belirtildiği gibi, sürenin uzaması için iş sahibinin bunu kabul etmesine gerek yoktur. Koşullar oluşunca inşaat süresi kendiliğinden uygun bir süre kadar uzar. Fakat inşaat sözleşmelerinde genellikle, sürenin uzamasına ilişkin koşulların gerçekleşmesi durumunda, yüklenicinin belli bir süre içinde iş sahibinden süre uzatımı istemesi gerektiğine ve sürenin ancak iş sahibinin kabulüyle uzayacağına ilişkin kayıtlara rastlanmaktadır. Bu durumlarda sözleşmede belirtilen olayların ortaya çıkması hâlinde taraflar yeni bir teslim tarihi üzerinde anlaşabilirlerse belirlenen yeni süre dikkate alınır. Fakat taraflardan birinin buna yanaşmaması veya başlayan görüşmelerin anlaşmazlıkla sonuçlanması hâlinde sürenin, ortaya çıkan duruma göre kendiliğinden uzayacağı kabul edilmektedir<sup>566</sup>. Fakat bu tür durumlarda hâkimin müdahalesi talep edilerek, sürenin ne kadar uzayacağını tespiti de talep edilebilir.

Aynı şekilde süre uzatımına ilişkin bildirim külfetinin belli bir süreyle sınırlanması ve bu süreyi aşan gecikmiş bildirim geçerli olmayacağını kararlaştırılması da kural olarak geçerlidir. Fakat bu noktada, özellikle sürenin uzamasına ilişkin hakkın tamamen ortadan kaldırılamayacağına da işaret edilmesi gerekir.

## 2. Yasal Riziko Dağılımını İş Sahibi Yararına Değiştiren Kayıtlar

Yasal riziko dağılımı kuralları gereğince inşaatın yürütülmesinin, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle durması veya yavaşlaması durumunda, diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresi uzar. Fakat inşaat sözleşmeleriyle, iş sahibinin bu riziko alanının daraltılması ve bunların yüklenicinin riziko alanına dâhil edilmeleri veya yükleniciye inşaat temposunu arttırma yükümlülüğü (Beschleunigungsklauseln) getirilmesi mümkün ve kural olarak geçerlidir<sup>567</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaat sözleşmesinde öngörülen ve inşaat süresinin uzaması olanağını

<sup>566</sup> Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.369, no:642. Fakat diğer tarafın yeni sürenin tespitine yanaşmaması durumunda, istisnai olarak somut olayın özelliklerinin, alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması suretiyle sözleşmeden dönme hakkı göstermesi hâlinde, sözleşmeden dönmenin de mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.368, no:642 ve özellikle 406, no:789 vd. Bak. ve karşı. SIA-Norm 118 madde 94/II, **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.274 vd.

<sup>567</sup> Karşı. **Gauch** (Fristen und Termine), s.13.

sınırlayan veya tamamen ortadan kaldıran kayıtlar (negative Anpassungsklauseln) kural olarak geçerlidir<sup>568</sup>. Bu durumda artık yüklenici sürenin uzadığını ileri sürememelidir. Fakat bunun bir istisnası, iş sahibinin alacaklı temerrüdünde olmasıdır. Kendisi alacaklı temerrüdünde olan bir iş sahibinin, sürenin uzatılmayacağını ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırı düşebilir. Diğer bir ifadeyle yasal riziko dağılımını iş sahibi yararına değiştiren hükümler kural olarak geçerli olmakla birlikte, iş sahibinin alacaklı temerrüdünde bulunması durumunda bile inşaat süresinin uzamayacağına ilişkin kayıtlar geçerli sayılmamalıdır. Buna göre meselâ, inşaat sözleşmesinde yer alan sürenin hiçbir biçimde uzayacağına ilişkin kayda rağmen, iş sahibinin yükleniciyi inşaat alanına sokmaması veya inşaatla kullanılacak malzemeleri zamanında teslim etmemesi nedeniyle inşaat belli bir süre durmuş ve zamanında tamamlanamamışsa, inşaat süresinin uzayacağı, söz konusu kaydın bu bakımdan geçersiz olacağı kabul edilmelidir.

Fakat bunun dışındaki durumlardan doğan risklerin sözleşmeyle yükleniciye yüklenmesi kural olarak mümkündür. Bunlar özellikle mücbir sebepler<sup>569</sup> ve iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan, alacaklı temerrüdü dışındaki gecikme riskleridir<sup>570</sup>.

## **B. Yapı İşleri Genel Şartnamesine Tabi İşlerde İnşaat Süresinin Uzaması**

Çalışmamızın başında da belirtildiği gibi, inceleme konumuzun dışında kalmasına rağmen, YİGŞ'nin<sup>571</sup> sürenin uzamasıyla ilgili hükümlerinin özel olarak incelenmesinde yarar vardır.

Özellikle kumu kurumları tarafından yaptırılan inşaat işlerinde, hangi hâllerde yükleniciye ek süre verileceği, diğer bir ifadeyle hangi hâllerde inşaat süresinin uzayacağı inşaat sözleşmelerinde açıkça yer alır<sup>572</sup>. İnşaat sözleşmelerindeki bu özel kayıtların dışında, Yapı İşleri Genel Şartnamesi hükümleri gereğince yapılan inşaat işlerinde inşaat süresinin hangi hâllerde ve nasıl uzayacağına ilişkin şartnamenin 30.

<sup>568</sup> **Bischoff**, s.105; **Erdin**, s.57, no:169.

<sup>569</sup> Sürenin uzamayacağını kabul edilmesinin, bazı durumlarda yüklenicinin kişilik haklarının aşırı derecede sınırlanması anlamına gelebileceği düşünülebilir. Fakat kanaatimce mücbir sebeplerde bile sürenin uzamayacağını kabul edilmesi, yüklenicinin kişilik haklarını aşırı derecede sınırladığı ve bu nedenle bu kayıtların geçersiz olduğu kolaylıkla kabul edilemez. Çünkü bu durumda süre uzamacağı için yüklenici temerrüdü düşecek, fakat kusuru bulunmadığı için, herhangi bir tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Bu nedenle söz konusu kayıtların geçersiz olduklarına yönelik iddialar çok titiz bir biçimde incelenmelidir.

<sup>570</sup> Nitekim BK. m.365/II hükmünün de emredici bir nitelik taşımadığı ve iş sahibinin anılan hükme göre sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması talebinden kural olarak vazgeçebileceği kabul edilmektedir. Bak. **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.122.

<sup>571</sup> BİGŞ. hükümleri de buna paraleldir.

<sup>572</sup> 4734 sayılı Kamu İhale Kanununun (RG. 22.01.2002, s.24648), ihale şartnamelerinin asgari içeriğini düzenleyen 27. maddesinin (t) bendine göre, idarî şartnamelerde "Süre uzatımı verilebilecek haller ve şartları ile sözleşme kapsamında yaptırılacak iş artışları ile iş eksilişi durumunda karşılıklı yükümlülükler" in belirtilmesi zorunludur.

Aynı yönde bir hüküm, 2886 sayılı Devlet İhale Kanununun (RG. 10.09.2003, S.18161) 7. maddesinin (I) bendinde de bulunmaktadır.

maddesinde de özel bir hüküm bulunmaktadır<sup>573</sup>. Buna göre inşaat süresinin uzamasının koşulu, gecikmenin yükleniciye ait olmayan, yüklenicinin kusuru bulunmayan bir sebepten doğmasıdır<sup>574</sup>. Buna göre “Sözleşmesinde belirtilen mücbir sebepler ve/veya idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır.”

Sürenin uzama biçimi ise, aynı maddede şöyle düzenlenmiştir: “Yüklenicinin, sürenin uzatılmasını gerektiren hallerin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde, idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından usulüne göre düzenlenmiş belgelerle mücbir sebebin meydana geldiğini tevsik etmesi zorunludur. Yüklenici bildiriminde, iş üzerinde gecikmeye yol açtığını düşündüğü sebeplerin ayrıntılarını, işin süresinin ne kadar uzatılması gerektiğini belirtecektir. Uzatılacak sürenin tespiti o anda mümkün değilse bunun da sebeplerini ayrıca belirtecek, durumun netlik kazanmasından sonra istediği süre uzatımını da ayrı bir yazı ile derhal bildirecektir. Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmaz. – Zamanında yapılmayan yazılı bildirimler dikkate alınmaz ve yüklenici müracaat süresini geçirdikten sonra süre uzatımı talebinde bulunamaz. Mücbir sebeplerin devamı sırasında yapılacak bildirim, yirmi gün öncesinden geçerli olmak üzere dikkate alınabilir. – İşin tamamlanması için sözleşmesinde tespit edilen tarih veya süre haricinde başkaca kayıt bulunmayan işlerde, havanın fen noktasından çalışmaya uygun olmayan devresi ile resmi tatil günleri göz önünde tutularak iş bitim tarihi veya süresi belirlenmiş sayılacağından, yüklenici, çalışmadığı bu gibi günleri öne sürerek süre uzatılması isteğinde bulunamaz. Ancak süre uzatımlarında, yapılacak işin özelliğine göre çalışılmayacak günlerde dikkate alınarak verilecek süre belirlenir.”

#### **§ 4. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMEMİŞ (Borcun İfa Edilmemiş) OLMASI**

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü, muacceliyete rağmen inşaatın tamamlanarak teslim edilmemiş olmasını ifade eder<sup>575</sup>. Borcun ifa edilmemesinin inşaat sözleşmesi bakımından anlamı, inşaatın tamamlanmamış ve bu nedenle teslim edilmemiş olmasıdır. İnşaat sözleşmesinde teslim, yüklenicinin ifa iradesiyle inşaatı tamamlayarak bunu iş sahibine bildirmesiyle gerçekleşir. Arsa payı karşılığı inşaat

<sup>573</sup> Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinde de aynı yönde bir hüküm bulunmaktadır. (m.27).

<sup>574</sup> **Erman** (İnşaat), s.73, dn.53.

<sup>575</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.14; **Henninger** (Bauverzögerung), s.246, 257; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.99, no:312. Karş. **Bucher** (OR AT), s.292; **Öz** (Dönme), s.165; **Erman** (İnşaat), s.65.

sözleşmelerinde ise, iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler yanında, ortak alanların da tamamlanması gerekir. İş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler tamamlanmış olmakla birlikte, ortak alanların tamamlanmamış olması yüklenicinin temerrüdü sonucunu doğurur<sup>576</sup>. Hatta bazı durumlarda, yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerin, ana yapıda kat mülkiyetine geçişine engel olacak derecede eksik olması hâlinde bile, yüklenicinin edimini ifa etmediği sonucuna varılabilir<sup>577</sup>. Fakat yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerin, bu nitelikte olmayan eksikliklerinin bulunması, yüklenicinin temerrüdünü doğurmaz.

Bu kuralın iki yönde istisnası vardır. Buna göre henüz tamamlanmamış (eksik) bir yapı ifa olarak teslim edilebileceği / alınabileceği gibi, tamamlanmış bir yapı henüz teslim edilmemiş de olabilir.

İş sahibi kural olarak eksik veya ayıplı inşaatı ifa olarak kabul etmek zorunda değildir<sup>578</sup>. Fakat gerek dürüstlük kuralının böyle bir inşaatın ifa olarak kabul edilmesini gerektirmesi, gerekse de böyle bir zorunluluk bulunmamasına rağmen iş sahibinin eksik veya ayıplı bir inşaatı ifa olarak kabul etmesi durumunda, artık teslimin ve dolayısıyla ifanın gerçekleştiği kabul edilmelidir. Bu durumlarda artık teslim ve dolayısıyla ifa gerçekleştiği için, yüklenicinin temerrüdü ortaya çıkmaz. Fakat iş sahibi, çalışmamızda kabul ettiğimiz esaslara göre, inşaatteki eksiklik için gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümlere (BK. m.96) ve ayıplar için yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümlere (BK. m.359 vd.) başvurabilecektir.

İstisnai olarak inşaatın tamamlanmış olmasına rağmen tesliminde gecikme de olabilir. Bu nedenle inşaatın tamamlanmış olması fakat henüz teslim edilmemiş olması yükleniciyi temerrütden kurtarmaz<sup>579</sup>. Fakat bu istisnai durumda ortaya çıkan hukukî sonuçlar inşaatın tamamlanmadığı duruma göre farklı olacaktır. Meselâ inşaatın henüz tamamlanmaması durumunda iş sahibi kural olarak ek süre vermek koşuluyla Borçlar Kanununun 106. maddesinde düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilirken; tamamlanmış fakat tesliminde temerrüde düşülmüş bir inşaatı ise, iş sahibi sadece aynen ifa (teslim) ve gecikme tazminatı talep edebilecektir. Yoksa artık bu durumda iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme hakkı bulunmamaktadır<sup>580</sup>. Aynı sonuç, sadece yapı kullanma izninin alınmasındaki gecikme durumunda da uygulanır.

---

<sup>576</sup> **Erman** (İnşaat), s.3.

<sup>577</sup> **Erman** (İnşaat), s.3.

<sup>578</sup> **Henninger** (Bauverzögerung), s.246; Karş. **Yalman**, s.495.

<sup>579</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.108, no:357 ve özellikle s.218, no:72.

<sup>580</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:688; **Erman** (İnşaat), s.66, 67.

## § 5. İNŞAATIN TAMAMLANMASININ OBJEKTİF OLARAK İMKÂNSIZ OLMAMASI

### I. İMKÂNSIZLIK KAVRAMININ İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ BAKIMINDAN ÖNEMİ

İnşaat sözleşmesinde ifa kavramı, yapının tamamlanarak iş sahibine teslimini ifade ettiğinden<sup>581</sup> ve teslimin de yüklenicinin inşaat alanından ayrılması ve bunu iş sahibine bildirmesiyle gerçekleşeceğinden, inşaat sözleşmesinde söz konusu olabilecek imkânsızlık<sup>582</sup> inşaatın tesliminde değil, inşaatın tamamlanmasındadır. Diğer bir ifadeyle inşaatın yapıldığı arsa zaten iş sahibine ait olduğundan, inşaat sözleşmesinde sadece inşaatın tamamlanması borcunun ifasında imkânsızlık söz konusu olabilir<sup>583</sup>.

İnşaat sözleşmesinin ifasının başlangıçta objektif olarak imkânsız olması durumunda sözleşme geçersiz olur<sup>584</sup>. Meselâ üzerine bina yapılması planlanan taşınmaz üzerinde kesin bir inşaat yasağının bulunması durumunda başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle sözleşme geçersiz olur<sup>585</sup>. Fakat meselâ yüklenicinin

<sup>581</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.7, no:11.

<sup>582</sup> Borcun ifasındaki imkânsızlık, imkânsızlığın söz konusu olduğu kişi bakımından objektif – sübjektif imkânsızlık olarak; imkânsızlığın ortaya çıktığı zaman bakımından başlangıçtaki – sonraki imkânsızlık olarak ve imkânsızlıktan borçlunun sorumlu olup olmamasına göre, borçlunun sorumlu olduğu – borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık olarak farklı sınıflamalara tâbi tutulmaktadır. Bu konuda bak. **Barth**, s.15 vd; **Bucher** (OR AT), s.247 vd; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.79 vd; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.89, no:2588 vd; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.300; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.24 vd; **Dural**, s.75 vd; **Oğuzman/Öz**, s.76; **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.23 vd; **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.33 vd; **Erzurumluoğlu**, s.9 vd; **Kurşat**, s.754.

Objektif – sübjektif imkânsızlık, imkânsızlığın sadece borçlu bakımından mı, yoksa herkes için mi söz konusu olduğuna göre belirlenmektedir. Objektif imkânsızlık borcun, borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek bir hâle gelmesidir [**Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.89, no:2589; **Gehrer** (Freiheit), s.191; **Dural**, s.79]. Sübjektif imkânsızlık ise, borcun herkes için değil, sadece somut olaydaki borçlu bakımından yerine getirilemeyecek nitelikte olmasını ifade eder [**Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.89, no:2592].

Sonraki objektif imkânsızlıkta borç ilişkisinin sona erdiğinin, sübjektif imkânsızlıkta ise bunun aksine borcun ifa edilmemesine ilişkin Borçlar Kanununun 96 ve devamı hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Edim konusu olan borcun ifası, borç ilişkisinin kurulması anında objektif olarak imkânsızsa, borç ilişkisi geçersiz olur. Fakat edim, borç ilişkisinin kurulmasından sonra objektif olarak imkânsızlaşır, borç ilişkisi ortadan kalkar. Bu durumda borcun imkânsızlaşmasından alacaklının mı, yoksa borçlunun mu sorumlu olduğu dikkate alınarak bir sonuca varılır. Sonraki objektif imkânsızlığın ortaya çıkmasından borçlu sorumluysa, borçlu alacaklının bundan doğan zararını gidermek zorundadır. Fakat sonraki imkânsızlıktan borçlu sorumlu değilse, Borçlar Kanununun 117. maddesi gereğince taraflar verdiklerini geri alırlar. **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.89, no:2591; **Dural**, s.125; **Öz** (Dönme), s.156.

<sup>583</sup> Buna karşılık meselâ eser teslim sözleşmesinde yüklenici hem eseri oluşturmak hem de mülkiyetini iş sahibine geçirmekle yükümlü olduğu için, eserin oluşturulması borcunda imkânsızlık söz konusu olabileceği gibi, eserin mülkiyetinin iş sahibine geçirilmesi borcunun ifasında da imkânsızlık söz konusu olabilir. Benzer bir durum arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin ediminin ifasındaki imkânsızlıkta da vardır. **Kurşat**, s.759.

<sup>584</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.80, no:109; **Gehrer** (Freiheit), s.191; **Dural**, s.75; **Kurşat**, s.759.

<sup>585</sup> **Öz** (İnşaat), s.32. Fakat bu yasağın sonradan kaldırılması ve inşaat bu hâliyle devamın talep edilmesi durumunda, sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, dürüstlük kurallarına aykırı sayılabilir. **Erman** (İnşaat), s.59, dn.6.

içinde bulunduğu başlangıçtaki sübjektif imkânsızlık durumunda, sözleşme geçerli olarak kurulur, ancak yüklenici, borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

Konumuz bakımından önemli olan imkânsızlık sonradan ortaya çıkan sürekli<sup>586</sup> ve objektif imkânsızlıktır. Bu durumda artık borç ilişkisi sona erer<sup>587</sup>. Bu nedenle inşaatın tamamlanması borcu objektif olarak imkânsızlaştırırsa artık borç ilişkisi sona erdiği için borçlu temerrüdü söz konusu olamaz. Fakat inşaatın tamamlanmasının objektif olarak imkânsızlaştığı tarihe kadar ortaya çıkan temerrüt sonuçları saklı kalır. Bu sonuca varılmasında, imkânsızlığa hangi tarafın sebep olduğunun bir önemi yoktur<sup>588</sup>. Diğer bir ifadeyle, inşaatın tamamlanmasının imkânsızlaşmasının yüklenicinin temerrüdünü ortadan kaldırması ve bu ana kadarki temerrüt sonuçlarının saklı kalmasında, imkânsızlığın iş sahibinin<sup>589</sup> veya yüklenicinin hâkimiyet alanından<sup>590</sup> kaynaklanması arasında bir fark bulunmamaktadır.

<sup>586</sup> İnşaatın yürütülmesinin geçici olarak imkânsızlaşması durumunda ise, hukukî sonuç bundan farklı olacaktır. Buna göre, meselâ inşaat planındaki veya inşaat iznindeki bir hata nedeniyle veya imar planındaki bir değişiklik sebebiyle inşaatın geçici olarak idare tarafından durdurulması hâlinde, kural olarak sözleşme ilişkisi sona ermez. Karş. **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.94, no:2626; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.90, no:139.

Fakat bu geçici durumun ne zaman sona ereceği öngörülemez ve bu durum hukukî ilişkinin amacını tehlikeye sokuyorsa, artık bunun sürekli imkânsızlık hükümlerine tâbi tutulması gerekir. Bu konuda bak. **Barth**, s.40, 41; **Zeltner**, s.82, no:212; **Rampini**, s.25 vd; **Dural**, s.101; **Kurşat**, s.762, dn.52.

<sup>587</sup> Bu konuda bak. **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.82, no:117; **Bucher** (OR AT), s.356; **Gauch** (Werkvertrag), s.203 vd; **von Tuhr/Escher**, s.135; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.183 vd; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.44; **Öz** (Dönme), s.155; **Erman** (İnşaat), s.58; **Kurşat**, s.762; **Akkanat** (Temerrüt), s.16.

<sup>588</sup> **Öz** (Dönme), s.156; **Kurşat**, s.764, dn.60.

<sup>589</sup> İnşaatın tamamlanmasının iş sahibinin hâkimiyet alanından kaynaklanan bir sebeple imkânsızlaşması durumunda Borçlar Kanununun 370. maddesi uygulanır. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.204, no:722 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.189 vd; **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.26 vd; **Kurşat**, s.771.

Buna göre meselâ, iş sahibinin sahip olduğu arsayı üçüncü bir kişiye satması hâlinde, arsayı satın alan kişinin sözleşmeyle bağlı olmadığını ileri sürmesinin, inşaat sözleşmesinin devamını imkânsızlaştırdığı kabul edilmelidir. Bu durumda iş sahibinin kusurlu olduğu da kabul edilebilir. Bu durumda yüklenici, iş sahibine başvurarak zararının BK. m.369'a kıyasen tazminini talep edebileceği gibi; yeni malik iyiniyetli olsa bile, MK. m.893/IV gereğince yasal ipoteğin tescilini talep edebilirler. Çünkü doktrinde kabul edildiği gibi, bu durumda yüklenicinin alacağı eşyaya bağlı borç niteliği taşıdığından, yeni malikin iyiniyetli olması durumunda bile, MK. m.1023 uygulama alanı bulmaz ve yüklenici bu hakkını kullanabilir. **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.536. Fakat bu yasal ipoteğin, sözleşmenin sona erdiği tarihten itibaren 3 ay içinde tescilinin talep edilmesi gerekir (MK. m.895/II).

**15. HD. 15.04.1996, 367/2127:** "Davacı müteahhit ile davalı arasında yapılan ... sözleşme, davalı O.O.'nun arsa tapusunu diğer davalı Ö.B.'ye temlik etmesi ve onun da davacıyı arsadan çıkarmak için ihtarname çekmesi(yle)...sona ermiştir. Sözleşmenin sona ermesinde davalı O.O. kusurludur. O hâlde davacının ... tüm harcamalarının ... tespiti ile ...(bu sebeple) maruz kaldığı alacak kaybının ... hesaplanarak, davalı O.O.'dan tahsiline karar verilmesi gerekir. Eser sözleşmesinin davacı ile O.O. arasında yapılması nedeniyle, davacının zararından davalı Ö.B. sorumlu olamaz." [**Erman** (İnşaat), s.59, dn.7]

Fakat Yargıtay bir başka kararında, iş sahibinin arsayı satmasını, sözleşmeden BK. m.106 gereğince dönme olarak yorumlamıştır. Bak. **15. HD. 11.11.2002, 3551/5068** [**Erman** (İnşaat), s.71, dn.44].

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, Medenî Kanunun 1009/I hükmü gereğince tapu siciline şerh edilmesi durumunda, bu sözleşmenin taşınmazın sonraki sahiplerine karşı da ileri sürülebileceğinden imkânsızlık söz konusu olmaz. Karş. **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.200; **Erman** (İnşaat), s.9; **Öz** (İnşaat), s.98; **Oğuzman/Öz**, s.25.

Hukuken sübjektif imkânsızlık olarak nitelendirilse de, yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu inşaat sözleşmelerinde (nichtvertretbare Leistungen), yüklenicinin ölmesi veya inşaatı tamamlayamayacak duruma düşmesi (meselâ sakatlanması, ölmesi), BK. m.371 gereğince borç ilişkisini kendiliğinden ve derhâl sona erdirir<sup>591</sup>. Fakat bu aşamada ortaya çıkan hukukî sorun, inşaat sözleşmelerinin kategorik olarak kişiliğin önemli olduğu sözleşme olarak mı, kişiliğin önemli olmadığı sözleşme olarak mı değerlendirileceğidir. Genel olarak kabul edildiği üzere, inşaat sözleşmelerinde, kişiliğin önemli olduğunun veya olmadığına baştan kabulü mümkün değildir<sup>592</sup>. Somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekir. Fakat inşaat sözleşmesiyle tarafların, yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğunu veya olmadığını kabul etmelerinin mümkün ve geçerli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü bu yönde bir uyuşmayla, iş sahibi yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğunu veya olmadığını, onun dışındaki kişilerce de inşaatın tamamlanabileceğini veya tamamlanamayacağını kabul etmiş sayılmaktadır. Tarafların iradelerinin bu yönde olmasından sonra, artık hâla aksinin iddia edilmesi yerinde değildir<sup>593</sup>.

Yargıtay yeni kararlarında, inşaat sözleşmesinin kural olarak yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı sözleşmeler olarak nitelendirmektedir<sup>594</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin ölmesi kural olarak inşaat sözleşmesini sona erdirmez. İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcu, yüklenicinin mirasçılara geçer. Fakat somut olayda mirasçıların inşaatı devam ettirme yönünde bir faaliyetlerinin olmaması veya teknik bir iş olan inşaat işiyle uzaktan yakından ilişkilerinin olmaması durumunda, her

<sup>590</sup> İnşaatın tamamlanmasının yüklenicinin hâkimiyet alanından kaynaklanan bir sebeple imkânsızlaşması durumunda Borçlar Kanununun 371. maddesi uygulanır. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.213, no:752 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.205 vd; **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.34 vd; **Erman** (İnşaat), s.63 vd; **Kurşat**, s.772.

Kanaatimce inşaatın tamamlanması borcunun yüklenicinin (borçlunun) kusuruyla imkânsız hâle gelmesi de sözleşme ilişkisini sona erdirmelidir. Bu durumda iş sahibi Borçlar Kanununun 96. maddesi hükmü gereğince uğradığı bütün zararın tazminini talep edebilir. Yüklenici ise Borçlar Kanununun 371. maddesinin ikinci fıkrasındaki “*yapılan miktarın kullanılması kabil ise iş sahibi onu kabule ve bedelini vermeğe mecburdur*” hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucu, inşaatın yapılan kısmının karşılığını talep edebilir. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.214, no:757, 215, no:762 ve özellikle s.217, no:767. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bak. BGE 103 II 58.

<sup>591</sup> **Brunner** (Unvorhergesehenes), s.214, 215; **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.25, dn.16; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.48; **Öz** (Dönme), s.162; **Kurşat**, s.772; **Ergezen**, s.154. **Gautschi**'nin eleştirilen görüşüne göre bu durumda sözleşme, ancak iş sahibinin yapacağı fesih bildirimiyle sona erer. **Gautschi**, s.550, no:8.

<sup>592</sup> **Öz** (Dönme), s.162.

<sup>593</sup> Bu görüşte: **Öz** (Dönme), s.163, dn.47; **Kurşat**, s.91. Fakat Yargıtay, bir kararında sözleşmeye konulan (kişiliğin önemli olmadığı anlamına gelen) bir hükmü geçersiz saymıştır. **15. HD. 07.07.1975, 3149/3436** (YKD. 1976, s.874).

<sup>594</sup> Bu yönde: Yargıtay **15. HD. 12.11.1990, 1503/4707** [**Ergezen**, s.155, dn.130. Bu karar için ayrıca bak. YKD. 1991/5, s.743]; **15 HD, 21.11.1989, 1739/4859** (Yasa HD. 1990/10, s.1450)

Yargıtay aksi yöndeki bazı kararlarında ise, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin güvenilirliğinin, tecrübesinin ve ekonomik gücünün önemli olması nedeniyle, yüklenicinin ölmesi durumunda sözleşmenin sona ereceğini kabul etmiştir. Bu yönde: **15. HD. 07.07.1975, 3149/3436** (YKD. 1976, s.874); **YHGK. 16.12.1981, E. 1980/15–2714, K. 1981/839 K. [Dayınlarlı** (İstisna Akdinin Ademi İfası), s.60].



ne kadar yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı kabul edilse bile, iş sahibinin yapılan işin bedelini vermek kaydıyla bu sebeple inşaat sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilebilir<sup>595</sup>. Diğer bir ifadeyle, somut olaydaki inşaat sözleşmesinde yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı kabul edilse bile, yüklenicinin ölmesi durumunda, mirasçılarının belirlenerek inşaatı devam ettirmeleri için geçecek sürenin uzunluğu nedeniyle, bunu beklemesinin dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenemeyeceği kabul edilebilen hâllerde veya yüklenicinin mirasçılarının inşaat işiyle alakasız kişiler olması durumunda, iş sahibinin inşaat sözleşmesini haklı sebeple (BK. m.369 gereğince) sona erdirebileceği kabul edilmelidir<sup>596</sup>.

## II. YENİDEN İNŞASI MÜMKÜN OLAN BİR İNŞAATIN HASARA UĞRAMASI VEYA YOK OLMASI

İnşaat sözleşmesinde yeniden inşası mümkün bir yapının yok olması veya hasara uğraması Kanunun ifadesiyle “*telef olması*”, yüklenicinin inşaatı yeniden yapma yükümlülüğünü kural olarak ortadan kaldırmaz<sup>597</sup>. Bu durumda yüklenici inşaatı yeniden yapmak zorundadır. Buna ilişkin hüküm Borçlar Kanununun 368. maddesinde düzenlenmiştir<sup>598</sup>. Bu hükmün konumuzla ilgili sonucu, inşaatın iş sahibine yüklenebilen sebeplerle<sup>599</sup> telef olması veya hasara uğramasının, inşaatın zamanında tamamlanamamasına neden olması hâlinde, gecikme (zamanında ifa etmeme) hukuka uygun olduğundan yüklenicinin temerrüdünün ortaya çıkmayacağıdır.

## III. YÜKLENİCİNİN, İNŞAATI TAMAMLAMAMA NİYETİNİ AÇIKÇA ORTAYA KOYMASININ İMKÂNSIZLIK BAKIMINDAN ETKİSİ

Yüklenici, inşaatı tamamlamama iradesini farklı biçimlerde ortaya koyabilir. Buna göre şu durumlarda yüklenicinin açık ve kesin ifa etmeme iradesine sahip olduğu kabul edilebilir:

— Yüklenicinin sözleşmenin kendisini bağlamadığını veya sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia etmesi<sup>600</sup>,

<sup>595</sup> Bu durumda kural olarak sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği yönünde: **Öz** (Dönme), s.162.

<sup>596</sup> Bu durumda iş sahibinin yüklenicinin bütün müspet zararını giderme yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur. Çalışmamızda BK. m369'a göre gerçekleşen fesihte, somut olayın özellikleri dikkate alındığında mahkemenin yapılmamış işin bedeline ilişkin müspet zarardan uygun bir indirim yapabileceği veya iş sahibini, bu zararı gidermekten tamamen muaf tutabileceği kabul edilmiştir.

<sup>597</sup> **Koller Jo**, s.18; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.110, 115, 143; **Erman** (İnşaat), s.61; **Öz** (Dönme), s.161; **Kurşat**, s.769.

<sup>598</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Koller Jo**, s.2 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.327, no:1181 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.41 vd.

Bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabileceği kabul edilmektedir. **Yavuz** (ÖBİ), s.525; **Erman** (İnşaat), s.60.

<sup>599</sup> Bu konuda bak. **Koller Jo**, s.5 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.93 vd.

<sup>600</sup> Meselâ sözleşmenin şekil koşullarına, ahlâka, kişilik haklarına aykırı veya muvazaalı olduğunun veya eylem ehliyetine sahip olmadığının veya sözleşmeyi temsilci sıfatıyla imzalayan kişinin temsil yetkisinin bulunmadığının ileri sürülmesinde olduğu gibi.

— Yüklenicinin sözleşmeyi irade sakatlığı (hata, hile, tehdit veya gabin) nedeniyle iptal ettiğini veya iş sahibinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden döndüğünü (sözleşmeyi feshettiğini)<sup>601</sup> ileri sürmesi,

— Yüklenicinin ekonomik durumunun bozulması nedeniyle inşaatı tamamlayamayacağını belirtmesi ya da inşaatı yarım bırakarak inşaat alanını terk etmesi.

Bir yapma borcunun, borçlu tarafından ifa edilmeyeceğinin / edilemeyeceğinin (inşaat sözleşmesi bakımından yüklenicinin ciddi ve kesin biçimde inşaatı başlamayacağını veya başladığı inşaatı tamamlamayacağını / tamamlayamayacağını) ortaya konulması durumunda, doktrinde ileri sürülen bir görüş gereğince imkânsızlık hükümleri uygulama alanı bulur<sup>602</sup>. Çünkü yapma borçlarının aynen ifası mümkün değildir. Doktrindeki hâkim görüş gereğince ise, yapma borçlarında borçlunun edimi ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak ortaya koyması imkânsızlık olarak değerlendirilemez.

Kanaatimce yüklenicinin meselâ inşaatı yarım bırakıp arsayı terk etmesi gibi bir biçimde ifa etmeme iradesini açık ve kesin olarak ortaya koyması hâlinde, yüklenicinin şahsı dikkate alınarak yapılmış bir inşaat sözleşmesi bulunmadıkça<sup>603</sup> borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanır<sup>604</sup>. Borçlu temerrüdü ise, borcun muaccel olmasını gerektirdiğinden, yüklenicinin böyle bir davranışı karşısında iş sahibinin muacceliyete kadar beklemesi gerekecektir. Bu tür durumlarda iş sahibi, teslim borcunun muaccel olması üzerine, ihtara ve ek süreye gerek olmaksızın temerrütten doğan haklarını kullanabilir<sup>605</sup>. Fakat eser sözleşmesine özgü bir hüküm olan Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasının da burada uygulama alanı bulacağı kabul edilmelidir. Bu durumda iş sahibi, inşaatın zamanında tamamlanamayacağını açık biçimde ortada olduğu gerekçesiyle, bu hükme göre muacceliyetten önce temerrüde ilişkin haklarını kullanabilir.

<sup>601</sup> Borçlar Kanununun 369. maddesi gereğince iş sahibi hiçbir haklı sebebi bulunmasa, meselâ yüklenicinin temerrüdünün koşulları oluşmasa bile inşaat sözleşmesini tek taraflı irade beyanıyla serbestçe sona erdirmeye hakkına sahiptir. Bu hüküm ve bunun hukukî sonuçları için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.151 vd.

Fakat aynı hak yükleniciye tanınmamıştır. Buna göre yüklenici inşaat sözleşmesiyle olan bağlılığını, ancak borç ilişkisini ortadan kaldırmaya yönelik bir hakkının bulunması durumunda sonlandırabilir. Diğer bir ifadeyle, meselâ yüklenicinin koşulları oluşmamasına rağmen iş sahibinin alacaklı veya borçlu temerrüdüne düştüğünü ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirdiğini belirtmesi, taraflar arasındaki borç ilişkisini ortadan kaldırmaz. Bu durumda iş sahibi aynen ifayı talep edebileceği gibi, yüklenicinin ifa etmemeye yönelik bu iradesi karşısında, muacceliyet gerçekleşmişse BK. m.106 – 108 hükümlerine, gerçekleşmemişse BK. m.358/I hükmüne göre borç ilişkisini sona erdirebilir.

<sup>602</sup> **Oğuzman/Öz**, s.333; **Öz** (Dönme), s.52 ve s.158.

<sup>603</sup> Fakat inşaat sözleşmesi yüklenicinin şahsı dikkate alınarak yapılmışsa, bunun cebri icrası mümkün olmadığı için, artık imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir.

<sup>604</sup> Karş. **Bucher** (OR AT), s.319.

<sup>605</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.156, no:2973.

## § 6. İHTAR

### I. GENEL OLARAK

Yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için, kural olarak iş sahibinin ifayı talep etmesi (ihtar) gerekir (BK. m.101/I)<sup>606</sup>.

İhtar, alacaklının borcun ifasını belli bir tarihte talep ettiğine ilişkin bir irade açıklamasıdır<sup>607</sup>. Borçlu ihtarla, alacaklının edimi ne zaman istediği konusunda bilgi sahibi olur<sup>608</sup>. İhtarın yüklenicinin (borçlunun) hâkimiyet alanına ulaşmasıyla birlikte<sup>609</sup> hüküm ve sonuç doğuracağı kabul edilmektedir<sup>610</sup>.

<sup>606</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.187, no:659; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:10; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.49; **Koller** (Verbindung), s.518, 523; **Eren** (Genel Hükümler), s.1049; **Erman** (İnşaat), s.68. Bu hüküm emredici bir nitelik taşımadığından, yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtar zorunluluğu sözleşmeyle kaldırılabilir. **Koller** (Verbindung), s.529.

<sup>607</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.390, no:63; **Bucher** (OR AT), s.356; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.316; **Koller** (OR AT), s.323, no:22; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.230, no:110; **Koller** (Verbindung), s.523; **Ehrat**, s.83; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.31, no:86 ve özellikle s.46, no.123 vd; **Öz** (Dönme), s.173; **Eren** (Genel Hükümler), s.1049; **Havutçu**, s.26.

İfaya yönelik dava açılması veya para borçları için doğrudan icra takibinde bulunulması da hukukî niteliği itibarıyla ihtardır. Doktrinde sadece fatura gönderilmesinin ihtar niteliği taşımadığı, fakat fatura içinde yer alan ve borcun belli bir süre içinde ödenmesinin talep edilmesine ilişkin beyanın ihtar niteliği taşıdığı kabul edilmektedir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.231, no:113; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.60, no:164 vd.]. Aynı şekilde fatura içinde yer alan ve gecikme faizi talep edileceğine ilişkin kaydın da, işbu belgeye ihtar özelliği vereceği haklı olarak kabul edilmektedir [**Schenker** (Schuldnerverzug), s.62, no:166].

İhtar, hukukî işlem benzeri bir irade açıklaması olarak nitelendirilmektedir [**Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.391, no:64; **Bucher** (OR AT), s.357, 358; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.231, no:113; **Koller** (Verbindung), s.523; ; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.54, no:145, 146; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.120; **Oğuzman/Öz**, s.298; **Havutçu**, s.27]. Bu nedenle, iş sahibinin (alacaklının), ihtarın hukukî sonuçlarını da yükleniciye bildirmesi, yani iş sahibinin iradesinin yükleniciyi temerrüde düşürmek yönünde olmasına gerek yoktur. Yüklenicinin temerrüdü, iş sahibi bunu arzalamasa bile kendiliğinden ortaya çıkar.

İhtarın yenilik doğuran bir hak olup olmadığı konusunda bak. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.166

İhtarın geçerliliği, belli bir şekilde yapılmasına bağlı değildir [**Schenker** (Schuldnerverzug), s.57, no:155; **Öz** (Dönme), s.173; **Eren** (Genel Hükümler), s.1051]. İhtar bir hem bir hukukî işlem olmadığı, hem de bir hakkın doğumu, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ikrarı veya itfası amacıyla yapılmadığından, ihtarın konusu olan borcun miktarı HUMK. m.288'deki parasal sınırın üzerinde olsa bile, ispat açısından yazılı delile gerek yoktur. İhtar tanıkla bile kanıtlanabilir. **Oğuzman/Öz**, s.299; **Kılıçoğlu** (Genel Hükümler), s.496; **Akkanat** (Temerrüt), s.27; **Zevkiler/Acabey/Gökyayla**, s.119.

Fakat inşaat sözleşmesi tacirler arasında yapılmış ve Ticaret Kanunu anlamında ticarî bir iş niteliğindeyse, yüklenicinin temerrüde düşürülmesi için ihtarın, noter aracılığıyla, iadeli taahhütlü mektupla veya telgrafla yapılması gerekir (TTK. m.20/III). Bu hükümde düzenlenen şeklin geçerlilik şekli olduğu oybirliğiyle kabul edilmektedir. **Dirikkan**, s.45, dn.21'de yar alan yazarlar.

<sup>608</sup> Borçlar Kanununun 101. maddesinin birinci fıkrasındaki “*muaccel bir borcun borçlusu*” ifadesi nedeniyle, doktrindeki bir görüşe göre, ancak muacceliyetten sonraki ihtar geçerlidir. [Bu görüşte: **von Büren**, (OR AT), s.367; **von Tuhr/Escher**, s.136; **Oğuzman/Öz**, s.297; **Reisoğlu**, s.319; **Akkanat** (Temerrüt), s.25].

Fakat doktrinde, ihtarın muacceliyetten önce de yapılabileceği ileri sürülmektedir. [Bu görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.401, no:102; **Bucher** (OR AT), s.357; **Koller** (OR AT), s.324, no:27 ve özellikle s.328, no:41; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.230, no:111 ve özellikle s.235, no:133 vd; **Koller** (Verbindung), s.525, 527; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.59, no:161, 162; **Wiegand/BaslerKomm**, s.578, no:8; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.124; **De Feo**, s.37, no:86; **Ehrat**, s.84; **Schwenzer**, (OR AT), s.445, no:65.09; **Schumacher** (Vergütung), s.64, no:213; **Bögli**, s.247, dn.110; **Havutçu**, s.27; **Öz** (Dönme), s.174. Bu görüşü savunan yazarlara göre ihtar, alacaklının ifayı belli bir tarihte talep ettiğine ilişkin bir irade beyanı olduğuna göre, bunun muacceliyetten önce veya sonra yapılması sonucu etkili olmamalıdır. Önemli olan alacaklının ifayı belli bir tarihte istemesi ve

## II. İHTARA GEREK OLMAYAN DURUMLAR

### A. Belirli veya Kesin Vadenin Bulunması

Borçlar Kanununun 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre, borcun ifası için belirli vade kararlaştırılmışsa veya sözleşmede taraflardan birine tanınmış olan muacceliyet ihbarında<sup>611</sup> bulunma yetkisiyle usulüne uygun olarak belirlenmişse, borçlunun temerrüdü için artık ihtara gerek yoktur<sup>612</sup>.

---

borçlunun da alacaklının ifayı ne zaman istediğini anlaması olduğundan, alacaklının borcun muacceliyetinden önce, ifayı borcun muacceliyetinde veya daha sonraki bir tarihte istediğini bildirmesi hâlinde, artık borçlu temerrüdü için ihtar koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Kanaatimce benimsenmesi gereken bu görüş gereğince, meselâ iş sahibinin yaklaşık vadenin sona ereceği süreden sonra geçerli olmak üzere ifayı talep etmesine ilişkin irade beyanının ihtar niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Meselâ inşaatın son baharın sonuna doğru teslim edilmesi gerektiğinin kararlaştırıldığı bir inşaat sözleşmesinde, iş sahibinin Haziran ayı içinde, inşaatın tamamlanarak tesliminin 15 Aralık tarihi itibarıyla talep edildiğini yükleniciye bildirilmesi hukuken ihtar olarak değerlendirilmeli ve yüklenici bu tarihte ayrıca bir ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşmelidir. Fakat alacaklının muacceliyetten önceki ihtarında ifayı, borcun muacceliyetinden önceki dönem için talep etmesi hâlinde, bu ihtar geçerli olmayacaktır.

<sup>609</sup> Doktrinde ihtarın süreli olarak da yapılabileceği ifade edilmiştir. [**Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.396, no:81; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.35, no:94,s.48, no:129 ve özellikle s.181, no:483]. Çünkü ihtar ile alacaklı edimi derhal talep edebileceği gibi, belli bir sürenin sonuna kadar talep ettiğini de bildirebilir. Buna göre ihtarın süreli olarak yapılması durumunda temerrüt, ihtarın ulaşma anında değil, ihtarla belirtilen sürenin dolmasıyla gerçekleşir. **Havutçu**, s.28. Bu yöndeki bir İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bak. Schweizerische Baurechtstagung 1995, s.77.

Fakat ihtarın, Borçlar Kanununun 106. maddesi anlamında ek süreyle verme işlemiyle birlikte yapılması da mümkündür. [**Bucher** (OR AT), s.357, 358; **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:667; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.180, no:481; **Eren** (Genel Hükümler), s.1050; **Havutçu**, s.28; **Erman** (İnşaat), s.70, dn.40]. Bu durumda, ihtarla temerrüde düşen borçlu, ek sürenin dolmasıyla alacaklının aynen ifadan vazgeçme iradesiyle de karşı karşıya kalabilir. İfanın belli bir süre içinde gerçekleşmesinin talep edildiği beyanın, süreli ihtar mı, yoksa ek süre vermeye ilişkin beyanı içeren ihtar mı olduğu konusunda şüphe hâsıl olursa, kanaatimce ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre yüklenicinin temerrüdü için ihtarla gerek olan hâllerde, böyle bir beyan şüphe hâlinde borçlu yararına yorumlanmalı ve bu beyan süreli ihtar sayılmalıdır. Fakat yüklenicinin temerrüdü için ihtarın gerekli olmadığı hâllerde, iş sahibinin ifayı belli bir süre içinde talep etmesine ilişkin beyanının, ek süre verme olarak kabulü yerinde olacaktır. Ayırım yapmaksızın şüphe hâlinde süreli ihtarın kabul edilmesi gerektiği yönünde: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.180, no:483; **Havutçu**, s.28. Karş. **Eren** (Genel Hükümler), s.1050.

<sup>610</sup> **Bucher** (OR AT), s.358. Doktrinde ileri sürülen bir görüş gereğince borçlu temerrüdü, ihtarın ulaşmasıyla birlikte derhal gerçekleşmez. Bu görüş gereğince borçlu temerrüdünün, borçlunun ihtar üzerine ifade bulunabileceği uygun bir tepki süresinin (Reaktionszeit) sonunda oluştuğu kabul edilmektedir. Bu konuda bak. **Schenker**, s.40, no:106 vd; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.53; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.231, no:115; **Koller** (Verbindung), s.519.

Kanaatimce bu görüş inşaat sözleşmelerinde çok sınırlı bir biçimde uygulama alanı bulabilir. Meselâ teslim borcunun muaccel olduğu sırada inşaat tamamlanmış, fakat anahtarlar henüz iş sahibine teslim edilmemişse, iş sahibinin yapacağı ihtar üzerine yüklenicinin derhal temerrüde düşmeyeceği, temerrüdün ihtar üzerine yüklenicinin anahtarları teslim edebileceği uygun bir sürenin sonunda gerçekleşebileceği kabul edilebilir. Yoksa bu görüş, hiçbir zaman inşaat sözleşmesinde temerrüdün geri kalan işin tamamlanabileceği sürenin sonunda gerçekleşmesi biçiminde algılanamaz.

<sup>611</sup> İnşaat sözleşmesinde inşaatın teslim borcu için tarafların muacceliyet ihbarında bulunmaları pek mümkün görünmemektedir. Bu daha çok inşaatın başlanması için uygulama alanı bulabilir. Diğer bir ifadeyle inşaatın başlanması için iş sahibinin bir bildirimde bulunmasının gerektiği sözleşmeyle kabul edilebilir. Meselâ yüklenicinin, iş sahibinin talebi üzerine 10 gün içinde inşaatın başlamasının kararlaştırılmasında olduğu gibi. Bu konuda bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.73, no:197 vd.

<sup>612</sup> Borçlu temerrüdünün doğumu için kural olarak ihtarın (alacaklının ifayı talep etmesinin) gerekli olmasının temeli, **Bucher**'in de haklı olarak belirttiği gibi, belirli olmayan veya borçlu tarafından bilinmeyen ifa zamanının, alacaklının ifayı talep etmesiyle borçlu tarafından açıkça bilinebilir hâle gelmesidir **Bucher** (OR AT), s.356, 357. Benzer bir görüş için bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.231, no:112; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.30, no:85; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.51; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.403 vd; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.119; **Gauch/Aeppli/Stöckli**,

Belirli vade (bestimmter Verfalltag), sözleşmenin içeriğinden, borçlunun (yüklenicinin) alacaklının talebi olmaksızın borcu ne zaman ifa etmek zorunda olduğunu anlayabileceği durumlarda söz konusu olur<sup>613</sup>. Diğer bir ifadeyle belirli vade, borçlunun, alacaklının herhangi bir talebini beklemeksizin ifa ile yükümlü olduğu tarihi veya ifa ile yükümlü olduğu tarihin sonunu ifade eder<sup>614</sup>. Kesin vade (Stichtag, Fixtermin) ise, buna ek olarak bu sürenin dolmasının ardından, artık alacaklının ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçebileceğinin kararlaştırıldığını ifade eder<sup>615</sup>.

Borçlar Kanununun 101. maddesinin ikinci fıkrası anlamında belirli vade, borcun ifa edilmesi gereken tarihin takvime göre belirli veya belirlenebilir olmasıdır<sup>616</sup>. Buna göre taraflar tamamlanma / teslim tarihini açıkça belirlemiş olabilirler (Termin). Meselâ inşaatın 10.10.2010 tarihinde teslim edilmesi gerektiği gibi.

Uygulamada genellikle teslim tarihinin açık bir tarih (vade, Termin) olarak tespiti yerine 18 ay, 24 ay, 36 ay veya 48 ay gibi teslim sürelerinin (süre, Frist) kabul edildiği görülmektedir<sup>617</sup>. Bu durumda, sözleşmede aksi belirtilmemişse sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren hesaplanan bu sürelerin dolmasıyla birlikte teslim borcunun muaccel

---

s.317; **De Feo**, s.52, no:115 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.237; **Eren** (Genel Hükümler), s.1051.

<sup>613</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.403, no:110; **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:647; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.29, 30, no:79 ve s.63, no:172; **Koller** (Verbindung), s.525; **Bär**, s.7; **De Feo**, s.57, no:121 vd; **von Büren**, (OR AT), s.372.

<sup>614</sup> Tarafların, sözleşmedeki kayıtlarla belirli vadeyi amaçlayıp amaçlamadıkları da özel olarak incelenmelidir. Buna göre, meselâ inşaatın Mayıs ayının ortasına kadar teslim edilmesinin gerektiğine ilişkin bir hüküm karşısında, artık belirli vadenin bulunduğu ve bunun da Borçlar Kanununun 75. maddesi gereğince, ayın 15'i olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle belirli vadenin bulunup bulunmadığı incelenirken, Borçlar Kanununun 75 ve devamı hükümlerinden yararlanılması gerekir. Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.280 vd; **Bucher** (OR AT), s.307; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.71, no:194; **Koller** (Verbindung), s.525; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.277b

<sup>615</sup> **De Feo**, s.67, no:143 vd; **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:647; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.65, no:179; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.238, no:10; **Bühler** (Werkvertrag), s.148, 149, no:5; **Seliçi** (Kesin Vade), s.92 vd. Kanaatimce doktrinde ileri sürülen ve kesin vadeli hukukî işlemlerde, bu vadenin dolmasının borcun ifa edilebilirliğini ortadan kaldırdığı yönündeki görüşler her zaman doğru değildir.

<sup>616</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:647; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.22, no:2171 vd; **Bucher** (OR AT), s.306, 307, 358; **Koller** (OR AT), s.325, no:29; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.232, no:119 ve s.368, no:636 vd; **Koller** (Verbindung), s.525; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.64, no:174 ve s.67, no:184.

**Gauch**'a göre inşaatın, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren 142. ila 215. iş günleri arasında teslim edilmesi gerektiğine ilişkin kayıtlar, ifanın yapılması gerektiği tarihi belirli olarak ifade etmedikleri için Borçlar Kanununun 101. maddesi anlamında belirli vade niteliği taşımaz (Werkvertrag, s.184, no:648). Bu yönde: **Ozanoğlu**, s.66, dn.30.

Fakat kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Çünkü bu tür bir hükümde belirli vade özelliği vardır. Nasıl ki, sözleşmeden itibaren 215 gün içinde teslimin yapılması gerektiğine ilişkin kayıtlar belirli vade sayılıyorsa, aynı şekilde 142 ile 215. günler arasında teslimin yapılması gerektiğine ilişkin kayıtlar da belirli vade niteliği taşır. Bu hükümle aslında tarafların, ifanın en geç sözleşmeden itibaren 215. gün yapılması gerektiği konusunda anlaşmış oldukları sonucu çıkmaktadır. Bu nedenlerle, belirli vadenin uygulama alanını çok daraltan bu görüş yerinde değildir.

<sup>617</sup> Bak. ve karşı. **De Feo**, s.88, no:188; **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:645 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.368, no:637; **Bucher** (OR AT), s.306; **Ozanoğlu**, s.66.

olacak ve inşaat tamamlanarak teslim edilmemişse, yüklenicinin ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir<sup>618</sup>.

Taraflar, muacceliyeti belli bir süreye bağlamakla birlikte bunun başlangıcını açıkça belirlememişlerse, artık bu sürenin sözleşmenin yapılmasıyla başlaması gerektiği kabul edilmelidir. Fakat uygulamada bu sürelerin sözleşmenin yapıldığı tarihten değil, sonradan yapılacak bazı işlemlerin (inşaat, temel veya temel üstü izninin alınması, arsanın teslimi gibi) gerçekleşme tarihinden başlayacağını kararlaştırıldığı da sıklıkla görülmektedir<sup>619</sup>. Bu durumda teslim borcu, inşaat, temel veya temel üstü izninin alındığı ya da arsanın yükleniciye teslim edildiği tarihten itibaren başlayan ve sözleşmede belirtilen sürenin dolması üzerine muaccel olacaktır. Fakat bu durumda belirli vadenin bulunup bulunmadığı ayrıca değerlendirilmelidir<sup>620</sup>.

Bu konuda doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu görüş ayrılığı, vadenin belirlenebilir olmasının sözleşmenin yapıldığı sırada aranıp aranmayacağı noktasına dayanmaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre<sup>621</sup>, belirli vadeden bahsedilebilmesi için vadenin, sözleşme yapıldığı sırada belirlenebilir olması gerekir. Çünkü bu görüş gereğince belirli vade, sözleşmenin yapıldığı sırada borçlunun daha sonra hiçbir araştırma yapmaya gerek kalmaksızın açık ve kesin biçimde ne zaman ifada bulunacağını bilmesini gerektirir. Sürenin, sonradan gerçekleşecek olan bir olaya bağlanması durumunda ise bu koşul gerçekleşmeyeceğinden belirli vadeden bahsedilemez. Bunun sonucu olarak da yüklenicinin temerrüdü için iş sahibinin ihtarı gerekir. Hatta **Schenker**'e göre, sonraki olay doğrudan borçlunun bir davranışına bağlanmış bile olsa belirli vade söz konusu olamaz<sup>622</sup>.

Kanaatimce üstün tutulması gereken ikinci görüşe göre ise, inşaat süresinin sonradan gerçekleşecek belli bir olaya bağlanması durumunda da kural olarak belirli vadenin bulunduğu kabul edilmelidir<sup>623</sup>. Buna göre, sözleşmede belirtilen 12, 24, 36

<sup>618</sup> Buna göre, meselâ 31.12.2008 tarihinde yapılan bir inşaat sözleşmesinde, inşaatın 24 ay içinde teslim edilmesi gerektiği kararlaştırılmışsa, teslim borcu sürenin son günü olan 01.01.2011 tarihinde muaccel olacaktır.

<sup>619</sup> Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.369, no:638.

<sup>620</sup> Benzer bir durum sözleşmede, ödemenin, faturanın tebliği tarihinden itibaren meselâ 8 gün içinde yapılacağını kararlaştırılmasında da görülür. **Bucher**'e göre, ödemenin faturanın tebliğinden hemen sonra yapılacağını kararlaştırılması durumunda belirli vade söz konusu olmaz [**Bucher** (OR AT), s.358]. Kanaatimce, İsviçre Federal Mahkemesinin yerleşik kararlarında da belirtildiği gibi, bu görüş yerinde değildir. Bu görüşte: **Schwenzer**, (OR AT), s.445, no:65.09; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.233, no:122; **Koller** (Verbindung), s.526.

<sup>621</sup> Bu görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.404; **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:648; **Bühler** (Werkvertrag), s.148, 149; no:5; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.66, no:182 ve özellikle s.68, no:186; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.51; **De Feo**, s.61, no:129; **Öz** (Dönme), s.154, dn.4; **Öz** (İnşaat), s.45 ve s.134.

<sup>622</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.68, no:187. Karş. **De Feo**, s.62, no:130.

<sup>623</sup> Bu yönde: **Koller** (OR AT), s.325, no:32; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.232, no:120; **Koller** (Konventionalstrafe), s.6, no:2 ve özellikle s.46, no:155; **Koller** (Verbindung), s.526; **Ozanoğlu**, s.66.

Yerleşik Yargıtay kararları da bu yöndedir. **15. HD. 20.10.2004, 576/5254**: "... sözleşmeye göre, 36 aylık ifa süresi temel üstü ruhsat tarihinden (subasmandan) sonra başlayacak, inşaat süresi içinde

veya 48 ay gibi teslim süresinin, inşaat izninin alınmasından veya arsanın yükleniciye teslim edilmesinden itibaren işlemeye başlayacağını kararlaştırılması durumunda da belirli vade söz konusudur<sup>624</sup>. Çünkü bu hâllerde yüklenicinin borcunu ifa etmesi gereken tarih, hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde açıktır, yüklenici borcunu ne zaman ifa etmek zorunda olduğunu, borcun muacceliyetinden çok önce açık ve kesin olarak bilmektedir. Borçlunun inşaatı tamamlaması gereken tarihin bu biçimde açıkça belli olmasına rağmen, yine de temerrüt için ihtar koşulunun aranması kanaatimce yerinde değildir. Bunun sonucu olarak bu tür kayıtlar içeren sözleşmelerde, ilgili sürenin dolmasıyla yüklenici ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşeceğinin kabulü gerekir.

Fakat sözleşmedeki, inşaat süresinin işlemeye başlayacağı olay, somut ve belirli değilse, diğer bir ifadeyle başlangıç olayının gerçekleşmesi net değilse, artık burada belirli vadenin bulunduğundan bahsedilemeyecektir. Meselâ inşaat süresinin, yüklenicinin inşaatı tam kapasiteyle başladığı tarihten başlayacağını kabul edildiği bir sözleşmede, yüklenicinin işe tam kapasiteyle başlaması zaten başlı başına belirsiz bir kavram olduğu için, artık bu durumda belirli vadenin bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>625</sup>.

Belirli vadeyle ilgili olarak iki özel durumun ayrıca incelenmesi gerekir. Bunlardan ilki, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken sürenin işlemeye başlamasının yüklenicinin bir faaliyetine (davranışına, meselâ temel üstü izninin alınmasına) bağlandığı sözleşmelerdir. İnşaat süresinin işlemeye başlayacağı olay, doğrudan yüklenicinin bir davranışına bağlanmışsa, yüklenicinin örtülü olarak kendisine verilen süreyi belirleme yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığının tespiti gerekir<sup>626</sup>. Bu kısımda vardığımız sonuca göre, meselâ ilk 20 ay hiçbir faaliyette bulunmayarak temel üstü izninin alımını hiçbir haklı gerekçesi olmamasına rağmen 20. aya kadar geciktiren

---

*bitirilmediği takdirde günün rayicine göre arsa sahiplerine kira bedelleri yüklenici tarafından ödenecektir. Bilirkişilerce inşaatın subasmanın atıldığı tarihin belirlenemediği, bu nedenle 36 aylık ifa süresinin sona erdiği tarihin tesbit edilemeyeceği gerekçesiyle kira tazminatı ile ilgili hesaplama yapılmamıştır. Bu durumda, mahkemece yapılacak iş; öncelikle davacı arsa sahibine gecikme karşılığı talep ettiği kira bedelinin açıklattırılması, ilgili belediyeden inşaatı temelüstü ruhsatın alındığı tarihin sorulması, temelüstü ruhsatın alındığı tarih bu şekilde belirlenemezse, sözleşme tarihinden itibaren temelüstü ruhsatının alınabileceği makul süre bilirkişilerden alınacak ek raporla saptanarak temelüstü ruhsatın alınabileceği tarihin belirlenmesi, bu tarihe 36 aylık ifa süresi eklenmek suretiyle inşaatı gecikme olup olmadığının saptanması ve -varsa- gecikilen süre karşılığı kira tazminatına hükmedilmesinden ibarettir..." (www.kazanci.com.tr).*

<sup>624</sup> Alman Medenî Kanununun 286. maddesinin 2. fıkrasının 2. bendinde, edimin belli bir olaydan belli bir süre sonra ifa edilmesinin gerektiğine ilişkin hükümlerin, borçlu temerrüdü için ihtara gerek bırakmadığı açıkça düzenlenmiştir. **Vygen / Schubert / Lang**, s.25, no:41.

<sup>625</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:648; **Ozanoğlu**, s.66, dn.30.

<sup>626</sup> Fakat söz konusu davranışın veya olayın herhangi bir süre içinde yapılması gerektiği açıkça kararlaştırılmışsa, teslim süresi en geç bu sürenin dolmasıyla işlemeye başlar. Meselâ inşaatın temel üstü izninin yüklenici tarafından alınmasından sonra 36 ay içinde tamamlanması, fakat söz konusu iznin de 3 ay içinde alınması gerektiği kararlaştırılmışsa, teslim süresi en geç 39. ayın dolmasıyla muaccel olacak ve yüklenici ihtara gerek olmaksızın temerrüde düşecektir. Fakat bu olayda söz konusu izin 2. ayın sonunda alınmışsa, temerrüt ancak 38. ayın sonunda gerçekleşecektir. Bu durumda da ihtara gerek yoktur.

yüklenicinin<sup>627</sup>, teslim borcunun 56. ayda muaccel olduğunu ileri sürmesi, hakkın açıkça kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir<sup>628</sup>. Bu durumda inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcunun, makul ve iyiniyetli bir yüklenicinin somut olaydaki koşullar gereğince temel üstü iznini alabileceği / alması gereken ortalama bir sürenin sonunda işlemeye başlayacak inşaat süresinin sonunda muaccel olacağını kabul edilmiştir. Meselâ bu olay bakımından temel üstü izninin alınması için ortalama olarak 4 aylık bir sürenin makul olduğu tespit edilirse, yüklenici fiilen 20. ayda almış bile olsa, yapının teslim borcunun sözleşmeden itibaren toplam 40. ayda muaccel olacağı kabul edilmelidir. Bu durumda kanaatimce yüklenici, temerrüdün doğumu için ihtarın gerekli olduğunu ileri sürerek, 40. aydan itibaren temerrüdün sonuçlarına maruz kalmaktan kurtulamamalıdır. Çünkü aksinin kabulü, nekadarlık bir süre içinde temel üstü iznini almak zorunda olduğunu bilen / bilmesi gereken, işin uzman tarafı olan yüklenicinin; inşaatın ne zaman tamamlanarak teslim edilmesi gerektiğini bilmediği ve kendi davranışından yararlanması anlamına gelir.

İkinci olarak değerlendirilmesi gereken durum ise, inşaatın devamının iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle durması veya yavaşlaması hâlinde, diğer koşulların da bulunması kaydıyla inşaat süresinin ve buna bağlı olarak inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muacceliyetinin uzayacağı kabul edilen hâllerde, yüklenicinin temerrüdü için ihtarın gerekli olup olmadığıdır.

Doktrindeki hâkim görüşe göre belirli vade biçimindeki süre, sonradan ortaya çıkan sebeplerle uzamışsa, artık bu vade belirli olma özelliğini yitirir<sup>629</sup>. Diğer bir ifadeyle vadenin uzaması durumunda, yüklenicinin temerrüdü için iş sahibinin ihtarı gerekir.

Fakat kanaatimce böyle bir sonucun kabulü hakkaniyete uygun değildir. Meselâ iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple inşaatın 3 ay durması hâlinde, teslim süresinin de kural olarak bu ölçüde uzayacağı kabul edilmektedir. Bu durumda yüklenicinin, iş sahibinden bir talep (ihtar) beklemesi menfaatler dengesine uygun düşmez. Diğer bir ifadeyle, belirli vade biçimindeki inşaat süresinin kendiliğinden

---

<sup>627</sup> Temel üstü izninin, temel betonunun dökülmesinden hemen sonra, fakat katlar çıkılmaya başlanmadan önce alınması zorunlu olmasına rağmen uygulamada, temel üstü izninin fiilen temelden hemen sonra değil, inşaatın daha sonraki aşamalarında da alınabildiği maalesef görülmektedir. Üzülerek ifade edelim ki, bu durum ülkemize özgü bir sorundur. İnşaat işlerinde gerekli izinleri vermekle yetkili olan idari makamların bu konuya gereken önemi ve özeni göstermemeleri nedeniyle bu tür usulsüzlükler ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, inşaatın teslim süresinin yüklenicinin faaliyetine bağlandığı bütün durumlarda çok titiz bir inceleme yapılması ve bu iznin fiilen alındığı tarihin belirlenerek, bunun makul olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Aksi durum, hem işini hakkıyla yapan yükleniciler için, hem de arsa sahipleri için çok büyük haksızlıkları neden olacaktır.

<sup>628</sup> Fakat söz konusu gecikmenin yükleniciye isnadı kabil değilse, hakkın kötüye kullanıldığından bahsedilemez. Meselâ iznin idari sebeplerle gecikmesinde böyle bir sonuca varılabilir.

<sup>629</sup> Bu yönde: **Vygen / Schubert / Lang**, s.26, no:42; **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:682; **Dirican**, s.104; **Ozanoğlu**, s.71 ve s.109; **Koller** (Konventionalstrafe), s.63, no:220 ve s.65, no:236. Fakat bu sonuncu yazar başka bir eserinde, bu durumda ihtara gerek olmadığını kabul etmiştir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.255, no:213.



uzayacağı kabul edilen hâllerde, yüklenicinin uzayan inşaat süresinin sonunda temerrüde düşmediğini, ihtar yokluğuna bağlaması, Medenî Kanununun 2. maddesine aykırı sayılmalıdır<sup>630,631</sup>.

### B. Teslim Tarihinin, Sözleşmeyle İş Sahibine Tanınmış Bulunan Muacceliyet İhbarıyla Belirlenmesi

Borçlar Kanununun 101. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ifa zamanının sözleşmeyle tanınan bir yetkiye dayanarak alacaklının (veya borçlunun) ifa tarihini ihtar yoluyla belirlemesi durumunda, bu sürenin geçmesi üzerine borçlu temerrüde düşer<sup>632</sup>.

### C. Yüklenicinin Borcunu İfa Etmeyeceğini Ciddi ve Kesin Biçimde Ortaya Koyması

Yüklenicinin inşaatı teslim borcunun muaccel olmasından önce veya sonra, edimini ifa etmeyeceğini (inşaatı tamamlamayacağını), ciddi ve kesin biçimde, açık veya örtülü olarak ortaya koyması durumunda, teslim borcunun muaccel olması

<sup>630</sup> İnşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muacceliyetinin sözleşmede kararlaştırılmadığı, bu nedenle de muacceliyetin ortalama bir çalışma temposuyla belirlendiği durumlarda, yüklenicinin inşaatı kural olarak derhal başlaması ve uygun bir tempoda ara vermeksizin inşaatı sürdürerek tamamlaması ve teslim etmesi gerekir. Bu durumlarda doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iş sahibinin teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde yükleniciye yönelttiği ve inşaatı başlanmasını ve / veya ara vermeksizin devamını talep ettiği ihtarının, yüklenicinin teslimde temerrüde düşürülmesi için ikinci bir ihtar gereksiz kılabilir. [**Schenker** (Schuldnerverzug), s.36, no:96 vd.] Bu görüşte aynı şekilde, sadece işe başlama tarihi kararlaştırılmış olan inşaat sözleşmelerinde de ortalama sürenin dolması üzerine, yüklenicinin ihtar gereksiz olmaksızın kendiliğinden temerrüde düşeceği ileri sürülmektedir. Bu görüş gereğince, yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, inşaatı başlatarak ara vermeksizin uygun bir tempoda çalışmak olduğundan, teslim borcunun muacceliyetinden önceki dönemde gerçekleşen ihtar veya işe başlanması için kabul edilmiş bulunan belirli vade, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşmesi için yeniden ihtar çekilmesini gereksiz hâle getirir.

Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Çünkü inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, inşaatın tamamlanarak teslimidir. Bu borç da, ancak teslim süresinin dolması üzerine muaccel olur. Teslim süresinin kararlaştırılmadığı veya sadece işe başlama tarihinin kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde, teslim borcunun muacceliyeti bile, ortalama bir tempoyla belirlenirken, temerrüt için ihtar gereksiz olmadığı iddia edilmesi yerinde değildir. Ayrıca bu görüşü savunan **Schenker**'in, belirli vadenin varlığı için, bunun sözleşmenin kurulması sırasında borçlu tarafından açıkça bilinebilmesi aramasına rağmen, bu konuda böyle bir sonuca varması, kanaatimce kendi içinde bir çelişki oluşturmaktadır.

<sup>631</sup> Yargıtay'ın yerleşik uygulaması da bu yöndedir. **15. HD. 07.04.2004, E. 2003/4795, K. 2004/1968**: "... mahkemece ilgili imar müdürlüğünden ve belediyeden durum sorularak deprem yüzünden inşaatların ne kadar süre durdurulduğu belirlenmeli, büyük çapta bir depremin kendiliğinden meydana getirdiği bu gecikme mücbir sebep sayılarak hakkaniyete uygun bir süre için gecikme tazminatı istemi karar altına alınmalıdır..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 14.09.1994, 540/4922**: "... sözleşmenin 7. sayfasının 5. maddesinde kiracıların tahliyesinden itibaren 24 ay içerisinde inşaatın bitirilerek iskan ruhsatı alınacak hale getirilmesi öngörülmüştür. Kiracıların tahliyesinin en son 18.3.1988 tarihinde sağlandığı anlaşıldığından bu tarihten itibaren 24 aylık sürenin sona erdiği 18.3.1990 tarihinde binanın iskan ruhsatı alınıp teslim edilmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 15.02.1994, E. 1993/2658, K. 1994/791**: "Fazladan yapılan işler için geçen süre, kira parasına esas alınan gecikme süresinden düşürülür..." (www.kazanci.com.tr). Görüldüğü gibi bu kararlarda Yargıtay, yüklenicinin temerrüdü için ihtar aramamıştır.

<sup>632</sup> Bu konuda bak. **Bucher** (OR AT), s.359.

İnşaat sözleşmeleri için çok fazla uygulama alanı bulma ihtimali bulunmayan bu durum daha çok yüklenicinin inşaatı başlama tarihinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. Bu nedenle bu konuda bak. aşağı. Dördüncü Bölüm.

üzerine, yüklenicinin temerrüde düşmesi için artık ihtara gerek yoktur<sup>633</sup>. Fakat teslim borcunun muaccel olmasından önceki aşamada ortaya çıkan ifa etmeme iradesi karşısında, muacceliyetin beklenmesine gerek olmaksızın doğrudan Borçlar Kanununun 358/I hükmü de uygulanabilecektir.

## Ş 7. İNŞAATIN TAMAMLANARAK TESLİM EDİLMEMESİNİN HUKUKA AYKIRI (Objektif Olarak Borca Aykırı Bir Davranış Niteliğinde) OLMASI

Borçlunun temerrüdü için kusurlu olması, Alman Hukukunun aksine zorunlu değildir<sup>634</sup>. Buna göre yüklenici inşaatın tamamlanarak teslim edilememesinin, kendi kusuru dışındaki sebeplerden doğduğunu iddia ve ispat ederek temerrüde düşmekten kurtulamaz<sup>635</sup>. Fakat yüklenicinin temerrüde düşmekte kusurunun bulunmaması, onu temerrüdün bazı hukukî sonuçlarına maruz kalmaktan kurtarır.

Doktrinde borçlu temerrüdünün doğumu için ifa etmeme niteliğindeki davranışın objektif olarak borca (hukuka) aykırı bir nitelik taşıması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>636</sup>. Buna göre ifa etmemenin borca aykırı olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle borcun muaccel olması, ifasının imkânsızlaşmamış olması, kural olarak alacaklının ifayı talep etmesi (ihtar) gerekir. Kanaatimce ifa etmemenin objektif bir borca aykırı bir davranış olarak nitelendirilmesi için belirtilen bu koşullar, zaten borçlu temerrüdünün diğer koşullarıdır. Bu nedenle bunların yeniden belirtilmesi gereksizdir.

Borçlu temerrüdünün bağımsız bir koşulu olan, ifa etmemenin objektif olarak borca aykırı bir davranış niteliğinde (hukuka aykırı) olması, kanaatimce sadece şu iki duruma ilişkin olabilir<sup>637</sup>. Bunlardan ilki alacaklının temerrüdü, diğeri ise borçlunun sahip olduğu bir def'i hakkına (ödemezlik def'i, borç ödemedi acz def'i veya zamanaşımı def'ine) dayanarak borcunu ifa etmekten kaçınmasıdır<sup>638</sup>. Diğer bir ifadeyle borcun, alacaklı temerrüdü nedeniyle ifa edilememesi veya borçlunun sahip olduğu bir def'i hakkına dayanarak borcunu ifa etmemesi durumunda, ifa etmemenin

<sup>633</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.388, no:56 ve s.410, no:148; **Bögli**, s.247, no:415; **Eren** (Genel Hükümler), s.1053; **Erman** (İnşaat), s.69; **Albaş**, s.127; **Dirican**, s.45.

<sup>634</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.383, no:37 ve s.413, no:158; **Gauch** (Werkvertrag), s.192, no:676; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.153, no:2951; **Bucher** (OR AT), s.359; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.94, no:248; **Henninger** (Bauverzögerung), s.246; **Koller** (Verbindung), s.523; **Eren** (Genel Hükümler), s.1054; **Baygın**, s.120.

**Gautschî**'ye göre ise (s.255, no:4d), yüklenicinin eseri zamanında tamamlayamaması veya seviyenin geri kalmasında yüklenicinin kusuru yoksa temerrüt oluşmaz.

<sup>635</sup> İnşaat süresinin uzaması hakkındaki açıklamalar ise saklıdır.

<sup>636</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.192, no:676; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.24, no:67; **Schenker** (verspätete Erfüllung), s.50; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:10; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.152, no:2951; **Bucher** (OR AT), s.360; **Grieder** (Unsorgfalt), s.959; **Eren** (Genel Hükümler), s.1054; **Havutçu**, s.31.

<sup>637</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.192, no:677 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.85, no:227 vd.

<sup>638</sup> Karş. **Havutçu**, s.32.

hukuka uygun olduğu, objektif olarak bir borca aykırı davranışın bulunmadığı ve bu nedenle borçlu temerrüdünün oluşmayacağı kabul edilmelidir.

Fakat inşaat sözleşmelerinin uzun zamana yayılmış yapısı, taraflar arasındaki ilişkinin karmaşıklığı nedenleriyle ve konunun daha kolay bir biçimde açıklanabilmesi için çalışmamızda, doktrinde genel kabul gören anlayışa uygun olarak iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi ve yüklenicinin sahip olduğu bir def'i hakkına dayanarak inşaatı durdurması, inşaat süresini ve dolayısıyla teslim borcunun muacceliyetini uzatan sebepler arasında incelenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda, ifa etmemenin objektif olarak borca aykırı bir davranış niteliğinde olması koşulunun dikkate alınabileceği tek noktanın, zamanaşımı def'i olduğu kabul edilmiştir. Buna göre borçlunun, zamanaşımına uğradığını ileri sürerek borcu ifa etmekten kaçınması, ifa etmeme fiiline objektif olarak hukuka uygun bir nitelik verir. Ayrıca bunun ne muacceliyetle, ne de temerrüdün diğer koşullarıyla bir ilişkisi bulunmadığı için, bunun bağımsız bir temerrüt koşulu olarak değerlendirilmesi yerindedir.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### YÜKLENİCİNİN TESLİMDE TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI

#### § 8. YÜKLENİCİNİN TESLİMDE TEMERRÜDÜNÜN GENEL SONUÇLARI

Yüklenicinin temerrüdü hâlinde uygulama alını bulan olan Borçlar Kanununun 101 ve devamı hükümleri gereğince temerrüt, yüklenicinin edim yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu nedenle iş sahibi, yüklenicinin temerrüdü üzerine inşaatın tamamlanarak teslimini ve inşaatın teslim edilmemesinden doğan zararlarının tazminini talep edebilir.

İş sahibi ayrıca, Borçlar Kanununun 106 – 108. maddelerinde düzenlenen bazı ek haklara da sahip olur. Bunlara göre öncelikle iş sahibinin kural olarak yükleniciye aynen ifa için uygun bir ek süre vermesi gerekir. Bu ek süre içinde de inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesi durumunda, iş sahibi aynen ifadan vazgeçebilir. Ek sürenin ardından aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, iki ayrı hakka sahip olacaktır. Buna göre iş sahibi ya müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini talep edebilir. Bu son ihtimalde ayrıca her iki taraf da verdiğini geri alabilecektir.

Bu ek haklardan müspet zararın tazmini seçeneği hakkında temel tartışmalı nokta, aynen ifadan vazgeçilmesi üzerine, sözleşmenin ortadan kalkmaması nedeniyle, iş sahibinin ifa yükümlülüğünün devam edip etmeyeceğidir. Bu nedenle bu aşamada, iş sahibinin ifa yükümlülüğünün aynen devamı konusunda iki farklı görüş (mübadele ve fark teorileri) ortaya çıkmıştır.

Bunun yanında, sözleşmeden dönmenin hukukî sonuçları üzerinde de çok büyük görüş ayrılıkları ve ciddi tartışmalar bulunmaktadır. Buna göre ilk olarak dönme sonrası ortaya çıkan geri verme borçlarının hangi hukukî ilişki kapsamında değerlendirileceği ve iş sahibinin menfi zararının kapsamı özel olarak tartışılan konulardır.

Bu hakların ayrıntısına geçmeden belirtelim ki, borçlu temerrüdünün bu yasal sonuçları emredici nitelik taşımazlar<sup>639</sup>. Taraflar kural olarak borçlu temerrüdünün sonuçlarını diledikleri gibi düzenleyebilirler. Meselâ yüklenicinin tazminat sorumluluğunun kusura bağlanmaması, temerrüt hâlinde sadece müspet zararın tazmininin talep edilebileceği, ek sürenin belli bir uzunlukta olacağı, dönme hâlinde

<sup>639</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.7, no:15 ve s.381, no:32; **Bucher** (OR AT), s.371, dn.167; **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:664; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.225, no:93, 94; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.18; **Schwenzer** (Beschränkung und Modifikation), s.104; **Ehrat**, s.110; **Havutçu**, s.36.

yüklenicinin talebinin içeriği ve kapsamının belirlenmesi<sup>640</sup>, dönme hâlinde bile müspet zararın tazmininin mümkün olduğunun kararlaştırılması veya gecikme zararının miktarının önceden belirlenmesi mümkündür.

## I. AYNEN İFA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN DEVAM ETMESİ

### A. Temerrüdün Tarafların Edimleri Üzerindeki Etkisi

İnşaat sözleşmeleri bakımından aynen ifa yükümlülüğünün anlamı, yüklenicinin yarım bıraktığı inşaatı tamamlayıp iş sahibine teslim etmesidir. İnşaatı tamamlayıp teslim etme borcunun muaccel olmasına rağmen, yüklenicinin bu borcunu ifa etmemesi, diğer koşulların da gerçekleşmesiyle yükleniciyi temerrüt durumuna sokar. Yüklenicinin temerrüde düşmesi kural olarak borç ilişkisi üzerinde doğrudan bir etki doğurmaz. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine, iş sahibinin ifayı talep etme hakkı devam ettiği gibi, bedeli ifa etme yükümlülüğü de devam eder<sup>641</sup>. Aynı şekilde, yüklenicinin temerrüde düşmesi, onun eseri tamamlama ve teslim borcunu ortadan kaldırmaz. Temerrüde rağmen aynen ifa yükümlülüğü devam eder<sup>642</sup>.

Aynen ifa talebi, borçlu yüklenicinin kusurundan bağımsızdır<sup>643</sup>. Yüklenici kusursuz bile olsa, inşaatın tamamlanması imkânsızlaşmadığı sürece, iş sahibi inşaatın tamamlanıp teslimini talep edebilir<sup>644</sup>.

<sup>640</sup> Bu konuda özel bir hüküm, Borçlar Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır. Anılan hükme göre, “*Cezaî şarta müteallik hükümler, kısmen vaki olan tediyeinin fesih hâlinde alacaklıya kalması şartını mutazammın olan mukaveleye de tatbik olunur.*” Görüldüğü gibi bu hüküm, sözleşmeden dönme hâlinde yüklenicinin yaptığı iş için hiçbir talepte bulunmayacağını kararlaştırılmasını hukuken geçerli saymakta, fakat cezaî şartın indirilmesine ilişkin hükümlerin bu konuda uygulama alanı bulacağını da belirtmektedir.

<sup>641</sup> **Bucher** (OR AT), s.372; **Frank** (Hafung), s.83; **Gauch/Aepli/Stöckli**, s.325; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:661; **Schmid** (Nichterfüllung), s.313; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.253, no:9; **Huguenin** (OR AT), s.90; **von Tuhr / Escher**, s.86; **Müller-Chen**, s.74, s.122; **Erman** (İnşaat), s.78; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.72; **Eren** (Genel Hükümler), s.1055 vd; **Ozanoğlu**, s.72.

<sup>642</sup> Borçlunun aynen ifa yükümlülüğünden kurtulması, kural olarak ancak borç ilişkisinin ortadan kalkmasına, edimin imkânsızlaşmasına veya alacaklının temerrüt üzerine aynen ifadan vazgeçmesine bağlıdır. Bunun sonucu olarak, yüklenicinin temerrüdü oluştuktan sonra, iş sahibinin yüklenicinin inşaatı devamına engel olması, onu alacaklı temerrüdüne düşürür. Diğer bir ifadeyle aynen ifa borcu ortadan kalkmadıkça, iş sahibi yüklenicinin inşaatı tamamlamasına izin vermek, onun borcunu ifa edebilmesine olanak sağlamak zorundadır.

<sup>643</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.221, no:606; **Eren** (Genel Hükümler), s.1055.

<sup>644</sup> İş sahibinin aynen ifa talebi, BK. m.126 bend 4 gereğince yüklenicinin kusurunun derecesine göre farklı olarak düzenlenmiştir. Buna göre “*müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ... olması sebebiyle açılacak dâvalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün dâvalar*” beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Bu durumda şöyle bir sonuca varılması gerekmektedir: İş sahibinin aynen ifa talebi, yüklenici, kasten veya ağır ihmali olarak temerrüde düşmüşse 10 yıllık, hafif ihmali olarak temerrüde düşmüşse 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.85.

BK. m.133 hükmüne göre, borçlunun borcu kabul etmesi, kısmen ifada bulunması zamanaşımı keseceğinden, yüklenicinin inşaatı yavaş da olsa sürdürmesi, zamanaşımının kesilmesi anlamına gelecektir. Bu hükme göre: “*Aşağıdaki hallerde müruru zaman katedilmiş olur: 1 - Borçlu borcu ikrar ettiği, hususiyile faiz veya mahsuben bir miktar para veya rehin yahut kefil verdiği takdirde. 2 - Alacaklı dâva veya defî zımında mahkemeye veya hakeme müracaatla veya icrai takibat yahut iflâs masasına müdahale ile hakkını talep eylediği halde.*”

İş sahibi, aynen ifayı (inşaatın tamamlanmasını) sağlamak için yükleniciye doğrudan dava açabilir. İnşaatı zamanında tamamlayamadığı için temerrüde düşen yüklenici bu dava sonunda aynen ifaya mahkûm edilir. Bu hükmün icrası, İcra ve İflas Kanununun “*Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına Dair Olan İlamlar*” kenar başlıklı 30. maddesi gereğince gerçekleştirilir<sup>645</sup>.

Kesin vadeye bağlanmış hukukî işlemlerde borçlu temerrüdünün aynen ifa talebine etkisi ise ayrıca incelenmelidir. Bu aşamada kararlaştırılan kesin vadenin türüne göre bir ayırım yapılması gerekir<sup>646</sup>.

İlk olarak, borçlu temerrüdünün doğumu üzerine kesin vadenin bulunması nedeniyle alacaklının sadece ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilen hâllerde nispi kesin vadeli hukukî işlemler söz konusudur. Bu tip hukukî işlemlerde borçlu temerrüdü, borçlu ediminin ifa edilebilirliğini derhâl ve kesin olarak ortadan kaldırmaz. Nispi kesin vadeli hukukî işlemler alacaklıya, sadece ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan derhâl vazgeçebilme olanağı verir<sup>647</sup>. Bu nedenle nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde alacaklı aynen ifadan vazgeçmedikçe edimin ifa edilebilirliği devam eder. Fakat alacaklı aynen ifadan vazgeçerse, artık ifa edilebilirlik sona erer. Alacaklının bunu ihmal etmesi ve özellikle de borçlunun ifaya (inşaatın yapımına) devam etmesine örtülü olarak göz yumması durumunda, alacaklının artık aynen ifada ısrar ettiği kabul edilmelidir<sup>648</sup>.

Mutlak kesin vadeli hukukî işlemlerde ise, borçlu temerrüdü doğrudan ve kesin olarak edimin ifa edilebilirliğini ortadan kaldırır<sup>649</sup>. Bu durumda hukukî sonuç, alacaklının aynen ifadan vazgeçmiş olduğu durumdaki gibidir<sup>650</sup>. Diğer bir ifadeyle nispi

<sup>645</sup> Buna göre mahkemenin verdiği bir işin yapılmasına (inşaatın tamamlanmasına) ilişkin ilâmın icrası icra müdürlüğünden talep edildiğinde, icra müdürlüğü, borçluya (yükleniciye) işin yapılmasına ilişkin bir icra emri gönderir. Bu icra emrinde, işin kararda belirtilen süre içinde yapılması (inşaatın tamamlanması) istenir. Yüklenici bu süre içinde işe başlamaz veya tamamlamazsa, işin üçüncü bir kişi tarafından yapılması mümkün ve iş sahibi de talep ederse, işin yapılması (inşaatın tamamlanması) için gereken masraflar, icra müdürlüğünce bilirkişiye tespit ettirilir. Bu durumda iş sahibinin iki seçeneği vardır. Dilerse, ileride yeni bir ilâma gerek olmaksızın yükleniciden tahsil olunmak kaydıyla, inşaatın tamamlanması masrafını kendisi karşılayarak işin yaptırılmasını veya dilerse yine yeni bir ilâma gerek olmaksızın, borçlunun belirlenen masrafı karşılayacak malının haczini ve satışını talep ederek, elde edilen parayla inşaatın tamamlanmasını sağlayabilir.

Ayrıca İcra ve İflâs Kanununun 343. maddesine göre, aynen ifa yönünde ilâm sahibi olan alacaklının şikâyeti üzerine, bir işin yapılmasına ilişkin ilâma, Kanunun ifadesiyle “*makbul mazerete müstenit olmayarak*” aykırı davranan borçlu hakkında üç aya kadar tazyik hapsine karar verilir. Hapsin tatbikinden önce veya tatbikî sırasında ilâmın gereği yerine getirilirse ceza düşer.

<sup>646</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.384, no:43 vd; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.158, no:2982; **Koller** (OR AT), s.348, no:106; **Schwenzer**, (OR AT), s.47, no:7.18; **Müller-Chen**, s.120; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.277, no:292 vd; **Seliçi** (Kesin Vade), s.104. Karş. **Havutçu**, s.30.

<sup>647</sup> **De Feo**, s.70, no:150; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.385, no:45.

<sup>648</sup> Bunun sonucu olarak da, yüklenicinin edimini ifa etmesine engel olan iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.184, no:647; **Bühler** (Werkvertrag), s.148; no:5.

<sup>649</sup> **De Feo**, s.71, no:151; **Müller-Chen**, s.120; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.384, no:44.

<sup>650</sup> Borçlu temerrüdüne ilişkin olarak vardığımız bu sonucun tek istisnası, Borçlar Kanununun ticarî satışlarda temerrüdü düzenleyen 187. maddesinde kabul edilmiştir. Buna göre: “*Ticarî muamelelerde teslim için bir zaman tâyin edilmiş olup da satıcı temerrüt ederse alıcının teslim talebinden vaz geçerek*

kesin vadeli hukukî işlemler sadece alacaklıyı ek süre verme külfetinden kurtarıırken; mutlak kesin vadeli hukukî işlemler ise, bunun yanında aynen ifadan vazgeçme beyanında bulunma külfetinden de kurtarır<sup>651</sup>.

## B. İnşaatın Başkasına Tamamlatılarak, Masraflar ile Diğer Zararların Tazmininin Talep Edilmesi

### 1. Genel Olarak

Borçlar Kanununun 97. maddesinin birinci fıkrasına göre<sup>652</sup>: “*Bir şeyin yapılmasına müteallik borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini talep edebilir. Her türlü zarar ve ziyan davası hakkı mahfuzdur.*”

Bu hükme göre, borçlunun kişiliğinin önemli olmadığı yapma borçlarında<sup>653</sup>, borcun ifa edilmemesi durumunda alacaklı, masrafların temerrüde düşmüş yükleniciden alınması koşuluyla, işin kendisi tarafından veya üçüncü bir kişi (diğer bir yüklenici) tarafından tamamlatılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilir<sup>654</sup>.

---

*ademi ifa sebebi ile zarar ve ziyan isteyeceğini kabule cevaz vardır. – Alıcı teslimini istemek niyetinde ise muayyen müddetin inkızasında satıcıyı bundan haberdar etmesi lâzımdır.”*

Görüldüğü gibi bu hükümle, ticarî niteliği bulunan satış sözleşmelerine özgü olarak, belirli vade, kesin vade sayılmış ve konumuzla ilgili olarak, bu kesin vadede malın teslim edilmemesi durumunda, alıcının aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği varsayılmıştır. Buna göre alıcı, aynen ifayı talep etmek niyetindeyse, bu isteğini muacceliyet üzerine satıcıya bildirmek zorundadır.

Ticarî nitelikteki satış sözleşmelerinde satıcının temerrüdü için kabul edilen bu istisna, aynı nitelikteki satış sözleşmesinde alıcının temerrüdü için kabul edilmemiştir. Gerçekten Borçlar Kanununun 211. maddesine göre: “*Satılan ancak semenin tediyesinden sonra veya tediyesi akabinde teslim edilmek lâzım gelen hallerde alıcı tediye temerrüt ederse, satıcı hiç bir merasime muhtaç olmaksızın satımı feshedebilir. – Fakat bu hakkını kullanmak istiyorsa keyfiyetten alıcıyı derhal haberdar etmekle mükelleftir. – Satılan, alıcıya teslim edilmiş ise satıcı bu hakkı sarahaten muhafaza etmiş olmadıkça satımı feshedilip satılanı istirdat edemez.*”

Görüldüğü gibi bu hükümde ise, kabul ettiğimiz genel kurala uygun olarak, kesin vadenin sonunda alacaklının yine de aynen ifayı istediği, fakat aynen ifadan vazgeçmek niyetinde ise, bunu temerrüt üzerine derhal bildirmesi gerektiği kabul edilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.154, no:410 vd; s.197, no:534 vd. ve s.210, no:577 vd.

<sup>651</sup> Aksi açıkça tespit edilemediği sürece kararlaştırılan vadenin belirli vade türünde olduğu, fakat kesin vadenin bulunduğu tespit edildikten sonra ise, aksi açıkça anlaşılmadıkça nispi kesin vadenin kararlaştırıldığı kabul edilmelidir. Meselâ inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda cezai şart ödeneceği kararlaştırılmışsa, artık mutlak kesin vadenin bulunmadığı kesin biçimde tespit edilmiş sayılır. Fakat gecikme için cezai şart kararlaştırılmış olması, kesin olarak belirli vadenin kararlaştırıldığı sonucunu çıkarmak için yeterli değildir. Cezai şart kararlaştırılan hâllerde de istisnaî olarak tarafların nispi kesin vade kararlaştırmaları mümkün ve geçerlidir.

<sup>652</sup> Bu hüküm emredici bir nitelik taşımadığı için, aksinin kararlaştırılması mümkündür. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.617.

Borçlar Kanunu Tasarısının 112. maddesi de içerik olarak bu hükümle aynıdır.

<sup>653</sup> Borçlunun kişiliğinin önemli olduğu inşaat sözleşmelerinde, anılan hükmün uygulanması mümkün değildir. Bak. **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.118; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.609; **Gauch** (Ersatzvornahme), s.26; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.162, no:21; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.39, no:11; **Koller** (OR AT), s.128, no:23; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.224, no:92; **Rampini**, s.197, no:544; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.31, no:1.74; **Barth**, s.64. Bu durumda artık edimin imkânsızlaştığı kabul edilerek, iş sahibinin bu sebepten doğan bütün zararlarının tazmini gündeme gelecektir. Bak. **Barth**, s.65.

<sup>654</sup> İsviçre Federal Mahkemesine göre (BGE 107 II 56, BGE 116 II 314), ayıbın giderilmesi borcunda temerrüt hâlinde iş sahibi BK. m.358/II hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucu, mahkemeden

Bu hüküm sayesinde alacaklı, yarım kalmış inşaatı fiilen tamamlatarak, sözleşmeyle amaçladığı ifa menfaatini sağlanmaktadır. Yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu bulunması kaydıyla, iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı diğer zararlarının tazmini talebi ise saklıdır<sup>655</sup>.

## 2. Hükme Başvuru Koşulları

Borçlar Kanununun 97. maddesinin birinci fıkrasına göre, bir işin yapılmasına ilişkin borcun borçlu tarafından ifa edilmemesi hâlinde alacaklının, masrafı borçluya ait olmak üzere borcun kendisi veya diğer bir yüklenici tarafından yapılmasına izin verilmesini mahkemeden talep edebilmesinin koşullarının özel olarak incelenmesi gerekir<sup>656</sup>.

---

izin almaksızın, ayıbın diğer bir yüklenici tarafından giderilmesini sağlayıp, masrafları yükleniciden talep edebilir. Bu kararlar hakkında bak. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.306; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.67, no:174, 175; **Koller** (Ersatzvornahme), s.11; **Gauch** (Verbesserung), s.35; **Egli** (Mängel), s.101; **Şenocak**, s.189 vd. İsviçre Federal Mahkemesi daha sonraki kararlarında da aynı esası kabul etmiştir. Bu konuda bak. **Niquille-Eberle**, s.70. Kanaatimce bu kararlar kabul edilen düşüncenin, yüklenicinin teslimde temerrüdüne uygulanması yerinde olmaz. Çünkü BK. m.358/II'de getirilen izin almaksızın ayıbın giderilmesinin amacı ile genel hüküm olan BK. m.97'deki kuralın getiriliş amaçları farklıdır. Fakat hukukî anlamda teslim gerçekleşmiş ise, aynı esasın eksikliklerin giderilmesi bakımından uygulanması mümkündür. Bu durumda iş sahibi, çalışmamızda kabul edildiği üzere, eksikliklerin giderilmesi için yaptığı masraflar oranında BK. m.360/II'nin kıyas yoluyla uygulanması sonucu bedelde indirim hakkını kullanabilmelidir. Hatta iş sahibi bu durumda, eksikleri fiilen tamamlatmasa bile, bunların tamamlanabilmesi için gereken masraflar oranında bedelde indirim hakkını kullanabilmelidir. Bu konuda bak. yuk. § 2, II, D, 3.

<sup>655</sup> Buna göre iş sahibi meselâ inşaatın tamamlanacağı tarihe kadar uğrayacağı gecikme zararının tazminini veya sözleşmede kararlaştırılmışsa cezai şartın ifasını talep edebilecektir.

<sup>656</sup> Hükümün uygulama koşulları, hükümün hukukî niteliği konusunda benimsenecek olan görüşe göre değişmektedir. Bu konuda bak. **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.109 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.222, no:87 vd; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.605 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.114, no:297 vd. Bu tartışmaların tamamının incelenmesi çalışma konumuzun kapsamı dışındadır. Fakat kısaca belirtilmesi gerekirse, bu konuda üç görüşün ileri sürüldüğü görülmektedir.

**1. Cebri İcra Görüşü (Vollstreckungstheorie):** Bu konuda ileri sürülen ve doktrinde hâkim olarak nitelenebilecek bu görüşe göre, bu hüküm icra hukukuna ilişkin bir hükümdür. Bu görüş gereğince, anılan hükümün uygulanabilmesi için, aynen ifa yükümlülüğünün mevcut olması ve bunun edaya yönelik bir ilamla hüküm altına alınması gerekir. Diğer bir ifadeyle, anılan hükümün uygulanması, öncelikle mahkemeden aynen ifaya ilişkin bir ilamı gerektirir. Aynen ifa hükmü alınmadığı sürece, ilgili hükümün uygulanması mümkün değildir. Fakat genel olarak kabul edildiği üzere, işin diğer bir yükleniciye yaptırılması konusunda yetki talebinin, aynen ifaya yönelik davayla birlikte ileri sürülmesi mümkündür [Bak. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.608, 614; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.169, no:48]. Yüklenicinin kusuru ise gerekli değildir. Bu görüş gereğince alınan ilamın ardından, bunun icra dairesine verilerek icra emrinin gönderilmesi, buna rağmen borcun ifa edilmemiş olması gerekir. Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.168, no:46 ve s.175, no:66; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.206, no:3280; **Gauch** (Verbesserung), s.35; **Gauch** (Ersatzvornahme), s.25 vd; **Gauch** (Schuldnervertrag), s.247, no:870; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.306; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.607; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.221, no:607; **von Tuhr/Escher**, s.88; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.105; **Acocella**, s.294; **Eren** (Genel Hükümler), s.991; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.784; **Önen**, s.71. **Koller** önceleri [**Koller** (Nachbesserungsrecht), s.162, no:488; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.146, no:429 vd] bu görüşte iken, daha sonra görüşünden dönmüştür.

**2. Aynen İfa Görüşü (Erfüllungstheorie):** Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise Borçlar Kanununun 97. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen işin başkasına yaptırılmasına ilişkin bu hüküm, aynen ifanın sağlanması anlamına gelir. Fakat bu hükümün bir maddi hukuk kuralı olup, ilk görüşün aksine icra hukuku normu değildir. Buna göre işin başkasına yaptırılarak masrafların borçlu yükleniciden istenmesi, gerçekte aynen ifanın farklı bir biçimde sağlanmasıdır. Bu görüşte: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.922; **Kılıçoğlu** (Genel Hükümler), s.506; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.55; **Dirican**, s.51. Bunun doğal sonucu olarak alacaklı iş sahibinin, yüklenicinin temerrüde



**Yüklenicinin Temerrüdü:** İş sahibinin anılan hükme göre mahkemeye başvurabilmesi için, öncelikle yüklenicinin temerrüde düşmüş olması gerekir<sup>657</sup>. Bu hüküm ancak temerrüde düşmüş olan yükleniciye karşı uygulanabilir<sup>658</sup>.

İnşaatın mevcut seviyesinin bu konuda hiçbir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle, iş sahibi çok az bir kısmı eksik kalmış olan inşaatlarda da, henüz hiç başlanmamış inşaatlarda da bu hükme başvurulabilir. Önemli olan yüklenicinin temerrüdünün doğumudur. Fakat Yargıtay yerleşik olarak nitelenebilecek kararlarıyla, yasal bir dayanağı olmamasına rağmen, anılan hükmün uygulanabilmesi için, inşaatın küçük bir kısmının eksik kalmış olmasını aramakta; inşaatın çok büyük bir bölümünün tamamlanmamış olduğu olaylarda ise anılan hükmün uygulanması talebini reddetmektedir<sup>659</sup>.

---

düşmesi üzerine işi başkasına yaptırıp masraflarını yükleniciden isteyebilmesi, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir. Bu görüş gereğince, bir önceki görüşten farklı olarak, aynen ifa yönünde bir ilama gerek bulunmamaktadır. İş sahibi temerrüdün oluşması üzerine doğrudan bu hükme başvurulabilir. Bu görüşte: **Bucher** (OR AT), s.332; **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.109. Açık olmamakla birlikte bu görüşte: **Erman** (İnşaat), s.69, dn.37.

**Koller** (OR AT, s.130, no:32), bu hükmün aynen ifanın farklı bir biçimde sağlanması niteliğinde olduğunu kabul etmesine rağmen, hükmün ancak aynen ifanın ortadan kalkması durumunda uygulanabileceğini belirtmiştir.

**3. Tazminat Görüşü (Surrogatstheorie):** Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre ise işin başkasına yaptırılarak masrafların yükleniciden istenmesine ilişkin bu hüküm, hukukî niteliği itibariyle alacaklının zararının tazmininin özel olarak düzenlenmiş bir şeklidir. Bu hükümle, yapma borcunun ifa edilmemesi durumunda, alacaklının zararının nasıl giderileceği sorusuna, masrafların borçludan alınarak işin başkasına yaptırılacağı biçiminde bir yanıt verildiği ileri sürülmüştür. Bunun sonucu olarak da, alacaklının ifaya olan menfaati, masrafı borçludan alınarak işin başkasına yaptırılması yoluyla sağlanmış olmaktadır. Bu nedenle ilgili hükmün bir maddi hukuk hükmü niteliği taşıdığı ve hükmün uygulanabilmesi için öncelikle borçluya ek süre verilerek iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi ve müspet zararının tazminin talep etmesi gerekir. Bunun doğal sonucu olarak da, yüklenicinin bu masraflardan sorumluluğu, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesine bağlıdır. Bu görüşte: **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.39, no:11; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.223, no:89 vd; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.34, no:1.80; **Oğuzman/Öz**, s.333 ve 374; **Öz** (Dönme), s.51, dn.17, 55, s.158; **Öz** (İnşaat), s.135; **Şenocak**, s.194; **Kurşat**, s.765, dn.66. İsviçre Federal Mahkemesi, doktrinde eleştirilen bir kararında (BGE 107 III 106), masrafların giderilmesini açıkça tazminat olarak nitelendirmiştir. Bu karar ve eleştirisi için bak. **Gauch** (Verbesserung), s.34 vd. Aynı şekilde Lozan istinaf mahkemesinin bir kararında da (LGVE 1985 I, No:11, s.24 vd, ayrıca bak. ZBJV 1986, s.136 vd) aynı esas benimsenmiştir. Bu karar ve eleştirisi için bak. **Gauch** (Ersatzvornahme), s.24 vd; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.80.

Tazminat görüşünü savunan yazarlardan bazıları, iş sahibinin BK. m.358/II hükmüne dayanarak hâkim iznine gerek olmaksızın ayıbın giderilmesi için inşaatı değer bir yükleniciye vermesi durumunda ise kusurun gerekli olmadığını kabul etmektedirler. Bu görüşte: **Niklaus** (Ersatzvornahme) s.21, no:1.40.

<sup>657</sup> **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.784. Fakat doktrinde borcun muaccel olmasının yeterli olduğu ve temerrüdün zorunlu bir unsur olarak kabul edilmediği görülmektedir. Bak. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.612; **Wiegand/BaslerKomm**, s.557, no:5; **Gauch** (Ersatzvornahme), s.27; **Bucher** (OR AT), s.332. Hemen belirtelim ki, bu görüşteki yazarlar (**Bucher** hariç) hükmün cebri icra niteliğinde olduğunu ve ancak aynen ifa yönünde bir ilam üzerine uygulanabileceğini kabul ettiklerinden, ifa davası açılmasıyla zaten yüklenicinin temerrüdü oluşacağından, bu görüşün bir önemi yoktur.

<sup>658</sup> Burada kullanılan temerrütten kasıt, inşaatın teslim edilmemiş olmasını ifade eder. Eğer teslim gerçekleşmiş, fakat teslim edilen yapıda eksikler veya ayıplar varsa, iş sahibinin bunlara ilişkin talepleri, farklı hukuki rejime tabidir. Bak. yuk. § 2, II, D. 3.

<sup>659</sup> **15. HD. 16.10.2003, 1771/4842:** "Nama ifa için bedel ise, eser (inşaat) bir bütün olarak imal edilecekse söz konusu olabilir. Daha açığı %10.28 seviyesindeki bir inşaatla ne eksik ve ayıplı işlerin tamamlanmasından ve ne de eserin bir bütün olarak yapılacağı ileri sürülmediğinden, nama ifa bedelinden bahs olunma olanağı yoktur. Somut olaya özgü olmak üzere davacı arsa sahibi dürüstlük kurallarının gereği mevcut ilişkinin sona erdirilmesini (eser sözleşmesinin feshini) talep edebilir. Davacının eksik ve ayıplı işler bedelinin tahsiline yönelik davası (bu dava nama ifa bedelinin tahsili

**Aynen ifa talebi koşullarının bulunması:** Bu hüküm aynen ifanın sağlanması anlamına geldiğinden, borcun herhangi bir sebeple sona ermesi, ortadan kalkması durumunda, bu hüküm uygulama alanı bulamaz<sup>660</sup>. Buna göre, inşaatın tamamlanması objektif olarak imkânsızlaşmış veya iş sahibi BK. m.106 gereğince aynen ifadan vazgeçmişse, artık bu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır<sup>661</sup>. Fakat hemen belirtelim ki, iş sahibinin borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler gereğince aynen ifadan vazgeçmesinin ardından, iş sahibi müspet zararının soyut fark teorisine göre hesaplanması talep edebileceğinden, iş sahibinin müspet zararı, inşaatın tamamlanma masraflarına göre belirlenecek ve böylece benzer bir sonuca varılması mümkün olabilecektir.

**Diğer Koşullar:** Bu hükmün uygulanma koşullarıyla ilgili olarak iki noktada tartışma vardır. İlk olarak alacaklı iş sahibinin bu hükme başvurabilmesi için, borçlu yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olmasına gerek var mıdır? İkinci olarak ise, temerrüdün oluşması üzerine alacaklı iş sahibi doğrudan anılan hüküm gereğince izin verilmesi istemiyle mahkemeye başvurabilir mi? Yoksa bunun öncesinde aynen ifa yönünde bir ilama gerek var mıdır?

İlk olarak kusur sorunu üzerinde durulmalıdır. Bu hükümle sağlanan olanağın, aynen ifanın sağlanması (ifa edilmeyen edimin, diğer bir yüklenici vasıtasıyla ifa ettirilmesi) olduğunu kabul ettiğimizden, yüklenicinin kusurunun gerekli olmadığı kabul edilmelidir<sup>662</sup>. Diğer bir ifadeyle, inşaatın tamamlanması için iş sahibine izin verilecek olan hâllerde, yüklenicinin sorumluluğu zarardan değil, masraflardan sorumluluk niteliği taşır. Nitekim anılan hükümde de masraflardan sorumluluk ile zarardan sorumluluğun farklı esaslara bağlandığı görülmektedir. Bu nedenle yüklenici, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak, masrafları giderme borcundan kurtulamaz.

İkinci olarak belirtilmesi gereken husus, hâkim görüşün aksine, bu hükme başvurulabilmesi için, kanaatimce öncelikle mahkemeden aynen ifa yönünde bir ilam

---

*olarak değerlendirilse bile) reddolunmak üzere karar davalı yararına bozulmalıdır.”* (www.kazanci.com.tr).

<sup>660</sup> **Schmid** (Ersatzvornahme), s.612; **Wiegand/BaslerKomm**, s.557, no:2; **Gauch** (Ersatzvornahme), s.27. Aksi görüşteki Koller'e göre ise, bu hüküm sadece aynen ifanın ortadan kalkması durumunda uygulanabilir. **Koller** (OR AT), s.129, no:24; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.223, no:90.

<sup>661</sup> **Schmid** (Ersatzvornahme), s.618. Bu yönde: BGE 126 III 230.

<sup>662</sup> Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.176, no:74; **Schwenzer**, (OR AT), s.425, no:61.08; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.613, 620; **Bucher** (OR AT.) s.332; **Koller** (OR AT), s.129, no:27; **Tandoğan** (Mesuliyet), s.411; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.785. Fakat bazı yazarlarca, yüklenicinin asıl sözleşmedeki tutarı aşan masraflardan sorumluluğunun, yüklenicinin kusursuzluğunu kanıtlayamamış olmasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.177, no:76.

Çalışmamızda, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda da, müspet zararın bir unsuru olan ifa edilmeyen edimin değerinin (inşaat sözleşmesi bakımından inşaatın tamamlanma masraflarının), yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak tazmin edileceği kabul edilmiştir. Böylece kanaatimce her iki durum arasında bir paralellik sağlanmış olmaktadır.

alınmasına gerek yoktur<sup>663</sup>. Çünkü aksinin kabulü, BK. m.97/1 ile İİK. m.30<sup>664</sup> arasında hemen hemen hiçbir fark kalmamasına neden olacaktır<sup>665</sup>. BK. m.97/1 ile getirilen kuralın amacı, alacaklıyı uzun bir yargılama sürecinden kurtararak, ona hızlı bir yargılama sonucunda ifayı sağlama yetkisi tanımaktır. Bu sayede alacaklı, borçlunun hareketsiz kalmasına rağmen, ifası (sonucu) sağlayabilmektedir. Bu nedenle, öncelikle aynen ifa yönünde bir ilamın aranması, alacaklıya sağlanan bu olanağın yok edilmesi anlamına gelecektir<sup>666</sup>. Fakat **Fellmann**'ın da haklı olarak belirttiği gibi, iş sahibine izin verecek olan mahkemenin öncelikle yüklenicinin borcunu ifa etmemiş olduğuna ikna olması gerekir<sup>667</sup>.

### 3. Hükümün Uygulanması ve Sonuçları<sup>668</sup>

Hükümün uygulanma koşullarının gerçekleşmesi üzerine, iş sahibinin inşaatın kendisi veya diğer bir yüklenici tarafından tamamlanması için izin verilmesini mahkemeye başvurması gerekir<sup>669</sup>.

Mahkemeye yapılan başvuru üzerine, açıkça talep edilmemişse, sadece inşaatın doğrudan iş sahibi tarafından tamamlanması veya iş sahibi tarafından diğer bir

<sup>663</sup> Bu görüşte: **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.109; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.922; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.206; **Burcuoğlu**, s.298.

<sup>664</sup> İcra ve İflâs Kanununun "Bir İşin Yapılmasına veya Yapılmamasına Dair Olan İlamlar" kenar başlıklı 30. maddesinin ilk iki fıkrasına göre: "Bir işin yapılmasına mütedair ilâm icra dairesine verilince icra müdürü 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği sureti ile borçluya ilâmda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmayı emreder. – Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için lâzımgelen masraf icra müdürü tarafından ehli vukufa takdir ettirilir. Bu masraflar ilderde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun kâfi miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır."

<sup>665</sup> Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Yüksek mahkeme, BK. m.97/1 hükmünün uygulanmasında öncelikle aynen ifa yönünde bir ilamı zorunlu görmemektedir.

**15. HD. 02.05.1994, 2023/2796:** "Uyuşmazlık eser sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Davalının edimini süresinde yerine getirmemesi nedeniyle kooperatifin inşaatı tamamlaması için izin verilmesi B.K.nun 97.nci maddesine göre yerindedir. Ne var ki İ.İ.K.nun 30.ncu maddesi sadece, borçlu tarafından bir işin yapılmasına veya yapılmamasına ilişkin olarak verilmiş bir mahkeme ilamının infazı hali için öngörülmüş olduğundan olayda anılan maddenin uygulama yeri bulunmamaktadır." (www.kazanci.com.tr).

<sup>666</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.922.

<sup>667</sup> **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.116.

<sup>668</sup> Bu hükümün masraflar dışındaki bir diğer sonucu da, hasar riskinin yükleniciye ait olmasıdır. Fakat bu husus inceleme konumuzun dışında kaldığından, burada değerlendirilmemiştir. Bu konuda bak. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.626.

<sup>669</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.222, no:87; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.613; **Selimoğlu**, s.690. Alman Medenî Kanununun konuya ilişkin 637. maddesine göre: "(1) Yüklenici haklı bir sebeple ayıbın giderilmesini reddetmemişse, ayıbın giderilmesi için yükleniciye tanınan uygun sürenin yararsız olarak geçmesinden sonra, iş sahibi ayıbı kendisi giderebilir ve bunun için gereken masrafların karşılanmasını talep edebilir. ... (3) İş sahibi, ayıbın giderilmesi için gereken masrafların peşin olarak alınmasını yükleniciden talep edebilir" Görüldüğü gibi bu hükümden mahkeme izni aranmamıştır. Aynı şekilde İsviçre'de uygulanan SIA Norm 118 standart kurallarının 169. maddesine göre de mahkeme iznine gerek yoktur. Bak. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.617. Fakat hemen ekleyelim ki, adı geçen hükümler, (teslimden sonra) ayıpların giderilmesinde temerrüdü düzenlemektedir.

yükleniciye tamamlanması<sup>670</sup> için iş sahibine yetki verilecektir. Nitekim uygulamada bu duruma “*nama ifa yetkisi*” denmektedir. Bu durumda, inşaatı tamamlayan veya tamamlatan iş sahibi, daha sonra yaptığı bütün masrafların karşılanmasını yükleniciden talep edebilecektir.

Dikkat edilirse, inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanmasıyla, iş sahibi aynen ifayı sağladığından<sup>671</sup>, iş sahibi bakımından ifa ve dolayısıyla teslim, ancak inşaatın tamamlanmasıyla gerçekleşecektir<sup>672</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi bakımından hukukî anlamda teslim, inşaatın tamamlanmasıyla gerçekleşeceğinden, teslimine bağlı hukukî sonuçlar bu anda doğacaktır<sup>673</sup>. Bunun sonucu olarak da (ilk) yüklenicinin bedel alacağı bu anda muaccel olur<sup>674</sup>. Yüklenici bedel alacağını, ancak inşaatın bu biçimde tamamlandığı / tamamlatıldığı anda talep edebilir. Bu nedenlerle bu hükmün tazminata yönelik bir yönünün bulunmadığı, bunun aksine aynen ifanın farklı bir yüklenici vasıtasıyla gerçekleştirildiği kabul edilmelidir.

Hükümde açıkça belirtilmese de iş sahibinin, talep ettiği bu izinle birlikte, inşaatın tamamlanması için gereken masrafların yükleniciden peşin olarak alınmasını da talep edebileceği doktrinde ve uygulamada kabul edilmektedir<sup>675</sup>. Bu masraflar,

<sup>670</sup> **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.115; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.616.

<sup>671</sup> **Schmid**'in de belirttiği ettiği gibi, iş sahibi bu hükümle, aynen ifayı borçlu yüklenicinin yerine (adına) sağlamak veya sağlatmaktadır. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.606.

<sup>672</sup> Karş. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.619.

<sup>673</sup> Meselâ bedele ilişkin hasar, bu anda iş sahibine geçer. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.347, no:554.

<sup>674</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.350, no:564.

<sup>675</sup> Bu yönde: BGE 128 III 416 (Karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung 2003, s.237; ayrıca bak. **Niquille-Eberle**, s.68). **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.178, no:80; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.206, no:3280; **Gauch** (Werkvertrag), s.487, no:1816, 1818; **Gauch** (Verbesserung), s.36; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.306; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.351, no:571; **Koller** (Nachbesserungsrecht) s.165, no:497; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.120, no:338; **Koller** (OR AT), s.130, no:30; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.39, no:11; **von Tuhr / Escher**, s.91; **Bucher** (OR AT) s.332; **Acocella**, s.295; **Niquille-Eberle**, s.68; **Trachsel** (Sowieso-Kosten), s.129; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.619, 621 ve özellikle 623; **Rampini**, s.197, no:544; **Schwenzer**, (OR AT), s.425, no:61.08; **Tandoğan** (Mesuliyet), s.410; **Erman** (İnşaat), s.90, dn.85; **Reisoğlu**, s.299; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.786; **Eren** (Genel Hükümler), s.992; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.206; **Kocaağa** (BK. m.358/II), s.194.

Aksi görüşte: **Fellmann** (Ersatzvornahme) s.118.

Masrafların öncelikle yükleniciden alınmasının temeli, anılan hükmün amacıdır. Çünkü bu masrafların iş sahibince karşılanması hâlinde, masrafların tazminattan bir farkı kalmayacak ve geciken yüklenici, edimini zamanında ifa eden yükleniciden daha kazançlı bir konuma geçecektir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.351, no:571; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.165, no:497. Bu sonuca varılmasında, Medenî Kanunun 2. maddesinden de yararlanılmaktadır. Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.487, no:1816; **Niquille-Eberle**, s.73.

Bazı yazarlara göre ise, masrafların peşinen ödenmesi, yüklenicinin kusursuzluğunu kanıtlamamış olmasına bağlıdır. **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.105; **Wiegand/BaslerKomm**, s.558, no:7). Fakat bu yazarların, hükmün uygulanması için yüklenicinin kusurunu zorunlu olmadığını belirtmelerine rağmen, masrafların avans olarak verilmesinde örtülü olarak yüklenicinin kusurunu aramaları kanaatimce çelişkili bir yorumdur.

Alman Medenî Kanununun 637. maddesinin 3. fıkrasına göre, iş sahibi ayıplı ifa durumunda, masrafın yüklenici tarafından peşin olarak ödenmesi yoluyla, eserdeki ayıbın diğer bir yüklenici tarafından giderilmesini talep edebilir. Bu konuda bak. **Meub**, s.34.

mahkemeye başvurulduğu sırada<sup>676</sup>, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için<sup>677</sup> piyasa rayici gereğince gereken ortalama tutarı kapsamalıdır<sup>678</sup>. İş sahibi masrafların avans olarak verilmesini talep etmek yerine, bu masraflar ile henüz ifa edilmemiş bedel borcunu takas edebilir<sup>679</sup>. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, alacakların farklı türden olması (masrafları ödeme – arsa payı verme) nedeniyle takas mümkün olmamasına rağmen<sup>680</sup>, Yargıtay kararlarıyla kanaatimce yerinde olarak kabul edildiği üzere iş sahibi, mahkemenin izniyle, yükleniciye verilmesi gereken arsa paylarını (bağımsız bölümleri) satarak, elde edilen parayla inşaatın tamamlanmasını talep edebilir<sup>681</sup>.

İsviçre doktrinindeki hâkim görüş gereğince, bedelin para olduğu inşaat sözleşmelerinde kendisinden masraflar avans olarak istenen yüklenicinin, muaccel olsa bile, diğer bir alacağı (mesela muaccel olan bedel alacağı) ile söz konusu masrafları (iş

<sup>676</sup> Bu masrafların belirlenmesinde, mahkemeye başvuru tarihindeki piyasa rayicinin esas alınması gerektir. Bu yönde: **Erman** (İnşaat), s.184. Bu yönde: **YHGK. 31.01.1979, 693/68** (ABD. 1979/4, s.47).

<sup>677</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kanaatimce ortak alanlardaki eksikliklerin tamamının (davacının arsa payı oranında değil) talep edilmesi mümkündür. Fakat daha önce de belirtildiği gibi, Yargıtay'ın yerleşik görüşü aksi yöndedir. Bak. yuk.Ş 2, III, B.

<sup>678</sup> Olası masrafların belirlenmesi konusunda, müspet zararın soyut yöntemle göre hesaplanmasına benzer bir durum söz konusudur. İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına göre, iş sahibi belirlenen bu ortalama tutarın %10 fazlasını talep edebilir. BGE 128 III 416. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Niquille-Eberle**, s.83, 84; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.353, no:576; **Gauch** (Werkvertrag), s.487, no:1818.

Bu masrafların belirlenmesinde uygulamada, Bakanlar Kurulunun 85/9707 sayılı kararıyla yürürlüğe giren "*Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi*"nin 3.2 maddesi gereğince, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca her yıl yeniden belirlenerek Resmi Gazete'de yayınlanan "*Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkında Tebliğ*" kullanılmaktadır.

Bu masrafların belirlenmesinde uzman bilirkişilerden yararlanılması gerekmektedir. İnşaat sözleşmelerinde bilirkişilik kurumu ve bilirkişilerin işlevleri hakkında özel bir inceleme için bak. **Hürliemann** (Der Experte), s.129 vd.

<sup>679</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.350, no:568; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.144, no:3.72; **Kocaağa** (BK. m.358/II), s.195. Aksi görüşte: **Schmid** (Ersatzvornahme), s.613, 624. Takas hakkının kullanılabilmesi için, karşı alacağın muaccel olmasının aranmasına rağmen, takas hakkını kullanan tarafın alacağının ifa edilebilir olması yeterlidir. Bak. **De Feo**, s.330, no:769; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.230, no:3414; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.300, no:12. Nitekim incelediğimiz bu durumda, yüklenicinin bedel alacağı, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlatıldığı anda muaccel olacaktır [Bu görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.350, no:564; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.140, no:3.63].

<sup>680</sup> Karş. **Niquille-Eberle**, s.89; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.299, no:10.

<sup>681</sup> **15. HD. 09.12.2004, 922/6861**: "... Bu haliyle davalı yüklenicinin borçlu temerrüdüne düştüğü ortadadır. ... Davacılar bu seçimlik haklarını BK. 97. maddesinde, borcun kendileri tarafından yerine getirilmesine izin verilmesi olarak kullandıkları mahkemece kabul edilmiş olduğuna göre; yapılması gereken iş, davalı nam ve hesabına ifa edilecek işlerin miktarı ve parasal tutarı ile bunu karşılayacak oranda yükleniciye ait bağımsız bölüm değeri bilirkişiye hesaplattırılarak, saptanan bağımsız bölümlerin satışıyla elde edilen inşaatın tamamlanmasında kullanılmasına, artan olduğu takdirde yükleniciye iadesine, böylece yüklenici nam ve hesabına inşaatın tamamlanması hususunda davacılar yetki ve izin verilmesine karar vermekten ibarettir." (www.kazanci.com.tr). **15 HD. 24.01.2005, E. 2004/2905, K. 2005/172**: "Yüklenici tarafından, binaya iskân ruhsatının alınmadığı sabit olup, eksik işlerin varlığı ve teslimde gecikme de ihtilafsız olduğundan yüklenicinin temerrüdü nedeniyle davalı arsa sahibi teminat olarak tutulan 15 nolu bağımsız bölümü 3.kişiye devrederek, eksik işler bedeli, iskân alım masrafları ve zararlarını karşılamakta, diğer bir deyişle nama ifa yoluna başvurmakta haklıdır..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 18.06.2001, 988/3298** (YKD. 2002/5, s.748).

sahibinin buna karşı çıkması durumunda) takas edemez<sup>682</sup>. Çünkü bu görüşe göre masrafların avans olarak verilmesi borcu, niteliği gereği BK. m.123/2<sup>683</sup> anlamında aynen ifası gereken bir borçtur. Fakat kanaatimce masrafların avans olarak verilmesi borcunda, BK. m.123/2 hükmünün doğrudan veya kıyasen uygulanması yerinde olmaz. Çünkü bu hükümle getirilmek istenen koruma amacının, incelenen konuda bulunmadığı açıkça görülmektedir. Bu nedenle yüklenicinin, bedelin muaccel olan kısmı hakkında takas savunmasında bulunabileceği kabul edilmelidir<sup>684</sup>.

Masrafların avans olarak ödenmesi durumunda, iş sahibi inşaatı tamamladıktan sonra eksik kalan bir kısım varsa bunu talep edebileceği gibi, yüklenici de iş sahibinin elinde kalan fazlalığı talep edebilecektir. Diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanmasının ardından yine bir hesaplaşma süreci yaşanacaktır<sup>685</sup>.

Anılan hükmün son cümlesinde belirtildiği üzere, iş sahibinin diğer (gecikme) zararlarının tazmini için yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu bulunması gerekmektedir (BK. m.97/son cümle ve m.96). Diğer bir ifadeyle iş sahibi, yüklenicinin kusursuzluğunu kanıtlayamaması koşuluyla, inşaatın tamamlanarak sözleşmeye uygun biçimde teslimin gerçekleşebileceği zamana kadar geçen / geçecek dönem için, gecikme tazminatı ve / veya cezai şart talep edebilir<sup>686</sup>.

İş sahibinin, mahkemeden izin almaksızın inşaatı kendiliğinden tamamlaması ise, kanaatimce **Schmid**'in de haklı olarak belirttiği gibi, aynen ifadan vazgeçilmesi anlamına gelmediği sürece, edimin iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle imkânsızlaşması olarak yorumlanmalıdır<sup>687</sup>. Bu durumda Borçlar Kanununun 370. maddesi uygulama alanı bulur<sup>688</sup> Fakat bu durumda dikkate alınması gereken bir

<sup>682</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.487, no:1817; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.625.

<sup>683</sup> BK. m.123/2: "Aşağıdaki alacaklar, alacaklıların arzusu hilafına takas ile ıskat edilemez. ... 2. Nafaka ve işçi ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar..." Bu hüküm hakkında bak. **Aeppli** (Art. 114–126), s.331; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.303, no:28.

<sup>684</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.353, no:577; **Koller** (OR AT), s.130, no:34.

<sup>685</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.354, no:580; **Koller** (OR AT), s.130, no:30; **Gauch** (Werkvertrag), s.247, no:871; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.624; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.306; **Niquille-Eberle**, s.93; **Reisoğlu**, s.299. BGE 128 III 416.

<sup>686</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.186, no:114; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.613625; **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.82; **Erman** (İnşaat), s.90. **15. HD. 03.02.1997, 255/555**: "Eksik iş bedelinin tahsili, sözleşmenin ifası demektir... Sözleşme böylece ifa olunmak suretiyle yerine getirildiğine göre ... iş sahibi ... eksik işlerin giderilmesiyle sınırlı süre için gecikme tazminatı isteyebilir." (YKD. 1997/5, s.744). Aksi görüşteki **Öz**'e göre ise (İnşaat, s.138) iş sahibi sadece nama ifa kararına kadarki gecikme zararının tazminini talep edebilir.

<sup>687</sup> **Schmid** (Ersatzvornahme), s.628. Bu yönde: **von Tuhr/Escher**, s.92; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.785. Fakat BK. m.97 hükmünün hukuki niteliğinin tazminat olduğu kabul edilecek olursa, hükmün uygulanması için zaten öncelikle aynen ifadan vazgeçilmesi zorunlu tutulduğundan, iş sahibi inşaatın tamamlanma masraflarını tazminat olarak talep edebilecektir. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.222, no:87.

<sup>688</sup> Buna göre yüklenici yaptığı işin değerini ve buna dâhil olmayan masraflarının karşılanmasını talep edebilecek; iş sahibi ise kendisi tarafından yapılan işin masraflarına katlanacaktır. İş sahibinin, eğer fazladan ifade bulunmuşsa bunun iadesi dışında herhangi bir talebi söz konusu olamayacaktır. Karş. **Schmid** (Ersatzvornahme), s.629.

husus, yüklenicinin temerrüde düşmüş olmasıdır. Bu nedenle her ne kadar edimin ifası iş sahibinin kusuruyla imkânsızlaşmış olsa da, somut olaya göre mahkeme, iş sahibini, yüklenicinin müspet zararını giderme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen muaf tutabilmelidir. Fakat (BK. m.106–108 gereğince) aynen ifadan vazgeçme koşulları oluşmuşsa, iş sahibinin mahkemeden izin almaksızın inşaatı kendiliğinden tamamlaması/tamamlatması, örtülü olarak aynen ifadan vazgeçme anlamına geleceğinden, bu aşamada ortaya çıkacak hukuki sonuç, yapılan masrafların tazminat olarak talep edilmesidir<sup>689</sup>. Bu durumda yüklenici temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak, bu masrafları ödemekten kurtulabilir.

## II. GECİKMEDEN DOĞAN ZARARDAN SORUMLULUK

### A. Genel Olarak Gecikme Tazminatı

Yapının belirlenen zamanda tamamlanarak teslim edilmesinde, iş sahibinin korunmaya değer birçok menfaati vardır<sup>690</sup>. Yapının belirlenen zamanda teslim edilmemesi, iş sahibinin bu haklı menfaatlerinin zarara uğramasına neden olur. Bu nedenle yüklenicinin temerrüdünün doğumu üzerine, Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümlerindeki seçimlik haklarını henüz kullanmamış olan iş sahibi, aynen ifa yanında, gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazmininin de talep edebilir<sup>691</sup>.

<sup>689</sup> **Koller** (OR AT), s.129, no:28; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.82; **Schmid** (Ersatzvornahme), s.629.

<sup>690</sup> Bak. **Vygen / Schubert / Lang**, s.5, no:6; **Koller** (Konventionalstrafe), s.6, no:1. Borç ilişkisinde, alacaklinin ifa menfaatinin yanında, korunma menfaatinin de gözetilmesi gerekir. Konumuz dışındaki bu husus hakkında bak. **Koller** (positive Vertragsverletzungen), s.483 vd.

<sup>691</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın zamanında tamamlanmasına ve yapı kullanma izni alınması için idareye zamanında başvurulmasına rağmen, yapı kullanma izninin sadece idareden kaynaklanan sebeplerle gecikmesi durumunda, yüklenicinin gecikmede kusuru bulunmayacağından, gecikmeden doğan zarardan sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.73; **Öz** (Dönme), s.171 **Erman** (İnşaat), s.67. Bu yönde: **15. HD. 15.04.1975, 618/2113** [İBD, 1976/7–8, s.49, ayrıca bak. **Erman** (İnşaat), s.67, dn.32].

Fakat **Seliçi**'nin de haklı olarak belirttiği gibi işin uzman tarafı olan yüklenicinin, yapı kullanma izninin alınması için gereken olağan idari süreyi de dikkate alarak, uygun bir süre öncesinden eksiksiz bir biçimde idareye başvurusu da zorunludur. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.74. Ayrıca iznin gecikme sebebinin de özel olarak incelenmesi gerekir. Çünkü bu gecikme, yüklenicinin zorunlu işlemleri tamamlamasındaki (meselâ gereken evrakları vermesindeki) gecikmeden doğmuşsa, artık yüklenicinin kusurlu olduğu kabul edilebilecektir. Bu yönde: **Öz** (Dönme), s.170, 171. İmar Kanununda yapı kullanma izninin 30 gün içinde verilmesi gerektiği zorunlu tutulduğu için, bu sürenin objektif bir ölçü olarak kabul edilmesi düşünülebilir.

3194 sayılı İmar Kanununun (RG. 09.05.1985, S.18749) “Yapı Kullanma İzni” kenar başlıklı 30. maddesine göre: “Yapı tamamen bittiği takdirde tamamının, kısmen kullanılması mümkün kısımları tamamlandığı takdirde bu kısımlarının kullanılabilmesi için inşaat ruhsatını veren belediye, valilikten ... izin alınması mecburidir. Mal sahibinin müracaatı üzerine yapının ruhsat ve eklerine uygun olduğu ve kullanılmasında fen bakımından mahzur görülmediğinin tespiti gerekir. – Belediyeler, valilikler mal sahiplerinin müracaatlarını en geç otuz gün içinde neticelendirmek mecburiyetindedir. Aksi halde bu müddetin sonunda yapının tamamının veya biten kısmının kullanılmasına izin verilmiş sayılır.– Bu maddeye göre verilen izin yapı sahibini kanuna, ruhsat ve eklerine riayetsizlikten doğacak mesuliyetten kurtarmayacağı gibi her türlü vergi, resim ve harç ödeme mükellefiyetinden de kurtarmaz.” Aynı Kanunun “Kullanma İzni Alınmamış Yapılar” kenar başlıklı 31. maddesine göre ise: “İnşaatın bitme günü, kullanma izninin verildiği tarihtir. Kullanma izni verilmeyen ve alınmayan yapılarda izin alınincaya kadar elektrik, su ve kanalizasyon hizmetlerinden ve tesislerinden faydalandırılmazlar. Ancak, kullanma izni alan bağımsız bölümler bu hizmetlerden istifade ettirilir.”

Yapının zamanında teslim edilmemesi hâlinde yüklenici, iş sahibinin zamanında ifaya olan menfaatini tam olarak karşılamakla yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle yüklenici, inşaat zamanında tamamlanarak teslim edilseydi iş sahibinin malvarlığının bulunacağı durum ile inşaatın geç teslim edilmesi<sup>692</sup> (veya henüz teslim edilmemiş olması) nedeniyle malvarlığının bulunduğu durum arasındaki farkı gidermekle yükümlüdür<sup>693</sup>. Bu nedenle gecikmeden doğan zarar müspet zarar niteliğindedir<sup>694</sup>.

Yüklenicinin, iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı zararı gidermekle yükümlü tutulabilmesi, onun kusuruyla<sup>695</sup> temerrüde düşmesine<sup>696</sup> bağlıdır. Borçlar Kanununun

---

İzmir Büyükşehir Belediyesi İmar Yönetmeliğinin 74. maddesine göre: “*Tasdikli projesine göre bina tamamen bittiği takdirde tamamına, kısmen tamamlanmış binalarda ise tamamlanan kısımlarına kullanma izni verilebilmesi için bu kısımların ihtiyaçlarını karşılayacak kömürlük, kapıcı dairesi, sığınak, kalorifer dairesi gibi ortak mahallerin inşa edilerek tamamlanmış olması ve binada gerekli emniyet tedbirlerinin alınması zorunludur. – Devam etmekte olan yapılarda, biten bağımsız bölüme kısmi yapı kullanma izni verilebilmesi için kolon filizlerinin dış cephede görülmeyecek şekilde kiremit çatı örtüsü veya parapet duvarı yapılmak suretiyle gizlenmesi ve emniyete alınması şarttır. – Yapı kullanma izni verilebilmesi için, yapının aplikasyon, temel, su basman, ısı yalıtım ve kaba inşaat vizelerinin yapılmış olması zorunludur. – İlgili belediyesine, yapı kullanma izni verilebilmesi için yapı sahibi tarafından aşağıda sayılan belgeler eklenerek başvuruda bulunulur. – a) Proje müelliflerinin ve yapı denetim kuruluşunun, yapının onaylı projelerine, fen ve sağlık kurallarına ve TSE Standartlarına uygun malzeme kullanılarak bittirildiğini ve Yapı Kullanma İzni almasında sakınca olmadığını gösteren İş Bitirme Belgeleri, b) İlgili vergi dairesinden ilişik kesme yazısı, c) İz-su Kanalı Bağlantı Belgesi, d) (Büyükşehir Belediye Meclisinin 09.12.2003 tarih ve 05/296 sayılı kararı ile yeniden düzenlenmiştir.) Mekanik Tesisat Raporları (Isıtma-soğutma sistemleri, sıhhi tesisat, asansör raporları ve yangın tesisatı raporları)”.*

<sup>692</sup> Gecikme tazminatının talep edilebilmesi, inşaat sonradan teslim edilmişse, teslim sırasında bu hakkın saklı tutulmasına bağlı değildir. Diğer bir ifadeyle iş sahibi gecikme tazminatı talep etme hakkını teslim sırasında açıkça saklı tutmamış olsa bile, bunu sonradan talep edebilir. Bu nedenle gecikme tazminatı ile cezai şart, bu noktada birbirinden ayrılmaktadır. **Öz** (İnşaat), s.137; **Ozanoğlu**, s.74. Bu sonuncu yazar **Bucher**'in aksi fikirde olduğunu açıklamakta ve Bucher'in Borçlar Genel Hükümler eserine (s.361, dn.126) yollama yapmaktadır. Fakat Bucher'in, yazarın yollama yaptığı yerdeki düşüncesi bu yönde değildir.

**15. HD. 29.04.1998, 1245/1720:** “... olayda, gecikme cezası (cezai şart) ve gecikme tazminatı (kira tazminatı) kararlaştırılmadığına göre, temerrüt tarihinden teslim tarihine (olayda taleple bağlı kalınarak 18.4.1994 tarihine) kadar olan süre için serbest rayice göre takdir edilecek gecikme tazminatına, ihtirazi kayıt aranmaksızın, hükmolunmak gerekirken...” (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 15.05.2007, E. 2006/2917, K. 2007/3264** (YKD. 2008/3, s.480).

<sup>693</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.419, no:10; **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:665; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.97, no:255 ve özellikle s.100, no:266 vd; **Schenker** (Schadensberechnung), s.31; **Frank** (Hafung), s.86, 116; **Walter** (Mehrkosten), s.138; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.253, no:9; **Koller** (OR AT), s.332, no:58; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.122; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.318; **Schwenzer** (OR AT), s.446, no:66.03; **Erman** (İnşaat), s.78; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.72; **Eren** (Genel Hükümler), s.1058.

<sup>694</sup> **Bucher** (OR AT), s.360; **Gauch** (Fristen und Termine), s.15; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:12; **Frank** (Hafung), s.86; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.100, no:266; **Schenker** (Schadensberechnung), s.30; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.76; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.312; **Lüchinger**, s.54, no:151; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.925; **Oğuzman/Öz**, s.386; **Ozanoğlu**, s.73; **Dirican**, s.48.

<sup>695</sup> İş görme edimlerinde kusur kavramı hakkında özel bir inceleme için bak. **Walter** (Verschulden und Vertragsverletzung), s.43 vd. Genel olarak kusur ve borca aykırılık kavramları hakkında bak. **Grieder** (Unsorgfalt), s.959 vd; **Grieder** (Vertragswirdigkeit), s.38 vd.

<sup>696</sup> Doktrinde, kusurlu – kusursuz imkânsızlık terimlerinin hukukî durumu tam olarak yansıtamamaları nedeniyle, borçlunun sorumlu olduğu imkânsızlık – borçlunun sorumlu olmadığı imkânsızlık terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Fakat aynı tutum, nedense temerrüt konusunda yapılmamaktadır. Çünkü borçlunun temerrüde düşmede kusurlu veya kusursuz olması değil, yüklenicinin temerrüde düşmeden sorumlu olması veya olmaması önemlidir. Diğer bir ifadeyle yüklenici, meselâ Borçlar Kanununun 100. maddesi gereğince kusuru olmasa bile temerrütten doğan zarardan sorumlu tutulabilir. Yüklenicinin ifa yardımcıları fiilleri nedeniyle sorumlu olduğu bir temerrüt durumunda, artık yüklenicinin kusuruyla



96. maddesindeki kusur karinesi<sup>697</sup> burada da geçerlidir. Yüklenici, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamazsa iş sahibinin gecikmeden doğan zararını gidermekle yükümlüdür<sup>698</sup>.

Gecikmeden doğan zarardan sorumluluk, bunların dışında iş sahibinin, gecikme nedeniyle zarara uğramasına bağlıdır<sup>699</sup>. Bu nedenle yüklenicinin gecikme nedeniyle sorumluluğu, iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığı zararla sınırlıdır. İş sahibi gecikmeye rağmen herhangi bir zarara uğramamışsa, yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu doğmayacaktır<sup>700</sup>. Tazmini talep edilebilecek zararın, gecikmeyle uygun illiyet bağı içinde bulunması zorunludur<sup>701</sup>.

Zararı iddia ve ispat yükü iş sahibine aittir<sup>702</sup>. İş sahibi bu zararı her türlü delille kanıtlayabilir. Bunun yanında yüklenicinin temerrüde düşmedeki kusurunun derecesi ve iş sahibinin ortak kusuru, gecikme tazminatının miktarının belirlenmesinde dikkate alınır<sup>703</sup>. Yüklenicinin kusurunun hafifliği, tazminattan indirim sebebidir (BK. m.98'in yollaması<sup>704</sup> gereğince BK. m.43, 44).

---

temerrüde düşmesinden bahsedilemez. Bu nedenle, kusurlu – kusursuz temerrüt terimleri yerine, yüklenicinin sorumlu olduğu – yüklenicinin sorumlu olmadığı temerrüt kavramlarının kullanılması kanaatimce yerinde olacaktır.

Fakat çalışmamızda, bu itirazımız saklı kalmak kaydıyla, kavram kargaşasına neden olunmaması amacıyla, uygulamada ve doktrinde yerleşmiş olan kusurlu – kusursuz temerrüt terimlerinin kullanılması tercih edilmiştir.

<sup>697</sup> Bu konuda bak. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.301.

<sup>698</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.426, no:41; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:663; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.99, no:263; **Schenker** (Schadensberechnung), s.30; **Walter** (Mehrkosten), s.137; **Walter** (Verschulden und Vertragsverletzung), s.49 ve özellikle s.61; **Stöckli** (Schaden), s.9 vd; **Chapuis**, s.654; **Eren** (Genel Hükümler), s.1060.

<sup>699</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.420, no:14; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.96, no:254; **Schenker** (Schadensberechnung), s.29; **Stöckli** (Schaden), s.9; **Schmid** (Nichterfüllung), s.302; **Eren** (Genel Hükümler), s.1059.

<sup>700</sup> Sadece kişisel kullanıma yarayan, diğer bir ifadeyle gelir getirme olanağı bulunmayan bir yapının geç teslim edilmesi hâlinde gecikme tazminatı talep edilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. **Schenker**'in de haklı olarak belirttiği gibi, bu tartışma zarar kavramına verilen anlama bağlıdır ve özel olarak bu konuya ilişkin araştırmaların konusudur. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.105, no:276. **Gauch**'a göre, sadece bir malın kullanımından yoksun kalınması, başlı başına gecikme tazminatını doğurmaz, yeter ki bu mal yerine, gecikme süresince yenisi, mesela kiralanmak suretiyle masraf yapılmasını [**Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:665. Bak. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.302; **Albaş**, s.59]. İsviçre Federal Mahkemesi de bu klasik anlayışa yakın bir duruş sergilemektedir: BGE 123 III 245. Karar için bak. **Schenker** (Schadensberechnung), s.32. Bu yönde: BGE 128 III 22 Karar için bak. **Stöckli** (Schaden), s.10. Normatif zarar olarak nitelenen bu kavram için bak. **Schwenzer** (OR AT), s.77 vd; **Schmid** (Nichterfüllung), s.302 vd; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.97 vd; **Öz** (Dönme), s.290, dn.102.

Yargıtay, inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin bağımsız bölümü kiraya verme niyeti ve imkânı olup olmadığını incelemeksizin, daima rayiç miktardaki kira bedeli oranında bir gecikme tazminatına hükmetmektedir.

<sup>701</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.98, no:260; **Schenker** (Schadensberechnung), s.30.

<sup>702</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.97, no:256; **Schenker** (Schadensberechnung), s.33; **Stöckli** (Schaden), s.22.

<sup>703</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.425, 36 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.101, no:267, 268; **Schenker** (Schadensberechnung), s.30.

<sup>704</sup> Haksız fiile ilişkin hükümlerin, borca aykırılık konusunda uygulanmasına ilişkin özel bir inceleme için bak. **Brunner**, s.3, no:8 vd.

İnşaatın teslimi için belirli vade kararlaştırılmış olsa bile, yüklenicinin gecikme zararının ifasında temerrüde düşmüş sayılabilmesi için, Yargıtay'a göre iş sahibinin bu konuda bir ihtarı gerekir<sup>705</sup>.

**Temerrüde ilişkin hükümlerin emredici bir nitelik taşımaması nedeniyle,** tarafların sözleşmenin başında, gecikme tazminatının miktarını götürü olarak<sup>706</sup> (veya asgari ya da azami olarak) belirlemeleri (Schadenersatzpauschalen, Liquidated Damages Clause) mümkündür<sup>707,708</sup>. İş sahibi bu tip hüküm bulunan hâllerde, zararının miktarını kanıtlama külfetinden kurtularak, doğrudan sözleşmedeki götürü miktarı gecikme tazminatı olarak talep edebilir<sup>709</sup>. Diğer bir ifadeyle zararın götürü olarak belirlenmesiyle, tazmin edilmesi gereken zarar, sözleşmenin başında anlaşmayla belirlenmektedir. Götürü gecikme tazminatının tek işlevi, iş sahibini zararının miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmasıdır. Bunun ötesinde borçlunun baskı altına alınması gibi bir işlevi yoktur<sup>710</sup>.

<sup>705</sup> **15. HD. 29.03.2007, E. 2005/7569, K. 2007/2003:** "... davalı-k.davacı arsa sahibi, 08.07.2002 tarihli ihtarında o ana kadar hak kazandığı gecikme tazminatı olan 8.000 doların 30 gün içinde ödenmesini istemiş ve yüklenici de 15.07.2002 tarihli cevabi ihtarında bu bedeli ödemeyeceğini belirtmek suretiyle bu miktar yönünden 15.07.2002 tarihinde ve aşan miktar yönünden de, temerrüde düşürücü başka bir ihtar olmadığından, karşı davanın açıldığı 22.07.2003 tarihinde temerrüde düşmüş sayılır. Dolayısıyla gecikme tazminatının bu tarihler gözönünde bulundurularak hükmedilmesi gerekirken, her ayın bitimini takip eden muacceliyet tarihlerinin temerrüt tarihi olarak kabulü ... doğru olmamıştır..." (www.kazanci.com.tr)

<sup>706</sup> Gecikme tazminatının (zararının) miktarının sözleşmeyle götürü olarak belirlenmesi, üç farklı türde gerçekleşebilir. Mesela gecikme durumunda uğranılacak yoksun kalınan kazancın aylık 1.000 – TL olduğunun kararlaştırılmasında, iş sahibi zararı daha çok olsa da sadece bu tutarı talep edebilecek, yüklenici de, zararın daha az olduğunu ileri süremeyecektir. Fakat ödenmesi gereken gecikme tazminatının aylık en az 1.000 – TL olduğunun kararlaştırılması durumunda ise, iş sahibi zararının bundan yüksek olduğunu kanıtlayarak bunu aşan kısmı talep edebilecekken [**Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:709; **Stotz**, s.148. Aksi görüşte: **Huguenin** (OR AT), s.185, no:1185], borçlu, zararın 1.000 – TL'den daha az olduğunu ileri süremeyecektir. Son ihtimalde ise, gecikme zararının aylık en fazla 1.000 – TL olacağına kararlaştırılmasında olduğu gibi, iş sahibi bu tutarı aşan zararını kanıtlaya bile talep edemeyecektir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince her üç türün, mesela tazmini gereken gecikme zararının aylık en az 1.000, en çok 1.500 – TL olarak kararlaştırılmasında olduğu gibi, karma biçimde kabul edilmesi de mümkündür. Sözleşmedeki götürü tazminata ilişkin hükmün bunlardan hangisine ilişkin olduğu, sözleşmenin yorumuyla ortaya çıkarılabilecektir.

Bu nedenle doktrinde böyle bir ayırım yapılmaksızın, borçlunun, alacaklının zarara uğramadığını veya daha az zarara uğradığını kanıtlayabileceğine ilişkin açıklamaların [**Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.153] kabulü kanaatimce mümkün değildir.

Borçlu yüklenicinin sorumluluğuna üst limit getiren hükümlerin geçerliliği, BK. m.99 ve 100 hükümlerine bağlıdır.

<sup>707</sup> **Perini**, s.116; **Fischer**, s.102, 112; **Huguenin** (OR AT), s.185, no:1185; **Stotz**, s.148; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.149 vd; **Dirican**, s.65.

Uygulamada götürü tazminat olarak anılan bu hukukî kurumun, cezai şartla olan ilişkisi ve bundan nasıl ayrılacağı konusunda bak. aşa. § 8, III. B.

<sup>708</sup> Bu durumda kanaatimce yüklenicinin kusurunun hafifliği, işbu götürü tazminattan indirim yapılması konusunda hiçbir öneme sahip değildir. Fakat kanaatimce yerinde olan bir görüş gereğince, cezai şarta ilişkin BK. m.161/III hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucu hâkimin, fahiş götürü tazminat miktarını indirebileceği kabul edilmelidir. **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:711; **Frank**, s.150; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.147; **Huguenin** (OR AT), s.185, no:1185.

<sup>709</sup> **Perini**, s.117; **Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:709; **Stotz**, s.152.

<sup>710</sup> **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.153.

Götürü tazminatının diğer koşulları, aynen gecikme tazminatındaki gibidir. Diğer bir ifadeyle, yüklenici temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak, sözleşmedeki götürü tazminatı ödemekten kurtulabilir<sup>711</sup>. Aynı şekilde bu tazminatın talep edilebilmesi, bu hakkın teslim sırasında saklı tutulmasına bağlı değildir<sup>712</sup>.

## **B. Gecikme Tazminatının Talep Edilebileceği Dönem<sup>713</sup>**

İş sahibi yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten itibaren, yüklenicinin temerrüdünün ortadan kalktığı tarihe kadar olan dönem içinde oluşan gecikme zararının tazminini talep edebilir. Buna göre gecikme zararı, ilk olarak yüklenicinin temerrüdünün doğumu üzerine muaccel olacaktır. Gecikme tazminatının talep edilebileceği son tarih ise, yüklenicinin temerrüdünün ortadan kalktığı tarihtir.

Yüklenicinin temerrüdü çok çeşitli biçimlerde ortadan kalkabilir<sup>714</sup>. Buna göre iş sahibi, aşağıdaki çeşitli olasılıklara göre gecikmeden doğan zararının tazminini talep edebilir.

1. Yüklenicinin temerrüdünün, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi (ifa) nedeniyle sona ermesi hâlinde, iş sahibi temerrüdün doğumu ile teslim arasındaki dönemde gerçekleşen gecikme zararının tazminini talep edebilir. İnşaatın tamamlanarak tesliminin temerrüdü ortadan kaldırması bakımından önemli olan yapının gerçekten tamamlanmış olmasıdır. Bu nedenle yapının kim tarafından tamamlandığının hiçbir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle gecikme tazminatının talep edilebilmesi bakımından, inşaatı, temerrüde düşmüş olan yüklenicinin tamamlaması ile doğrudan iş sahibinin tamamlaması veya diğer bir yükleniciye tamamlatması arasında hiçbir fark yoktur. Bu üç ihtimalde de iş sahibi, temerrüdün doğumu ile inşaatın fiilen tamamlandığı dönemde doğan gecikme tazminatını talep edebilir<sup>715</sup>.

Yüklenicinin temerrüdü ifayla ortadan kalksa da, söz konusu ifa gereği gibi yapılmamışsa, meselâ hukuken teslim edilen yapıda eksikler veya ayıplar bulunmaktaysa, iş sahibi bu kez yapının teslim edilmemesinden doğan zararı değil, yapının ayıplı veya eksik olarak teslim edilmesinden doğan zararının tazminini talep edebilecektir. Bu nedenle bu durumda zararın kapsamı değişmektedir.

<sup>711</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:709.

<sup>712</sup> **Stotz**, s.44; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.151.

Yargıtay bir kararında, iş sahibinin gecikme zararının tazminini talep etmeyeceğine, bundan feragat ettiğine ilişkin beyanının, ancak bu tarihten önceki dönemi kapsadığına; bu tarihten sonraki gecikme zararının ise talep edilebileceğine hükmetmiştir. **15. HD. 04.04.2007, E. 2006/1819, K. 2007/2112** (YKD. 2007/11, s.2086).

<sup>713</sup> Bu dönem aynı zamanda ifaya ekli cezai şartın talep edilebileceği dönemi de belirtir. Bu nedenle bu kısımdaki açıklamalar, kural olarak ifaya ekli cezai şart bakımından da geçerlidir.

<sup>714</sup> Bu konuda bak. **Wiegand** (recht, 1983/4), s.122; **Bucher** (OR AT), s.359; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.919; **Tandoğan** (Mesuliyet), s.480.

<sup>715</sup> Bu yönde: **15. HD. 03.02.1997, 255/555**: “İş sahibi, eser sözleşmesiyle yüklenicinin yapması gereken işleri yapmışsa; yüklenicinin edim borcu ortadan kalkmış olacağından, eksik işlerin giderilmesiyle sınırlı olan süre için gecikme tazminatı isteyebilir...” (www.kazanci.com.tr)

2. Yüklenicinin temerrüdünün, inşaatın tamamlanmasının objektif olarak imkânsızlaşması nedeniyle sona ermesi hâlinde, iş sahibi temerrüdün doğumu ile imkânsızlığın doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edebilir<sup>716</sup>.

3. Yüklenicinin temerrüdünün, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi nedeniyle ortadan kalkması hâlinde<sup>717</sup>, iş sahibi temerrüdün doğumu ile alacaklı temerrüdünün doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edebilir<sup>718</sup>.

4. Yüklenicinin temerrüdünün sona erdiği diğer durum, tarafların anlaşarak temerrüde son vermeleridir. Taraflar bunu genellikle yükleniciye ek süre vermek suretiyle yaparlar. Ek süre verilmesine ilişkin sözleşmede aksi belirtilmemişse, kanaatimce iş sahibi temerrüt sırasında doğan gecikme zararını ve cezai şartı talep edemez. Bunun dışında, ek süre verilmesine ilişkin sözleşmenin içeriği ve kapsamı yapılacak yorumla belirlenir. Buna göre kanaatimce işbu ek sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, asıl sözleşmeye göre yükleniciye yapılması gereken ara ödemelerin, yine aynı zamanda yapılması gerekir. Fakat taraflar bunun aksini, ek sözleşmede kararlaştırabilirler.

5. Yüklenicinin temerrüdünün, yüklenicinin ödemezlik def'ine dayanarak inşaatı durdurması nedeniyle sona ermesi hâlinde<sup>719</sup>, iş sahibi temerrüdün doğumu ile inşaatı durdurulmasını haklı kılan sebebin doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edebilir<sup>720</sup>. Buna göre meselâ inşaatı zamanında tamamlayamayarak temerrüde düşen yüklenici, temerrüdün devamı sırasında inşaatı, sözleşmedeki seviyeye getirerek karşı edim alacağını talep ederse, artık onun gecikme tazminatından sorumluluğu (bu tarihten sonraki dönem için) yoktur. Fakat ödemezlik def'inin koşullarının ortadan kalkması, kanaatimce **Schenker**'in düşüncesinin<sup>721</sup> aksine, herhangi bir ihtarla gerek olmaksızın yüklenici temerrüdünü yeniden doğurur. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin temerrüdünü sona erdiren ödemezlik def'i koşulları ortadan kalkınca (aynı sonuç alacaklı temerrüdü için de geçeridir) yüklenici hiçbir ihtarla gerek kalmaksızın yeniden temerrüde düşecektir.

Meselâ kaba inşaatın tamamlanması üzerine yükleniciye 5 adet bağımsız bölümün verileceğinin kararlaştırıldığı bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici temerrüde düştükten ancak 10 ay sonra inşaatı bu seviyeye getirebilmişse, iş sahibi sadece bu 10 aylık dönem için gecikme tazminatı talep edebilecektir. Çünkü

<sup>716</sup> Öz (Dönme), s.160; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.921.

<sup>717</sup> Bu konuda bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.612, no:25; **Schulin** (Schuldnerrechte), s.88. **15. HD. 30.05.1983, 855/1505**: "... temerrüde düşen kimsenin ifada bulunduğu ya da alacaklıya ifayı gereğince teklif ettiği takdirde temerrüdünden kurtulmuş olur..." (YKD. 1984/2, s.276).

<sup>718</sup> **Koller** (OR AT), s.366, no:9; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.919.

<sup>719</sup> Bu durumda bak. **Bucher** (OR AT), s.359; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.920.

<sup>720</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.86, no:230.

<sup>721</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.87, no:232.

yüklenicinin bundan sonraki dönemde inşaatı durdurması haklı sebebe dayanmaktadır. Fakat bu olayda iş sahibi işbu 5 bağımsız bölümü yükleniciye verdikten sonra da gecikme tazminatı talep edebilir. Çünkü bu durumda, ifa etmemeyi haklı kılan durum ortadan kalkmakta ve yüklenicinin temerrüdü yine ortaya çıkmaktadır.

6. Son olarak Yargıtay tarafından kanaatimce de haklı olarak kabul edildiği üzere, iş sahibi gecikme tazminatı talep ettiği bağımsız bölümü, yüklenicinin temerrüdünün sona ermesinden önce üçüncü bir kişiye devretmişse, iş sahibi sadece bu devir tarihine kadar geçen dönem için gecikme tazminatı talep edebilir<sup>722</sup>.

### **Gecikme tazminatına bir üst sınır getirilebilir mi?**

İş sahibi, yüklenicinin temerrüdü boyunca gecikme tazminatı talep edebilir. Gecikme tazminatının talep edilebilmesiyle ilgili olarak özel olarak değerlendirilmesi gereken nokta, iş sahibinin gecikmenin tamamı boyunca uğradığı zararın tazminini talep edip edemeyeceğidir. Buna göre yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi zamanaşımı süresi içinde dilediği zamanda gecikme tazminatını talep edebilir mi? Yoksa iş sahibinin gecikme tazminatını geç talep etmesi, toplam gecikme zararında bir indirim yapılmasını gerektirir mi? Buna göre meselâ, yüklenicinin temerrüdünün doğumu üzerinden 4 yıl geçtikten sonra iş sahibinin 4 yıllık gecikme tazminatı talep etmesi mümkün müdür? Hemen belirtelim ki, bu sorun aynı zamanda ifaya ekli cezai şart için de geçerlidir. Bu nedenle bu konuda varılacak sonuç, ifaya ekli cezai şart için de kabul edilmelidir.

Bu konuda doktrinde ve yargı kararlarında birbirine zıt iki yaklaşımın bulunduğu görülmektedir<sup>723</sup>. Bunlardan ilkinde göre, iş sahibinin gecikme süresinin tamamı boyunca gecikme tazminatı veya cezai şart talep etmesi yerinde değildir. Buna bir sınır getirilmelidir. Çünkü iş sahibinin gecikme tazminatını geç talep etmesi, onun zararın artmasını önleme külfetinin<sup>724</sup> ihlâli anlamına gelir. Bu nedenle BK. m.43 ve MK. m.2 gereğince, gecikme tazminatından indirim yapılması gerekir<sup>725</sup>. Bu görüş gereğince iş sahibi ancak, makul ve dürüst bir iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek diğer haklarını

<sup>722</sup> **15. HD. 26.11.2007, 5385/7545:** "... davacı arsa sahipleri teslim edilmesi gereken tarihten önce satışını yaptıkları daireler için gecikme tazminatı isteyemezler. Teslim edilmesi gereken tarih ile 30.01.2002 teslim tarihi arasında satılan daireler için ise ancak teslim edilmesi gereken tarihten satış tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilirler. Öyleyse mahkemece tapu kayıtları ve satışa ilişkin resmi senet akıt tabloları getirtilerek satılan daire olup olmadığı ve satış tarihleri belirlenmeli ve teslim edilmesi gereken tarihten önce satışı yapılan daireler bakımından gecikme tazminatı hesaplanmamalı, teslim edilmesi gereken tarihten sonra satışı yapılan daireler için ise en fazla satış tarihine kadar hesaplama yapılmalıdır..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 22.02.2007, E. 2006/7132, K. 2007/1114** (www.kazanci.com.tr).

<sup>723</sup> Ayrıntılı bilgi için bak. **Dirican**, s.90 vd; **Kartal**, s.100.

<sup>724</sup> Zarar görenin zararın artmasını önleme biçimindeki davranışı, teknik olarak bir külfet niteliği taşır. **Ehrensperger**, s.74.

<sup>725</sup> Bu görüşte: **Karahasan**, s.622 vd; **Ozanoğlu**, s.72, dn.56 ve s.102.

Bu yöndeki eski tarihli bazı Yargıtay kararları için bak. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.74, dn.90 ve **Öz** (Dönme), s.180, dn.132.

kullanabileceği bir tarihe (iş sahibinin dürüstlük kurallarına göre artık ifayı istememesi gereken zaman) kadar gecikme tazminatı talep edebilir. Meselâ **Peters**'in<sup>726</sup> verdiği bir örneğe göre, arsada mevcut olan yapıyı yıkmakla yükümlü olan bir yüklenicinin gecikmesi ve bu nedenle asıl yüklenicinin inşaata hiç başlayamaması durumunda, çok büyük zararlar doğacaksa, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi veya BK. m.97/1 gereğince işi başka bir yükleniciye yaptırmaması, Medenî Kanununun 2. maddesine ve alacaklının zararın artmasını önleme külfetine aykırı olur<sup>727</sup>.

Kanaatimce yerinde olan ve kabul edilmesi gereken diğer görüşe göre ise, zamanaşımı süresi içinde olmak kaydıyla iş sahibinin gecikme tazminatı veya cezai şartı talep etmesi hiçbir zaman dürüstlük kurallarına ve zararın artmasını önleme külfetine aykırı değildir<sup>728</sup>. Çünkü yüklenicinin gecikme tazminatının / cezai şartın doğmasını veya artmasını önlemesi zaten mümkündür. Yüklenici inşaatı tamamlayıp teslim ederek, temerrüdü ve dolayısıyla gecikme tazminatı ve cezai şartın işlemlerini önleyebilir<sup>729</sup>. Bunu yapmayarak inşaatı tamamlamayan yüklenicinin, zamanaşımı

<sup>726</sup> **Peters**, s.688 vd.

<sup>727</sup> Bu görüşte: **Müller-Chen**, s.129. Yazara göre iş sahibi, temerrüdün oluşması üzerine aynen ifadan vazgeçerek gecikme zararının artmasını önleyebileceği makul bir sürenin sonrakindeki dönemde oluşan zararının tazminini talep edememelidir. Benzer görüşte: **Aday**, s.200.

Aynı sonuca farklı bir gerekçeyle ulaşan **Seliçi**'ne göre (Müteahhidin Sorumluluğu, s.75), normal bir gecikme süresinin geçmesinden sonra, artık ifanın imkânsızlaştığı kabul edilmeli ve böylece gecikme zararına bir sınır çizilmelidir. Karş. **Öz** (İnşaat), s.139.

<sup>728</sup> İlk olarak **YHGK.'nun 09.10.1991 tarih ve 15-340/467 sayılı kararıyla** [YKD. 1992/1, s.33, ayrıca bak. **Zevkililer** (Pratik), s.514] benimsenen bu görüş daha sonraki kararlarda da aynen uygulanmıştır. Bu karara göre: "... Alacaklı, borcun yerine getirilmemesi hâlinde ... BK. 106/II'deki hakkını her zaman kullanabilir; ancak kullanmak zorunda değildir. Bu nedenle, alacaklı borcun yerine getirilmesini (ifasını) ve gecikme tazminatını zamanaşımı içinde isteyebilir. ... İş sahibinin 106/II. Maddedeki seçimlik hakkını geç kullanması kınanabilecek bir davranış olarak kabul edilemez. ... Bu nedenle (alacaklının) ... Yasaya uygun davranışı tazminattan indirim nedeni olarak kabul edilemez." Bu yönde: **YHGK. 26.03.1997, 13-11/240**: "... Borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı, zamanaşımı süresi içinde, gecikmiş ifayı ve gecikme tazminatını her zaman isteme hakkına sahiptir. 2. Müterafik kusur sebebiyle tazminatın tenkis edilebilmesi için, zarar görenin "zarara razı olması veya eylemi ile zararın oluşmasına yahut artmasına yardım etmiş olması gerekir. 3. Akdin ihlali sebebiyle, davacının bk. 106/2. Maddesindeki seçimlik hakkını dilediği zaman ve zamanaşımı süresince kullanması, onun yasal hakkı olup, kınanacak bir davranış veya müterafik kusur olarak kabul edilemez. Davacının gecikme süresinin tamamını kapsayan tüm tazminatı istemesi, hakkın kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilemez..." (İBD. 1997/3, s.662).

Bu görüşte: **Öz** (Dönme), s.181. Ancak yazara göre temerrüde düşen yüklenici, edimi kesin olarak ifa etmeyeceğini iş sahibine bildirirse, artık edimin imkânsızlaştığı kabul edilerek, gecikme tazminatının işlemesi durdurulabilir (Bu görüşte: **Kocaağa** (Cezai Şart), s.196). Çalışmamızda, yüklenicinin edimi ifa etmeme iradesi, borcu imkânsızlaştıran bir sebep olarak görülmediği için, yazarın bu görüşüne katılmayı uygun bulmuyoruz.

Yine bu görüşte olduğunu açıklayan **Dirican**'a (s.97, 98) göre ise, "iş sahibinin açıkça aynen ifada ısrar ettiği ve ifaya eklenen cezai şartı talep ettiğinin anlaşılacağı durumlarda ... iş sahibinin cezai şarta ilişkin haklarının sona erdiğinin kabul edilmesi gerekeceği gibi, birçok olayda müteahhidin temerrüdü de ortadan kalkmış olacaktır. Çünkü bu tür durumlarda taraflar arasında ya bir ikale sözleşmesinin veya erteleme sözleşmesinin varlığından bahsedilecektir."

Ancak BK. m.101 ve devamı hükümleri gereğince, yüklenicinin temerrüdü ve hatta verilen ek sürenin bile dolması, iş sahibinin aynen ifayı talep ettiği anlamına geleceğinden, böyle bir sonuca varılması yerinde değildir. Çünkü bu sonuca yazar (**Dirican**, s.99) da, iş sahibinin açıkça aynen ifayı talep etmesi hâlinde aradan ne kadar zaman geçerse geçsin gecikme tazminatı ve cezai şartın talep edilebileceğini kabul etmektedir.

<sup>729</sup> **Erman**'a (İnşaat, s.86) göre, yüklenici ifa etmeme iradesini açıkça veya örtülü olarak ortaya koymuşsa, iş sahibi en geç inşaatın tamamlanabileceği sürenin sonuna kadar cezai şartı talep edebilir. Fakat

süresi içindeki gecikme tazminatının tamamını ödemesi zorunludur. Kaldı ki, iş sahibinin gecikme tazminatını örnekteki olayda olduğu gibi 4 yıl sonra talep etmesinin, zararın artmasını önleme külfetiyle de bir ilişkisi bulunmamaktadır. Çünkü burada zarar, yapının tamamlanmamış olması nedeniyle kullanılamamasından doğmaktadır. Fakat şu örnekteki olayda ise zararın artmasını önleme külfetine aykırı davranış nedeniyle tazminattan indirim yapılması mümkündür. Meselâ yüklenicinin pencere camlarını takmadan inşaatı terk ettiği bir olayda iş sahibinin, yağışlı bir mevsimde bulunulmasına rağmen gerekli koruma önlemlerini almaması ve yağmurlar nedeniyle parkelerin zarar görmesi durumunda, işbu zarardan indirim yapılması düşünülebilir<sup>730</sup>. Fakat iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmayarak, gecikme tazminatı istemesi hiçbir zaman hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilemez.

Ayrıca bu durumlarda yüklenicinin korunmasına gerek yoktur. Çünkü eğer yüklenici ifa niyetindeyse, inşaatı tamamlamaya çalışabilir. İş sahibinin ona engel olması ise alacaklı temerrüdüne neden olacağından, bu durumda ifa etmeme hukuka uygun olacağından, yüklenici için gecikme tazminatı veya cezai şartı ödeme yükümlülüğü zaten doğmayacaktır.

### C. Gecikmeden Doğan Zarar Kalemleri

#### 1. Fiilî Zarar (Vermögensverminderungen)

Gecikmeden doğan zararın ilk unsuru, gecikme nedeniyle iş sahibinin fiilen uğradığı zarardır<sup>731</sup>. Bunlar, iş sahibinin yapının zamanında teslim edilmemesi nedeniyle fazladan ödemek zorunda kaldığı masraflardan oluşur. Meselâ iş sahibinin ödemek zorunda kaldığı kira bedeli<sup>732</sup> veya faiz ödemesi, aynı şekilde üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı gecikme tazminatı veya cezaî şart<sup>733</sup> tutarı veya yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin yaptırdığı tespit ve ihtar giderleri hep gecikmeden doğan fiilli zarar içinde değerlendirilir<sup>734</sup>. Buna göre iş sahibi, uygun sebebi yüklenicinin temerrüdü olan ve temerrüt gerçekleşmeseydi uğramayacağı bütün zararlarının tazminini talep edebilir. Fakat iş sahibi zaten yapacak olduğu masrafların (sowiso Kosten) tazminini talep edemez<sup>735</sup>.

---

yüklenici inşaatın elini çekmemişse, cezai şartın işlemesi devam eder. Kanaatimce bu yöndeki bir ayırım yerinde değildir. Yüklenici, zaten kusuru bulunmadığını kanıtlayarak cezai şartı ödemekten kurtulabileceğine göre, bu biçimde cezai şartın sınırlanması hakkaniyete aykırı olur.

<sup>730</sup> Karş. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.84, no:77 vd ve özellikle s.86, no:84.

<sup>731</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:665; **Frank** (Hafung), s.86; **Schenker** (Schadensberechnung), s.34; **Stöckli** (Schaden), s.12; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.162, no:3010; **Schwenzer** (OR AT), s.81, no:14.13; **Lüchinger**, s.51, no:140 vd; **Albaş**, s.61.

<sup>732</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.113, no:295.

<sup>733</sup> Bu konuda bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.109, no:286; **Lüchinger**, s.52, no:145.

<sup>734</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:665; **Schenker** (Schadensberechnung), s.34.

<sup>735</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.111, no:290 vd.

## 2. Yoksun Kalınan Kazanç

Yoksun kalınan kazanç (entgegengener Gewinn, lost use of the projekt) ise, yapının zamanında teslim edilmesi durumunda iş sahibinin elde edeceği gelirden yoksun kalmasından doğan zarardır<sup>736</sup>. Meselâ sözleşmeye konu olan yapının gelir getiren bir nitelik taşıması durumunda, bunların zamanında teslim edilmemesi nedeniyle uğranılan kira geliri kaybı<sup>737</sup>, yoksun kalınan kazanç olarak gecikmeden doğan zararın ikinci kalemini oluşturur. Aynı şekilde iş sahibi, yapının değerinin temerrüt sırasında düşmesi hâlinde, yapıyı zamanında teslim alsaydı, elden çıkaracağını, diğer bir ifadeyle yapıyı yüksek bir bedelle satacağını kanıtlayabilirse, bu bedel ile fiilî teslim sırasındaki değer farkını, yoksun kalınan kazanç olarak talep edebilmelidir<sup>738</sup>.

## III. CEZÂİ ŞART

### A. Genel Olarak

Cezai şart, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunda, borçlunun alacaklıya ödemeyi önceden taahhüt ettiği bir edimdir<sup>739</sup>. Cezai şart, asıl borca bağlı

<sup>736</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.189, no:665; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.104, no:274; **Schenker** (Schadensberechnung), s.32 vd; **Frank** (Hafung), s.87; **Stöckli** (Schaden), s.12; **Lüchinger**, s.54, no:151 vd; **Müller-Stoy** (Verlorene Chancen), s.114 vd; **Albaş**, s.61.

Yoksun kalınan kazancın tam olarak belirlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle uğranıldığı iddia edilen kazancın elde edilmesinin hayatın olağan akışına uygun olması gerekir. **Lüchinger**, s.55, no:153 vd; **Perini**, s.45 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.105, no:277; **Stöckli** (Schaden), s.22; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.304; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.72.

<sup>737</sup> Bu konuda özel bir inceleme için bak. **Kapellmann**, s.48 vd.

<sup>738</sup> Bu konuda bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.106, no:279 vd; **Schenker** (Schadensberechnung), s.33.

<sup>739</sup> BGE 122 III 420. **Bucher** (OR AT), s.521; **Koller** (Konventionalstrafe), s.9, no:8; **Öz** (Dönme), s.295; **Kocağa** (Götürü Tazminat), s.150; **Günay**, s.5; **Dirican**, s.15; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.853; **Eren** (Genel Hükümler), s.1133; **Kocağa** (Cezai Şart), s.33; **Oğuzman/Öz**, s.898; **Tunçomağ** (Cezai Şart), s.6; **Ozanoğlu**, s.75; **Akkayan Yıldırım** (Cezai Şart), s.366.

Uygulamada arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sahip olduğu tek taşınmazın yıkılarak yerine inşaat yapılması nedeniyle genellikle yüklenicinin inşaat tamamlanana kadar, iş sahibinin oturacağı konutun kirasını ödemekle yükümlü olduğu da kararlaştırılmaktadır. Bu kira parası ödeme yükümlülüğü, bir Yargıtay kararında da doğru olarak vurgulandığı gibi cezai şart olmayıp (**15 HD, 21.02.1978, 2008/305**, YHD, 1978, s.479), yan edim yükümlülüğü niteliğindedir. Bu nedenle iş sahibi, inşaat fiilen tamamlanana kadar, yüklenicinin kusurundan bağımsız olarak bu kira bedelini talep edebilir. Kira parasının ödenmesi, teslim sırasında bu hakkın saklı tutulmasına da bağlı değildir. Bu yönde: **15. HD. 06.05.1980, 1165/1172**: “Sözleşmenin (tediye şartları) bölümünde (arsanın tesliminden itibaren her ay 400 liranın) yüklenici tarafından davacı arsa sahibine ödeneceği hükmüne yer verilmiştir. İşte davacı bu hükme dayanarak, daireleri teslim aldığı güne değin, işlemiş olup da ödenmeyen ve arda kalan 4.000 lira için de istemde bulunmuştur. Yukarıda anılan bu hükümde kararlaştırılan aylık kira parası olarak 400 lira ödenmesi, ceza koşulu niteliğinde değildir. Gerçekte de, davacıya yapım süresi içerisinde ayda 400 lira kira karşılığının ödenmesi sözleşmenin bir koşulu olarak öngörülmüştür. Davalı yüklenicinin böyle bir borç altına girmesinin ceza koşulu ile bir ilgisi yoktur.” (www.kazanci.com.tr).

Kanaatimce bu karar yerinde olmakla birlikte, kararın devamında, bu ödemenin normal teslim tarihine kadar talep edebileceğinin belirtilmesi hatalıdır. Buna göre: “Ne var ki, aylık 400 lira kira parası sözleşmenin yapım süresiyle sınırlı olduğunun kabulü gerekir. Sözleşmede, arsanın yükleniciye boş olarak tesliminden başlayarak 24 ay sonunda dairelerin teslimi kararlaştırılmıştır. O nedenle 24 aylık sürenin başlangıcı davalıya arsanın boş olarak teslim gününden başlaması gerektiği göz önünde tutularak yerel mahkemece bu yön açıkça saptanmalı ve 24 aylık sürenin bitimi buna göre belirlenmeli



fer'i bir borçtur<sup>740</sup>. Bu nedenle asıl borcun ortadan kalkması, cezai şartı da ortadan kaldırır. Bu nedenle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda cezai şartın talep edilemeyeceği kabul edilmektedir<sup>741</sup>.

Cezai şartın talep edilebilmesi için, borçlunun belli bir borca aykırı bir davranışı gerekir<sup>742</sup>. Fakat hangi borca aykırı davranış için cezai şart kararlaştırıldığı, cezai şarta ilişkin anlaşmaya bağlıdır<sup>743</sup>. Kural olarak inşaat sözleşmelerinde, yapının tamamlanarak teslim edilmesi borcunda temerrüde düşülmesi durumu için cezai şart kararlaştırılmaktadır<sup>744</sup>. Fakat cezai şartın bunun dışındaki borca aykırılıklar için de kararlaştırılması mümkündür<sup>745</sup>. Buna göre inşaat sözleşmelerinde cezai şartın, yapının zamanında tamamlanarak teslim edilmemesi, yapının ayıpsız / eksiksiz olarak teslim

---

*ve davacının, ancak bu süre içindeki aylara ilişkin olarak istemde bulunabileceği kabul edilmeli(dir)."* Kanaatimce kararda belirtilen bu sonuca varılabilmesi için, sözleşmede kira parası adı altında iş sahibine ödeneceği kararlaştırılan paranın, sadece 24 ay ödeneceğinin açıkça kararlaştırılmış olması gerekir. Fakat kararda bu yönde bir açıklık olmamakla birlikte, uygulamada bu tip ödemelerin, inşaatın teslimine kadar ödeneceği kararlaştırılmaktadır. Bu nedenle ilgili hususun dikkate alınması gerekir.

<sup>740</sup> Bunun bir sonucu olarak iş sahibinin aynen ifayı talep hakkının zamanaşımına uğraması durumunda, cezai şart ve gecikme tazminatı alacağı da zamanaşımına uğramış sayılacaktır. **Ozanoğlu**, s.76.

<sup>741</sup> **Eren** (Genel Hükümler), s.1135; **Zevkililer/Havutçu**, s.316; **Öz** (Dönme), s.295, 296. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, ifaya ekli cezai şart, zamana bağlı olarak artıyorsa, dönmeye kadarki kısım dahi talep edilemez. **Dirican**, s.26, 78.

Yargıtay uygulaması gereğince, inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olması nedeniyle sözleşmeden dönmenin değil, feshin söz konusu olacağı kabul edilen (feshin ileriye etkili olacağı) hâllerde, iş sahibi cezai şartın ifasını talep edebilecektir. Bu yönde: **15. HD. 04.06.1998, 2081/2403** ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)).

Fakat inşaat sözleşmesinde, cezai şartın sözleşmeden dönme durumunda da ifa edilmesi gerektiği kararlaştırılmışsa, dönme durumunda bile bu cezanın talep edilebileceği kabul edilmektedir. **Dirican**, s.78.

Ayrıca Yargıtay, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının belli bir süreyle sınırlandırıldığı veya belli bir süre geçmesi üzerine sözleşmenin sona ermiş sayılacağı kabul edilen hallerde, dönmeye rağmen, ifaya ekli cezai şartın bu süre için talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bu yönde: **15. HD. 01.10.2004, 4834/4802**: "gecikme cezası olarak kararlaştırılan bedel, akdin ifasına bağlı olup müspet zarar kapsamındadır. Kural olarak akdi fesheden tarafça istenemez. Ne var ki yanların imzaladığı sözleşmede; teslim zamanının geçmesinden sonra 60 gün hitamında akdin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı kararlaştırıldığından davacı iş sahibinin teslim tarihinden itibaren 60 gün geçmedikçe akdi feshetme imkanı bulunmamaktadır. Çünkü davalının temerrüt tarihi akitle teslim tarihinden 60 gün sonrasına bağlanmıştır. Bu nedenle davacı iş sahibi akdi feshedemeyeceği bu 60 günlük dönem için gecikme tazminatı olarak kararlaştırılan cezai şartı talep edebilir." Bu yönde: **13. HD. 04.07.2003, 4811/9158** (Kararlar için bak. [www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)); **15. HD. 25.03.1998, 868/1178** (YKD. 1998, s.1336); **15. HD. 21.04.2004, E. 2003/5058, K. 2004/2275** ([www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr)). **Dirican** (s.80, 81) bu kararları örtülü olarak onaylamaktadır.

Kanaatimce Yargıtay tarafından neden böyle bir sonuca varıldığına ilişkin anlaşılması güçtür. Çünkü sözleşmeyle dönme hakkının kullanılmasının belli bir süre sınırlandırılması mümkün ve geçerlidir. Bu hakkın sınırlandırılmasının, cezai şartın ifasını talep hakkıyla bir ilişkisi yoktur.

<sup>742</sup> **Günay**, s.103. Cezai şart, ancak ifa etmemenin / kötü ifa etmenin borca aykırı olduğu durumlarda talep edilebilir. Bu nedenle temerrüdün doğmasından sonraki dönemde, yüklenicinin ifa etmemesi hukuka uygun hâle gelirse, bu dönem için ceza talep edilemeyecektir. Buna göre, temerrüdün doğduğu dönemde, yüklenicinin BK. m.81 gereğince inşaatı durdurma yetkisi doğarsa, artık bu dönem için cezai şart talep edilemez. Bak. **Dirican**, s.88.

<sup>743</sup> **Tunçomağ** (Cezai Şart), s.19; **Ozanoğlu**, s.76.

<sup>744</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.197, no:692; **Aral**, s.364.

<sup>745</sup> Bak. **Keller/Schöbi**, s.112; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1518; **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.169; **Fischer**, s.56.

edilmemesi<sup>746</sup> veya yapının zamanında ve ayıpsız / eksiksiz olarak teslim edilmemesi durumlarında talep edilebileceği kararlaştırılabilir<sup>747</sup>. Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde cezai şartın hangi borca aykırılık için kararlaştırıldığıнын özenle incelenmesi gerekir. **Gauch**'a göre şüphe halinde, cezai şartın dar yorumlanarak, sadece yüklenicinin temerrüdü için kararlaştırıldığıнын kabulü gerekir<sup>748</sup>. Bunun bir sonucu olarak, iş sahibine kalacak bağımsız bölümlerin zamanında teslim edilmemesi hâlinde meselâ aylık 300 – TL cezanın ödeneceği kararlaştırılan bir sözleşmede, bağımsız bölümler zamanında teslim edilmekle birlikte, ayıplı veya eksik ise ve iş sahibi de bu bağımsız bölümleri ifa olarak kabul etmişse, artık iş sahibi cezai şartı talep edemez. Fakat bu durumda yüklenici temerrüde düşerse, iş sahibi cezai şartı, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarihten, inşaatın hukuken teslim edildiği tarihe kadar geçen dönem için talep edebilecektir. Teslim edilen eserin ayıplı veya eksik olması bu sonucu değiştirmez<sup>749</sup>. Çünkü bu olayda, bağımsız bölümün ayıplı veya eksik olması hâli için herhangi bir ceza koşulu kabul edilmemiştir<sup>750</sup>.

İnşaat sözleşmesinde cezai şart denince, genellikle ifaya eklenen cezai akla gelmektedir<sup>751</sup>. BK. m.158/II hükmüne göre, “*Akđin muayyen zamanda veya meşrut*

<sup>746</sup> Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.669, no:2527.

<sup>747</sup> Fakat cezai şartın inşaatı belli bir tarihte başlanmaması ve ara vadelere uyulmaması durumları için kararlaştırılması da mümkündür. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:695.

<sup>748</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:696 ve s.199, no:699. Bu yönde: **Bucher** (OR AT), s.526.

<sup>749</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:696 ve s.199, no:699; **Gauch** (Fristen und Termine), s.21. Fakat doktrinde yapı kullanma izninin alınmasının da yüklenici tarafından üstlenildiği inşaat sözleşmelerinde, hukukî anlamda teslim gerçekleşse bile, iş sahibinin teslimden bağımsız olarak, iznin alındığı tarihe kadar cezai şart talep edileceği ileri sürülmüştür. **Erman** (İnşaat), s.31. Kanaatimce bu görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü iş sahibi isterse yapı kullanma izni alınmamış bir yapıyı teslim almaktan kaçınabileceğine ve bu olayda cezai şartın, yapının teslim edileceği tarihe kadar istenebileceği kabul edildiğine göre, iş sahibinin teslimden sonra da cezai şartın ifasını talep etmesi yerinde değildir.

Fakat bu olayda cezai şartın, yapının eksiksiz ve ayıpsız olarak teslim edileceği tarihe kadar ödenmesi gerektiği açıkça kararlaştırılmışsa, yazarın belirttiği sonucun kabulü mümkün olabilecektir.

Aksi yöndeki bir Yargıtay kararında ise, gecikme hâlinde cezai şart ödeneceği kararlaştırılan bir inşaat sözleşmesinde, teslim gerçekleşmesine rağmen, sanki ayıplı – eksik ifa durumunda da cezai şart ödenmesi kararlaştırılmış gibi, ayıp – eksiklik giderilene kadar cezai şartın talep edilebileceği sonucuna varılmıştır. [Yargıtay TD. 24.05.1973, 2309/2419, karar için bak. **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.75; **Erman** (İnşaat), s.88, dn.81].

<sup>750</sup> Aynı şekilde cezai şart teslim edilen yapının ayıplı veya eksik olması durumu için kararlaştırılmışsa, yüklenici temerrüde düşse bile, teslim gerçekleşmediği sürece cezai şart talep edilemez. Bu olayda kararlaştırılan cezanın temerrütle bir ilgisi yoktur.

Fakat cezai şartın en geniş anlamda, hem zamanında teslim edilmeme, hem de ayıplı / eksik ifa edilme durumunda ödenmesi gerektiği kararlaştırılmışsa, yüklenicinin temerrüde düşmesi halinde ceza talep edilebilir. Fakat inşaat zamanında teslim edilmekle birlikte ayıplı veya eksik ise, cezai şart yine de talep edilebilecektir.

<sup>751</sup> Borçlar Kanununa göre cezaî şart, ifa yerine geçen, ifaya eklenen cezaî şart ve dönme cezası olmak üzere üçe ayrılır. Bak. **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.333 vd; **Fischer**, s.57; **Koller** (Konventionalstrafe), s.20, no:62 ve özellikle s.29, no:97; **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.164 vd; **Dirican**, s.27; **Eren** (Genel Hükümler), s.1136; **Günay**, s.78 vd; **Kocaağa** (Cezaî Şart), s.146; **Tunçomağ** (Cezaî Şart), s.44.

İnşaat sözleşmesinde her üçünün de kararlaştırılması mümkündür. İncelenen başlıktaki cezai şart türü ifaya eklenen cezai şarttır. Buna göre, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine aynen ifanın talep edilmesi durumunda cezai şartın da istenebilmesi, ifaya ekli cezai şartın varlığını zorunlu kılar.

*mahalde icra edilmemesi halinde tediye olunmak üzere cezai şart kabul edilmiş ise, alacaklı hem akdin icrasını hem meşrut cezanın tediyesini talep edebilir*". Buna göre, inşaatın zamanında tamamlanarak teslim edilmemesi hâlinde<sup>752</sup> yüklenicinin belli bir ödemede (para veya başka bir ek borç<sup>753</sup>) bulunacağına veya bazı haklarını kaybedeceğinin (meselâ gecikme durumunda toplam bedelden günlük belli bir oranda indirim yapılacağına<sup>754</sup>) kararlaştırılması durumunda ifaya ekli cezaî şartın söz konusu olduğu kabul edilmektedir<sup>755</sup>.

---

İfa yerine geçen cezai şart ise, BK. m.158/1'de düzenlenmiştir. Buna göre, "*akdin icra edilmemesi veya natamam olarak icrası halinde tediye edilmek üzere cezai şart kabul edilmiş ise, hilâfına mukavele olmadıkça, alacaklı ancak ya akdin icrasını veya cezanın tediyesini isteyebilir.*" Bu hükümden geçen cezai şart türünde alacaklı, kural olarak ya edimin ya da cezai şartın ifasını talep edebilecektir. İş sahibi aynen ifadan geçerli olarak vazgeçer ve müspet zararının tazminini talep ederse, ifa yerine geçen cezai şartı talep edebilir. Karş. **Koller** (Konventionalstrafe), s.32, no:105; **Dirican**, s.28, 29.

Dönme cezası ise, sözleşmeden haklı sebep olmaksızın dönen tarafın, diğerine belli bir ödemede bulunmayı üstlenmesidir. **Dirican**, s.31.

Bu cezai şartın türlerinin tamamının çalışmamızda incelenmesi mümkün olmadığından, incelememiz sadece ifaya ekli cezai şartla sınırlı tutulmuştur.

<sup>752</sup> Zamanında ifa edilmeme durumunda ifa yerine geçen cezai şartın kararlaştırılması da mümkündür. Meselâ zamanında ifa edilmeme durumunda, iş sahibinin ya akdin ifasını ya da eksik kalan işlerin bedelinin iki katını cezai şart olarak talep edebileceğinin kararlaştırılmasında böyle bir ihtimal bulunmaktadır. Karş. **Dirican**, s.33 ve s.39; **Ozanoğlu**, s.94 vd.

Ayrıca inşaatın ayıplı veya eksik olarak teslim edilmesi durumunda cezai şart ödeneceği de kararlaştırılabilir. Bu durumda kural olarak ifa yerine geçen cezai şartın bulunduğu kabul edilmelidir. Fakat iş sahibinin hem cezai şartın ifasını hem de ayıbın/eksiğin giderilmesini talep edip edemeyeceği, sözleşmenin yorumuna bağlı olarak belirlenecek bir husustur. Meselâ inşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi durumunda, iş sahibinin ayıp giderilene kadar belli bir miktar para talep edebileceği kararlaştırılmışsa, artık hem ayıbın giderilmesinin hem de cezai şartın ifasının talep edilebileceği kabul edilebilir. Fakat bu olayda iş sahibinin ayıbın giderilmesi için gereken masrafların iki katı tutarında cezai şart talep edebileceği kararlaştırılmışsa, artık iş sahibinin ya ayıbın giderilmesini ya da ayıbın giderilmesi için gereken masrafların iki katını talep edebileceği kabul edilmelidir.

Bu nedenle inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkan cezai şart konusunda öncelikle, bu cezai şartın hukukî niteliğinin belirlenmesi gerekir. Bu nedenle kanaatimce bir arsa payı karşılığında inşaat sözleşmesinde "yüklenici bağımsız bölümleri tamamlayamazsa bağımsız bölüm başına 1.000 – TL ceza ödeyecektir" biçimindeki kaydın, ifa yerine geçen cezai şart olarak yorumlanması her zaman mümkün değildir. Çünkü inşaatın meselâ yarısının yapılmış olması durumunda, yüklenicinin bağımsız bölüm başına sadece 1.000 – TL ödeyerek borcundan kurtulması hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle ceza koşulunun niteliğinin belirlenmesinde sözleşmenin tamamı ve özellikle ceza olarak kararlaştırılan tutarın miktarı da dikkate alınmalıdır. Karş. **Dirican**, s.33.

Gecikme durumunda ödenmesi gereken cezai şartın süreyle paralel olarak artmasının kararlaştırılması hâlinde, ifaya ekli cezai şartın bulunduğu kesin olarak kabul edilebilirken, aksi hâlde ifaya ekli cezai şartın mı, yoksa ifayı önleyen cezai şartın mı bulunduğu tespit, somut olayın özelliklerine ve tarafların farazi iradelerine dayanılarak yapılacak bir değerlendirmeye tespit edilmelidir. Bu konuda **Koller** (Konventionalstrafe), s.30, no:100.

<sup>753</sup> Cezai şartın para olarak kararlaştırılması zorunlu değildir. **Bucher** (OR AT), s.522; **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:694; **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.167, dn.190; **Kocağa** (Cezaî Şart), s.106 vd.

<sup>754</sup> Gecikme durumunda toplam bedelden belli bir oranda indirim öngörün kayıtların cezai şart niteliği taşıyıp taşımadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu tip kayıtların da cezai şart niteliği taşıdığı, en azından cezai şarta ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanabileceği yönünde: **Fischer**, s.56, dn.177; **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:694; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.334, no:4007; **Gauch** (Fristen und Termine), s.20, dn.77 ve buna bağlı metin; **Huguenin** (OR AT), s.185, no:1182; **Oğuzman/Öz**, s.901; **Öz** (İnşaat), s.139.

Aksi görüşte: **Koller** (Konventionalstrafe), s.10, no:10; **Bucher** (OR AT), s.522; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.858.

Kanaatimce bu tip kayıtların da ifaya ekli cezai şart niteliğinde sayılmaması için haklı bir neden bulunmamaktadır. Zira BK. m.160/1 hükmünde, sözleşmeden dönme hâlinde kısmen yapılmış olan

Cezaî şart, yapının zamanında teslim edilmemesi durumunda, saatlik, günlük, haftalık veya aylık belli bir miktarın ödenmesi biçiminde kararlaştırılabileceği gibi<sup>756</sup>, tek bir miktar olarak da kararlaştırılabilir<sup>757</sup>.

## B. Cezai Şart Talebinin Koşulları

Yüklenicinin temerrüde düşmesi hâlinde<sup>758</sup> iş sahibinin cezai şart talebinde bulunabilmesi, öncelikle zamanında teslim edilmeme durumunda cezai şartın talep edilebileceğine ilişkin bir sözleşme hükmünü gerektirir<sup>759</sup>.

---

ifanın alacaklıda kalacağına ilişkin kayıtların cezaî şarta ilişkin hükümlere tâbi olduğu kabul edilmiştir. Karş. **Ehrt/BaslerKomm**, s.795, no:1 **Kocağa** (Cezaî Şart), s.67; **Tunçomağ** (Cezaî Şart), s.13.

<sup>755</sup> Karş. **Gauch** (Fristen und Termine), s.20; **Erman** (İnşaat), s.79. Cezai şarta ilişkin hükümlerin İsviçre Hukukundaki tarihi gelişim süreci hakkında bak. **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.163 vd.

<sup>756</sup> İnşaat sözleşmelerinde çoğunlukla bu tip (süreye bağlı olarak artan) cezai şart kararlaştırılır. **Koller** (Konventionalstrafe), s.47, no:163. Kanaatimce aşırı yüksek olan cezai şartın indirilmesinde, zamanla artan cezai şartın toplamının değil, meselâ aylık tutarının fahiş olup olmadığı incelenmelidir. Diğer bir ifadeyle, meselâ aylık 1.000 – TL cezai şart ödeneceği kararlaştırılan bir inşaat sözleşmesinde, cezai şartın fahiş olup olmadığı, aylık tutarın fahiş olup olmadığına bakılarak tespit edilmelidir. Yoksa meselâ yüklenicinin temerrüdü 4 yıl sürmüştü, 4 yıllık toplam ceza miktarının (48.000 – TL) fahiş olup olmadığı incelenmemelidir. Aksi görüşte: **Dirican**, s.99.

<sup>757</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.197, no:693; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1518; **Riemer** (Konventionalstrafen), s.443. Büyük inşaat işlerinde gecikme hâlinde yüklenicinin, toplam iş bedelinin günlük olarak meselâ % 0,2'si ile %1'i arasında bir bedel ödeyeceğinin kararlaştırıldığı ve sıklıkla bu tip kayıtlar bulunan sözleşmelerde toplam cezai şarta meselâ %5 veya %10 gibi bir üst sınır çizildiği görülmektedir. Bak. ve karş. **Koller** (Konventionalstrafe), s.44, no:150; **Gehrer** (Bauvertägen), s.113; **Gauch** (Fristen und Termine), s.20; **Vygen / Schubert / Lang**, s.31, no:51.

<sup>758</sup> **Erman** ise [(İnşaat), s.80] cezai şartın, temerrüdün doğumuyla değil, borcun muaccel olmasıyla başlayacağını ileri sürmüştür. Yazara göre, yükleniciyi “temerrüde düşürmek için gerekli ihtar yapılmaya bile, teslim gününün geçmesiyle ceza işlemeye başlar.” [Bu görüşte: **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.172, 173; **Günay**, s.105; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.94; **Ozanoğlu**, s.106]. **Dirican** (s.69) ise, cezai şartın temerrüdün doğumuyla birlikte muaccel olacağını kabul etmesine rağmen, verdiği örnekte, cezai şartın temerrüdün doğumundan önce talep edilebileceğini belirtmiştir.

Kanaatimce bu görüş yerinde değildir [Bu yönde: **Bucher** (OR AT), s.526; **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:696; **Huguenin** (OR AT), s.186, no:1189. **Ehrt/BaslerKomm**, s.792, no:15]. Yüklenici ancak temerrüde düşmesinden sonraki döneme ilişkin cezai şarttan ve gecikme tazminatından sorumlu olabilir. Çünkü cezai şartın muacceliyeti, temelde borçlunun borca aykırı bir davranışını gerektirir. Asıl borcun ifasında temerrüde düşülmemesi durumunda borca aykırılıktan bahsedilemez. Ayrıca Erman'ın metnini verdiği Yargıtay kararı ise, kabul ettiği görüşünün tam tersi istikamettir.

Kabul ettiğimiz görüşün sonucu ise, cezai şartın yüklenicinin temerrüdüyle birlikte muaccel olmasıdır. Diğer bir ifadeyle toptan ödenmesi gereken ifaya ekli cezai şart yüklenicinin temerrüdünün doğumuyla birlikte, gecikme süresine bağlı olan cezai şart ise, kararlaştırılan sürenin dolmasıyla tedricî olarak muaccel olacaktır. Bu nedenle **Dirican**'ın (s.84) ifade ettiğinin aksine, toptan ödenmesi gereken cezai şartın muaccel olması için, temerrüt üzerine iş sahibinin bir beyanı (talebi) gerektirmez. Böyle bir beyan (talep) olsa olsa cezai şartın ifasında temerrüt için gerekebilir.

<sup>759</sup> **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.144, 145. Asıl borcu doğuran sözleşme geçerlilik bakımından belli bir şekilde yapılmak zorundaysa, cezai şarta ilişkin anlaşmanın da bu şekilde yapılması gerekir. Buna göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sonradan cezai şart kararlaştırılacaksa, bunun resmi biçimde yapılması gerekir. **Schwenzer**, (OR AT), s.472, no:71.05; **Keller/Schöbi**, s.111; **Gauch/Schluep/ Schmid/Rey**, s.335, no:4012; **Ehrt/BaslerKomm**, s.791, no:11 **Fischer**, s.56; **Eren** (Genel Hükümler), s.1135; **Oğuzman/Öz**, s.902; **Ozanoğlu**, s.75; **Dirican**, s.19. Aksi görüşte: **Bucher** (OR AT), s.524

**YHGK. 19.03.2003, 15–124/175**: “... Geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı bulunan bir sözleşmenin değiştirilmesi de resmi şekle tabidir. Diğer bir anlatımla, bir sözleşme hangi şekilde yapılmışsa ancak o şekilde değiştirilebilir. Cezai şarta ilişkin sözleşme yapılması, asıl sözleşmenin değiştirilmesi niteliğindedir. Bu nedenle cezai şarta ilişkin sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekir. Geçersiz bu sözleşmeye dayanarak cezai şart istenemez... taraflar eser sözleşmesini resen düzenleme şeklinde yapmış olmakla, o sözleşmedeki edime ilişkin cezai şartı içerecek sonraki sözleşmenin de aynı şekilde yapılacağını kararlaştırmış sayılırlar. Eş söyleyişle, burada eser

Böyle bir hükmün bulunması hâlinde, yüklenicinin temerrüde düşmesi, cezai şartı muaccel hâle getirir<sup>760,761</sup>. Yukarıda da belirtildiği gibi, zamanında teslim edilen inşaatın ayıplı veya eksik olması ise, açıkça bu konu için cezai şart kararlaştırılmamış olması koşuluyla, cezai şartın ödenmesini gerektirmez. Fakat ayıpsız / eksiksiz yapının zamanında teslim edilmemesi hâli için cezai şart kararlaştırılmışsa, zamanında teslim edilen inşaatın ayıplı / eksik olması hâlinde bile cezai şart talep edilebilir. Bu durumda cezai şart ayıplar / eksiklikler giderilene kadar talep edilebilir.

Doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimce hâkim görüşe uygun olarak, cezai şartın talep edilebilmesi için, aksi sözleşmede kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamamış olması gerekir<sup>762,763</sup>.

---

*sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulduklarının kabulünü gerektirir..."* (www.kazanci.com.tr). Aksi görüşte: **Kocaağa** (Cezai Şart), s.129; **Dirican**, s.20."

**15. HD. 29.11.2001, 3664/5516:** "Dava, eser sözleşmesine dayalı ifaya ekli cezanın tahsili istemine ilişkindir. Davada, sonradan adiyen yapılan protokolde belirlenen ifaya ekli ceza istenmiştir. Düzenleme şeklinde yapılmayan bu protokol, yüklenicinin durumunu sonradan ağırlaştırdığı için kural olarak geçersiz ise de, davacıların bu protokole dayanarak yaptıkları itiraza uğramayan icra takipleri sonucu istedikleri önceki döneme ilişkin cezalar, davalı yüklenici tarafından kabul edilerek ödendiğinden, bu protokolün artık yüklenici tarafından ifa suretiyle benimsendiği aşikârdır. Bu durumda, protokolün geçersizliği savunması, objektif iyiniyet kuralıyla bağdaşmaz." (**Dirican**, s.19, dn.53).

Kanaatimce aynı şekilde şekle tabi olmayan bir sözleşme taraflarca yazılı olarak yapılmışsa, daha sonra cezai şart kararlaştırılması da bu şekle tabidir.

<sup>760</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:695; **Bucher** (OR AT), s.526. Fakat uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi cezai şartın, temerrüdün oluşması üzerine derhâl değil, belli bir sürenin (Gnadenperiode) dolmasından sonra istenebilir olduğu da kararlaştırılabilir. Meselâ cezai şartın, ilk üç aylık gecikmeden sonra talep edilebileceğinin kararlaştırılmasında olduğu gibi. **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1518, dn.5. Bu tür hükümler bulunan sözleşmelerde, aksi açıkça kararlaştırılmadıkça iş sahibinin, cezai şartın talep edilemeyeceği dönemde gecikme tazminatı talep etmesi mümkündür. Çünkü bu hüküm, sadece cezai şartın belli bir süre talep edilemeyeceğine ilişkindir, yoksa gecikme tazminatının değil.

<sup>761</sup> Çalışmamızda kabul edildiği üzere, inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple belli bir süre durması, inşaat süresini her zaman uzatmaz. Sürenin uzaması için bu sebebin, zamanında tamamlamayı önlemesi de (fiilen etkilemesi) gerekir. Meselâ inşaat süresinin çok uzun olduğu bir inşaat sözleşmesinde planların iş sahibince bir ay gecikmeli olarak teslim edilmesine rağmen, dürüstlük kuralları gereğince yüklenicinin işi hızlandırarak zamanında tamamlama yükümlülüğü bulunuyorsa, yüklenicinin inşaatı bu zamanda tamamlamaması onu temerrüde düşürür ve yüklenici gecikme tazminatı ile cezai şarttan sorumlu olur. Bu durumda **Koller'e** göre, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeple inşaatın durduğu döneme ilişkin gecikme tazminatı veya cezai şartın (toplam tutardan) tenkis edilmesi yerinde olur. Çünkü iş sahibine yüklenebilen bir sebebin sorumluluğu, yükleniciyi sorumluluk altına sokmamalıdır. **Koller** (Konventionalstrafe), s.60, dn:135.

Kanaatimce bu sonucun kabulü mümkün değildir. Çünkü inşaatın, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan bir sebeple durması hâlinde kural olarak inşaat süresi uzar. İnşaat süresinin uzamaması, yüklenicinin üzerine düşen külfetleri / borçları (bildirimde bulunma veya inşaatı hızlandırma gibi) yerine getirmemesine bağlıdır. Görüldüğü gibi bu durumda iş sahibinin sorumluluğunun yüklenici üzerine geçişi, yüklenicinin bir borca aykırı davranışına veya külfet niteliğindeki davranışı yerine getirmemesine dayanmaktadır. Bu nedenle söz konusu yasal sonucun hakkaniyete aykırı olarak nitelendirilmesi yerinde değildir.

<sup>762</sup> Bu görüşte: **von Büren**, (OR AT), s.409; **von Büren** (OR BT), s.146; **Huguenin** (OR AT), s.186, no:1190; **Gauch** (Werkvertrag), s.198, no:697; **Gauch** (Fristen und Termine), s.21; **Bucher** (OR AT), s.526; **Koller** (Konventionalstrafe), s.23, no:74 ve özellikle s.47, 159; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1518; **Ehrat/BaslerKomm**, s.791, no:14; **Keller/Schöbi**, s.114; **Ziegler** (Kostkiewicz/Bertschinger /Schwander), s.147; **Schwenzer**, (OR AT), s.472, no:71.08; **Dürr**, s.46; **Stotz**, s.44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.360; **Erman** (İnşaat), s.80; **Öz** (Dönme), s.297; **Öz** (İnşaat), s.138; **Dirican**, s.34; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.868; **Günay**, s.118; **Kocaağa** (Cezai Şart), s.170; **Oğuzman/Öz**,

Cezai şartın talep edilebilmesi için, iş sahibinin gecikme nedeniyle bir zarara uğramasına ve bunu kanıtlamasına gerek bulunmamaktadır (BK. m.159/I)<sup>764</sup>. İş sahibi gecikme nedeniyle uğradığı zararın, kararlaştırılan cezai şarttan daha fazla olduğunu iddia ve ispat edebilirse, Borçlar Kanununun 159. maddesinin ikinci fıkrasına göre yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olduğunu kanıtlaması kaydıyla<sup>765</sup>, bunu da talep edebilir<sup>766,767</sup>.

---

s.909; **Tunçomağ** (Cezai Şart), s.102; **Aral**, s.364; **Ozanoğlu**, s.107; **Uçar** (Teslim), s.551; **Ekinci**, s.23.

Bu yöndeki eski tarihli çeşitli Yargıtay kararları için bak. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.72.

Fakat **Gauch**'un da kanaatimce haklı olarak belirttiği gibi, inşaat sözleşmesinde yüklenici için kusursuz sorumluluk kabul edilmişse, bu cezai şart için de geçerlidir [**Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:698. Bu yönde: **Dirican**, s.99]. Ayıplı teslim için kararlaştırılan cezai şart için de bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.669, no:2529. Buna göre, cezai şartın yüklenicinin temerrüdü için değil de, yapının ayıplı olması hâlinde ifası gerektiği kararlaştırılmışsa, yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun aksine, yüklenici yapının ayıplı olmasında kusuru bulunmadığını kanıtlayarak, işbu cezayı ifa etmekten kurtulabilir (karş. BK. m.161/II).

Yüklenici, meselâ hastalandığı için inşaatı zamanında tamamlayamadığını iddia ve ispat edebilirse, yüklenicinin temerrüdü ortaya çıkmakla birlikte, cezai şart ve gecikme tazminatı talep edilemeyecektir. **Koller** (Konventionalstrafe), s.61, no:213. Fakat yüklenici daha sonra (meselâ örnekteki olayda iyileşmesinden sonra uygun bir süre içinde) kusurlu olarak inşaatı tamamlayamazsa, cezai şartın bu ikinci dönem için talep edilmesi mümkündür. **Koller** (Konventionalstrafe), s.62, no:216 ve özellikle s.62, no:219'da verilen örnek; **Koller** (Vorbekaltserfordernis), s.1518, dn.6. Karş. **Dirican**, s.103, 104; **Ozanoğlu**, s.110.

Aksi görüşteki **Schumacher**'e göre [(SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.318] yüklenici, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak cezai şartı ödemekten kurtulamaz. Türk hukukunda **Eren** de bu görüştedir. **Eren** (Genel Hükümler), s.1139. Bu görüşte: **Zevkiler** (Pratik), s.503.

<sup>763</sup> Bunun sonucu olarak da özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın zamanında tamamlanmasına ve yapı kullanma izni alınması için idareye zamanında başvurulmasına rağmen, yapı kullanma izninin **sadece idareden kaynaklanan sebeplerle** gecikmesi durumunda, yüklenicinin gecikmede kusuru bulunmayacağından, yüklenicinin cezai şarttan sorumlu olmayacağı kabul edilmelidir.

<sup>764</sup> **Bucher** (OR AT), s.527; **Koller** (Konventionalstrafe), s.25, no:86; **Gauch** (Fristen und Termine), s.21; **Mabillard**, s.549; **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.173; **Fischer**, s.158; **Dirican**, s.35.

<sup>765</sup> Fakat yüklenicinin kusursuz olarak sorumlu tutulduğu durumlarda, ayrıca kusurunun ispatına gerek yoktur. **Koller** (Konventionalstrafe), s.40, no:137 vd; **Dirican**, s.37.

<sup>766</sup> Meselâ gecikme hâlinde yüklenicinin bağımsız bölüm başına meselâ aylık 300 – TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış, fakat iş sahibinin uğradığı yoksun kalınan kazanç 500 – TL ise, iş sahibi cezai şart olarak alacağı 300 – TL yanında, bunu aşan 200 – TL gecikme zararının tazminini de talep edebilir.

Bu durumda aksi kararlaştırılmadıkça iş sahibi cezai şartı ve sadece cezai şartı aşan zararının tazminini talep edebilir [**Bucher** (OR AT), s.531; **Koller** (Konventionalstrafe), s.36, no:119; **Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:698; **Gauch** (Fristen und Termine), s.21; **Erman** (İnşaat), s.88; **Dirican**, s.36 ve s.123 vd]. Diğer bir ifadeyle tarafların cezai şartın, gecikme tazminatının yanında ayrıca ifa edilmesinin gerektiğini kararlaştırmaları kural olarak mümkün ve geçerlidir. Bu durumda iş sahibi cezai şartı ve gecikme tazminatının tamamını talep edebilecektir. Aynı esas, aynen ifadan vazgeçilmesi durumunda da geçerlidir. Bu yönde: **Koller** (Konventionalstrafe), s.37, no:135, 136; **Dirican**, s.17.

Bunun yanında yüklenicinin cezai şartı aşan zarardan sorumlu olmayacağı, iş sahibinin bunu talep edemeyeceği de kararlaştırılabilir. Fakat bu tip sorumluluk sınırlayıcı anlaşmaların geçerliliği, BK. m.99 ve 100 hükümlerine bağlıdır. [**Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:689 ve s.201, no:711].

<sup>767</sup> Çalışmamızda kabul edildiği üzere, cezai şartın para olarak belirlenmesi zorunlu değildir. Meselâ yüklenicinin bazı menfaatlerini kaybetmesi de cezai şarta ilişkin hükümlere tâbidir. Bu durumlarda da iş sahibi, bu ceza tutarını aşan zararının tazminini talep edebilir.

İfaya ekli cezai şart, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile işlemeye başlar ve kural olarak teslim kadar devam eder<sup>768</sup>. Teslimin nasıl gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, BK. m.97/II gereğince inşaatın başka bir yüklenici tarafından tamamlanmasını talep eder ve tamamlatırsa, artık teslimin bu biçimde (ve bu tarihte) gerçekleştiği kabul edilmelidir.

**Cezai şart alacağının faizi**, cezai şart alacağı tek bir edimden oluşuyorsa, kanaatimce yüklenicinin temerrüdüyle birlikte bu alacak da muaccel olacak<sup>769</sup> ve ayrıca ihtara gerek olmaksızın yüklenici temerrüde düşecektir<sup>770</sup>. Çünkü bu durumda temerrüt ya belirli vadenin bulunmasıyla doğar –ki bu durumda cezai şart alacağının doğum tarihi de belirli vade biçiminde belirlenmiştir. Ya da yüklenicinin temerrüdü ihtarla doğar. Bu durumda da cezai şart alacağının ifasında temerrüdün ihtarla birlikte oluşacağı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, her iki durumda da iş sahibinin cezai şart alacağıyla birlikte, temerrüdün doğumuyla birlikte temerrüt faizi de talep edilebilir.

Aynı şekilde gecikmenin süresine göre artan orandaki cezai şartın da, her bir ayın veya günün sonunda muaccel olduğu ve ayrıca ihtara gerek olmaksızın temerrüdün doğacağı kabul edilmelidir<sup>771</sup>.

Teslim gerçekleşmişse, yüklenicinin temerrüdüne bağlanan cezai şartın<sup>772</sup> talep edilebilmesi, bu hakkının saklı tutulmuş olmasına bağlıdır (BK. m.113)<sup>773</sup>. Diğer bir

<sup>768</sup> Sözleşmeyle yapının ayıplı veya eksik olması durumunda cezai şart ödeneceği açıkça kararlaştırılmışsa, ifaya ekli cezai şart teslimden sonra da (bunlar giderilene kadar) talep edilebilir.

<sup>769</sup> Süreye bağlı olarak artan cezai şart ise, bu süreye bağlı olarak muaccel olacaktır. **Ozanoğlu**, s.101.

<sup>770</sup> Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.380, no:25.

<sup>771</sup> Bu yönde: **13. HD. 15.04.2003, 78/4622**: “Davacı idare cezai şart alacağına 12.1.2000 tarihinden itibaren faiz işletilmesini talep etmiş, mahkemece ihtar olmadığından faiz başlangıcı dava tarihi olarak alınmıştır. Kira sözleşmesinde kira akti yenilenmediği takdirde taşınmaz boşaltılmaz ise günlük kira miktarının 4 katı tutarı cezai şart ödenmesi kararlaştırılmıştır. Kira sözleşmesinin yenilenmeyeceği ve dönem sonunda teslimi talep edildiğine göre kira sözleşmesi süresi sona erdiğinde davalılar tahliye edinceye dek cezai şartı ödemekle yükümlüdürler. Ödenmesi gereken ceza şart hesabında kira miktarı baz olarak alındığından ödenmesi gereken cezai şartın her bir ödeme dönemi dikkate alınarak kendi ödeme döneminden itibaren faiz işletilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>772</sup> **Gauch**'a göre, teslim edilen yapının ayıplı olması hâlinde ödenmesi kararlaştırılan cezai şartın (Konventionalstrafe für die Ablieferung eines mangelhaften Werkes) talep edilebilmesi için, iş sahibinin teslim sırasında ihtirazi kayıta bulunmasına gerek yoktur. Çünkü bu ihtimalde cezai şartın temerrütle bir ilişkisi bulunmadığı gibi, cezai şart ancak teslimden sonra muaccel olacağı için ihtirazi kayda ihtimal dâhi yoktur. [Bu yönde: **Koller** (Konventionalstrafe), s.28, no:93 ve s.48, no:167]. Fakat yapının zamanında ve ayıpsız olarak teslim edilmemesi hâlinde cezai şartın ödenmesinin kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde ise (Konventionalstrafe bei nicht rechtzeitig Ablieferung eines mangelfreien Werkes) yazara göre ikili bir ayırım yapılmalıdır. Buna göre yapı zamanında teslim edilmiş, fakat ayıplı ise iş sahibinin ihtirazi kayıt ileri sürmesine gerek yoktur. Bu ihtimalde iş sahibi, zamanında teslim edilen yapıdaki ayıplar giderilene kadar cezai şartı talep edebilir. Fakat yapı gecikmeli olarak teslim edilmişse, cezai şartın istenebilmesi için, teslim sırasında ihtirazi kayda gerek vardır. Yazar bu sonuncu ihtimalde yapının ayıplı veya ayıpsız olması arasında bir ayırım yapmamaktadır [**Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:708]. Kanaatimce aynı sonuç, yapının eksiksiz olarak teslim edilmemesi hâli için cezai şart ödenmesinin kabul edildiği hâllerde de kabul edilmelidir.

<sup>773</sup> İş sahibi cezai şartı saklı tutma beyanını, bunu (cezai şartı) talep ederek veya daha sonra talep edeceğini belirterek yapar. Bu beyan, geçerlilik bakımından herhangi bir biçimde yapılmasına bağlı değildir. İş sahibi bu hakkını, bedel borcuyla takas hakkını kullanarak da ileri sürebilir (Bu yönde: BGE 97 II 352, **Koller** (Konventionalstrafe), s.49, no:170 ve s.50, no:172; **Dirican**, s.74.

ifadeyle teslim sırasında işlemiş cezai şart alacağıın saklı tutulmaması, iş sahibinin bu alacaktan feragat etmiş sayılması (varsayım) sonucunu doğurur<sup>774</sup>. Bu nedenle hakkın düştüğü, bir itiraz nedeni olarak yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir ve mahkemece kendiliğinden dikkate alınır<sup>775</sup>. Teslimin gerçekleşmesinden sonra cezai şartın saklı tutulduğunu iddia ve ispat etme külfeti, bundan lehine haklar çıkaran iş sahibine aittir<sup>776</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi ihtirazî kaydı ispat edemezse, cezai şartın düşeceği kabul edilmelidir.

Yüklenicinin temerrüdüne bağlanan cezai şartın saklı tutulmasına ilişkin bu beyan, kural olarak en geç teslim sırasında yapılmalıdır<sup>777</sup>. Fakat inşaat sözleşmesinde teslim, yüklenicinin bildirimle veya bildirim olmaksızın inşaatı tamamlayarak arsayı terk etmesiyle gerçekleşmişse ihtirazi kaydın, teslimden sonra mümkün olan en kısa süre (uygun bir reaksiyon süresinin) içinde gecikmeksizin yapılması gerekir<sup>778</sup>.

<sup>774</sup> **Bucher** (OR AT), s.529; **Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:700; **Gauch** (Fristen und Termine), s.22; **Koller** (Konventionalstrafe), s.28, no:93 ve özellikle s.48, no:165; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1518 vd; **Fischer**, s.57; **Erman** (Inşaat), s.86; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.76; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.151; **Dirican**, s.30, 73; **Tunçomağ** (Cezai Şart), s.115.

İş sahibinin teslim sırasında cezai şarttan açıkça veya ihtirazi kayıta bulunmamak suretiyle örtülü olarak feragat etmesi, sadece cezai şartı ortadan kaldırmaz. Fakat bu durumda iş sahibinin miktarını kanıtlaması koşuluyla, yüklenicinin temerrüdünün doğumundan itibaren uğradığı bütün gecikme zararını, zamanaşımı süresi içinde her zaman mümkündür [**Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:707. Karş. **Erman** (Inşaat), s.87; **Dirican**, s.7].

**15. HD. 01.07.2002, 1288/3576:** "... ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeyen eser teslim alındığından, cezai şart istenemez. Eser sözleşmelerinde -kararlaştırılmış olmasa bile- gecikme nedeniyle arsa sahibinin meydana gelen herhangi bir zararı varsa, bu zararın karşılanması gerekir. Somut olayda davacı arsa sahibinin zararı, işin gecikmesi nedeniyle, kendisine isabet eden bağımsız bölümleri kiraya verememesinden kaynaklanan kira kaybı zararındır. Bu itibarla, işin teslimi gereken 2.1.2000 tarihinden itibaren, taleple bağlı kalınarak, davacıya ait bağımsız bölümlerin rayice göre kira getirisinin hesaplanarak..." (www.kazanci.com.tr).

Temerrüt esnasında taraflar yeni bir sözleşme yaparak, yeni bir teslim tarihi belirlerlerse, aksi kararlaştırılmadıkça iş sahibinin işlemiş cezai şart alacağından ve gecikme tazminatından vazgeçtiği kabul edilmelidir. **Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:707.

<sup>775</sup> **15. HD. 10.11.1977, 1906/2037:** " (İfaya ekli cezai şartın) davada ileri sürülmesi bir yana, saklı tutma hakkı yenilik doğuran bir hak olup ... hâkim bu yönü görevinden ötürü göz önünde bulundurur." (**Karahasan**, s.605).

<sup>776</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.52, no:183, 184; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1519; **Gauch** (Fristen und Termine), s.22; **Dirican**, s.75.

<sup>777</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:701; **Bögli**, s.102, no:181; **Dirican**, s.74. Cezai şartın saklı tutulması zorunluluğu emredici bir nitelik taşımadığından, tarafların ihtirazi kayıt ileri sürülmesini teslimden daha sonraki bir aşamaya çekmeleri mümkün ve geçerlidir. **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1519.

Teslim edilen yapının ayıplı olması da, zamanında ifa edilmemeye bağlanan cezai şartın talep edilmesi için gereken saklı tutma beyanının bu anda yapılması zorunluluğunu ortadan kaldırmaz. Diğer bir ifadeyle, yapının zamanında teslim edilmemesi için cezai şart kararlaştırılmışsa, teslim edilen yapı ayıplı olsa bile, iş sahibinin cezai şart alacağını saklı tutması gerekir. İsviçre Federal Mahkemesi doktrinde eleştirilen bir kararında (BGE 97 II 352), temerrüt için cezai şart kararlaştırılan ve yapıda gizli ayıp bulunan hâllerde, ayıptan doğan hakların zamanaşımı süresi dola kadar ihtirazi kaydın ileri sürülebileceği kabul etmiştir. Federal mahkemenin bu kararına göre yüklenici, ihtirazi kaydın teslim sırasında ileri sürülmediğine dayanarak cezai şartı ödemekten kurtulamaz. Karara konu olan olayda, yapının zamanında teslim edilmemesi için cezai şart kararlaştırıldığından, cezai şartın saklı tutulma anı, en geç teslim olacaktır. Yapının ayıplı olup olmaması ise bu konuda etkili değildir. Karş. **Bögli**, s.102, dn.533.

<sup>778</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.56, no:194; **Koller** (Vorbehaltserfordernis), s.1519; **Gauch** (Werkvertrag), s.199, no:701; **Gauch** (Fristen und Termine), s.22; **Dirican**, s.77.



İnşaatin tamamlanmasının ardından iş sahibi ile yüklenicinin yapıyı birlikte gezmeleri ve teslimin bu biçimde gerçekleşmesi durumunda, cezai şart alacağının saklı tutulduğuna ilişkin ihtirazi kayıt bu sırada derhal ileri sürülmelidir.

Sözleşmeyle yapının kısım kısım teslim edileceği kararlaştırılmış veya böyle bir anlaşma bulunmamasına rağmen yapı iş sahibinin rızasıyla fiilen kısım kısım teslim edilmişse, her bir kısma ilişkin ihtirazi kayıt, ilgili kısmın teslimi sırasında yapılmalıdır<sup>779</sup>.

Teslim sırasında ihtirazi kayıt ileri sürülmemesine rağmen, şu üç hâlde cezai şart alacağının düşmeyeceği genel olarak kabul edilmektedir<sup>780</sup>. Buna göre ilk olarak, iş sahibi teslimden önceki aşamada<sup>781</sup> zaten cezai şartı talep etmiş<sup>782</sup> veya iş sahibi bu alacağı için takas hakkını kullanmışsa<sup>783</sup>; ikinci olarak ise temerrüdün doğumundan sonra taraflar ödenmesi gereken cezai şartın miktarı konusunda anlaşmışlarsa, artık teslim sırasında ihtirazi kayda gerek bulunmamaktadır. Son durum ise, sözleşmeyle bu külfetin ortadan kaldırılmasıdır<sup>784</sup>. Bu üç durumda, iş sahibinin teslim sırasında cezai şartı talep ettiğini belirtmesine gerek yoktur.

#### **Gecikme tazminatının miktarının sözleşmeyle götürü olarak belirlenmesi**

Borçlar Kanununda gecikme tazminatının miktarının sözleşmeyle baştan belirlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, nasıl ki sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleşmesinden sonra tarafların, ödenmesi gereken tazminatın veya uğranılan zararın miktarını belirlemelerinin mümkün ve geçerli olduğu kabul ediliyorsa; aynı şekilde gecikme tazminatının miktarının (sözleşmenin başında) götürü olarak belirlenmesi de (Schadenersatzpauschalen, Liquidated Damages Clause) mümkündür<sup>785</sup>. Gecikme tazminatının miktarının

---

Buna paralel olarak taraflar meselâ teslimin yazılı bir belgeyle yapılacağını kararlaştırmışlarsa, ihtirazi kayıt bu sırada yapılmalıdır. **Koller** (Konventionalstrafe), s.56, no:195, 196 ve özellikle s.57, no:99.

<sup>779</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:704; **Gauch** (Fristen und Termine), s.22, dn.87.

<sup>780</sup> Bak. ve karşı. **Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:705, 706; **Gauch** (Fristen und Termine), s.22; **Koller** (Konventionalstrafe), s.58, no:201 vd; **Koller** (Vorbekaltserfordernis), s.1519; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.324.

<sup>781</sup> Teslimden önceki aşama, hiçbir zaman teslim borcunun muaccel olmasından önceki aşamaya kadar geri çekilemez. Diğer bir ifadeyle muacceliyetten önceki aşamada, cezai şartın talep edileceğinin ileri sürülmesi, geçerli bir ihtirazi kayıt sayılmaz. **Koller** (Vorbekaltserfordernis), s.1519.

<sup>782</sup> **15. HD. 18.01.2007, E. 2006/2810, K. 2007/162**: "... İhtirazi kayıt eser teslim alınırken bildirilebileceği gibi, eserin tesliminden hemen sonra yada ifanın kabulünden önce de bildirilebilir. Bu hakkın saklı tutulduğu ifanın kabulünden önce dermeyeran edilmiş ise artık ayrıca eserin teslimi anında veya teslimden hemen sonra böyle bildirim yapılmasına gerek yoktur..." (www.kazanci.com.tr)

Fakat Yargıtay bir kararında, teslimden önce cezai şartın tahsili için dava açılmış olmasına rağmen, teslim sırasında, ihtirazi kaydın ileri sürülmesini aramıştır. **YHGK. 24.08.1973, 74/820** (www.kazanci.com.tr).

<sup>783</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.49, no:167, 169; **Gauch** (Werkvertrag), s.200, no:705.

<sup>784</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.54, no:187; **Koller** (Vorbekaltserfordernis), s.1519; **Erman** (İnşaat), s.87.

<sup>785</sup> **Ehrat/BaslerKomm**, s.791, no:12; **Ozanoğlu**, s.83; **Akkayan Yıldırım** (Cezai Şart), s.387.

Bu tip kayıtlar cezai şart olmadığı için, cezai şarta ilişkin hükümlere, özellikle de teslim sırasında saklı tutulma zorunluluğuna ilişkin kurallara tâbi değildir. **Kocağa** (Cezai Şart), s.49.

sözleşmeyle önceden götürü olarak kararlaştırılmasının amacı, iş sahibini gecikme zararın miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmaktır<sup>786</sup>.

Özellikle inşaat sözleşmelerinde gecikme hâlinde bazen gecikme süresince artan bir miktarda, bazen ise toptan bir bedelin belirlenmesi suretiyle ödeme yapılması gerektiği kararlaştırılmaktadır. Bunların cezai şart mı, yoksa gecikme tazminatının miktarının baştan götürü olarak belirlenmesi niteliğinde mi olduğunun tespiti kolay değildir<sup>787</sup>. Nitekim Yargıtay da, bazı kararlarında öngörülen hükmün cezai şart olduğu kabul etmişken<sup>788</sup>, bazı kararlarında ise bunun götürü tazminat olduğunu kabul

---

Fakat kanaatimce yerinde olan bir görüş gereğince, cezai şarta ilişkin BK. m.161/III hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucu hâkimin, fahiş götürü tazminat miktarını indirebileceği kabul edilmelidir. **Ehrat/BaslerKomm**, s.791, no:12; **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:711; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.147; **Huguenin** (OR AT), s.185, no:1185; **Bucher** (OR AT), s.525; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.344, no:4071; **Schwenzer**, (OR AT), s.474, no:71.16.

Aksi görüşte: **Fischer**, s.163; **Stotz**, s.154; **Koller** (Konventionalstrafe), s.12, no:18; **Maillard**, s.549; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.154; **Kocaağa** (Cezai Şart), s.54; **Ozanoğlu**, s.91.

Genel olarak cezai şartın indirilmesi konusunda bak. **Bühler** (Haft- und Reugeld), s.173 vd.

<sup>786</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:709; **Ozanoğlu**, s.85; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.150; **Kocaağa** (Cezai Şart), s.52.

<sup>787</sup> Bu zorluğa işaret eden yazarlar: **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.344, no:4071; **Fischer**, s.161; **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:710; **Gauch** (Fristen und Termine), s.23; **Ozanoğlu**, s.87; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.152. İsviçre Federal Mahkemesinin bu ayrıma ilişkin bir kararı için bak. BGE 109 II 469. Bu karar için ayrıca bak. **Fischer**, s.150 vd.

Hatta doktrinde götürü tazminat olarak anılan kurumun, aslında cezai şarttan başka bir şey olmadığını ileri süren yazarlar bile bulunmaktadır. Karş. **Tunçomağ** (Cezai Şart), s.29.

<sup>788</sup> **YHGK. 10.10.1980, E. 1978/11, K. 1980/2302**: "... Taraflar arasındaki fesih sözleşmesinin 4. maddesinin; "...Her geçen gün için 300 TL. ceza koşulu" ödenmesinden söz edildiğine göre, kararlaştırılan cezanın geç ödemeye bağlı bir yaptırım olduğu anlaşılmalı ise de; alacaklı, vadeden sonra yapılan ödemeleri ihtirazi kayıt koymaksızın kabul etmiş olduğundan BK.nun 158/2. maddesine göre ceza koşulunu isteyemez..." (www.kazanci.com.tr). **YHGK. 16.04.1986, E. 1984/13-730, K. 1986/416** sayılı kararında, doktrinde götürü tazminatın tanımı ve temel özelliği olarak belirtilen nitelikleri, cezai şart olarak yorumlanmıştır. "... Tarafların serbest iradesi ile düzenledikleri ve hukuken geçerli olan yazılı kira sözleşmesine kiracının çıkarını karşılamak için bu maddeyi koydukları, kira süresi sona ermeden kiralayan taşınmazı satarsa kiracının zarar göreceğini ve zararın 5.000.000 lira ile giderilebileceğini peşinen kabul ettiği anlaşılmaktadır. Kira süresi içinde taşınmazın satılmayacağını yüklenilmiş olmasında mülkiyet hakkına dokunan bir husus yoktur. – Maddede "tazminat" sözcüğü kullanılmış ise de, tazminatın götürü olarak tayin ve tespit edilmiş bulunması, davalının (borçlunun) yüklendiği bu edimin "cezai şart" olduğunu açıkça göstermektedir." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 12.01.2005, E. 2004/2921, K. 2005/101**: "Taraflar arasındaki 26.10.2001 tarihli sözleşmenin cezai şart başlıklı 4. maddesinde "...taşeron sözleşmeyi süresinde bitirmez ise, işverenin uğradığı tüm zararı tazmin etmekle beraber teslim etmediği her gün için 100.000.000 da tazminat olarak işverene öder" hükmüne yer verilmiş olup, bu hüküm Borçlar Kanununun 158/II. maddesi gereğince ifaya eklenen cezai şart niteliğindedir. Anılan maddeye göre, edanın ihtirazi kayıt dermeyeran edilmeksizin kabulü halinde bu ceza istenemez..." (www.kazanci.com.tr). **13. HD. 21.02.2005, E. 2004/14685, K. 2005/2606**: "... sözleşmedeki açık hüküm uyarınca davacının gecikmeden dolayı gecikilen her gün için 1.000.000 TL. cezai şart isteyebileceğinin kabulü gerekir. Mahkemece değinilen bu yön gözetilerek davalının teslimde geçiktiği süre belirlenerek her işgünü için 1.000.000 TL. cezai şarta hükmedilmesi..." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 08.11.2004, 1479/5680**: "... Her ne kadar sözleşmenin 9.maddesinde inşaat süresinde teslim edilmediği takdirde daire başına 5 milyar TL'nin müteahhit tarafından arsa sahiplerine ödeneceğine dair hüküm getirilmiş ise de davacı B.K.159/II.maddesi uyarınca cezayı aşan zararın ödetilmesini talep edebileceğinden bilirkişi raporu ile saptanan geç teslim nedeniyle cezayı aşan zarar tutarı 2.972.000.000 TL'nin hüküm altına alınması gerekirken, davacının sözleşmede kararlaştırılan cezai şart dışında talepte bulunamayacağı gerekçesiyle bu miktar alacağın reddedilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 08.07.2004, E. 2003/6165, K. 2004/3813**: "... daireler süresinde teslim edilmezse geçen her ay için daire başına 3.000.000 – TL tazminat ödenecek, 6 aydan sonra tazminat miktarı daire başı 6.000.000 – TL olacaktır. Sözleşmede kararlaştırılan bu

etmiştir<sup>789</sup>. Bu nedenle doktrinde bazı ayırıcı esaslar kabul edilmiştir. Buna göre

*bedel ifaya ekli cezai şart niteliğindedir” [Kocaağa (Götürü Tazminat), s.155]. 15. HD. 31.03.2004, E. 2003/4480, K. 2004/1811 sayılı kararında örtülü olarak, gecikme hâlinde ödenmesi kararlaştırılan kira tazminatının cezai şart niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Çünkü bu kararda, iş sahibinin fiilen bağımsız bölümleri kiraya verse bile, yani gecikme nedeniyle hiçbir zarara uğramasa bile söz konusu kira tazminatını talep edebileceğini açıkça belirtilmiştir. (www.kazanci.com.tr).*

**15. HD. 30.09.2002, 1651/4297:** “*Taraflar arasında imzalanan 4.8.2000 tarihli ek sözleşmenin 3. maddesi ile davalı yükleniciye 25.8.2000 tarihine kadar eksikleri gidermesi için süre tanınmış gecikmesi halinde aylık 500 milyon TL ceza-i şart ödemesi kararlaştırılmıştır. ... Kararlaştırılan ceza-i şartın niteliği ise, gecikmeye bağlı olmakla B.K. nun 158/2. madde de yer alan ifaya ekli cezadır...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 10.06.2002, 1885 I 3123:** “*... taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde belirtilen ve gecikme nedeniyle ödenmesi kararlaştırılan tazminat, kira tazminatı değil, sözleşmede açıkça yazıldığı gibi cezai şarttır...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 07.11.2001, 2475/5045:** “*Yanlar arasındaki sözleşmenin 11. maddesinde inşaatın geç teslim edilmesi halinde her bir daire başına aylık 3.000.000 TL gecikme cezası ödeneceği yazılı olup, kararlaştırılan bu miktar ceza-i şart hükmündedir. Davacılar BK. 159/2 maddesi uyarınca sözleşmede öngörülen cezayı aşan zararlarını talep edebileceklerinden...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 19.10.1993, E. 1992/5923, K. 1993/4091:** “*... Taraflar arasındaki sözleşmede öngörülen aylık 3.000.000 TL. cezai şart ifaya eklenen gecikme cezası niteliğinde olup BK. nun 158/2. maddesi gereğince alacaklı cezai şart talep etmek hakkını saklı tutmadan edayı kabul etmiş olduğundan fer'i nitelikteki ifaya eklenen cezai şart talep etmek hakkı düşer...*” (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 28.01.1988, 1540/241** sayılı kararında, gecikme hâlinde günlük 1.000 – TL ödeneceğine ilişkin kayıt cezai şart sayılmıştır. Bak. **Ozanoğlu**, s.93. **15. HD. 16.11.2003, 2502/5494** sayılı kararında, gecikme hâlinde bağımsız bölüm başına aylık 150 Amerikan Doları ödeneceğine ilişkin hükmü açıkça cezai şart olarak kabul etmiştir (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 03.03.1980, E. 1979/512, K. 1980/511:** “*... sözleşmenin 7. maddesinde inşaatın 31.12.1976 tarihinde tamamlanacağı ve gecikme halinde yüklenicinin rayiç bedel üzerinden kira tazminatı ödeyeceği öngörülmüştür. Bu koşulun ifaya eklenen bir ceza olduğu kuşkusuzdur...*” (www.kazanci.com.tr).

**Ozanoğlu**'na göre, gecikme cezası günlük olarak belirlenirse cezai şartın söz konusu olduğu kabul edilmelidir. Bu yazar, **Koller**'in de bu görüşte olduğunu açıklamaktadır (**Ozanoğlu**, s.93, dn.143). Fakat **Koller**, aşağıda belirtildiği gibi, gecikme hâlinde ödenmesi kararlaştırılan paranın, aksi açıkça belirtilmedikçe daima cezai şart olarak kabul edilmesi gerektiğini savunarak, **Ozanoğlu**'nun temel yaklaşımını reddetmektedir. **Koller** (Konventionalstrafe), s.45, no:152.

**Oğuzman/Öz** (s.901), inşaatın gecikmesi durumunda günlük belli bir miktar paranın ödeneceği sözleşme kayıtlarını cezai şart olarak yorumlamaktadır. **Zevkililer** (Pratik, s.503) de inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü hâlinde aylık 1.000 dolar ödeneceğine ilişkin kaydın cezai şart olduğunu kabul etmiştir. Bu yönde: **Öz** (İnşaat), s.138; **Ozanoğlu**, s.81.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında da (BGE 122 III 420) satılanın zamanında teslim edilmemesi durumunda günlük 400 İsviçre Frankının ödeneceği kararlaştırılan bir sözleşme hükmünü cezai şart olarak yorumlamıştır. Karar için ayrıca bak. ZBJV, 1998, s.202.

<sup>789</sup> **15. HD. 13.06.1994, E. 1993/5803, K. 1994/3856:** “*Taraflar gecikilen süreye ilişkin kira tazminatının miktarını önceden sözleşme ile kararlaştırabilirler. Bu yoldaki anlaşma geçerli olup tarafları bağlar, bu tazminatın cezai şart kabul edilip indirimi yapılması doğru olmadığı gibi mahkemenin kabul ettiği şekilde gecikme cezası olarak nitelendirilse bile davalı yüklenici tacir olduğundan T.T.K.nun 24. maddesi gereğince cezai şartın fahiş olduğundan bahisle indirilmesini isteyemez. Öte yandan yapılan işin kapsamı ve gecikilen süreye göre belirlenen kira tazminatının davalı yüklenicinin ekonomik yıkımın mucip olacak derecede ağır ve haksız ve bu nedenle B.K.nun 19 ve 20. maddeleri gereğince ahlak ve adaba M.K.nun 2. maddesi gereğince dürüstlük kuralına aykırı olduğu da kabul edilemez...*” (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 06.10.1986, 861/3147:** “*... sözleşmenin davaya konu yapılan 9. maddesinde inşaat süresi içerisinde bitmediği takdirde müteahhidin her geçen gün için arsa sahibine verilecek dairelerin rayiç kira bedelini tazminat olarak ödeyeceği yazılıdır. Burada sözü edilen kira ödeme borcu kişisel nitelikte bir hak olup, ifaya eklenen ceza olarak da nitelendirilemez. Bu durumda eserin teslim alınması sırasında hakkın saklı tutulmamış olması davacının alacağından vazgeçtiği veya borcun söndüğü sonucunu meydana getirmez. Kökleşmiş Yargıtay İçtihatları da bu doğrultudadır ( Hukuk Genel Kurulu 13.6.1979 tarih ve 977/15-988 esas, yine Onbeşinci Hukuk Dairesi, 7.03.1983 tarih ve 478/822 sayılı kararıyla)...*” (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 28.05.1998, 1797/2279:** “*... gecikme hâlinde ödenmesi öngörülen daire başına aylık ... TL., ifaya ekli cezai şart olmayıp kira (gecikme) tazminatıdır.*” (YKD. 1998/11, s.1662). Bu yönde: **15. HD. 04.10.1988, 88/3118:** “*... davacıya ait bağımsız bölümler (zamanında) teslim edilmediği takdirde, her ay için davalıların 15.000 TL tazminat ... (ödeyeceklerine ilişkin) hüküm, inşaatın gecikmesi durumunda davacıya ödenmesi gereken tazminatı düzenlemektedir. ... (bu nedenle) teslimde arsa sahibinin ihtirazi*

kararlaştırılan ödemenin amacı, alacaklı iş sahibini zararını kanıtlama külfetinden kurtarmaksa götürü tazminatın; borçlu üzerinde bir baskı oluşturmak ve bunun da borçlu tarafından bilinebilir bir biçimde ortaya konulmasını sağlamaksa cezai şartın bulunduğu kabul edilmelidir<sup>790</sup>. Ayrıca sözleşmede cezai şart, gecikme tazminatı, ceza tazminatı, kira tazminatı gibi ifadeler kullanması, kararlaştırılan kurumun niteliğinin belirlenmesinde tek başlarına etkili değildir<sup>791</sup>.

Kanaatimce doktrinde işaret edilen bu temel ayırıcı kıstas, gerçekte kararlaştırılan tutarının miktarına göre yapılan bir nitelemeden başka bir Şey değildir<sup>792</sup>. Çünkü kararlaştırılan tutarın, gerçek zararın çok üzerinde olması hâlinde borçlu üzerinde baskı kurma işlevi bulunmasına rağmen, gerçek zararın altında olması durumunda ise böyle bir amaçtan / işlevden söz edilmesi mümkün değildir. Meselâ gecikme hâlinde iş sahibinin bağımsız bölüm başına aylık 500 – TL kira geliri elde edebileceği bir olayda, yüklenicinin bağımsız bölüm başına aylık 200 – TL kira tazminatı ödeyeceği kararlaştırılmışsa, bunun götürü tazminat mı, yoksa cezai şart mı olduğunun belirlenmesi, verilen ayırıcı kritere göre mümkün değildir. Çünkü burada bir baskı kurma amacının bulunduğu iddia edilemez. Fakat kanaatimce cezai şartın tek işlevi borçluyu baskı altına almak değildir<sup>793</sup>. Bazen bu amaç olmaksızın tek başına, gecikme zararının miktarını ispat külfetinden kurtarma amacı da bulunmaktadır<sup>794</sup>.

---

*kayıt ileri sürmesi (gerekmez)*” [**Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.151, dn.9. Ayrıca bak. **Ozanoğlu**, s.92, dn.141].

**13. HD. 22.12.1997, 10061/10663:** “...davalı, daireyi 28.2.1996 gününde teslim etmeyi aksi takdirde her geçen ay için kira parasını ödemeyi taahhüt etmiştir. Ayrıca gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira bedelinin ikiye katlanacağı kararlaştırılmıştır. Öncelikle hemen şunu belirtmek gerekir ki gecikme halinde ödenmesi kararlaştırılan kira parası, davacının doğacak kar yoksunluğuna ilişkin olup bu kararlaştırma ceza koşulu olarak nitelendirilemez. Ancak gecikmenin dört ayı geçmesi halinde kira parasının ikiye katlanacağını öngören hüküm, ceza koşulu niteliğindedir...” (www.kazanci.com.tr).

<sup>790</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.344, no:4071; **Gauch** (Werkvertrag), s.201, no:710; **Gauch** (Fristen und Termine), s.23; **Stotz**, s.155; **Ozanoğlu**, s.89; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.154; **Dirican**, s.65. Bu sonuncu yazar, inşaat sözleşmesinde yer alan, “bağımsız bölümleri zamanında teslim edemeyen yüklenici, rayiç kira bedelleri üzerinden tazminat ödeyecektir” biçimindeki ifadeyle, cezai şartın değil, gecikme tazminatının miktarının belirlenmiş olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre aynı sonuç, kira tazminatının aylık tutarının götürü olarak belirlenmiş olması hâlinde de vardır.

Fakat yazar (s.68), sözleşmede yer alan “yüklenici rayiç kiranın iki katını ödeyecektir” türündeki kayıtların cezai şart olduğunu kabul etmektedir.

<sup>791</sup> **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.154.

<sup>792</sup> Bu konuya değinen **Akkayan Yıldırım** da bu konuda kullanılabilecek ltleri belirtirken, kararlaştırılan miktarın “muhtemel zararın makul sayılabilecek bir tahmini niteliğinde” olması gerektiğine işaret etmiştir. **Akkayan Yıldırım** (Cezai şart), s.393.

<sup>793</sup> Nitekim cezai şartın temel işlevlerinin, borçluyu baskı altına almak ile alacaklıyı zararın miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmak olduğu doktrinde kabul edilmektedir. **Stotz**, s.152; **Kocaağa** (Götürü Tazminat), s.150; **Ozanoğlu**, s.76 vd; **Dirican**, s.27; **Günay**, s.74; **Kocaağa** (Cezai şart), s.40; **Akkayan Yıldırım** (Cezai şart), s.361 vd.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında cezai şartın, alacaklıyı zararın miktarını kanıtlama külfetinden kurtarmayı amaçladığını açıkça belirtmiştir. BGE 122 III 420. Bu karar için ayrıca bak. ZBJV, 1998, s.202.

<sup>794</sup> Cezai şartın miktarının gecikme zararına yakın olduğu hâllerde, artık borçlu üzerinde baskı oluşturma amacından çok, alacaklı için sadece bir ispat kolaylığının bulunduğu ortaya çıkmaktadır. Karş. **Fischer**, s.162; **Koller** (Konventionalstrafe), s.45, no:151; **Mabillard**, s.549; **Stotz**, s.153; **Günay**, s.75; **Akkayan Yıldırım** (Cezai şart), s.406.

Nitekim bu amaç, Borçlar Kanununun 159. maddesinin ikinci fıkrasındaki, cezai şart tutarını aşan zararın tazminine olanak veren hükümden de açıkça anlaşılmaktadır. Zira cezai şart tutarının gerçek zararın altında olması da mümkündür. Bu nedenle, cezai şart ile götürü tazminat arasında baskı kurma amacının bulunup bulunmadığına göre bir ayırım yapılmasının mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Buna göre kanaatimce, Doktrinde **Koller**'in de haklı olarak belirttiği gibi, sözleşmeyle gecikme tazminatının miktarının belirlendiği açıkça belirtilmediği sürece, gecikme hâlinde ödenmesi gereken edimlerin cezai şart olduklarının kabulü gerekir<sup>795</sup>. Bunun sonucu olarak, uygulamada kira tazminatı gibi adlarla ödenmesi kararlaştırılan edimlerin, kural olarak cezai şart sayılmaları ve buna ilişkin hükümlere tâbi tutulmaları gerektiği sonucuna varılmıştır<sup>796</sup>.

Hemen belirtelim ki, kabul ettiğimiz bu sonucun iş sahibinin aleyhine bir yönü de yoktur. Çünkü söz konusu tutarın cezai şart sayılması durumunda iş sahibi, zararının bunu aşın kısmını talep edebilecek ve aynı şekilde, eğer teslim sırasında saklı tutmamişsa, miktarını kanıtlamak suretiyle, temerrüt süresince uğradığı gecikme zararının tamamının tazminini talep edebilecektir.

#### IV. TEMERRÜT SIRASINDA İNŞAATIN YAPILMIŞ OLAN KISMININ HASARA UĞRAMASINDAN SORUMLULUK

Borçlar Kanununun eser sözleşmesine ilişkin “*Yapılan Şeyin Telefi*” başlıklı 368. maddesine<sup>797</sup> göre: “*Yapılan şey teslimden evvel kazara telef olmuş ise iş sahibi, onu tesellümden temerrüt etmiş bulunmadıkça müteahhit ne yaptığı işin ücretini ne de masraflarının tediyesini isteyemez. – Bu takdirde, telef olan malzeme kime ait ise hasarı da ona aittir. – Eğer yapılan şey, iş sahibi tarafından verilen malzemenin veya gösterilen arsanın kusurundan yahut iş sahibi tarafından imal ve inşa tarzı hakkında verilen emirden dolayı telef olmuş ise; müteahhit, bu tehlikeleri zamanında ihbar eylemiş bulunduğu takdirde yaptığı işin kıymetini ve bu kıymette dâhil olmayan masrafın tesviyesini talep edebilir. İş sahibinin taksiri olduğu takdirde müteahhidin, fazla olarak zarar ve ziyan istemeğe hakkı vardır.*” Görüldüğü gibi bu hükme göre

<sup>795</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.45, no:152.

<sup>796</sup> Nitekim inşaat sözleşmelerinde, her iki kurumu ayırmak amacıyla doktrinde ileri sürülen esaslar kanaatimce kesin bir sonuca varmayı mümkün kılmamaktadır. Meselâ **Kocaağa** (Götürü Tazminat, s.155) bu konudaki bir çalışmasının sonuç bölümünde şu ifadelerle yer vermiştir: “... inşaat sözleşmelerinin çoğunda, ... ifanın geç yapılmasına karşı ( tarafların) belli bir meblağ öngörmelerinin asıl sebebi, işin geç tesliminden dolayı yoksun kalacakları kira bedellerini elde etmek, yani muhtemel zarar miktarını önceden belirlemektir. Ancak, bundan inşaat sözleşmelerinde ... gecikilen her ay için belirli bir meblağ ödeneceği kararlaştırılan bütün hallerde, bu meblağın götürü tazminat olduğu sonucu çıkarılmamalıdır. Zira ... bununla taraflar ... borçluyu ifaya zorlamayı ve asıl borcun ifasını teminat altına almayı amaçlamış olabilirler.”

Bu nedenle yazarın ifadesinden, ödenmesi kararlaştırılan meblağın, iş sahibinin gecikme tazminatına yakın olması hâlinde götürü tazminatın, olası zararın üzerinde olması hâlinde ise cezai şartın bulunduğunu kabule elverişli bir anlam çıkmaktadır.

<sup>797</sup> Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.327, no:1181 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.41 vd.

bedele ilişkin hasar riski (Vergütungsgefahr) kural olarak **teslime kadar** yükleniciye ait iken, edime ilişkin hasar riski ise (Leistungsgefahr) malzemenin malikine aittir<sup>798</sup>. Diğer bir ifadeyle, eserin beklenilmeyen bir hâl sonucu teslimden önce kısmen veya tamamen hasara uğraması hâlinde, yüklenici (hasar ölçüsünde) bedel talebini yitireceği gibi, malzeme maliki de malzemeleri için tazminat talep edemeyecektir.

Borçlu temerrüdünün genel sonuçlarına ilişkin Borçlar Kanununun “*Kaza Hâlinde Mesuliyet*” kenar başlıklı 102. maddesine<sup>799</sup> göre: “*Mütemerit olan borçlu, ... kazara vukua gelecek zarardan da mesuldür. – Borçlu, kendisi tarafından bir gûna kusur olmaksızın teahhürde bulunmuş olduğunu veya borç vakit ve zamaniyle ifa edilmiş olsa bile kazanın alacaklının zararına olarak tediye olunacak şeye isabet edeceğini ispat ederek, bu mesuliyetten kurtulabilir.*”

Borçlar Kanununun 102. maddesi ile aynı Kanunun 368. maddesi birlikte değerlendirildiğinde kural olarak, teslim kadar (yüklenicinin temerrüdünden önce ve sonra) inşaatın yapılmış olan kısmının kısmen veya tamamen kaza sonucu hasara uğraması hâlinde bedele ilişkin hasar riski yükleniciye aittir<sup>800</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın, yüklenicinin temerrüdünün doğumundan sonra kısmen veya tamamen hasar görmesi hâlinde yüklenici, (hasara uğrama ölçüsünde) ne malzeme, ne de işçilik için hiçbir talepte bulunamaz.

Fakat malzemesi iş sahibince karşılanan bir inşaatta, yüklenici temerrüde düşer ve bu sırada eser kaza sonucu hasara uğrarsa, artık malzemeye ilişkin hasara yüklenicinin katlanması gerektiği kabul edilmelidir. Yüklenici bu sorumluluktan ancak, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını veya inşaatı zamanında tamamlasaydı bile, söz konusu hasarın gerçekleşeceğini kanıtlamak suretiyle (BK. m.102/II) kurtulabilir<sup>801</sup>.

Doktrindeki hâkim görüş<sup>802</sup> gereğince yüklenici şu üç koşulun birlikte gerçekleştiğini iddia ve ispat edebilirse, BK. m.368/III hükmü gereğince yapılan işin bedelini ve buna dâhil olmayan diğer masraflarının karşılanmasını talep edebileceği gibi, iş sahibi tarafından verilen malzemelerin masrafını giderme yükümlülüğünden de kurtulur, bunlar:

İlk olarak yüklenici BK. m.102/II gereğince temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını veya temerrüde düşmeseydi bile eserin hasara uğrayacağını kanıtlamalıdır.

<sup>798</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.328, no:1184; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.89 ve 112 vd.

<sup>799</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.115, no:299 vd.

<sup>800</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.210, no:742.

<sup>801</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s. no:1192; **Öz** (İnşaat), s.140; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.127 – 129. Bu konuda doktrinde genel olarak verilen örnek, yüklenicinin temerrüdünün olduğu sırada, inşaatın deprem nedeniyle hasar görmesidir.

<sup>802</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.331, no:1190; **Henninger** (Bauverzögerung), s.245; **Koller Jo**, s.25 vd; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.141. Karş. **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.33.

Bunun ardından ikinci olarak BK. m.368/III hükmü gereğince, inşaatın iş sahibinin riziko alanından doğan bir sebeple hasara uğradığı kanıtlanmalıdır.

Bildirim külfetinin zamanında yerine getirilmiş olması gerekir.

Bu üç koşulun birlikte gerçekleşmesi durumunda, yüklenici temerrüde düşmüş olmasına rağmen, yapının hasara uğraması durumunda bedeli BK. m.368/III gereğince talep edebilecektir<sup>803</sup>.

İnşaatın yapılan kısmının yüklenicinin temerrüdünden önce veya sonra hasara uğramasından bağımsız olarak, inşaatın yeniden yapılması objektif ve mutlak olarak imkânsızlaşmadıkça, kural olarak yüklenicinin eseri yeniden yapma veya onarma yükümlülüğü devam eder<sup>804</sup>. Aynı şekilde yüklenicinin temerrüdünün sonuçları da işlemeye devam edecektir.

Yüklenicinin temerrüdünün doğumundan sonra, temerrüt nedeniyle ortaya çıkan olağanüstü nedenler, inşaatın yapılmasını aşırı derecede zorlaştırırsa bile yüklenici, BK. m.365/II hükmüne başvurma hakkını kaybeder<sup>805</sup>.

## § 9. İŞ SAHİBİNİN BORÇLAR KANUNUNUN 106 – 108. MADDELERİNDE DÜZENLENEN SEÇİMLİK HAKLARI

### I. GENEL OLARAK

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü olan inşaatı tamamlayarak teslim borcuna aykırı davranması ve böylece temerrüde düşmesi durumunda, yukarıda belirtilen genel sonuçlar dışında, Borçlar Kanununun 106 – 108. maddelerinde belirtilen diğer bazı sonuçlar da doğabilecektir<sup>806</sup>. Bu hükümlerde iş sahibine, bazı koşulların yerine getirilmesine bağlı olarak, bazı ek haklar tanınmıştır<sup>807</sup>.

<sup>803</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:663; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.57, no:144, 145; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.141.

<sup>804</sup> Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.334, no:1203; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.115, 143.

<sup>805</sup> Bak. **Henninger** (Bauverzögerung), s.245.

<sup>806</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.151, no:400 vd; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.491 vd; **Koller** (OR AT), s.337 vd; **Wiegand/BaslerKomm**, s.592 vd; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.122 vd; **Gauch** (Dauerverträgen), s.144; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.944.

<sup>807</sup> Borçlar Kanununun 106. maddesine göre: “Karşılıklı taahhütleri havi olan bir akitte iki taraftan biri Mütemerrit olduğu takdirde... aktin icrasından ve tehhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden vazgeçtiğini derhal beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyarı talep veya akdi feshedebilir.” Aynı Kanunun 108. maddesine göre ise: “Akitten rücu eden alacaklı, vaidolunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat edebilir. – Bundan başka borçlu kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat edemezse alacaklı akdin hükümsüzlüğünden mütevellit zararın tazminini de talep edebilir.”

Borçlar Kanunu Tasarısının 124. maddesine göre: “Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde, borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise; alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme hakkına sahiptir.

Borçlar Kanununun bu maddelerinde, borçlunun temerrüde düşmesi durumunda alacaklıya, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının yanında, aynen ifadan vazgeçme hakkı da tanınmıştır. Buna göre ilk olarak alacaklı aynen ifa ile aynen ifadan vazgeçme<sup>808</sup> biçiminde bir seçimlik hakka sahiptir (1. Seçim).

Aynen ifadan vazgeçen alacaklı, diğer bir seçimlik hakka sahip olacaktır: müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme (2. Seçim)<sup>809</sup>. Alacaklının müspet zararın tazminini tercih etmesi durumunda, yine bir seçim yapması gerekecektir: müspet zararın fark teorisine göre hesaplanması veya mübadele (değişim) teorisine göre hesaplanması<sup>810</sup>.

Alacaklı seçimlik haklarını topluca tek bir irade beyanı içinde kullanabilir<sup>811</sup>. Meselâ iş sahibinin inşaatın tamamlanmasından vazgeçerek, fark teorisine göre hesaplanacak zararının tazminini talep etmesinde olduğu gibi<sup>812</sup>.

---

*Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.*

*Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, direnime düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”*

<sup>808</sup> Alacaklı iş sahibi aynen ifadan vazgeçmediği sürece, yüklenicinin inşaatı tamamlama teklifinin, alacaklı tarafından haklı bir sebep olmaksızın reddi, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürür ve yüklenicinin temerrüdünü ortadan kaldırır.

<sup>809</sup> Uygulamada yüklenicinin temerrüde düşmesi ve bu tarihten itibaren belli bir sürenin dolması üzerine sözleşmenin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağına ilişkin hükümlere yer verildiği görülmektedir. Kanaatimce bu tip kayıtlar geçerli olup, sözleşmedeki gecikme süresine ulaşıncaya, iş sahibinin sözleşmeden döndüğü kabul edilmelidir.

Aksi yönde: **15. HD. 10.11.2004, 138/5756**: “... Sözleşmenin 15. maddesinde 30 aylık ifa süresinde inşaat teslim edilmezse her bir daire için günün rayiçlerine göre kira ödeneceği bu ek sürenin 6 ayı geçemeyeceği, ek süre sonunda da inşaat bitmez ise sözleşmenin feshedilmiş sayılacağı kararlaştırılmıştır. Maddede öngörülen 6 aylık süre kira talep edilebilecek süre olmayıp sözleşmenin feshi yoluna gidilemeyecek asgari süreyi düzenlemektedir. Bu itibarla kira tazminatına 6 aylık süre ile sınırlı olarak hükmedilmesi doğru olmamıştır...” (www.kazanci.com.tr). Görüldüğü gibi bu kararlar Yargıtay, sözleşmedeki açık hükme rağmen sözleşmenin sona ermeyeceğine karar vermiştir.

<sup>810</sup> İsviçre Borçlar Kanununun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünün sonuçlarını düzenleyen **eski 122.** maddesine göre “tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflarda biri temerrüde düşerse, diğeri uygun bir ek süre tayin ederek ... bu sürenin sonunda ifa gerçekleşmezse sözleşmenin ortadan kalkacağını bildirebilir.” Sözleşme ilişkisinin ortadan kalkmasının sonuçlarını düzenleyen **eski 124.** madde hükmüne göre ise sözleşmeden dönen taraf verdiği geri isteyebileceği gibi, karşı tarafın kusurlu olduğunu kanıtlaması koşuluyla, uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Görüldüğü gibi Borçlar Kanunumuzun 106 – 108 maddelerinin temeli olan bu hükümlerde alacaklıya, sadece sözleşmeden dönme hakkı verilmişti. Bunun yanında alacaklının talep edebileceği tazminatın müspet zarar mı, yoksa menfi zarar mı olduğu tartışmalıydı. Bu nedenle uygulamada ortaya çıkan bu soru işaretlerinin giderilmesi için, anılan hükümlerin değiştirilerek, mevcut halleriyle kabul edildiği ifade edilmiştir. Bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.152, no:404 vd.

**Öz’e göre daima mübadele teorisi uygulanmalıdır. Öz** (İnşaat), s.146

<sup>811</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.202, no:550. Daha çok teorik bir öneme sahip olan bir noktanın özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre aynen ifadan geçerli olarak vazgeçilebilmesi için, hangi seçimlik hakkın kullanıldığının aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte açıklanması zorunlu mudur? Cevap hayır ise seçimlik hak, aynen ifadan vazgeçme üzerine ne zamana kadar kullanılabilir?

Bu konuda doktrinde iki temel görüş bulunmaktadır. Doktrindeki hâkim görüşe göre aynen ifadan geçerli olarak vazgeçilebilmesi için, alacaklının derhal açıklayacağı aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte, ayrıca hangi seçimlik hakkın kullanıldığı da belirtilmesi gerekir. Aksi hâlde aynen ifadan geçerli



Borçlunun (yüklenicinin) temerrüdü hâlinde, alacaklıya (iş sahibine) üç kademeli bir seçimlik hak silsilesi bahşedilmiştir<sup>813</sup>. Bu haklar arasında, hukukî sonuçları itibariyle çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklının hangi hakkını kullandığının açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi gerekir. Bu ise birçok durumda alacaklının iradesinin yorumlanmasıyla mümkündür<sup>814</sup>. Çünkü alacaklının açıkça sözleşmeden döndüğünü (feshettiğini) ifade etmesine rağmen, bunun yanında müspet zararına yönelik taleplerde bulunduğu da çoğu zaman görülmektedir. Bu nedenle böyle

---

olarak vazgeçilmiş sayılmaz ve borçlunun aynen ifa yükümlülüğü devam eder. Bu görüşte: **Gauch/Schluap/Schmid/Rey**, s.175, no:3083; **Wiegand** (recht 1983), s.127; **von Tuhr/Escher**, s.153; **Schenker**, s.206, dn.19'da belirtilen yazarlar; **Buz** (ius variandi), s.199, dn.13'de belirtilen yazarlar; **Öz** (Dönme), s.179; **Oğuzman/Öz**, s.405.

Kanaatimce yerinde olan aksi yöndeki görüşlere göre ise, aynen ifadan geçerli olarak vazgeçilebilmesi için, alacaklının seçimlik haklarından hangisini kullandığını, aynen ifadan vazgeçilmesine ilişkin beyanla birlikte açıklamasına gerek yoktur [**Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.522, no:152; **Koller** (OR AT), s.351, no:122; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.312, no:420 vd; **Koller** (Gläubigerrechte), s.505; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.202, no:551; **Buz** (ius variandi), s.199; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/ Bertschinger/Schwander), s.114; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.255; **Havutçu**, s.100]. Alacaklının sadece aynen ifadan vazgeçtiğini açıklaması yeterlidir. Çünkü alacaklının, seçimlik haklardan hangisinin daha lehine olduğunu inceleyip bir karar verebilmesi için belli bir zamanı ihtiyacı vardır. Ayrıca Kanunda da, seçimlik hakkın aynen ifadan vazgeçme hakkıyla birlikte kullanılmasının zorunlu olduğu belirtilmemiştir.

Bu sonuncu görüş beraberinde bir iki sorunu daha getirmektedir: Alacaklı aynen ifadan vazgeçmesinin ardından ne zamana kadar seçimlik hakkını kullanmalıdır ve seçimlik hakkın bu süre içinde kullanılmasının hukukî sonucu nedir? Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler sürülmüş olmakla birlikte [Bu konuda ortaya atılmış çeşitli görüşler için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.204, no:557 vd; **Havutçu**, s.100], kanaatimce hakkaniyete en uygun yol aşağıdaki gibidir.

Sadece aynen ifadan vazgeçtiğini beyan eden alacaklı, herhangi bir süre sınırına bağlı olmaksızın, zamanaşımı süresi içinde dilediği zaman seçimlik hakkını kullanabilir [**Koller** (Gläubigerrechte), s.506; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.307, no:407 ve s.312, no:422; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.11 vd; **Jermann**, s.63, no:116 vd]. Fakat aynen ifadan vazgeçilmesinden önceki dönemde, sözleşme gereğince alacaklı tarafından temerrüde düşen borçluya herhangi bir kazandırma yapılmışsa veya aynen ifadan vazgeçen alacaklının karşı edim borcu, para borcu dışında bir borç ise, temerrüde düşen borçlunun, hangi seçimlik hakkın kullanılacağını bilmede hukuken korumaya değer bir menfaati vardır [Bu görüşte: **Koller** (Gläubigerrechte), s.506; **Bähler**, s.88; **Jermann**, s.55]. Çünkü aldığı geri verme yükümlülüğünün doğup doğmayacağı (dönme hâlinde) veya alacaklının karşı edimini alıp alamayacağı (müspet zararın tazmininde mübadele teorisinin seçimi hâlinde), kullanılacak seçimlik hakka bağlı olarak değişecektir. Bu nedenle kanaatimce borçlunun, alacaklıdan seçimlik haklarından hangisi kullandığını açıklamasını talebe hakkı olmalıdır [Bak. **Buz** (ius variandi), s.199]. Borçlunun bu tür bir talebi olmadığı sürece, alacaklı seçimlik hakkını kullanmayı geciktirebilir. Borçlunun uygun bir süre içinde hangi seçimlik hakkını kullandığını açıklamasını alacaklıdan talep etmesi hâlinde, alacaklının seçimlik hakkını kullanması sorunu çözecektir. Fakat alacaklının bu süre içinde hangi seçimlik hakkını kullandığını açıklamaması hâlinde, kanaatimce seçimlik borçlarda seçim hakkının alacaklıda olmasına ilişkin Alman Medenî Kanununun 264. maddesinin ikinci fıkrasındaki gibi bir sonuca varılması yerinde olacaktır. Buna göre alacaklı iş sahibi, uygun süre içinde hangi seçimlik hakkını kullandığını açıklamazsa, seçim hakkı borçlu yükleniciye geçecektir [Benzer görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.522, no:152; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.312, no:423; **Jermann**, s.72, no:127 ve özellikle s.84, no:148]. **Schenker**'e göre bu durumda seçim hakkı tamamen ortadan kalkar ve aynen ifa yükümlülüğü ortaya çıkar [**Schenker** (Schuldnerverzug), s.207, no:564. Bu görüşte: **Bähler**, s.88; **Ehrat**, s.98]. Kanaatimce yazarın bu görüşü, aynen ifadan vazgeçmenin yenilik doğuran hak olma özelliğine aykırıdır.

<sup>812</sup> Aslında bu açıkça aynen ifadan vazgeçme biçiminde değil, doğrudan seçimlik haklardan birinin kullanılması yoluyla olur. Buna göre iş sahibi ek süre sonunda (ya da ek süreye gerek olmayan hâllerde) ya müspet zararının tazminini talep eder ya da sözleşmeden dönerek buna ilişkin taleplerde bulunur. Buna göre uygulamada genellikle iş sahibi öncelikle sadece aynen ifadan vazgeçip, daha sonra seçimlik hakkını kullanma yolunu tercih etmez.

<sup>813</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.514, no:109.

<sup>814</sup> Bu konuda bak. **Bucher** (OR AT), s.373; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.201, no:548; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.314, no:431 vd; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.16; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.326; **Serozan** (Dönme), s.527; **Öz** (Dönme), s.181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.963.

durumlarda sözleşmeden dönmenin mi, yoksa müspet zararın tazmininin mi talep edildiğinin özel olarak araştırılması gerekir. İnşaat sözleşmelerinde sıklıkla ortaya çıkan bu sorunun çözümünde, seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınması yerinde olmayacaktır. İrade beyanının yorumlanmasında, yeni güven teorisinin ilkeleri ışığında bir değerlendirme yapılmalıdır<sup>815</sup>. Buna göre, iş sahibinin açıkça sözleşmeden döndüğünü veya ülkemizdeki uygulama gereğince feshettiğini bildirmiş olması, her zaman dönme hakkının kullanıldığını göstermez<sup>816</sup>. Çünkü açıkça dönme (fesih) hakkını kullanan iş sahibinin, bunun yanında müspet zararının tazminini talep etmesi ve özellikle yükleniciye daha önce verdiklerini geri talep etmemesi hâlinde, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği kabul edilebilir<sup>817</sup>. Çünkü iş sahibi birçok olayda müspet zarar ile menfi zarar arasındaki farkı ve sözleşmeden dönmenin hukuki sonuçlarını bilemez. Zaten bunların sonuçları doktrinde ve mahkeme kararlarında bile tartışmalıdır. İş sahibinin asıl iradesi genellikle, hukukî olmayan bir tabirle yüklenicinin işten el çektilererek, gecikme tazminatının veya sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın talep edilmesidir. Bu nedenlerle iş sahibinin açıkça sözleşmeyi feshettiğini açıklaması hâlinde bile, iş sahibinin gerçek iradesinin ve yüklenicinin yeni güven teorisi anlamında yapacağı

<sup>815</sup> Bu yönde: BGE 123 III 16. Karar için bak. **Koller** (Verzichtsfolgen), s.19; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.326; . ZBJV, 1998, s.691; **Öz** (İnşaat), s.148.

Yeni güven teorisi için bak. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.102; **Glasl**, s.174; **Jermann**, s.22, no:42; **Havutçu**, s.103; **Buz** (Dönme), s.297; **Oğuzman/Öz**, s.407

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında (BGE 49 II 28) alacaklının avukatı aracılığıyla, açıkça sözleşmeden dönerek, sözleşmenin hükümden düşmesi nedeniyle uğradığı bütün zararların tazminini talep ettiği bir olayda, alacaklının bu iradesini müspet zararın tazmini olarak yorumlamıştır. Bu karar için bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.314, no:432; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.16.

Her ne kadar seçilen hakkın ne olduğunun belirlenmesiyle ilgili olmasa da, Yargıtay 15. HD. 25.02.1998, 487/672 sayılı kararında, iş sahibinin sözleşmeden dönerek verdiği arsa paylarının iptalinin talep etmesinden sonra, ayrı bir mahkemede gecikme tazminatının ifası için dava açtığı bir olayda, iş sahibinin iradesinin yorumlanması sonucu, müspet zararın tazmini talebinin bulunduğu kabul edilmiştir. (YKD. 1998/6, s.876). Aynı şekilde **15. HD. 12.12.1987 tarih ve 1875/472 sayılı kararında** da, sözleşmenin feshi talebiyle birlikte gecikme tazminatı, inşaatın iş sahibi tarafından tamamlanmasına izin verilmesi ve bunun için gereken masrafların yükleniciden tahsilinin talep edildiği bir olayda, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edildiğini kabul etmiştir. [Bak. **Havutçu**, s.103, dn.35].

<sup>816</sup> Karş. **Bucher** (OR AT), s.373; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:662; **Öz** (Dönme), s.181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.964.

<sup>817</sup> **Öz** (Dönme), s.181; **Öz** (İnşaat), s.148; **Dirican**, s.57.

Bedelin para olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini fark veya mübadele teorilerine göre tazmini ile sözleşmeden dönme arasında yüklenici bakımından çok büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Bu nedenle söz konusu hukukî sorun daha çok arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkacaktır. Çünkü bu tip sözleşmelerde, yüklenicinin arsadan kısmen (müspet zararın fark teorisine göre tazmini) veya tamamen pay (müspet zararın mübadele teorisine göre tazmini) alıp alamayacağı veya aldığı arsa paylarını iade edip etmeyeceği (sözleşmeden dönme), iş sahibinin yapacağı seçime bağlıdır. Bu nedenle iş sahibinin iradesine yüklenicinin verdiği / vermek zorunda olduğu anlamın belirlenmesi gerekir. Uygulamada iş sahiplerinin sadece sözleşmeyi feshedip müspet zararın (gecikme tazminatı – cezai şart) tazmininin talep ettiği görülmektedir. Bu durumlarda kanaatimce, iş sahibi verdiği geri talep etmemişse, onun iradesinin müspet zararın tazmini yönünde olduğu kabul edilmelidir. Fakat iş sahibi daha önce verdiği arsa paylarının iadesini talep etmişse, artık onun iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde dönme yönünde olduğu kabul edilmelidir.

yorumun dikkatli ve özenli olarak değerlendirilmesi gerekir<sup>818</sup>. **Koller**'e göre şüphe hâlinde, genelde alacaklının lehine olması nedeniyle, müspet zarar tazminatının tercih edildiği biçiminde bir yorum yapılması yerinde olur<sup>819</sup>. Bu görüşteki **Serozan** ise bu konuda aynen şu ifadeleri kullanmaktadır<sup>820</sup>: “*Genellikle, alacaklının kendi çıkarına en uygun düşecek olan, en elverişli yolu seçmek istemiş bulunduğu ve borçlunun da bu elverişli yolun seçilmiş olacağını hesaba katma durumunda, hatta (sözleşmeye aykırı davranmış bir kişi olarak) ‘zorunda’ bulunduğu kabul edilmelidir*”

İsviçre Federal Mahkemesi bu konuya ilişkin bir kararında<sup>821</sup>, alacaklının (iş sahibinin) açıkça sözleşmeden döndüğünü (feshettiğini) belirtmesine rağmen, bunun yanında yoksun kaldığı kazancın tazminini talep ettiği bir olayda, iş sahibinin iradesini sözleşmeden dönme olarak değil, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmini olarak yorumlamıştır<sup>822</sup>. Çünkü Federal Mahkemeye göre yoksun kalınan kazancın tazmini, ifa menfaatinin talep edildiği anlamına gelir. Yargıtay da bir kararında<sup>823</sup> bu hususu şöyle vurgulamıştır: “*Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi ve ifaya ekli cezanın tahsili talebine ilişkindir. Davacı arsa sahipleri, hem sözleşmenin feshini ve hem de sözleşmenin yürürlükte kalması anlamına gelen ifaya ekli cezayı talep etmiştir. Bu talepler birbiri ile çelişkilidir. Davacılara bu husustaki açık tercihleri sorulmalı, beyanları tutanağa geçirilip imzalatıldıktan sonra tercih edilen talebe göre davaya devam edilmelidir.*” Kanaatimce bu karar yerindedir ve birçok olayda iş sahiplerinin mağduriyetine neden olabilecek sonuçları önleyecek niteliktedir<sup>824</sup>.

Alacaklı bu seçimlik haklarını, tek taraflı ve varması gereken bir irade beyanıyla kullanır<sup>825</sup>. Bu haklar, muhatabı olan borçluya ulaşmakla hukukî sonuç doğurur. Bu nedenle alacaklının aynen ifadan vazgeçmesi (1. seçim), aynen ifadan vazgeçen alacaklının müspet zararın tazminini talep etmesi veya sözleşmeden dönmesi (2. seçim) ve müspet zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde, alacaklının fark veya

<sup>818</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.201, no:548; **Öz** (Dönme), s.181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.964.

<sup>819</sup> **Koller** (Verzichtsfolgen), s.17; **Koller** (Gläubigerrechte), s.507. Alacaklının yararına olan sonucun tercih edilmesi gerektiği yönünde: **Öz** (Dönme), s.31, dn.42 ve özellikle s.181, 182. Karş. **Buz** (Dönme), s.299.

<sup>820</sup> **Serozan** (Dönme), s.531.

<sup>821</sup> BGE 76 II 306.

<sup>822</sup> Federal Mahkemenin bu tutumu, İsviçre doktrininde de olumlu bulunmaktadır. Bak. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.326. Karş. **Jermann**, s.117, no:204. Bu yönde: **Öz** (Dönme), s.31, dn.42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.964. Farklı bir bakış açısı için bak. **Serozan** (Dönme), s.532.

<sup>823</sup> **15. HD. 26.02.2001, E. 2000/4962, K. 2001/1042** (www.kazanci.com.tr).

<sup>824</sup> Bu yönde: **Buz** (Dönme), s.299.

**15. HD. 19.06.1996, 3158/3503**: “*Davacı arsa sahibinin, davada hem fesih, hem de ifaya izin (BK. m. 97/I ) ve müspet zarar kalemlerini istemesi bir çelişki gibi görünüyorsa da, ileriye etkili fesih ve ifaya izin sözcüklerinin birlikte kullanılmasıyla, asıl kastedilenin sözleşmenin feshi değil, inşaatın tamamlanması olduğu ve davanın bu şekilde yorumlanması gerektiği anlaşılmaktadır...*” (www.kazanci.com.tr).

<sup>825</sup> İş sahibi birden fazla kişiden oluşuyorsa, yüklenicinin temerrüdü durumunda, seçimlik hakların oybirliğiyle kullanılması gerekir. Bu yönde: Yargıtay 15. HD. 20.09.2001, 1948/4011 [**Erman** (İnşaat), s.96, dn.100].

değişim teorileri arasında yapacağı seçim (3. seçim), hukukî niteliği itibariyle yenilik doğuran birer hakkın kullanılmasdır<sup>826</sup>. Seçimlik haklar yenilik doğuran hak niteliği taşıdığı için, genel olarak ifade edildiği gibi muhataba varmakla hukukî sonuç doğurur<sup>827</sup> ve bu hukukî sonuç kesindir. Bu seçim muhatabın kabulüyle bile değiştirilemez<sup>828</sup>. Fakat günümüzde yoğun bir biçimde yenilik doğuran haklara ilişkin bu katı anlayışı esnetme çabaları gözlemlenmektedir. Buna göre, seçimlik hakkın değiştirilmesinde, borçlu bakımından korunmaya değer bir menfaatinin bulunmadığı açık olan hâllerde, yenilik doğuran hak kullanılmasına rağmen, sonradan değiştirilebileceği kabul edilmelidir<sup>829</sup>. Doktrinde özellikle muhatabın kabulüyle<sup>830</sup> veya muhatabın yenilik doğuran hakkın kullanma koşullarının oluşmadığı (meselâ temerrüdün doğmadığını) veya hakkın geçersiz olduğu ileri sürdüğü hâllerde, muhatabın korunmaya değer bir menfaatinin olmadığı, bu nedenle de alacaklının yenilik doğuran hakkını değiştirebileceği kabul edilmektedir<sup>831</sup>.

<sup>826</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.514, no:112; **Bucher** (OR AT), s.373; **Koller** (OR AT), s.350, no:116; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.201, no:547; **Bähler**, s.112. Ayrıca aynen ifadan vazgeçme veya sözleşmeden dönme üzerine alacaklının mal varlığı doğrudan etkilendiği için, bunlar birer tasarruf işlemi niteliğindedir. Bu nedenle bu hakların kullanıldığı dönemde alacaklının tasarruf yetkisine de sahip olması gerekir.

<sup>827</sup> Bu hukukî sonucun doğması için karşı tarafın kabulü veya mahkemenin onayı (kararı) gerekmez. Yenilik doğuran hakların temel özelliği budur. Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.427, no:1548; **Erman** (Beklenilmeyen Hâller), s.107.

<sup>828</sup> İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu klasik anlayış yönündedir (BGE 123 II 22). **Schenker**'e göre ise, borçlunun onayıyla değişim mümkündür [**Schenker** (Schuldnerverzug), s.201, no:547]. Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.435, no:1582. Karş. **Bucher** (OR AT), s.373.

<sup>829</sup> Konumuz dışındaki bu husus için bak. **Jermann**, s.86, no:151 ve 103, no:185 vd; **Bähler**, s.116; **Koller** (OR AT), s.350, no:116; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.312, no:424 vd; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.13 vd; **Koller** (Gläubigerrechte), s.504; **Koller Stefan**, s.28; **Buz** (Dönme), s.306; **Buz** (ius variandi), s.197 vd; **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.258 ve özellikle s.443 vd; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.259, no:36; **Glasl**, s.174; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.515, no:114.

**15. HD. 25.02.1998, 487/672** sayılı kararında, iş sahibinin sözleşmeden dönerek verdiği arsa paylarının iptalinin talep etmesinden sonra, ayrı bir mahkemede gecikme tazminatının ifası için dava açtığı bir olayda, iş sahibinin iradesinin yorumlanması sonucu, müspet zararın tazmini talebinin bulunduğu kabul edilmiştir. Bu karara göre "Dava, 29.7.1996 tarihinde açılmıştır. Davacılar, daha sonra 4.10.1996 tarihinde açtıkları 1996/376 esas sayılı bir başka davada da aynı sözleşmeye dayanarak, gecikme nedeniyle kira bedellerinin tesbitiyle tahsilini talep etmişlerdir. Başka bir anlatımla, davacılar hem sözleşmenin feshi (sona erdirilmesi) ve hem de ifası gibi birbiriyle çelişen iki ayrı talepte bulunmuşlardır. Bu durumda, davacıların asıl maksatlarına bakmak gerekir (BK. m.18). İnşaatın geldiği seviye ve tarafların yararları göz önünde bulundurulduğu takdirde, asıl amacın, fesih olmayıp, sözleşmenin ifası ve geciken ifa dolayısıyla zararın tazmini ve henüz sonuç doğurmamış olan fesih talebinden vazgeçme olduğu açıktır. – O halde, mahkemece fesih davasının reddine ve yargılama giderlerinin davaya neden olan davalıya yükletilmesine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru olmamış ve hükmün açıklanan nedenle bozulması gerekmiştir." (YKD. 1998/6, s.876).

<sup>830</sup> **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.447.

<sup>831</sup> **Koller** (OR AT), s.350, no:116; **Glasl**, s.175; **Schwenzer**, (OR AT), s.9, no:3.09; **Bähler**, s.117, dn.533; **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.452 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de bu hususu bir kararında açıkça kabul etmiştir BGE 128 III 75.

## II. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILABİLMESİNİN KOŞULLARI

### A. Kural Olarak Yükleniciye Uygun Bir Ek Süre Verilmesi Gerekir

#### 1. Ek Süre Kavramı

Borçlar Kanununun 106. maddesinin birinci fıkrasına göre alacaklının aynen ifadan vazgeçebilmesi için kural olarak borçluya son bir ifa olanağı tanınması gerekir<sup>832</sup>. Ek süre verilmesi zorunluluğunun amacı, borçluya son bir ifa şansı tanınması ve konusu ise ifa edilmemiş edimdir<sup>833</sup>. Diğer bir ifadeyle alacaklı, borçludan, ifa etmediği edimini, belirlediği veya hâkim tarafından belirlenen ek süre içinde ifa etmesini talep eder<sup>834</sup>. İnşaat sözleşmesi bakımından ek süre verilmesinin anlamı, yükleniciden bu süre içinde inşaatı tamamlayarak teslim etmesinin istenmesidir<sup>835</sup>.

<sup>832</sup> **Walter** (Mehrkosten), s.138; **Reisoğlu**, s.331; **Eren** (Genel Hükümler), s.1066.

Ek süre verilmesi, sözleşme geçerlilik şekline bağlı olsa bile, herhangi bir şekle tâbi değildir [**Bühler** (Werkvertrag), s.155, 156, no:34; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.174, no:464; **Eren** (Genel Hükümler), s.1067; **Havutçu**, s.47]. Ticaret Kanununun 20/III hükmünde geçen “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmek veya mukaveleyi fesih yahut ondan rücu maksadıyla yapılacak ihbar veya ihtarların muteber olması için noter marifetiyle veya iadeli taahhütlü bir mektupla yahut telgrafla yapılması şarttır*” hükmü, ek süre verilmesini kapsamadığından, ticari işlerde bile ek süre verilmesinin herhangi bir şekilde yapılması zorunlu değildir. Çünkü yüklenici ek süre verilmesiyle temerrüde düşürülmemektedir. Zira yüklenici zaten temerrüde düşmüştür. Aksi görüşte: **Oğuzman/Öz**, s.404; **Önen**, s.51; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.65.

<sup>833</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.501, no:55; **Bucher** (OR AT), s.367; **Koller** (OR AT), s.344, no:91; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.170, no:450 vd. Karş. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.325; **Gauch** (Werkvertrag), s.250, no:884; **Müller-Chen**, s.199; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.123; **Oğuzman/Öz**, s.403; **Erman** (İnşaat), s.91; **Öz** (Dönme), s.175.

<sup>834</sup> **Koller** (OR AT), s.344, 92; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.267, no:256; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.171, no:453.

Bu nedenle ek süre verilmesinin, nitelikli bir ihtar (qualifizierte Mahnung) olduğu doktrinde ifade edilmiştir **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.267, no:255.

Ek sürenin, borcun muaccel olması üzerine verilmesi gerekir. **Bär**, s.8; **Havutçu**, s.48. Çünkü ek sürenin uzunluğu somut olayın bütün özelliklerine göre, işin yapılabileceği makul bir süre olacaktır. Bu nedenle, borç muaccel hâle gelmeden veya henüz borçlu temerrüdü gerçekleşmeden, ek sürenin uygun olup olmadığının belirlenmesi mümkün olamayacağından, ek sürenin en erken muacceliyetle birlikte verilebileceği kabul edilmelidir. [Muacceliyetten veya temerrüdün doğumundan önce de bazı durumlarda istisnaen geçerli olarak ek süre verilebileceği hakkında bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.271, no:271. Genel olarak her zaman muacceliyetten önce de ek süre verilmesinin caiz olduğu yönünde: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.180, no:482].

Genel olarak kabul edildiği üzere, borçlu temerrüdünün doğumunu sağlayan ihtar ile ek sürenin verme işleminin aynı anda yapılması mümkündür. [**Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.325; **Koller** (OR AT), s.345, no:96; **Koller** (Werkvertrag), s.270, no:269; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.180, no:481; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.124; **Ehrat**, s.92; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.948; **Reisoğlu**, s.331]. Çalışmamızda savunulduğu üzere, teslim için belirli vadenin kararlaştırılmadığı hâllerde, iş sahibinin ifayı belli bir süre içinde talep etmesine ilişkin beyanı, şüphe hâlinde süreli ihtar olarak; fakat teslim için belirli vadenin kararlaştırıldığı hâllerde ise, Borçlar Kanununun 106. maddesi anlamında ek süre olarak değerlendirilmelidir. Fakat çalışmamızda kabul ettiğimiz üzere ihtarın borcun muaccel olmasından önce de geçerli olarak yapılabileceği kabul edilebilen hâllerde ihtar ve ek süre verme işlemleri aynı anda yapılamamalıdır. Çünkü alacaklı, borcun muaccel olmasından önce borçluya ihtar göndererek, borcun muaccel olması üzerine talep ettiğini belirtmesi yoluyla, borç ilişkisini muacceliyetten önce belirli vadeli hukukî işlem hâline getirebilir; fakat aynı sonuç muacceliyetten önceki dönemde kural olarak ilişkiyi kesin vadeli hukukî işlem konumuna getirebilmek için mümkün değildir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.272, no:273; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.948. Aksi görüşte: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.180, no:482; **Bucher** (OR AT), s.367; **Ehrat**, s.92].

<sup>835</sup> Alacaklı tarafından temerrüde düşen borçluya karşı, edimini ifa edebilmesi için ek süre verilmesi, hukukî niteliği itibarıyla bir hukukî işlem değildir. Çünkü bu beyanla alacaklının iradesinin belli bir hukukî sonuca yönelmesine gerek yoktur. Bu nedenle ek süre verilmesine ilişkin beyanın, hukukî niteliği

Borçlar Kanununda, verilecek ek sürenin uzunluğunun belirlenmesine ilişkin olarak kabul edilen tek esas, ek sürenin uygun (münasip) olmasıdır<sup>836</sup>. Fakat bu uygun sürenin nasıl belirleneceği konusunda açık bir ilke yer almamaktadır. Bu nedenle uygun sürenin belirlenmesinde, ek süre verilmesi zorunluluğunun amacından yararlanılması gerekir. Ek süre, edimini ifa edebilmesi için borçluya son bir şans verilmesi anlamına geldiğine göre, ek sürenin, edimin borçlu tarafından ifa edilebileceği bir süre olması gerekir<sup>837</sup>. Diğer bir ifadeyle **Seliçi**'nin de haklı olarak belirttiği gibi<sup>838</sup>, belirlenecek uygun ek süre, “*inşaatın teslim (kanaatimce ek süre verme) tarihindeki durumu itibarıyla, tecrübeli bir inşaat müteahhidinin yeterli işgücü ve araç, gereçleri kullanarak sağlayacağı iş hızına göre, bu inşaatı teslim elverişli bir hâlde tamamlayabilmesi için gerekli olan*” bir uzunlukta olmalıdır<sup>839</sup>.

Ek süre, inşaatın kalan kısmının, normalin üzerinde bir çalışma temposuyla tamamlanabileceği makul bir süre olmalıdır<sup>840</sup>. Ek sürenin borçluya son bir ifa şansı

---

itibarıyla hukukî işlem benzeri bir irade açıklaması olduğu kabul edilmelidir [Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.269, no:263; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.170, no:452; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.124; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.946]. Ek süre verilmesi varması gereken bir irade beyanıdır. Bu nedenle borçlu veya yetkili temsilcisine ulaştığı andan itibaren hukukî sonuçlarını doğurur.

<sup>836</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.504, no:66; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.175, no:466; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.123; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.166, no:3041.

Ek süre verilmesine ilişkin beyanda verilen ek süre açıkça anlaşılabilir olmalıdır. Diğer bir ifadeyle geçerli bir biçimde ek süre verildiğinden bahsedilebilmesi için, borçlunun, ek süre verilmesine ilişkin beyandan, borcunu ne zamana kadar ifa etmek zorunda olduğunu hiçbir tereddüde yer kalmayacak biçimde anlayabilmesi gerekir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.269, no:264. Bu nedenle inşaatın “*derhal*”, “*mümkün olan en kısa süre içinde*”, “*uygun süre içinde*”, “*fırsat olur olmaz*” veya “*iki-üç hafta içinde*” tamamlanmasının istenmesinde, ek süre açık ve net olmadığı için, bu beyanlar geçerli bir ek süre verme beyanı sayılamaz [Karş. **Bühler** (Werkvertrag), s.156, no:35; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.948]. Çünkü ek süre verilmesiyle, borç ilişkisi kesin vadeli hukukî işlem niteliği kazanmaktadır. Bu nedenle, ek süre verilmesinin bu sonucu sağlayabilecek bir açıklık taşıması zorunludur. Ek süre vermeye ilişkin beyanın bu biçimde bir açıklık taşınamaması hâlinde, alacaklının aynen ifadan vazgeçebilmek için yeniden bir ek süre vermesi gerekir. Diğer bir ifadeyle alacaklı, uygun sürenin dolduğunu ileri sürerek aynen ifadan geçerli olarak vazgeçemez.

<sup>837</sup> **Ehrat**, s.91; **Koller** (OR AT), s.344, no:94; **Rampini**, s.172, no:476; **von Büren**, (OR AT), s.374; **Huguenin** (OR AT), s.110, no:660; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.71; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.946; **Buz** (Dönme), s.107.

<sup>838</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.71.

<sup>839</sup> Karş. **Eren** (Genel Hükümler), s.1067; **Havutçu**, s.46; **Öz** (Dönme), s.175. Böylece inşaat ne kadar az seviyede ise verilecek ek süre de o kadar uzun olacaktır. Başta hakkaniyete aykırı olarak görünen bu anlayışımızın yerindeliği konusunda bak. aşa. § 9, II, A. 2. d.

Aksi görüşteki **Dirican** (s.54) ise, verilecek ek sürenin, sadece teslim için belirlenmesi gerektiğini kabul ettiğinden, bu ek süre niteliği gereği kısa almak zorundadır.

Satış sözleşmesi gibi, ifa için uzun bir hazırlık dönemini gerektirmeyen sözleşmelerde, uygun ek süre somut olayın koşulları gereğince bazen bir iki saat, bazen ise birkaç gün olabilir. Fakat inşaat sözleşmesinde edimin ifası, inşaatın tamamlanarak teslimini ifade ettiği için, ek sürenin, inşaatın tamamlanabileceği nitelikte olması gerekir. Diğer bir ifadeyle, ancak borçlunun geri kalan inşaatı sözleşmeye uygun olarak tamamlayarak teslim edebileceği bir süre, Kanunun aradığı anlamda uygun ek süre olarak nitelenebilir.

Bu nedenlerle uygun ek sürenin belirlenmesinde somut olayın bütün koşulları, özellikle de geri kalan işin tamamlanabileceği sürenin belirlenmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, meselâ sadece %5'i kalmış bir inşaatı verilecek ek süre ile %30'u eksik bir inşaatı verilecek ek süre eşit olamayacaktır.

<sup>840</sup> Ayıbın giderilmesi borcunda da yüklenicinin ortalamasının üzerinde bir tempoyla çalışmasının gerektiği yönünde: **Gauch** (Werkvertrag), s.480, 1784.

olduğu dikkate alınarak, borçlu yükleniciden normalin üzerinde bir çalışma temposu beklenebilir<sup>841</sup>.

Kanaatimce inşaat sözleşmelerinde uygun ek sürenin uzunluğunun belirlenmesinde ilk dikkat edilecek husus, ek sürenin hiçbir zaman asıl sözleşmedeki süreden uzun olamayacağıdır<sup>842</sup>. Bunun yanında, geri kalan iş miktarı, gecikmeye neden olan sebeplerin doğumunda tarafların etkisi, borçlunun kusuru ve iş sahibinin yapının tamamlanmasına ilişkin menfaati, yüklenicinin çalışma kapasitesi gibi somut olayın bütün özelliklerinin dikkate alınması gerekir<sup>843</sup>.

<sup>841</sup> Ek sürenin belirlenmesinde borçludan yüksek bir çalışma temposunun bekleneceği yönünde: **Koller** (OR AT), s.345, no:95; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.280, no:306; **Rampini**, s.172, no:476; **Öz** (İnşaat), s.141.

<sup>842</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.280, no:306; **Koller** (OR AT), s.345, no:95.

<sup>843</sup> Bak. ve Karş. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.175, no:467; **Gauch** (Werkvertrag), s.482, no:1794.

İş sahibi tarafından edimini ifa edebilmesi için yükleniciye sağlanan son şans niteliğinde olan ek sürenin, uygun olmaması (kısa olması) hâlinde doğacak hukukî sonuçla ilgili olarak doktrinde üç farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu konudaki **ilk görüş** gereğince, alacaklı tarafından verilen ek sürenin uygun olmaması (kısa olması) hâlinde, ek süre verilmesi geçerli olmaz. Bu durumda alacaklının aynen ifadan vazgeçebilmesi için yeniden uygun bir ek süre vermesi gerekir. Bunun doğal sonucu olarak bu görüşte, ek sürenin uygunluğunun hâkim tarafından re'sen dikkate alınması gerektiği dolaylı olarak kabul edilmiştir [Bu görüşte: **von Büren**, (OR AT), s.375; **Oğuzman/Öz**, s.404].

Doktrindeki **diğer bir görüş** gereğince ise, alacaklının borçluya verdiği ek sürenin uygun olmaması (kısa olması) hâlinde, alacaklı yenide ek süre vermeye gerek olmaksızın, (objektif olarak) uygun sürenin dolması üzerine seçimlik haklarını kullanabilir [Bak. **von Tuhr/Escher**, s.149; **Bucher** (OR AT), s.369; **Ehret**, s.92; **Stotz**, s.21, dn.94; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.178, dn.31'de anılan yazarlar; **Serozan** (Dönme), s.265; **Kocayusufoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı**, s.141; **Havutçu**, s.46; **Buz** (Dönme), s.107; **Önen**, s.49. İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki bir kararı için bak. BGE 91 II 351]. Buna göre meselâ uygun ek sürenin 1 ay olmasına rağmen, borçluya 1 haftalık bir ek süre verilmişse, alacaklı yeniden bir ek süre vermek zorunda kalmaksızın 1 ayın dolması üzerine seçimlik haklarını kullanabilir.

Kanaatimce kabul edilmesi gereken **diğer bir görüş** gereğince ise, borçlunun edimini ifa edebilmek için gereken zamanı daha iyi tespit edebilecek durumda olduğu dikkate alındığında, alacaklı tarafından verilen ek sürenin kısa olması hâlinde borçlunun derhal buna itiraz etmesi ve uygun ek sürenin verilmesini talep etmesi gerekir. Borçlu bu yönde bir itirazda bulunmadığı sürece, kural olarak alacaklı tarafından verilen ek sürenin uygun bir ek süre niteliği taşıyacağı kabul edilmelidir. [Bu görüşte: **Gauch/Schluap/Schmid/Rey**, s.167, no:3042; **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:667; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.235; **Bühler** (Werkvertrag), s.156, no:36; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.178, no:476; **Schwenzer**, (OR AT), s.450, no:66.17; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.64, no:162; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.254, no:15; **Bögli**, s.250, dn.130; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.50; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.112; **Öz** (Dönme), s.176; **Reisoğlu**, s.331; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.935. İsviçre Federal Mahkemesinin kararları da bu yöndedir. BGE 116 II 436 ve BGE 105 II 34]. Fakat kanaatimce **Koller**'in de haklı olarak belirttiği gibi alacaklının verdiği ek sürenin **açıkça çok kısa olması** hâlinde, borçlunun buna itiraz etmesinin dürüstlük kuralları gereğince ondan bekleneemediği kabul edilmelidir [**Koller** (OR AT), s.346, no:98; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.287, no:334 vd]. Diğer bir ifadeyle, iş sahibi tarafından verilen ek sürenin, açıkça çok kısa olması hâlinde, yüklenicinin buna itiraz etme külfetinin bulunmadığı kabul edilebilir. Buna göre yargılama sırasında alacaklı iş sahibinin, yüklenicinin ek süreye itiraz etmemesine dayanması bu hâllerde dürüstlük kurallarına aykırı olabilir. Meselâ yarısı tamamlanmamış bir inşaatta, uygun sürenin 2 ay olmasına rağmen, iş sahibinin 2 günlük ek süre vermesi hâlinde, yüklenicinin buna itiraz etmemesi, bu sürenin uygun süre olarak kabul edilmesi sonucunu doğurmamalıdır. Bu durumda, ikinci bir sorun ortaya çıkmaktadır. Buna göre iş sahibi, borcun ifa edilmemesi kaydıyla, objektif olarak uygun bir sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçerse, bu hukuka uygun bir vazgeçme olarak kabul edilebilir mi? Bu soru kanaatimce olumlu cevaplanmalıdır. **Bucher**'in de belirttiği gibi, bu durumda objektif uygun bir sürenin geçmiş olması, iş sahibine hukuka uygun bir vazgeçme yetkisi verir. Fakat iş sahibinin objektif olarak uygun sürenin dolmasından önce aynen ifadan vazgeçmesi durumunda ortaya çıkacak sonuçlar ise tamamen farklıdır.

Bu konuda son olarak belirtilmesi gereken husus, ek süre verilmesi zorunluluğunun emredici bir nitelik taşımadığıdır<sup>844</sup>. Buna göre taraflar ek süre verilmesi zorunluluğunu tamamen ortadan kaldıracırlar. Meselâ kesin vadeli bir hukukî işlemde ek süre verilmesine gerek yoktur. Aynı şekilde tarafların ek sürenin uzunluğunu sözleşmenin başında belirlemeleri de mümkündür<sup>845</sup>. Ek süreyi tamamen kaldırabilen tarafların, bunun uzunluğunu belirleyebilmeleri de mümkündür. Meselâ sözleşmenin başında, Borçlar Kanununun 106. maddesinin birinci fıkrası anlamındaki ek sürenin 1 ay olması gerektiğinin kararlaştırılmış olması hâlinde, artık bu bir aylık sürenin dolması üzerine iş sahibi derhal aynen ifadan vazgeçebilecektir.

İnşaatın teslim süresinin uzamasına ilişkin koşulların gerçekleşmesi hâlinde, ek sürenin de uzayacağı kabul edilmelidir<sup>846</sup>. Buna göre iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle inşaatın ek sürenin sonunda tamamlanması mümkün olamayacaksa, diğer koşullarında gerçekleşmesi kaydıyla ek süre kendiliğinden uzar.

## 2. Ek Süre Verilmesi Gerekmeyen Durumlar

Borçlar Kanununun “*Derhal Fesih*” kenar başlıklı 107. maddesinde, iş sahibinin hangi hâllerde yükleniciye ek süre vermeksizin doğrudan temerrüt üzerine seçimlik haklarını kullanabileceği düzenlenmiştir. Hükümde belirtilen hâllerde iş sahibi ek süre vermeksizin borçlu temerrüdünün doğumu üzerine derhal aynen ifadan vazgeçebilir. Fakat iş sahibi bu hâllerde de öncelikle yükleniciye bir ek süre vermesi mümkündür<sup>847</sup>.

İş sahibinin ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği hâller, iş sahibini sadece ek süre verme zorunluluğundan kurtarmaktadır<sup>848</sup>. Mutlak kesin vadeli işlemler hariç, ek süre verilmesini gerektirmeyen diğer hâllerde, iş sahibi aynen ifadan vazgeçmek istiyorsa bunu yükleniciye bildirmelidir<sup>849</sup>. Yoksa iş sahibinin aynen ifayı talep ettiği kabul olunur.

Buna göre ek süreye gerek olmayan hâller şunlardır:

### a. Yüklenicinin Davranışlarından Ek Sürenin Yararsız Olacağına Anlaşılması

Borçlar Kanununun 107. maddesinin birinci bendine göre, yüklenicinin hâl ve durumundan ek süre verilmesinin yararsız olacağı, diğer bir ifadeyle yüklenicinin ek süre içinde de inşaatı tamamlamayacağı / tamamlayamayacağı anlaşılan hâllerde, yükleniciye ek süre verilmesine gerek yoktur. Buna göre ek süre verilse bile,

<sup>844</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.495, no:38; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.277, no:292; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.176, no:470.

<sup>845</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.176, no:470.

<sup>846</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.283, no:313.

<sup>847</sup> Bu yönde: BGE 76 II 303.

<sup>848</sup> **Bär**, s.10; **Bucher** (OR AT), s.369. Aksi görüşte: **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.959.

<sup>849</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.273, no:278; **Seliçi** (Kesin Vade), s.106.



yüklenicinin borcun ifa etmeyeceği, inşaatı tamamlamayacağı anlaşılabilen hâllerde, iş sahibi ek süre vermeye gerek olmaksızın temerrüt üzerine derhal aynen ifadan vazgeçebilir<sup>850</sup>.

Bu hükmün tipik uygulama alanı, yüklenicinin kesin ve ciddî bir biçimde ifa etmeme iradesini ortaya koymasındır<sup>851</sup>. Buna göre yüklenicinin inşaatı tamamlamayacağını / tamamlayamayacağını kesin ve ciddi olarak belirtmesi hâlinde, iş sahibi herhangi bir ek süreye gerek kalmaksızın doğrudan aynen ifadan vazgeçtiğini beyan edebilir<sup>852</sup>. Uygulamada çok sık görülen bir durum, yüklenicinin iş sahibine herhangi bir bildirimde bulunmaksızın inşa faaliyetini tamamen durdurması ve inşaat alanını terk etmesidir<sup>853</sup>. Bu hâllerde de, yüklenicinin kesin ve ciddi bir ifa etmeme iradesini örtülü olarak ortaya koyduğu kabul edilebildiği sürece, iş sahibinin temerrüdün oluşması üzerine<sup>854</sup>, ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilebilir. Aynı şekilde yüklenicinin sözleşmeyi feshettiğini, irade sakatlığı nedeniyle iptal ettiğini açıklaması da, anılan hükümlerin şartları oluşmamışsa, ifa etmeme iradesinin açıkça ortaya konulduğu hâllere diğer örneklerdir<sup>855</sup>.

#### **b. Edimin Temerrüt Nedeniyle Alacaklı Bakımından Yararsız Hâle Gelmesi**

Temerrüt nedeniyle edimin artık alacaklı için yararsız hâle gelmesi, inşaat sözleşmeleri bakımından pek fazla mümkün değildir. Fakat çok istisnaî durumlarda, bu

<sup>850</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.547, no:9; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.272, no:274; **Bühler** (Werkvertrag), s.156, no:34; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.186, no:503 vd; **Brändli**, s.164; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.123; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.328; **Bär**, s.10.

<sup>851</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.8, no:11; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.187, no:505; **Koller** (OR AT), s.347, no:104; **Müller-Chen**, s.203. Karş. **Öz** (Dönme), s.176; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.950; **Dirican**, s.54.

<sup>852</sup> Ek süre verilmesi zorunluluğunun ortadan kalkmasını sağlayan bu gibi durumların ortaya çıkmasında, objektif olarak borca aykırı bir davranışın bulunması zorunlu olmakla birlikte, yüklenicinin borca aykırı davranış bilinci içinde olmasına gerek yoktur [**Koller** (OR AT), s.348, no:108; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.274, no:283]. Meselâ yüklenicinin, koşulları oluşmamasına rağmen irade sakatlığı nedeniyle sözleşmeyi iptal ettiğini açıklaması veya iş sahibinin temerrüde düştüğünü ileri sürerek temerrütten doğan haklarını kullandığını veya ödemezlik def'ini kullandığını ileri sürerek inşaatı haksız olarak durdurması hâlinde, iş sahibinin vereceği ek sürenin boş bir formalite niteliği taşıyabileceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde yüklenicinin, mali durumunun bozulduğunu, bu nedenle de inşaatı tamamlayamayacağını veya sözleşmeye aykırı olarak bazı yeni ek taleplerde bulunması ve bunlar yerine getirilmediği sürece inşaatı devam etmeyeceğini belirtmesi hâlinde de ek süre verilmesine gerek yoktur. Benzer bir durum, yüklenicinin iflas etmesidir. Bak. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.82.

<sup>853</sup> **15. HD. 29.05.1979, 1168/1279**: "... Davacı yüklenici inşaatı terk etmiş bulunması nedeniyle, davalı işveren tarafından ihtarın semeresiz kalacağı kuşkusuz bulunduğundan, B.K.'nin 107. maddesine göre ihtar keşide edilmesinde de zorunluluk bulunmamaktadır. Sözleşmenin bozulması nedeniyle aynı Kanun'un 108. maddesi uyarınca, akitten rücu eden alacaklının vaad olunan şeyi vermekten imtina ve tediye eylediği şeyi istirdat hakkı mevcuttur." (YKD. 1980/4, s.557).

<sup>854</sup> İnşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muaccel olmasından önceki dönemde gerçekleşen kesin ve ciddi ifa etmeme iradesi, doğrudan yüklenicinin temerrüdünü doğurmaz. Çünkü temerrüdün ilk en önemli koşulu borcun muaccel olmasıdır. Fakat muacceliyetin öncesindeki bir dönemde yüklenicinin ifa etmeme iradesini ortaya koyması hâlinde, Borçlar Kanununun 358/I hükmünün uygulanabileceği ve bu hüküm yardımıyla iş sahibinin ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda dikkat edilirse, muacceliyet öncesindeki ifa etmeme beyanı, ancak 358/I hükmü kapsamında temerrüt hükümlerinin uygulanmasını sağlayabilmektedir.

<sup>855</sup> Bak. **Brändli**, s.163, dn.10; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.328.

hüküm uygulama alanı bulabilir. Bu gibi hâllerde iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebilecektir<sup>856</sup>.

### c. Kesin Vadenin Kararlaştırılmış Olması

İnşaat sözleşmesinde, inşaatın teslim gereken tarihin kesin vade biçiminde kararlaştırılması durumunda, artık seçimlik hakların kullanılması için ek süre verilmesine gerek yoktur<sup>857</sup>. Doktrinde genel olarak, borcun mutlaka belli bir tarihte veya belli bir tarihe kadar ifa edilmesinin kararlaştırıldığı hâllerde kesin vadenin bulunduğu kabul edilmektedir<sup>858</sup>. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeyle belirlenen belirli vadenin yanında, borcun “*mutlaka*”, “*en son*” bu tarihte ifa edilmek zorunda olduğu gibi ibarelerin bulunması, bu hukukî işleme kesin vadeli hukukî işlem niteliği verecektir<sup>859</sup>. Fakat bu gibi bir açıklık bulunmamasına rağmen, temerrüt hâlinde alacaklının ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceğinin veya temerrüt üzerine borcun ifasının kabul edilmeyeceğinin kararlaştırılması hâllerinde de kesin vadenin bulunduğundan şüphe etmemek gerekir.

Özellikle Alman Hukukunda, kesin vadenin iki farklı türünün olduğu kabul edilmektedir<sup>860</sup>. Kanaatimce de kabul edilmesi gereken bu ayrıma göre, kararlaştırılan vade alacaklıyı sadece ek süre verme zorunluluğundan kurtarıyor, fakat aynen ifadan vazgeçme beyanını gerekli kılıyorsa nispi kesin vade (relatives Fixgeschäft veya tek taraflı kesin vade – einseitige Fixgeschäft); vadenin dolması üzerine artık edimin ifa edilebilirliği ortadan kalkıyor, alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği varsayılıyorsa mutlak kesin vade (absolutes Fixgeschäft veya iki taraflı kesin vade – beiseitige Fixgeschäft) vardır<sup>861</sup>.

<sup>856</sup> **Bär**, s.11; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.272, no:275; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.188, no:509 vd; **Eren** (Genel Hükümler), s.1068. Benzer bir durum, yapının temerrüt anında değil, temerrütten sonraki bir dönemde yararsız hâle gelmesidir. Meselâ Temmuz ayındaki uluslar arası yarışmalarda kullanılacak olan spor tesisinin inşası için yapılan sözleşmede, teslim Haziran ayının başı olarak kararlaştırılmışsa, yüklenicinin temerrüdü, doğrudan edimi yararsız hâle getirmemekle birlikte, yapının Temmuz ayına yetişmemesi böyle bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle söz konusu durumda ek süre verilmesi gerekmele birlikte, edimin ileriki bir tarihte alacaklı için yararsız hâle gelecek olması, ek sürenin uzunluğunun belirlenmesinde dikkate alınacaktır [**Koller** (OR AT), s.349, no:114; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.280, no:303, 304].

<sup>857</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.553, no:30; **Bär**, s.13; **Bühler** (Werkvertrag), s.156, no:34; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.191, no:517 vd; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.123; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.329; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.71; **Öz** (Dönme), s.177; **Eren** (Genel Hükümler), s.1069.

<sup>858</sup> **Bär**, s.15 ve özellikle s.43; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.278, no:294; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.192, no:519; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.952.

<sup>859</sup> **Bär**, s.47.

<sup>860</sup> Bu konuda bak. **Christodoulou**, s.132. İsviçre hukuku için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.193, no:522 vd; **Bär**, s.19.

<sup>861</sup> Kararlaştırılan vadenin kesin vade niteliğinde olduğu anlaşılmadıkça, bunun belirli vade niteliğinde olduğu, bu nedenle aynen ifadan vazgeçebilmek için ek süre verilmesinin gerektiği; fakat vadenin kesin vade niteliğinde olduğu anlaşıldığında ise, bunun mutlak kesin vade olduğu açıkça anlaşılmadıkça, nispi kesin vade bulunduğu karine olarak kabul edilmelidir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.278, no:297.

Bu iki kesin vade türünün karma olarak kabul edilmesi de mümkündür. Meselâ temerrüt üzerine alacaklının üç gün içinde ifayı istediğini bildirmemesi hâlinde aynen ifadan vazgeçmiş sayılacağıının

Buna göre nispi kesin vadede temerrüdün doğumu, edimin ifa edilebilirliğini ortadan kaldırmaz. Fakat kural olarak ifa alacaklının rızası hilâfına gerçekleşemez<sup>862</sup>. Bu durumda alacaklı ifayı talep edebilir. Alacaklının sessiz kalması, onun aynen ifayı istediği biçiminde yorumlanır<sup>863</sup>. Nispi kesin vadeli hukukî işlemlerin tek etkisi, temerrüt üzerine iş sahibinin ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçebilmesidir<sup>864</sup>. Fakat mutlak kesin vadede ise, ifa ile vade arasında öyle bir sıkı ilişki vardır ki ifa, bu zamandan sonra artık gerçekleşemez<sup>865</sup>. Çünkü bu durumda artık alacaklının aynen ifadan vazgeçme hakkını kullandığı varsayılır<sup>866</sup>.

Sözleşmede geç ifa için cezai şart kararlaştırılmış olması, başlı başına kesin vadenin bulunmadığını ortaya koymaz<sup>867</sup>. Fakat bu durumda artık mutlak kesin vadenin bulunmadığı kabul edilmelidir. Çünkü nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde borcun ifa edilebilirliği kendiliğinden ortadan kalkmamakta, alacaklı aynen ifadan vazgeçmedikçe ifa mümkün olarak kalmaktadır.

Nispi kesin vadeli hukukî işlemler, sadece aynen ifadan vazgeçilebilmesi için ek süre verilmesi zorunluluğunu ortadan kaldırır. Yoksa bu alacaklıyı aynen ifadan vazgeçme külfetinden muaf tutmaz<sup>868</sup>. Diğer bir ifadeyle nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde alacaklı aynen ifadan vazgeçtiğini bildirmedikçe, borçlu edimini ifa edebilir. Bu nedenle nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde, alacaklının aynen ifadan vazgeçme beyanının ne zamana kadar (ek süreye gerek olmaksızın) kullanılabileceği ayrıca incelenmelidir. Bu durumda kanaatimce alacaklının aynen ifadan vazgeçtiğini, temerrüdün doğumu üzerine derhal bildirmesi gerekir. Çünkü iş sahibinin aynen ifadan derhal vazgeçmemesi durumunda, borçlunun, alacaklının aynen ifayı istediği yönündeki varsayımı hukuken korunur. Buna göre, nispi kesin vadeli inşaat sözleşmelerinde, alacaklının temerrüdün doğumu üzerine derhal, aynen ifadan

---

kabul edilmesinde olduğu gibi. Bu durumda borcun ifa edilebilirliği, alacaklının üç gün içinde yapacağı ifayı talep bildirimine bağlanmıştır. Böyle bir talebin gelmemesi hâlinde, üçüncü günün sonunda alacaklının aynen ifadan vazgeçtiği kabul edilmelidir. Bu durumda alacaklının hangi hakkını kullandığı sözleşmede belirtilmemişse, alacaklı müspet zarar tazminatı ile sözleşmeden dönme arasında seçimlik bir hakka sahip olacaktır. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.277, no:292.

<sup>862</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.194, no:524.

<sup>863</sup> Karş. **Havutçu**, s.57; **Albaş**, s.134.

<sup>864</sup> Alacaklı, muacceliyetten önceki dönemde dilediği zaman, nispi kesin vadeyi, mutlak kesin vadeye çevirebilir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.279, no:300]. Buna göre, nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde, borcun muaccel olmasından önce alacaklı, ifanın belirlenen nispi kesin vadede gerçekleşmemesi hâlinde aynen ifadan vazgeçtiğini bildirirse, artık mutlak kesin vadeye dönüşün gerçekleştiği kabul edilebilir.

<sup>865</sup> **Koller**'in haklı olarak belirttiği gibi, borçlanılan ediminin kaderi daha sözleşmenin başında kesin olarak belirlenmişse mutlak kesin vade, ifa edilebilirlik alacaklının iradesine bağlanmışsa nispi kesin vadeden söz edilir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.277, no:292]. Bu açıklamalar gereğince, mutlak – nispi kesin vade ayrımı yapılmaksızın, kesin vadenin, edimin belirlenen tarihten sonra ifa edilebilirliğini kendiliğinden ortadan kalktığı yönünde kabul edilen görüşlerin kısmen yerinde olmadığı ortaya çıkmaktadır. Çünkü nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde, alacaklı isterse aynen ifayı talep edebilir.

<sup>866</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.194, no:523.

<sup>867</sup> Örtülü olarak aksi görüşte: **Öz** (Dönme), s.178, dn.123; **Sungurbey** (MHS, C.IV), s.464.

<sup>868</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.195, no:527.

vazgeçtiğini bildirmemesi veya borçlunun inşaat faaliyetine devamına sessiz kalması, alacaklının aynen ifayı istediği yönünde yorumlanacaktır. Fakat bu hâllerde de alacaklı daha sonra borçluya uygun bir ek süre vererek, bunun sonunda aynen ifadan vazgeçebilir.

#### **d. Dürüstlük Kuralları Gereğince İş Sahibinden Ek Süre Vermesinin Beklenememesi**

İş sahibinin seçimlik haklarını kullanabilmesi için ek süre vermesine gerek olmayan yukarıdaki üç durumdan biri bulunmamakla birlikte, somut olayın özellikleri gereğince iş sahibinden ek süre vermesi dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemiyorsa, artık iş sahibi derhal seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Doktrinde genel olarak, borçluya verilen ek süre içinde edimin tamamlanamayacak ölçüde geri kalması hâlinde ek süreye gerek olmadığı kabul edilmektedir<sup>869</sup>. Bu görüşler gereğince, inşaat seviyesinin çok düşük olması ve bu nedenle yükleniciye verilen ek sürenin, inşaatın tamamlanması için yeterli olmadığı hâllerde de ek süre verilmesi zorunlu değildir.

Kanaatimce sonuç olarak yerinde olan bu görüş farklı bir gerekçeyle kabul edilmelidir. Çünkü Borçlar Kanunu sistemine göre kural olarak aynen ifadan vazgeçilebilmesi için borçluya edimini ifa edebilecek uygun bir sürenin verilmesi gerekir. Bu uygun ek sürenin belirlenmesinden ilk olarak geri kalan işin yapılabileceği sürenin tespiti gerekir. Bu nedenle kanaatimce uygun ek süre, zaten edimin ifa edilebileceği bir uzunlukta olmak zorundadır. Hâl böyle olunca hâkim görüşün gerekçesine katılmamız mümkün görülmemektedir.

Bu nedenle kanaatimce bu sonuç, **Öz**'ün<sup>870</sup> önerdiği şöyle bir gerekçe kabul edilmelidir: Alacaklının belirlenen uygun ek süreyi vermesi dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemiyorsa, diğer bir ifadeyle uygun ek süre, iş sahibinden beklenemeyecek derecede uzunsa, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebilmelidir<sup>871</sup>. Meselâ yüklenicinin temerrüde düştüğü anda, inşaatın sadece çok küçük bir bölümü yapılmış veya inşaatı hiç başlanmamışsa, artık iş sahibinin yükleniciye ek süre vermesi Medenî Kanununun 2. maddesi gereğince ondan

<sup>869</sup> **Von Tuhr/Escher**, s.150; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.548, no:13; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.274, no:284 ve s.281, no:306; **Bucher** (OR AT), s.369; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.187, no:505; **Havutçu**, s.50.

<sup>870</sup> **Öz** (Dönme), s.175; **Öz** (İnşaat), s.141.

<sup>871</sup> **Seliçi**'ne göre ise, BK. m.358/I hükmünden yararlanmayan iş sahibinin, ek sürenin uzunluğuna her halükârda katlanması gerekir. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.71. Kanaatimce koşulları oluşmasına rağmen BK. m.358/I hükmüne başvurmaması, iş sahibinin aleyhine yorumlanamaz. Çünkü bu hükümlerle, iş sahibine bir yetki verilmiştir. Bunun kullanılmaması, meselâ inşaatı hiç başlanmamış olan yükleniciye verilecek çok uzun ek sürenin mutlaka beklenmesini gerektirmesi hakkaniyete uygun düşmez. Bu nedenle yazarın görüşüne katılmayı uygun bulmuyorum. Bu yönde: **Öz** (Dönme), s.175.

beklenmemelidir<sup>872</sup>. Böyle bir durumda iş sahibi, temerrüt üzerine aynen ifadan vazgeçtiğini derhâl bildirebilir<sup>873</sup>.

Kabul ettiğimiz bu görüşte belirlenmesi gereken en önemli husus, uygun ek sürenin verilmesinin iş sahibinden beklenmesinin Medenî Kanununun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralları gereğince mümkün olup olmadığıdır. Bunun kesin sınırlarının soyut ve teorik olarak tespiti mümkün olmamakla birlikte, kanaatimce öncelikle geri kalan işin yüzdeleri olarak oranı, bütün işin süresi, uygun ek sürenin, bütün süre karşısındaki uzunluğu, gecikmeye neden olan olaylarda tarafların etkileri ve varsa kusurları belirleyici rol oynayacaktır<sup>874</sup>. Bu nedenle meselâ inşaata hiç başlanmaması veya çok küçük bir kısmının yapılmış olması hâlinde, iş sahibi artık ek süre zorunluluğuna gerek kalmaksızın seçimlik haklarını kullanabilir. Somut olayın koşulları gereğince, yüklenicinin temerrüdün doğumunda hiçbir kusuru veya etkisi olmamış ve inşaatın seviyesi çok geri kalmışsa, istisnai olarak uzunca bir ek sürenin verilmesi, Medenî Kanunun 2. maddesine aykırı düşmeyebilir<sup>875</sup>.

## **B. Ek Süre Verilmesini Gerektirmeyen Bir Durumun Bulunması veya Verilen Ek Sürenin Sonunda İnşaatın Tamamlanarak Teslim Edilmemiş Olması**

Ek süre verilmesini gerektiren hâllerde ek sürenin dolması üzerine, ek süre verilmesini gerektirmeyen hâllerde ise temerrüt üzerine inşaat, sözleşmeye uygun olarak tamamlanıp iş sahibine teslim edilmemişse, iş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini yükleniciye bildirebilir.

## **C. Seçimlik Hakların<sup>876</sup> Derhal Kullanılması**

### **1. Genel Olarak**

Ek süre verilmesi ve bunun da yararsız geçmesi, kural olarak<sup>877</sup> tarafların hukukî durumlarında hiçbir değişiklik yapmaz<sup>878</sup>. Buna göre iş sahibi ek sürenin sona ermesi

<sup>872</sup> *Ergezen*, s.105.

<sup>873</sup> Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir. **15. HD. 06.03.2006, E. 2005/947, K. 2006/1248** (www.kazanci.com.tr).

<sup>874</sup> Görüşümüzün yerinde olduğu kanaatimce şu örneklerde açıkça ortaya çıkmaktadır. Meselâ teslim süresi 36 ay olan bir inşaatta, süre dolmuş olmasına rağmen inşaatın sadece %60'ı yapılabilmiş ve yüklenicinin hızlı bir çalışmayla inşaatı tamamlayabilmesi için 4 aylık bir ek sürenin gerekli olduğu anlaşılırsa, iş sahibinin ancak bu 4 aylık ek sürenin ardından seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmelidir. Fakat teslim süresi 6 ay olan bir inşaat sözleşmesinde ise, ek sürenin 4 ay olarak kabulü, Medenî Kanununun 2. maddesi gereğince artık iş sahibinden beklenemeyeceğinden, ek süreye gerek olmaksızın seçimlik hakların kullanılabilmesi kabul edilebilir.

<sup>875</sup> *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.281, no:306.

<sup>876</sup> Uygulamada çoğunlukla hangi seçimlik hakkın kullanıldığı, aynen ifadan vazgeçme beyanıyla birlikte açıklanmaktadır. Fakat iş sahibinin öncelikle aynen ifadan vazgeçerek, hangi seçimlik hakkını kullandığını daha sonra açıklaması da mümkündür. Uygulamada ilk olasılık sıklıkla gerçekleştiği için, çalışmamızda buna uygun bir açıklama yöntemi benimsenecektir. Karş. *Havutçu*, s.63.

<sup>877</sup> Burada “kural olarak” ibaresinin kullanılmış olmasını nedeni, iş sahibinin ek süre vermeye ilişkin beyanıyla birlikte, ek sürenin sonunda aynen ifadan vazgeçeceğini bildirebilmesinin mümkün olduğunun vurgulanmasıdır. Bu yönde: *Schenker* (Schuldnerverzug), s.203, no:554.

üzerine, seçimlik haklarını kullanmadığı sürece, aynen ek süre öncesinde olduğu gibi, aynen ifa ile gecikme tazminatını talep etmeye devam edebilir<sup>879</sup>.

Borçlar Kanununun 106. maddesinin ikinci fıkrasına göre, aynen ifadan vazgeçme beyanının geçerli ve etkili olabilmesi için, aynen ifadan vazgeçme hakkının derhal kullanılması gerekir. Alacaklının bu hakkını derhal kullanmaması hâlinde, aynen ifadan geçerli olarak vazgeçilebilmesi için, kural olarak iş sahibince yeniden ek sürenin verilmesi gerekir<sup>880</sup>. Fakat bu dönemde ek süre verilmesi zorunluluğu bulunmayan bir durum ortaya çıkarsa, meselâ yüklenici açık ve kesin olarak ifa etmeme iradesini ortaya koyarsa, iş sahibi ek süreye gerek olmasızın aynen ifadan vazgeçebilir.

Hükümde geçen “*derhal*” ibaresinin ne anlama geldiğinin özel olarak incelenmesi gerekir. Bu nedenle de öncelikle, ek süre verilen hâller ile ek süre verilmesi gerekmeyen hâller konusunda bir ayırım yapılması gerekir.

## 2. Ek Süre Verilen Hâllerde

Ek süre verilen hâllerde aynen ifadan vazgeçme beyanının istenilen sonucu doğurabilmesi, bunun kural olarak en erken<sup>881</sup> Kanunun açık hükmüne göre ek sürenin sonunda derhal yapılması gerekir<sup>882</sup>. Buradaki derhal ibaresi, gecikmeksizin anlamındadır. Buna göre iş sahibinin, ancak ek sürenin dolması üzerine gecikmeksizin aynen ifadan vazgeçtiğini açıklaması hâlinde, kanuna uygun bir vazgeçme ortaya çıkar<sup>883</sup>.

Fakat kanaatimce inşaat sözleşmelerinde, Medenî Kanununun 2. maddesi gereğince, bazı durumlarda yukarıdakinden farklı bir sonuca varılması ve ek sürenin dolmasından sonra (derhal yapılmayan) aynen ifadan vazgeçilmesinin de bazı

<sup>878</sup> **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.352; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.170, no:452; **Müller-Chen**, s.200; **Bühler** (Werkvertrag), s.156, no:37; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.955. Karş. BGE 103 II 106.

<sup>879</sup> **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.325; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.220, no:603 vd; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.52.

<sup>880</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.521; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.204, no:556; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.956; **Öz** (Dönme), s.178. İkinci kez ek süre verilmesi durumunda, ek sürenin ilkinde daha kısa olası mümkündür.

<sup>881</sup> Aynen ifadan vazgeçme, en erken ek sürenin dolması üzerine mümkündür. Fakat Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasındaki hükmün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, ek sürenin verilmesinden sonra, inşaatın ek sürenin sonuna tamamlanamayacağını açıkça ortaya çıkması hâlinde, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçebilmek için ek sürenin dolmasını beklemesine gerek yoktur. İnşaatın ek sürenin sonunda tamamlanamayacağını ortaya çıkması üzerine derhal aynen ifadan vazgeçmek mümkündür.

<sup>882</sup> İş sahibi aynen ifadan vazgeçtiğini ek sürenin dolmasından önceki bir aşamada da bildirebilir. Diğer bir ifadeyle, ek sürenin dolmasından önce (hatta ihtarla birlikte), ek sürenin yararsız geçmesi hâlinde aynen ifadan vazgeçilmiş sayılacağını bildirilmesi hukuken geçerlidir. Böylece alacaklı söz konusu ilişkiyi mutlak kesin vadeli bir hale getirebilir. **Koller** (OR AT), s.351, no:119 ve s.352, no:124; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.53. Sadece ek süre verilmesi ise, ek sürenin yararsız geçmesiyle borç ilişkisini nispi kesin vadeli bir işlem haline getirir.

<sup>883</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.202, no:552; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.126; **Erman** (İnşaat), s.78; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.72.

koşullarda geçerli sayılması gerekir<sup>884</sup>. Buna göre yüklenicinin (borçlunun), aynen ifadan derhal vazgeçilmediğini ileri sürmesinin dürüstlük kurallarına açıkça aykırı olduğu hâllerde, aynen ifadan geç vazgeçilmiş olması sonuca etkili olmamalıdır<sup>885</sup>. Meselâ temerrüdün doğumu üzerine iş sahibince 2 aylık bir ek sürenin verilmiş olduğu ve bu süre içinde hiçbir inşaa faaliyetinin yapılmadığı bir olayda, kabul ettiğimiz görüş gereğince iş sahibi, yüklenici yeniden inşaa faaliyetine başlayana kadar dilediği zamanda (yeniden bir ek süreye gerek olmaksızın) aynen ifadan vazgeçebilmelidir. Diğer bir ifadeyle bu örnekte, ek sürenin dolması ve bunun üzerinden 4 ay daha geçmesi durumunda, yüklenicinin bu 4 aylık süre içinde hiçbir faaliyette bulunmamış olması, böylece örtülü olarak ifa etmeme iradesini ortaya koymuş olması durumunda iş sahibi yeniden ek süreye gerek olmaksızın geçerli olarak aynen ifadan vazgeçebilecektir<sup>886</sup>. Bu durumda yüklenicinin, aynen ifadan derhal vazgeçilmemesi nedeniyle buna itiraz etmesi, kanaatimce Medenî Kanununun ikinci maddesinde düzenlenen dürüstlük kurallarına açıkça aykırı olacaktır<sup>887</sup>.

Fakat ek sürenin dolmasından sonra, yüklenicinin herhangi bir zamanda ve biçimde inşaa faaliyetine başlaması hâlinde, aynen ifadan derhal vazgeçmemiş olan iş sahibi, ancak yeniden ek süre vermek koşuluyla aynen ifadan vazgeçebilecektir.

### 3. Ek Süre Verilmesi Zorunlu Olmayan Hâllerde

Mutlak kesin vadeli hukukî işlemlerde, temerrüt zaten kendiliğinden aynen ifadan vazgeçilmesi sonucunu doğurduğundan, ayrıca bu yönde bir beyana gerek yoktur<sup>888</sup>. Nispi kesin vadeli hukukî işlemlerde ise iş sahibinin, kural olarak derhal (temerrüt üzerine gecikmeksizin) aynen ifadan vazgeçmesi gerekir<sup>889,890</sup>. Fakat yine

<sup>884</sup> Bu yönde: *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.52, dn.262.

<sup>885</sup> *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s.956; *Havutçu*, s.63.

<sup>886</sup> Yargıtay ise kanaatimce hatalı olarak, böyle bir incelemeye gerek görmeksizin, gecikmiş bir aynen ifadan vazgeçme iradesini, otomatik olarak BK. m.369 anlamında sözleşmenin feshi olarak yorumlamaktadır. Bu yönde: **15. HD. 09.07.1974, 624/654** (www.kazanci.com.tr).

<sup>887</sup> *Bucher*'e (s.374) göre, borçlu artık borcunu ifa edemeyecek durumda ise, alacaklının aynen ifadan gecikmiş olarak vazgeçebilmesi mümkündür.

<sup>888</sup> Karş. *Bucher* (OR AT), s.376. Mutlak kesin vadeye bağlanmış inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme beyanına gerek bulunmadığı ifadesi, ancak temerrüdün doğumundan sonrası için geçerlidir. Fakat mutlak kesin vadeli inşaat sözleşmelerinde, inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muaccel olmasından önce, inşaatın zamanında tamamlanamayacağı açıkça ortaya çıktığında (BK. m.358/1), iş sahibi ne bir ihtara, ne de ek süre vermeye gerek olmaksızın (muacceliyetten önce) aynen ifadan vazgeçebilir. Muacceliyet ve dolayısıyla temerrütten önce aynen ifadan vazgeçilmemiş olması hâlinde ise, temerrüt üzerine kendiliğinden aynen ifadan vazgeçildiği kabul edilir.

<sup>889</sup> *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.52; *Bucher* (OR AT), s.375.

Nispi kesin vadeye bağlanmış inşaat sözleşmelerinde, aynen mutlak kesin vadeli inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, inşaatın zamanında tamamlanması mümkün olmayacak derecede geri kalması hâlinde (BK. m.358/1), iş sahibi ihtar veya ek süreye gerek olmaksızın temerrüdün doğmasından önce de aynen ifadan vazgeçebilir.

<sup>890</sup> *Oğuzman/Öz*'e göre (s.424) ise, aynen ifadan vazgeçmek için ek süre vermeye gerek olmayan hâllerin tamamında, alacaklının seçimlik hakkını da derhal kullanmasını beklemek hakkaniyete uygun olmaz. Bu nedenle bu hâllerde, alacaklının sözleşmeden döndüğü kabul edilmelidir.

yukarıdaki gibi bir durumun bulunması hâlinde, iş sahibinin, yüklenicinin yeniden inşa faaliyetine başlamasına kadar, ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan geçerli olarak vazgeçebileceği kabul edilmelidir<sup>891</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin, aynen ifadan derhal vazgeçilmediğini ileri sürmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğu hâllerde, aynen ifadan gecikmiş olarak vazgeçilmesi de istenilen hukukî sonucu doğurabilmelidir<sup>892</sup>.

Kanaatimce aynı sonuç, ek sürenin yararsız olacağı anlaşılan ve ek süre vermesinin dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenemediği hâllerde de geçerlidir<sup>893</sup>. Doktrinde haklı olarak kabul edildiği gibi iş sahibi, ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçme koşullarının devam ettiği sürece, ek süreye gerek olmaksızın aynen geçerli olarak ifadan vazgeçebilir<sup>894</sup>. Bunun, muacceliyet veya ek süreyi gereksiz kılan koşullar ortaya çıkınca derhal bildirilmesi gerekmez.

Buna göre, yüklenicinin ifa etmeme iradesini ortaya koyması durumunda, iş sahibi, yüklenici ifa iradesini açıkça ortaya koyana dek, aynen ifadan geçerli olarak vazgeçebilir<sup>895</sup>. Meselâ teslim borcunun muaccel olması üzerine inşaat alanını terk eden yüklenici karşısında, iş sahibi, yüklenici yeniden inşaata başlayana kadar, ek süreye gerek olmaksızın geçerli olarak aynen ifadan vazgeçebilir.

Aynı şekilde dürüstlük kuralları gereğince ek süre vermesinin iş sahibinden beklenemediği hâllerde de, bunun koşulları devam ettikçe, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan geçerli olarak vazgeçilebilir<sup>896</sup>. Meselâ 6 ay süreli bir işte,

<sup>891</sup> Doktrindeki genel eğilim, böyle bir ayırım yapmaksızın, aynen ifadan derhal vazgeçilmesi gerektiğini kabul yönündedir. Bak. **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.114.

<sup>892</sup> İsviçre Federal Mahkemesi de bazı kararlarında, borçlunun ifa etmeme iradesini açıkça ortaya koyması durumunda, iş sahibinin ek süre dolduktan hemen sonra veya temerrüdün oluşması üzerine derhâl seçimlik haklarını kullanmadığının, yüklenici tarafından ileri sürülmesini dürüstlük kurallarına aykırı saymıştır. Bu konuda bak. **Koller** (OR AT), s.352, no:126; **Erman** (İnşaat), s.92, dn.87.

<sup>893</sup> Benzer bir görüş için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.208, no:566 vd; **Bucher** (OR AT), s.375.

<sup>894</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.275, no:287. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuya ilişkin bir kararında, satıcı aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini ve alıcının da aynı şekilde karşı dava yoluyla müspet zararının tazminini talep etmiştir. Federal Mahkeme, satıcının aynen ifadan vazgeçme koşullarının (temerrüt) oluşmadığını ileri sürerek, ilk davanın reddine; fakat satıcının bu tavrının ifa etmeme beyanı olarak değerlendirilmesi sonucu, alıcının ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceğini kabul ederek, alıcının karşı davasını kabul etmiştir [BGE 69 II 243. Karar için bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.276, no:289]. Bu kararla Federal Mahkeme örtülü olarak, ek süre vermeye gerek olmama hâlinin devamı boyunca, aynen ifadan vazgeçmenin mümkün olduğu sonucuna varmıştır.

<sup>895</sup> Karş. **Havutçu**, s.64, 65. Yüklenicinin, edimini ifa etmeyeceğini açık ve kesin olarak muacceliyetten önceki dönemde ortaya koyması hâlinde, iş sahibi herhangi bir ek süreye gerek olmaksızın, muacceliyetten önceki dönemde de aynen ifadan vazgeçebilecektir (BK. m.358/I). Karş. **Koller** (Verbindung), s.518.

<sup>896</sup> Mutlak veya nispi kesin vadinin bulunmaması koşuluyla, borcun muacceliyetinden önceki dönemde, inşaatın zamanında tamamlanamayacağını açıkça ortaya çıkmış olması hâlinde, iş sahibi uygun bir ek süre vererek, bu sürenin dolması üzerine aynen ifadan vazgeçebilecektir. Fakat inşaatın seviyesinin çok geri kalmış olması nedeniyle, dürüstlük kuralları gereğince bu kadar uzun bir ek süre vermesinin iş sahibinden beklenemediği hâllerde, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın derhal (muacceliyetten önce) aynen ifadan vazgeçebilir. Meselâ 30 aylık süresi olan bir inşaatta, 28. ay itibarıyla inşaatın sadece yarısı tamamlanabilmiş ve geri kalan işin hızlı bir çalışmayla yaklaşık 8 ayda tamamlanabileceği ortaya çıkmışsa, 358/I hükmünden yararlanmak isteyen iş sahibinin, 28. ay itibarıyla yükleniciye 8 ay ek süre vermesi gerekir. Bu 8 ayın, ilk iki ayı normal sürenin içine denk geldiği için, gerçekte iş sahibi 6 aylık bir ek süre vermiş olacaktır. İşte bu aşamada, 30 aylık bir inşaatta, 6 aylık ek süre vermesinin, dürüstlük



inşaat seviyenin çok geri kalması nedeniyle inşaatın tamamlanabilmesi için 4 aylık bir ek sürenin gerekli olduğu ortaya çıktığında, artık dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinin ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilmelidir. Bu durumda iş sahibi, ancak ek süreyi gereksiz kılan koşulların ortadan kalkmasına kadar ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebilir. Fakat bu olayda yüklenici yavaş da olsa inşaaata devam ediyorsa, artık muacceliyet üzerine derhal aynen ifadan vazgeçilmesi gerekecektir. Diğer bir ifadeyle bu örnekte temerrüdün doğumu üzerine, yüklenicinin inşaaata devam etmesine açık veya örtülü olarak izin verilmesi hâlinde, iş sahibinin ek süre vermeksizin aynen ifadan vazgeçme hakkından feragat ettiği, bu nedenle aynen ifadan vazgeçilebilmesi için, artık uygun ek sürenin verilmesinin gerekli olduğu kabul edilmelidir. Fakat bu olayda temerrüdün doğumundan sonra, yüklenicinin hiçbir inşaa faaliyetine girişmemesi hâlinde, iş sahibinin her zaman ek süreye gerek olmaksızın aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilmelidir. Yeter ki yüklenici bu tarihe kadar ifa iradesini açıkça ortaya koymamış olsun.

## § 10. İŞ SAHİBİNİN AYNEN İFADEN VAZGEÇEREK MÜSPET ZARARININ TAZMİNİNİ TALEP ETMESİ

### I. AYNEN İFADAN VAZGEÇİLMESİ

#### A. Genel Olarak

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlunun temerrüde düşmesi hâlinde alacaklıya tanınan seçimlik haklardan ilki, alacaklının aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesidir<sup>897</sup>.

İnşaat sözleşmesinde aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi, kural olarak inşaatın tamamlanması talebinden, henüz ifa edilmemiş edimlerden vazgeçilmesi anlamı taşır<sup>898</sup>. Buna göre aynen ifadan vazgeçme, inşaaata başlanmamışsa artık başlanmamasını; başlanmışsa olduğu noktada bırakılmasını sağlar. Böylece iş sahibi artık inşaatı diğer bir yükleniciye tamamlatma imkânına kavuşur. Bu nedenle aynen ifadan vazgeçilmesinin, aynen sözleşmeden dönme gibi,

---

kuralları gereğince iş sahibinden beklenip beklenemeyeceği incelenmelidir. Böyle bir değerlendirme yapılırken, somut olayın bütün koşulları ve özellikle de gecikmeye neden olayın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru ve inşaatın geldiği seviye dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirme sonunda, iş sahibinin 6 aylık ek süre vermesinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemeyeceği sonucuna varılabilirse, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın 28. ayda aynen ifadan vazgeçebilecektir.

<sup>897</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.524, no:159 vd; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.6; **Frank** (Hafung), s.84; **Walter** (Mehrkosten), s.138; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.223, no:615 vd. Aynen ifadan vazgeçme koşullarının oluşması üzerine iş sahibi, aynen ifadan vazgeçtiğini açıkça belirtebileceği gibi; bu hakkını, doğrudan müspet zararının tazminini talep etmek suretiyle de kullanabilir. Buna göre bu hakkın kullanılması, iş sahibinin açıkça aynen ifadan vazgeçtiğini ileri sürmesine bağlı değildir. Bu hakkın sonuçlarına yönelik taleplerde bulunulması da aynen ifadan vazgeçildiği anlamına gelir. Bak. **Erman** (İnşaat), s.92.

<sup>898</sup> Karş. **Bucher** (OR AT), s.373; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:662; **Zeltner**, s.83, no:216; **Walter** (Mehrkosten), s.138; **Erman** (İnşaat), s.92; **Reisoğlu**, s.335.

yüklenicinin henüz ifa etmediği edimi bakımından borçtan kurtarıcı bir etkisi vardır. Fakat ortadan kalkan bu borcun yerine, müspet zararı giderme borcunun doğduğu gözden kaçırılmamalıdır.

İş sahibinin, yüklenicinin temerrüdü üzerine geçerli bir biçimde aynen ifadan vazgeçmesi hâlinde, yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü kesin olarak sona erer (inşaatın tamamlanması borcu, müspet zararın tazmini borcuna dönüşür). Bu durumda iş sahibi, yükleniciden aynen ifayı talep edemeyeceği gibi; yüklenicinin inşaatın devamına engel olması da, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürmeyecektir. Fakat iş sahibi aynen ifadan vazgeçmezse, yüklenicinin inşaatın devamına engel olunması, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürür.

Aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi borç ilişkisini ortadan kaldırmaz<sup>899</sup>. Kural olarak sadece yüklenicinin edimi sona ererek, yeni bir borç (müspet zararın tazmini borcu) doğar. Bu nedenle, aynen ifadan vazgeçme anına kadarki edimler sözleşme gereği ifa edilmiş sayılır ve iş sahibi, yapılmış olan inşaat kısmının karşılığını sözleşmeye uygun olarak ifa etmekle yükümlüdür. Bunun bir diğer sonucu da, yüklenicinin edimi için verilmiş teminatların, müspet zararın teminatı olarak varlığını devam ettirmesidir<sup>900</sup>.

## **B. Aynen İfadan Vazgeçilmesinin Kapsamı**

Aynen ifadan vazgeçilmesi kural olarak yüklenicinin, **sadece** yerine getirilmemiş **bütün** edimleri kapsar. Bu cümlede geçen iki ifade, konumuz için çok önemlidir. Buna göre aynen ifadan vazgeçilmesi, kural olarak **sadece yerine getirilmemiş edimleri** kapsar. İkinci olarak ise, aynen ifadan vazgeçilmesi kural olarak, **yerine getirilmemiş bütün edimleri** kapsar. Bu nedenle inşaat sözleşmesinde aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde, iki hususun özel olarak incelenmesi gerekir. 1. Aynen ifadan vazgeçilmesinin, yapılmış olan inşaat kısmına etkisi ve 2. Aynen ifadan vazgeçilmesinin, henüz yapılmamış olan inşaat kısmına etkisi.

Kural olarak aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi, yapılan inşaat kısmını etkilemez<sup>901</sup>. Yüklenici aynen ifadan vazgeçme üzerine, yaptığı inşaatı kısmı için sözleşmeye göre alması gereken bedeli talep edebilir. Çünkü aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi borç ilişkisini ortadan kaldırmaz. Fakat bu sonuca varılması için, inşaatın yapılan kısmının iş

<sup>899</sup> **Gauch** (Dauerverträgen), s.143; **Bucher** (OR AT), s.379; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.223, no:615; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.234; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.113 **Erman** (İnşaat), s.92; **Reisoğlu**, s.335.

<sup>900</sup> **Öz** (Dönme), s.265.

<sup>901</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:661; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.292 vd. Bunun sonucu olarak da yüklenici, yarım kalmış inşaatın o hâliyle taşınması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle, iş sahibine karşı ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu olur. Aynı sonuç, inşaat sözleşmesinin ileriye etkili olarak sona erdiği bütün hâller için kabul edilmektedir. Bu yönde: BGE 116 II 450 (Bak. Schweizerische Baurechtstagung, 1993, Band I, s.74).

sahibi bakımından herhangi bir biçimde kullanılabilir, değerlendirilebilir olması gerekir<sup>902</sup>.

Aynen ifadan vazgeçilmesi, kural olarak yüklenicinin yerine getirilmemiş bütün edimlerini kapsar<sup>903</sup>. Buna göre inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edim yükümlülüğü tek ve bütün niteliği taşıyan bir işin yapılması ise, iş sahibi temerrütten doğan haklarını, yapılmamış olan işin tamamı için kullanmak zorundadır. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep etme hakkıyla, sözleşmenin içeriğini dilediği gibi daraltma hakkına sahip değildir. Aynı sonuç kural olarak niteliği gereği birbirinden bağımsız nitelikte olan birden fazla işe ilişkin inşaat sözleşmelerinde de geçerlidir<sup>904</sup>. Buna göre birbirinden bağımsız nitelikteki iki iş, meselâ çevre duvarının örülmesi ile mutfak dolabının yapılması veya iş sahibine ait iki farklı arsa üzerine iki ayrı yapının inşası, tek bir sözleşmede üstlenilmiş ve yüklenici bunlardan birinde temerrüde düşmüşse, iş sahibi kural olarak yapılmamış olan işlerin tamamından vazgeçmek durumundadır. Çünkü bu tip durumlarda, yüklenicinin ilk işte temerrüde düşmesi, kural olarak onun ikinci işte de temerrüde düşeceğini gösterir. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin ilk işte temerrüde düşmesi, iş sahibinin sözleşmenin tamamen ifa edileceğine ilişkin güvenini sarsacağından, iş sahibi geri kalan işin tamamından vazgeçebilir.

### C. Aynen İfadan Vazgeçilmesinin İş Sahibinin Edim Yükümlülüğü Üzerindeki Etkisi (Mübadele ve Fark Teorileri)

İş sahibinin geçerli biçimde aynen ifadan vazgeçmesi üzerine, yüklenicinin edim yükümlülüğü sona erer. Bunun yerine, iş sahibinin müspet zararını giderme borcu doğar<sup>905</sup>. Fakat bu durumda iş sahibinin, edimini aynen ifa etmekle yükümlü olup olmadığının ayrıca incelenmesi gerekir. İş sahibinin bedel borcunun konusunun para olması hâlinde herhangi bir zorluk doğmaz. Nitekim inşaat sözleşmelerinde genel olarak böyledir. Bu durumda taraflardan birinin takas hakkını kullanması yoluyla yüklenicinin, iş sahibinin müspet zararı ve yüklenicinin bedel alacağından yüksek olanı, az olan oranında azalır<sup>906</sup>.

<sup>902</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.296, no:369.

<sup>903</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.293, no:358. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.426, no:1546.

<sup>904</sup> İstisnai bazı durumlarda ifa edilmemiş edimden kısmen vazgeçilmesinin mümkün olduğu yönünde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.293, no:358 ve özellikle s.295, no:363. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.427, no:1547.

<sup>905</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.224, no:615; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.6; **Henninger** (Bauverzögerung), s.245; **Eren** (Genel Hükümler), s.1072.

<sup>906</sup> **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.236; **Bucher** (OR AT), s.380.

Meselâ inşaat sözleşmesindeki bedel toplam 100.000 – TL, yüklenicinin bedel alacağı (yapılan işe göre) 30.000 – TL ve iş sahibinin müspet zararı ise 40.000 – TL ise, taraflardan birinin takas hakkını kullanması sonucu, yüksek olan borç, düşük oranında azalacaktır. Bu örnekte sonuç olarak yüklenicinin iş sahibine 10.000 – TL tazminat ödemesi gerekecektir. Fakat hemen belirtelim ki, yüklenicinin bedel alacağının, iş sahibinin müspet zararından yüksek olması da mümkündür. Meselâ inşaat seviyesinin çok ilerlemiş ve yüklenicinin daha önce herhangi bir ödeme yapılmamış olması durumunda yukarıda örnekte yüklenicinin bedel alacağı 70.000 – TL, iş sahibinin müspet zararı ise

Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, iş sahibinin karşı edim borcunun para dışında bir borç olması hâlinde iş sahibinin karşı edim borcunun devam edip etmediğinin özel olarak incelenmesi gerekir. Bu konu doktrinde çok geniş tartışmalara neden olmaktadır<sup>907</sup>. Fakat kısaca özetlenmesi gerekirse, doktrinde fark teorisi<sup>908</sup> (Differenztheorie) olarak anılan teoriye göre, aynen ifadan vazgeçilip müspet zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde, iş sahibi kendi edimini yerine getirmekten kurtulur ve müspet zararı ile kendi ediminin değeri arasındaki farkı tazminat olarak yükleniciden talep edebilir. Diğer bir ifadeyle bu teori, yüklenicinin edim yükümlülüğü yanında, iş sahibinin edim yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaktadır. Mübadele (değişim) teorisi<sup>909</sup> (Austauschtheorie) gereğince ise, aynen ifadan vazgeçilmesi sadece yüklenicinin edim yükümlülüğünü sona erdirir, iş sahibinin edim yükümlülüğü ise aynen devam eder. Buna göre müspet zararının tazminini talep eden iş sahibi, kendi borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Bu durumda iş sahibi, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafları müspet zarar olarak talep edebilecektir.

Doktrinde genel olarak kabul edildiği gibi, aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, müspet zararının fark veya mübadele teorilerinden birine göre hesaplanmasını tercih etme hakkına (seçimlik hakka) sahiptir<sup>910, 911, 912</sup>.

---

10.000 – TL olabilir. Bu durumda takas hakkının kullanılması sonucu, yüklenicinin 60.000 – TL bedel alacağı ortaya çıkacaktır.

<sup>907</sup> Ayrıntı bilgi için bak. **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.91 vd; **Koller** (OR AT), s.360, no:149; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.300 vd; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.7 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.225 vd; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.128; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.256, no:23 vd; **Jermann**, s.30, no:56 vd; **Eren** (Genel Hükümler), s.1073; **Havutçu**, s.76 vd.

<sup>908</sup> Bu konuda bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.246, no:668 vd.

<sup>909</sup> Bu konuda bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.225, no:619 vd.

<sup>910</sup> Bu yönde: **von Büren**, (OR AT), s.377; **Schwenzer**, (OR AT), s.452, no:66.28; **Gauch** (Dauerverträgen), s.144; **Bucher** (OR AT), s.381; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.525, no:162; **Koller** (OR AT), s.146, no:27; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.301, no:385; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.152, no:403 ve özellikle s.250, no:675; **Lemp**, s.44; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.129; **Ehrat**, s.103; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.238; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.113; **Jermann**, s.26, no:48; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.950; **Eren** (Genel Hükümler), s.1073; **Erman** (İnşaat), s.94; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.869; **Buz** (Dönme), s.153, dn:127; **Havutçu**, s.76, 85; **Dirican**, s.60.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda fark teorisine yer yoktur. Mutlaka mübadele teorisi uygulanır. **Öz** (Dönme), s.183, dn.138.

<sup>911</sup> Müspet zararın fark teorisine göre hesaplanması konusunda, doktrindeki bir tartışmanın özel olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre fark teorisinin uygulanabilmesi için iş sahibinin kendi edimini henüz ifa etmemiş olması zorunlu mudur? Diğer bir ifadeyle iş sahibinin edimini (aynen ifadan vazgeçme öncesinde) ifa etmiş olması, fark teorisinin uygulanmasına engel midir? Kanaatimce ifa etme ve etmeme arasında üçüncü bir ihtimal olarak, iş sahibinin edimini kısmen ifa etmiş olması da düşünülmelidir. Buna göre iş sahibi aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla, inşaat seviyesine göre yüklenicinin alması gerekenden fazla, fakat asıl borcundan az miktarda bir ifade bulunmuşsa, hangi görüşün uygulanacağı da düşünülmelidir. Çünkü birçok olayda iş sahibi edimini ya hiç ifa etmemiş ya da kısmen ifa etmiş olacaktır.

Doktrindeki hâkim görüş, **sınırlı fark teorisidir** [Bu görüşte: **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.178; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.250, no:676; **Bucher** (OR AT), s.381; **Lemp**, s.52; **Wiegand** (recht, 1983), s.131; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.296, no:739; **Havutçu**, s.91]. Bu görüşe göre iş sahibi, müspet zararının fark veya mübadele teorileri gereğince hesaplanmasını tercih edebilir. Fakat müspet zararın fark teorisine göre hesaplanabilmesi için, iş sahibinin edimini ifa etmemiş olması gerekir.

Edimin ifa edilmesi durumunda, müspet zararın mübadele teorisine göre hesaplanmasından başka çare yoktur. Çünkü müspet zarar tazminatı, verilmiş edimin iadesini sağlamaz. Bu ancak sözleşmeden dönme ile mümkün olabilir. Bu görüş gereğince edimini ifa etmiş olan alacaklı, verdiği geri talep edip, müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını isteyemez.

Doktrinde savunulan diğer bir görüş ise **mutlak fark teorisidir** [Bu görüş için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.250, no:676; **Havutçu**, s.89]. Bu görüş gereğince, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesi, edimler arasındaki karşılıklılık ilişkisi nedeniyle alacaklının edim yükümlülüğünü de ortadan kaldırır. Bu nedenle alacaklı edimini ifa etmişse geri alabilir, etmemişse de bunu ifa etmeye hakkı yoktur. Diğer bir ifadeyle bu görüşte iş sahibinin müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını talep etmesi, iş sahibinin edimini ifa edip etmemesinden bağımsızdır. Her iki durumda da fark teorisi uygulanabilir. İş sahibi aynen ifadan vazgeçme öncesinde edimini ifa etmişse, bunun iadesini talep edebilir ve bunun aynen ifadan vazgeçme tarihindeki piyasa değeri ile müspet zararı arasındaki farkı yükleniciden talep edebilir. Bu görüşte mübadele teorisine yer yoktur. Görüldüğü gibi bu görüş, alacaklıya dönmede olduğu gibi verdiği geri alıp, müspet zararının tazminini talep etme hakkı vermektedir.

Bu konudaki son görüş ise **nispi fark teorisidir** [Bu görüşte: **Jermann**, s.47, no:84 vd; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s. no:233, no:239; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.258, no:29; **Koller** (OR AT), s.360, no:149; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.301, no:385; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.8; **Koller** (Gläubigerrechte), s.500. Bu görüşün, İsviçre kökenli kaynaklarda mutlak fark teorisi olarak anılmasına rağmen, gerçekte alacaklının isterse mübadele teorisine başvurması uygun karşılandığı için, bu görüş çalışmamızda Alman hukukuna uygun olarak nispi fark teorisi olarak adlandırılmıştır]. İlk iki görüşün ortasındaki bu görüş gereğince alacaklı, edimini ifa etmiş olsa da olmasa da, müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını talep edebilir. Diğer bir ifadeyle alacaklı edimini ifa etmiş olsa bile bunu geri talep edip, mutlak fark teorisinde olduğu gibi, bunun değeri ile müspet zararının arasındaki farkı tazminat olarak talep edebilir. Fakat bu görüşte, mutlak fark teorisinin aksine, alacaklı isterse mübadele teorisini de tercih edebilir. Görüldüğü gibi bu görüşte de, dönmeyle ulaşılabilecek olan sonuca (verilenin iadesi) müspet zararın tazmini durumunda da ulaşılmaktadır. Bu görüş gereğince, hâkim görüş olan sınırlı fark teorisinde edimini ifa etmemiş olan alacaklının fark teorisinin uygulanmasını talep etme hakkı bulunurken, edimini iyi niyetli olarak ifa etmiş alacaklının bundan mahrum bırakılmasının hakkaniyete uygun olmadığı ileri sürülmüştür. **Koller** (OR AT), s.146, no:27; **Koller** (Gläubigerrechte), s.500. Alman Borçlar Hukukunda 2002 yılında yapılan değişiklikler sonunda bu görüş yasal bir temele oturtulmuştur. Bak. **Serozan** (Alman İfa Engelleri Hukuku), s.238.

Kanaatimce bu konuda bir sonuca varılmasında, Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümlerinde düzenlenen diğer seçimlik hak olan sözleşmeden dönmenin bulunduğu da dikkate alınmalıdır. Çünkü bu hükümlerle alacaklıya, müspet zararın tazmini ile sözleşmeden dönme arasında bir seçim yapma hakkı verilmiştir. Daha önce verilenin iadesi, ancak sözleşmeden dönme hakkının kullanılması durumunda mümkündür. Bu nedenle kanaatimce yukarıdaki görüşlerden, hâkim görüş olan sınırlı fark teorisinin tercih edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak iş sahibi edimini tamamen ifa etmişse, artık müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanması ile sözleşmeden dönme arasında bir tercih yapmak durumunda kalacaktır. Fakat alacaklı edimini kısmen ifa etmişse, ifa edilmeyen kısım için fark, ifa edilmiş kısım için ise mübadele teorilerinin uygulanması mümkün olabilecektir. Buna göre, meselâ inşaatın %50'si yapılmış ve iş sahibi edim yükümlülüğünün %70'ini önceden ifa ettiği ve yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibi aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği bir olayda şöyle bir sonuca varılması gerekir. İlk olarak iş sahibi mübadele teorisini tercih edebilir. Bu ihtimalde iş sahibi bütün müspet zararının (inşaatın tamamlanması için gereken masraflar ve gecikme tazminatı) tazminini talep edebilir, buna karşılık da yüklenici ifa edilmemiş bulunan iş sahibinin ediminin son %30'luk kısmını talep edebilir. Fakat bu olayda fark teorisi de kısmen uygulanabilir. Buna göre iş sahibinin müspet zararı yukarıdaki gibi hesaplanır. Bu tazminat miktarından, henüz ifa edilmemiş bulunan %30'luk iş sahibinin ediminin değeri düşüldüğünde ise, iş sahibinin tazmini gereken gerçek müspet zararı ortaya çıkacaktır. Görüldüğü gibi bu ihtimalde mübadele ve fark teorileri kısmen uygulanmaktadır.

Sonuç olarak, iş sahibinin verdiği geri alabilmesi, ancak sözleşmeden dönme durumunda mümkün olabilir. Yoksa aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde, iş sahibinin verdiği geri alabilmesi mümkün değildir. Fakat verilmiş olan bu kısım, müspet zararın belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

<sup>912</sup> İş sahibinin hangi yöntemi tercih ettiği, yapılacak yorumla belirlenir. Fakat yorum yoluyla bile, iş sahibinin gerçek iradesi anlaşılıyorsa, kanaatimce mübadele teorisinin uygulanması gerekir. Bu yönde: **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.177, no:3098; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.113; **Havutçu**, s.79. Çünkü asıl olan bu teoridir. İş sahibi kendi edimini ifa etmek istemiyorsa, bunu açıkça belirtmek zorundadır.

## II. İŞ SAHİBİNİN MÜSPET ZARARININ HESAPLAMASI

### A. Genel Olarak

Müspet zarar, alacaklının ifaya olan menfaatidir. Buna göre müspet zararın tazminiyle alacaklı, ifa, zamanında yapılıyorsa bulunacak olduğu ekonomik duruma ulaştırılır<sup>913</sup>. Diğer bir ifadeyle müspet zarar, alacaklının zamanında ve borca uygun ifaya olan menfaatinin karşılığıdır.

Aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep eden iş sahibi, müspet zararının mübadele veya fark teorisine göre hesaplanması arasında bir seçimlik hakka sahiptir. İş sahibinin yapacağı bu seçim, doğrudan yüklenicinin hukukî durumunu da etkiler. Çünkü mübadele teorisinin seçilmesi hâlinde yüklenici karşı edim alacağını talep edebilecek; fark teorisinin tercih edilmesi hâlinde ise böyle bir talepte bulunamayacaktır. Bu nedenle müspet zararın, bu teorilere göre ayrı ayrı incelenmesi gerekir.

Yüklenicinin, iş sahibinin müspet zararından soruluğu, yüklenicinin temerrüde düşmede hiçbir kusuru bulunmadığını kanıtlayamamasına bağlıdır<sup>914</sup>. Doktrindeki hâkim görüşe göre iş sahibinin, müspet zararının tazminini talep etmesinden sonra, yüklenicinin kusurunun bulunmadığının ortaya çıkarsa alacaklı iş sahibi, gerçekte bulunmayan bir hakkını kullanmış sayılır. Bu nedenle bu aşamada iş sahibinin sözleşmeden dönme yönünde talepte bulunması mümkündür<sup>915</sup>. Diğer bir ifadeyle gerçekte bulunmayan bir hakkını kullanan iş sahibi, daha sonra mevcut olan diğer hakkını (dönme) kullanabilir<sup>916</sup>.

Fakat kanaatimce bu konuda hâkim görüş yerine, hakkaniyete daha uygun sonuçlar sağlayan karşı görüşün kabulü uygun olacaktır. Meselâ iş sahibinin edimini

<sup>913</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.226, no:623; **Walter** (Mehrkosten), s.138; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.6; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.14 vd; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.233; **Neuenschwander**, s.12; **Lüchinger**, s.49, no:134; **Havutçu**, s.68.

<sup>914</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.526, no:168; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.169, no:3051; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.230, no:630 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.299, no:382; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.6; **Wiegand** (recht, 1983/4), s.128; **Koller** (Gläubigerrechte), s.499; **Bögli**, s.250, dn.132; **Reisoğlu**, s.335; **Eren** (Genel Hükümler), s.1074; **Havutçu**, s.33.

<sup>915</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.527, no:170; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.170, no:3057; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.70; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.306, no:403; **Koller** (Gläubigerrechte), s.499; **Koller** (OR AT), s.354, no:132; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.14; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.949. **Schenker**'e göre bu durumda iş sahibi yeniden aynen ifayı bile talep edebilir [**Schenker**, (Schuldnerverzug), s.235, no:644 vd. Bu görüşte: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.527, no:170; **Öz** (Dönme), s.181, dn.133; **Oğuzman/Öz**, s.408]. Yazarın bu görüşü, aynen ifadan vazgeçilmesinin yenilik doğuran bir hak olma niteliğiyle bağdaşmadığı ve menfaatler dengesine uygun olmadığı için doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.309, no:413. **Bucher**'e göre ise, bu durumda Borçlar Kanununun 119/II hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucu yüklenici, karşı edimi talep hakkını kaybeder ve aldığı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri vermekle yükümlü olur [**Bucher** (OR AT), s.373].

<sup>916</sup> Buna doktrinde gerçek olmayan değiştirme hakkı denilmektedir (unechtes ius variandi, uneigenlichtes ius variandi). **Jermann**, s.87, no:156 vd; **Koller** (OR AT), s.354, no:132; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.306, no:403 vd; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.14; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.170, no:3058.

aynen ifa etmekte menfaati olabilir<sup>917</sup>. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kusuru olmaksızın temerrüde düşmüş olmasına rağmen, iş sahibi kendi edimini ifa etmek ve müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep etmek isteyebilir<sup>918</sup>. Bu nedenle kanaatimce bu konuda İsviçre doktrininde **Keller/Schöbi** tarafından önerilen çözüm<sup>919</sup> şeklinin kabul edilmesi yerinde olur<sup>920</sup>. Buna göre yüklenici kusursuz olduğunu kanıtlarsa, iş sahibi gecikme tazminatı talep edemeyecek, fakat mübadele veya fark teorisine göre, müspet zararının giderilmesini talep edebilecektir<sup>921</sup>. Çünkü çalışmamızda savunulduğu üzere, Borçlar Kanununun 97/I hükmü gereğince inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlatılarak masrafların talep edilmesi, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir ve aynen ifanın sağlanması anlamına gelir. Müspet zararın tazmini seçeneğinde, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanma masrafları, aynen ifanın sağlanması anlamına geleceğinden, yüklenicinin kusurunun bulunmaması, bu konuda bir farklılık yaratmamalıdır. Müspet zararın ilk unsuru olan, vazgeçilen edimin değeri (inşaatın tamamlanma masrafları), gerçekte aynen ifa talep edilseydi, yüklenicinin kusuruna bağlı olmaksızın talep edilebilecek iken, aynen ifadan vazgeçilerek bunun yerine değerinin ifası talep edildiğinde farklı bir sonuca varılması kanaatimce yerinde değildir<sup>922</sup>.

Pratik olması ve menfaatler dengesine daha uygun sonuç vermesi nedeniyle, işbu görüş çalışmamızda kabul edilmiştir. Buna göre iş sahibinin müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep ettiği bir olayda, yüklenicinin temerrüde

<sup>917</sup> Meselâ hâkim görüş, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi ve yargılama sırasında yüklenicinin kusursuz olduğunun ortaya çıkması durumunda davanın tamamen reddi gerekeceğinden, iş sahibini yargılama giderlerini ödemek zorunda bırakmaktadır. Hâlbuki kabul ettiğimiz görüşte, sadece gecikme tazminatı bakımından ret kararı verilecektir. Bunun ötesinde katılmadığımız hâkim görüş, yüklenicinin ediminin kaderini de, iş sahibinin yeniden bir irade beyanında bulunmasına bağlamakta ve böylece muallâk bir durumun ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu konudaki görüşler için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.235, no:643 vd; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.14; **Havutçu**, s.105.

<sup>918</sup> Böyle bir durum, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin kurulmasından sonra, inşaatın yapıldığı / yapılacağı bölgedeki taşınmaz değerlerinin aşırı derecede düşmesi hâlinde bulunmaktadır. Kabul ettiğimiz görüşte, iş sahibi sözleşme gereğince yükleniciye ait olacak bağımsız bölümleri yükleniciye verecek, karşılığında ise, inşaatın tamamlanma masraflarını talep edebilecektir. Hâkim görüşte ise, iş sahibinin tek seçeneği, sözleşmeden dönmedir. Bu ise, özellikle baştan avantajlı bir sözleşme kuran iş sahibinin aleyhinedir.

<sup>919</sup> **Keller/Schöbi**, s.276. Bu yönde: **Ehrat**, s.105.

<sup>920</sup> Bu görüşün ayrıntılı eleştirisi için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.232, no:638 vd; **Havutçu**, s.106, 107.

<sup>921</sup> Hemen ekleyelim ki bu durumda iş sahibi, kullandığı seçimlik hakkını, düştüğü hata nedeniyle iptal ederek, dilerse sözleşmeden dönme yönünde de talepte bulunabilmelidir. Fakat iş sahibinin böyle bir iradesi bulunmadığı sürece, yüklenicinin müspet zararın vazgeçilen edimin değeriyle sınırlı sorumluluğunun kabulü hakkaniyete uygun düşecektir.

<sup>922</sup> Meselâ toplam bedeli 100.000 – TL olan bir inşaat sözleşmesinde yükleniciye, kısmen 70.000 – TL ödenmiş ve aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın tamamlanabilmesi için 50.000 – TL gerektiği ortaya çıkmışsa mübadele teorisine göre şöyle bir sonuca varılması gerekir. Yüklenici kusursuz olduğunu kanıtlamazsa, iş sahibi inşaatın tamamlanabilmesi için gereken 50.000 – TL'yi ve gecikme tazminatını; yüklenici ise 30.000 – TL'yi talep edebilecektir. Bu ihtimalde yüklenicinin kusursuz olduğunun kanıtlanması hâlinde ise iş sahibi, sadece inşaatın tamamlanma masrafı olan 50.000 – TL'yi talep edebilecek iken, yüklenici ise 30.000 – TL'yi talep edebilecektir.

düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlaması hâlinde iş sahibi, müspet zararın bir unsuru olan (ve Borçlar Kanununun 97/I hükmü gereğince kusura bağlı olmayan) inşaatın tamamlanabilme masraflarını talep edebilirken, yüklenici ise bedelin henüz ödenmemiş olan kısmını talep edebilecektir. Aynı ihtimalde fark teorisinin tercih edilmesi hâlinde ise, yüklenici yaptığı işin karşılığını talep edebilecekken, iş sahibi ise sadece işbu miktardan fazla bir ifada bulunmuşsa bunun iadesini talep edebilecektir.

Yüklenici temerrüde düşmede kusurlu olmakla birlikte, kusuru hafif ihmal derecesinde ise, kanaatimce borçlunun kusurunun hafifliğinin tazminat miktarının belirlenmesinde dikkate alınmasını öngören Borçlar Kanununun 43/I hükmü şu şekilde uygulanmalıdır<sup>923</sup>: Mübadele teorisinin tercih edilmesi durumunda, yüklenicinin kusurunun hafifliği, sadece gecikme tazminatının belirlenmesinde dikkate alınabilir. Yoksa inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlatılması masraflarından sorumluluk, zaten Borçlar Kanununun 97/I hükmü gereğince kusura bağlı olmadığı için, bu konuda bir indirim yapılması hakkaniyete aykırı olacaktır<sup>924</sup>. Fark teorisinde ise, iş sahibinin tek talebi kural olarak gecikme tazminatı olacağından, yüklenicinin kusurunun hafifliği, bunun miktarının belirlenmesinde dikkate alınmalıdır.

## B. Mübadele Teorisine Göre

İş sahibinin, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını tercih etmesi hâlinde ortaya çıkacak hukukî durumun iş sahibi ve yüklenici bakımından ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir<sup>925</sup>.

### 1. Yüklenicinin Hukukî Durumu

İş sahibinin, müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını talep etmesi hâlinde, yüklenici sözleşmedeki bedelin tamamını (yapılan kısımla orantılı değil) ifasını talep edebilir<sup>926</sup>. Buna göre mübadele teorisi, iş sahibinin borcunu ortadan

<sup>923</sup> *Ehrt*, s.105; Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bak. *Schenker* (Schuldnerverzug), s.231, no:634 ve özellikle s.237, no:648 vd; *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.103; *Lüchinger*, s.371, no:1090 vd.

<sup>924</sup> Yüklenicinin kusurunun bulunmaması durumunda, hiçbir biçimde müspet zararın tazmininin talep edilemeyeceğini ileri süren hâkim görüş bile, yüklenicinin kusurunun derecesinin hafif olması hâlinde müspet zararın hiçbir zaman karşı edim değerinden düşük olamayacağını (Mindestschaden) kabul etmek zorunda kalmıştır. Bak. ve Karş. *Lemp*, s.202; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.237, no:649, 650; *Glättli* (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.238; *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.104; *Lüchinger*, s.372, no:1093; *Weber* (BernKomm Art. 97 – 109), s.527, no:171; *Havutçu*, s.108.

<sup>925</sup> *Glättli*'ye göre (Schadenersatz wegen Nichterfüllung, s.112), iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep etmesi mümkün değildir. Çünkü bu durumda iş sahibi sadece eserin yapılan kısmının bedelini ödemekle yükümlüdür. Kanaatimce yazarın bu görüşü yerinde değildir. İş sahibinin mübadele teorisini tercih ederek, müspet zararının tamamını talep etmesinin engellenmesinin hiçbir yararı bulunmamaktadır.

<sup>926</sup> *Öz* (İnşaat), s.147.



kaldırmaz<sup>927</sup>. Yüklenici, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla, karşı edim alacağını talep edebilir.

Meselâ iş sahibinin mübadele teorisini tercih ettiği bir olayda, inşaat seviyesi %0 veya %90 bile olsa, yüklenici sözleşmedeki bedelin tamamını, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla talep edebilir. Bu, iş sahibinin borcunun para dışında bir borç olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin bütün (sözleşme gereğince kendisine verilmesi gereken) arsa paylarını talep edebilmesi sonucunu doğurur.

## 2. İş Sahibinin Hukukî Durumu

Müspet zararın mübadele teorisine göre hesaplanması hâlinde iş sahibi, iki farklı zarar kaleminin toplamından oluşan müspet zararının tazminini talep edebilecektir<sup>928</sup>. Bunlar: 1. İnşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masraflar ve 2. Gecikme tazminatı.

Bunların dışında ayrıca cezai şartın ödenmesi de talep edilebilecektir.

### a. İnşaatın Tamamlanabilmesi İçin Gereken Masraflar

Genel olarak kabul edildiği üzere, müspet zararın mübadele teorisine göre hesaplanmasında dikkate alınacak ilk zarar kalemi, vazgeçilen edimin değeridir<sup>929</sup>. Kanaatimce inşaat sözleşmesinde bu unsurun, tamamlanmış yapının (arsa yapı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibine kalacak bağımsız bölümlerin) değeri<sup>930</sup>

<sup>927</sup> *Schenker* (Schuldnerverzug), s.225, no:619; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.320, no:455.

<sup>928</sup> *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.24; *Ehrat*, s.100; *Huguenin* (OR AT), s.110, no:666; *Havutçu*, s.69; *Öz* (İnşaat), s.147.

<sup>929</sup> *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.97; *Glättli* (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.234; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.327; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.175, no:3087; *Schwenzer*, (OR AT), s.452, no:66.27; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.225, no:621; *Havutçu*, s.74, 115.

<sup>930</sup> Bu görüşte: *Erman* (İnşaat), s.93. Yazara göre iş sahibinin müspet zararı, iş sahibine kalacak bağımsız bölümlerin değeri ile inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masraflar ve gecikme tazminatından oluşur. Kanaatimce hem bağımsız bölümlerin değerinin, hem de tamamlama masraflarının aynı anda iş sahibine verilmesi, bir kuzudan iki post çıkarılması anlamına geleceği için, yerinde değildir. Çünkü yazarın görüşü kabul edildiğinde, iş sahibinin alacağı müspet tazminat tutarı, inşaat seviyesi ile doğru orantılı olarak artacaktır. Fakat müspet zarar ile inşaatın seviyesi arasında ters bir orantı bulunmak zorundadır. Zira %10'u yapılmış bir inşaat nedeniyle talep edilecek müspet tazminat, her zaman, %90'ı tamamlanmış bir inşaatın yüksek olacaktır.

Yargıtay ise bu konuda çok daha hatalı bir sonuca varmaktadır. Buna göre müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda iş sahibi, **temerrüt tarihi itibarıyla kendisine kalacak olan bağımsız bölümlerin piyasa değerlerini** talep edebilir. Bunun sonucu ise arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin satış sözleşmesine dönüşmesidir. Çünkü bu olayda arsa payları (arsanın tamamı veya daha önce yükleniciye verilen arsa payları hariç tamamı) hâla iş sahibinin üzerine kayıtlıdır. Bu durumda iş sahibi hem yarım inşaatı sahip olacak, hem de kendisine kalacak bütün bağımsız bölümlerin rayiç değerini tazminat olarak alabilecektir. Bu ise yerinde değildir. Fakat Yargıtay örtülü olarak, arsanın tamamının (iş sahibine kalacak bağımsız bölümler de dâhil) yükleniciye devri gerektiğini kabul etmektedir. Fakat ne sözleşmenin, ne de tarafların böyle bir amacı olmamasına rağmen, Yargıtay'ın ilişkiyi böyle bir noktaya getirmesi mümkün değildir. Mahkemenin bu görüşü kabul edilecek olursa, gerçekte inşaat sözleşmesi değil, bir satış sözleşmesi ortaya çıkmış olacaktır. Çünkü yüksek Mahkeme, sonuç olarak arsanın tamamının yükleniciye verilmesi karşılığında, iş sahibinin kendisine kalacak olan bağımsız bölümlerin değerini tazminat olarak almakla yetinecektir. Böylece taraflarca hiç amaçlanmadığı hâlde hukuki ilişki satış sözleşmesine dönüşmektedir.

Bu konuya ilişkin **15. HD. 14.10.2005 tarih ve 5335 / 5448 sayılı kararından**: "...*Borçlar Kanununun 106/II. maddesinde düzenlenen "... akdin icrasından ve teahhürü sebebiyle zarar ve ziyan talebinden*

olarak değil; inşaatın tamamlanma masrafları olarak algılanması gerekir. Çünkü inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamlanması durumunda bağımsız bölümler zaten iş sahibinin mülkiyetinde olacağından, bunların değerinin verilmesi sorunu adil bir biçimde çözemeyecektir. Ayrıca tamamlanmış bir yapının değeri, yapının kalitesi, işçilik ve malzeme dışında, yapının konumu, yeri, yönü gibi daha birçok faktöre bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, genel olarak aynı binanın kuzeye bakan kısmındaki bir bağımsız bölüm ile güneye bakan bağımsız bölümü arasında bile değer farkı bulunmaktadır. Bu nedenle müspet zararın ilk unsuru olarak, yapının tamamlanmış olması durumunda taşıyacağı değer değil, yapının tamamlanma masraflarının dikkate alınması gerekir<sup>931</sup>.

Bu nedenlerle aynen ifadan vazgeçip müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep eden iş sahibi, ilk olarak inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken bütün masrafların (cost of completion, Deckungskapital) yüklenici tarafından tazmin edilmesini talep edebilir<sup>932</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi, **aynen ifadan vazgeçme tarihindeki piyasa rayicine göre**<sup>933</sup>,

---

*vazgeçtiğini beyan ederek borcun ifa edilmemesinden mütevellit zarar ve ziyanı talep..." etmeye ilişkin hakkın kullanılması demek, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibi davacılarına düşen bağımsız bölümlere ait arsa paylarının davalı yükleniciye temlik karşılığında o bağımsız bölümlerin teslimi gereken tarihteki bitmiş haldeki rayiç bedellerinin müspet zarar olarak istenmesi demektir. Arsa sahibine ya da sahiplerine teslimi gereken bağımsız bölümler ve ortak yerler için eksik ve ayıplı işler bedeli, kira tazminatı, cezai şart ve taşınmazın yahut paylarının tescili istenemez ( Y. 15. H.D. 18.03.1998, 1998/93 Esas ve 1998/1059 sayılı kararı ). – Yukarıda özetle açıklanan hukuksal esas ve çerçeve dahilinde, uyuşmazlığın değerlendirilmesine gelince; yanlar arasındaki sözleşme uyarınca eserin ve bu kapsamda inşaatın teslim tarihi 26.01.2001 olup, yüklenicinin teslim borcunu kesin vade olan bu tarihte yerine getirmesi gerekirken, borcunu ifa etmemiş ve borçlu temerrüdüne düşmüştür. ... Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan "ifa yerine geçen olumlu zararının" tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir. Bu hukuksal nedenle, yanlar arasındaki akit tarihi ve Bayındırlık Bakanlığı'nın belirlediği birim fiyatları esas alınarak bina değerlerinin ve rayice göre arsa payı bedellerinin aynı ayrı hesaplanıp toplanmasıyla bulunan daire bedelini saptayan bilirkişi raporunun hükme dayanak alınarak her bir bağımsız bölüm için (15.000.000.000.-) TL bedele mahkemece hükmedilmesi doğru olmadığından hükmün bozulmasını gerektirir. Buna göre, mahkemece yapılacak iş; bir inşaat mühendisi, bir mimar ve rayici bilen bir emlakçıdan oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla yerinde keşif ve inceleme yapılarak, yukarıda açıklanan yönteme göre 26.01.2001 tarihi itibarıyla davacı tarafa sözleşme gereğince verilmesi gereken bağımsız bölümlerin bitmiş haldeki serbest piyasa rayiçlerine göre bedellerini saptamak ve saptanan ... bedellerin tahsiline; ... ve herhalde kira tazminatı istenemeyeceğinden buna yönelik davanın reddine karar vermekten ibaret olmalıdır." (www.kazanci.com.tr).*

**15. HD. 18.07.2005, E. 2004/6922, K. 2005/4298:** "... Sözleşmede inşaatın yapımı için kararlaştırılan süre dolduğu halde, inşaat yapılarak davacı ya bağımsız bölümleri teslim edilmediğinden davalıların temerrüde düşüklerini kabul etmek gerekir. ... Davacı BK.nun 106. maddesindeki seçimlik hakkını aynen ifaden vazgeçerek, bağımsız bölümlerin tamamlanmış bedelleri karşılığı tazminat olarak kullandığından, bilirkişilerce belirlenen davacıya verilmesi kararlaştırılan üç adet bağımsız bölümün dava tarihi itibarıyla piyasa rayiç bedellerinin, davacının istek miktarı da gözetilerek, karar altına alınması gerekir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>931</sup> Bu görüşte: **Koller** (Ersatzvornahme), s.9; **Gauch** (Verbesserung), s.35; **Öz** (İnşaat), s.145.

<sup>932</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.317, no:443; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.66, no:169; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.225, no:620 ve s.238, no:651; **Schenker** (Schadensberechnung), s.38; **Walter** (Mehrkosten), s.138, dn.36; **Frank**, s.116; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.234; **Öz** (İnşaat), s.145.

<sup>933</sup> BGE 120 II 300. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.243, no:661; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.213; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.175, no:3087; **Eren** (Genel Hükümler), s.1074; **Erman** (İnşaat), s.93; **Reisoğlu**, s.335. **Bucher**e göre (OR AT, s.380), alacaklı müspet zararının borcun muaccel olduğu tarihe göre hesaplanmasını da talep edebilir.

inşaatın kalan kısmının sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafları tazmini talep edilebilecektir.

Müspet zararın tazmininde asıl amaç, iş sahibinin zamanında ifaya olan menfaatinin eksiksiz biçimde sağlanması olduğundan, kanaatimce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin, hem iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin, hem de ortak alanların (çatı, merdiven boşluğu, çevre düzenlemesi, dış cephe, kazan dairesi, otopark, asansör vs.) tamamlanabilmesi için gereken masrafların tamamını (arsa payı oranında değil) karşılamakla yükümlü olduğunun kabul edilmesi gerekir. Çünkü uygulamada olduğu gibi, ortak alanların tamamlanma masraflarının paylaşım oranına göre talep edilmesi, gerçekte iş sahibinin ifa menfaatinin tam olarak sağlanamaması anlamına gelir. Meselâ ortak alanların tamamlanması için gereken masrafların paylaşım oranına göre ödenmesi durumunda, iş sahibi ortak alanların tamamlanma masraflarının sadece yarısını almış olacak ve aldığı bu parayla ortak alanları tamamlayamayacaktır. Tamamlamak için cebinden masraf yapmak zorunda kalacaktır.

Bu masrafların belirlenmesinde en önemli husus, inşaatın hâli hazır durumudur. Buna göre inşaatın geri kalanının, sözleşmeye uygun biçimde ayıpsız olarak yapılabilmesi için yeni bir yüklenici bulunması durumunda ona ödenmesi gereken bedelin belirlenmesi gerekir. Bu bedelin belirlenmesinde, mevcut yapıdaki ayıpların düzeltilmesi için gereken masrafların da dikkate alınması gerekir.

Bu miktarın belirlenmesi iki biçimde gerçekleştirilebilir<sup>934</sup>. İlk yöntem bu miktarın somut biçimde belirlenmesidir (somut masraflar – konkrete Aufwendungen). Buna göre iş sahibi aynen ifadan vazgeçtikten sonra, inşaatın diğer bir yükleniciye sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için ifa etmeyi taahhüt ettiği bedeli müspet zararının bir unsuru olarak talep edebilir. İş sahibinin inşaatın tamamlanabilmesi için aynen ifadan vazgeçtikten sonra akdettiği bu ikinci inşaat sözleşmesiyle üstlendiği edimi, müspet zarar olarak temerrüde düşen ilk yükleniciden talep edebilmesi, önceden hâkimden izin alınmasına bağlı değildir. Bunun tazminindeki tek ölçüt, yapılan ikinci

---

Aynen ifadan vazgeçme tarihindeki piyasa değerlerinin esas alınmasında, iş sahibi bakımından hakkaniyete aykırı bir sonuç yoktur. Çünkü iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmekle, yüklenici müspet zararı tazmin borcunda temerrüde düşeceği için, iş sahibi bu tarihten itibaren temerrüt faizi de talep edebilecektir. Karş. **Öz** (İnşaat), s.146, dn.58.

<sup>934</sup> **Perini**, s.10; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.528, no:177; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.180, 181; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.239, no:652 vd; **Schenker** (Schadensberechnung), s.38; **Schwenzer**, (OR AT), s.89, no:14.33; **Koller** (Ersatzvornahme), s.9. Genel olarak fark teorisinde uygulama alanı bulan somut ve soyut zarar hesaplama yöntemlerinin, mübadele teorisinde de uygulanması mümkündür. Bu konuda bak. **Barth**, s.144; **Jermann**, s.28, no:52 vd; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.94, no:152; **Havutçu**, s.115.

Müspet zararın somut ve soyut yöntemlere göre hesaplanması ve özellikle bu yöntemlerin ticari satış sözleşmeleri dışında da uygulanabilirliği konusunda ayrıntılı bilgi için bak. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.239, no:652 vd; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.77; **Havutçu**, s.115 vd.

Genel olarak alacaklının somut ve soyut yöntemler arasında seçim yapabileceği kabul edilmektedir. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.244; **Havutçu**, s.127.

sözleşmeyle üstlenilen karşı edimin hakkaniyete uygun olması, iyi niyetle belirlenmiş olmasıdır<sup>935</sup>.

İkinci yöntem ise, soyut yöntemdir (soyut masraflar – abstrakten Aufwendungen). Bu yöntemde iş sahibi inşaatı henüz tamamlamamış veya tamamlamak için diğer yükleniciyle henüz anlaşmamıştır. Bu durumda tazmini gereken ilk zarar kalemi, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla oluşan piyasa rayicine göre inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken ortalama masrafları ifade eder.

#### **b. Gecikme Nedeniyle (Yapının Zamanında Teslim Edilmemesinden) Doğan Zarar**

Müspet zararın tazminiyle, ifa zamanında gerçekleşseydi iş sahibinin bulunacağı ekonomik durumun sağlanması amaçladığından<sup>936</sup>, inşaatın tamamlanma masrafları yanında, gecikme nedeniyle doğan zararın da tazmini gerekir<sup>937</sup>. Çünkü aksinin kabulü, aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin, aynen ifa isteyen iş sahibi karşısında daha güçsüz bir duruma gelmesi anlamına gelir.

Mübadele teorisine göre hesaplanacak olan müspet zararın ikinci unsuru, yapının zamanında tamamlanarak teslim edilememiş olmasından doğan zarardır<sup>938</sup>. Bu zarar, yapının kullanılmamış olmasından doğan ve gecikme ile uygun illiyet bağı bulunan bütün zararlardan oluşur. Bu zarar kaleminin unsurları fiilî zarar ve yoksun kalınan kazançtır.

Gecikme zararının belirlenmesinde en önemli husus, gecikme zararının talep edilebileceği zamanın başlangıcı ve sonudur. Gecikme tazminatının talep edilebileceği

<sup>935</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.239, no:654

<sup>936</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.112, no:210; **Schwenzer**, (OR AT), s.97, no:14.30; **Neuenschwander**, s.11; **Albaş**, s.59.

<sup>937</sup> Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.525, no:166; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.226, no:623 ve s.239, no:651; **Schenker** (Schadensberechnung), s.39; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.257, no:24; **Koller** (OR AT), s.362, no:153; **Kostkiewicz** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.113; **Ehret**, s.100; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.327, no:8; **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.175, no:3089; **Schwenzer**, (OR AT), s.452, no:66.27; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.24, 183; **Huguenin** (OR AT), s.110, no:666; **Lüchinger**, s.372, dn.1363; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.962; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.99; **Erman** (İnşaat), s.93; **Dirican**, s.59; **Havutçu**, s.73, 130; **Oğuzman/Öz**, s.409; **Önen**, s.81; **Karahasan**, s.531; **Öz** (İnşaat), s.146.

Aksi yöndeki görüş gereğince, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda alacaklı, gecikme tazminatı talep edemez. Benzer bir görüşe göre, müspet zarar borcun muaccel olduğu tarihteki koşullara göre belirleneceği için, alacaklı gecikme tazminatı talep edemez. Bak ve karşı. **Lemp**, s.149, 150; **Bucher** (OR AT), s.380.

Yargıtay kararları da bu aksi görüş doğrultusundadır: Bak. **15. HD. 14.10.2005 tarih ve 5335 / 5448 sayılı kararından**: "... Davacı arsa sahibi, kendi yararına göre Borçlar Kanunu'nun 106. maddesinde kendisine tanınan haklardan "ifa yerine geçen olumlu zararının" tazminini istemekte haklıdır. O halde, davacı yanlar arasındaki sözleşme gereğince kendisine düşen bağımsız bölümlerin teslimi gereken 26.01.2001 tarihi itibarıyla bitmiş haldeki rayiç bedellerini müspet zarar olarak isteyebilir. ... herhalde kira tazminatı istenemeyeceğinden buna yönelik davanın reddine karar vermektan ibaret olmalıdır." (www.kazanci.com.tr).

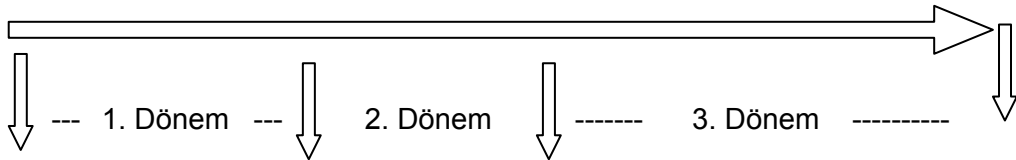
<sup>938</sup> Karş. **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.67, no:171; **Walter** (Mehrkosten), s.138.

süre, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile başlar<sup>939</sup>. Diğer bir ifadeyle gecikme tazminatının işlemeye başlayacağı tarih, yüklenicinin temerrüdünün doğumudur.

Kanaatimce gecikme tazminatı, aynen ifadan vazgeçildiği tarih itibariyle, inşaatın geri kalan kısmının sözleşmeye uygun olarak diğer bir yükleniciye tamamlanabileceği uygun bir sürenin sonuna kadar talep edilebilir<sup>940</sup>. Diğer bir ifadeyle gecikme tazminatı hiçbir zaman aynen ifadan vazgeçme tarihiyle sınırlı değildir<sup>941</sup>. Müspet zarar tazminatının temel amacı, zamanında ifaya olan menfaatin sağlanması olduğuna göre, bu tazminatın hesaplanmasında, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabileceği uygun bir sürenin, son tarih olarak dikkate alınması gerekir.

Aynen ifadan vazgeçildiği tarihten sonraki dönem için hesaplanacak olan bu süre, iki sürenin toplamından oluşur. İlk olarak iş sahibinin, yeni ve uygun bir yüklenici bulabilmesi için gereken ortalama süre, ikinci olarak ise aynen ifadan vazgeçme tarihi itibariyle geri kalan inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken ortalama süredir.

Sonuç olarak aynen ifadan vazgeçen iş sahibinin gecikme tazminatı talep edebileceği süre üç dönemden oluşur: Birinci dönem, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile aynen ifadan vazgeçme arasındaki dönemdir. İkinci dönem, aynen ifadan vazgeçme üzerine iş sahibinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak tamamlatabilmek için yeni bir yüklenici bulabileceği makul süredir. Üçüncü dönem ise, aynen ifadan vazgeçilmesi tarihi itibariyle geri kalan inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabileceği uygun süredir. Bu dönemler aşağıdaki tabloda ve örnekte açıkça görülmektedir:



15 Ocak Yüklenicinin temerrüdünün doğumu	15 Mart Aynen ifadan vazgeçme tarihi	15 Nisan İş sahibinin yeni ve uygun bir yüklenici bulabileceği normal bir sürenin dolacağı tarih	15 Ağustos Aynen ifadan vazgeçme tarihinde geri kalan işin tamamlanması için gereken ortalama çalışma süresinin dolduğu tarih
---	---	---	--

<sup>939</sup> **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.197.

<sup>940</sup> Bu görüşte: **Erman** (İnşaat), s.94, dn.92. **Oğuzman/Öz**'e göre (s.409) ise gecikme tazminatı, ancak aynen ifadan vazgeçme tarihine kadar istenebilir. Fakat bu görüşün kabulü, inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin ifa menfaatinin tam olarak sağlanamaması sonucunu doğurur.

<sup>941</sup> **Glättli**'ye göre (Schadenersatz wegen Nichterfüllung, s.197), gecikme tazminatı seçimlik hakların kullanıldığı tarihe kadar talep edilebilir.

Meselâ, teslim tarihi 15 Ocak olan bir inşaat sözleşmesinde, yapının sadece %50'sinin yapılmış olması nedeniyle yüklenicinin temerrüde düştüğü ve verilen iki aylık ek sürenin sonunda (15 Mart) inşaatın %60 seviyede olduğu bir olayı ele alalım. Bu olayda iş sahibinin müspet zararın tazmininin talep etmesi hâlinde, gecikme tazminatı temerrüdün doğduğu tarih (15 Ocak) ile aynen ifadan vazgeçme tarihi itibariyle geri kalan inşaatın tamamlanabileceği makul bir sürenin sonuna kadar talep edebilecektir. Bu nedenle gecikme tazminatının talep edilebileceği sürenin sonu, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibariyle iş sahibinin yeni bir yüklenici bulabileceği sürenin sonuna eklenecek olan, inşaatın geri kalanının tamamlanabileceği süredir. Bu olayda iş sahibinin ortalama olarak 1 ayda yeni bir yüklenici bulabileceği ve geri kalan inşaatın (%40) meselâ 4 ayda tamamlanabileceği ortaya çıkarsa, iş sahibinin 15 Ocak – 15 Ağustos arasındaki toplam 7 aylık dönem için gecikme tazminatı talep edebileceği kabul edilmelidir<sup>942</sup>.

### c. Cezai Şart

Yüklenicinin temerrüdüne dayalı ifaya ekli cezai şart kararlaştırılan hâllerde, iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının mübadele teorisine göre hesaplanmasını talep etmişse, iş sahibi inşaatın tamamlanması için gereken masraflar yanında, işbu cezai şartı da talep edebilir<sup>943</sup>.

Cezai şart, gecikme tazminatında olduğu gibi, temerrüdün doğumu ile aynen ifadan vazgeçilmesi üzerine yeni bir yüklenicinin bulunabileceği sürenin ardından inşaatın tamamlanabileceği uygun bir sürenin sonuna kadar talep edilebilir.

Cezai şart kararlaştırılan hâllerde iş sahibi, gecikme nedeniyle uğradığı zararın cezai şarttan daha fazla olduğunu iddia ve ispat ederek, Borçlar Kanununun 159/II hükmü gereğince yüklenicinin kusurunu da kanıtlamak koşuluyla, cezai şartı aşan gecikme zararının tazminini de talep edebilir.

<sup>942</sup> Benzer bir sonuç için bak. **15. HD. 24.01.2005, 2922/153** (YKD. 2005/5, s.732)

<sup>943</sup> Örtülü olarak bu görüşte: **Oğuzman/Öz**, s.903.

Aksi görüşte: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.74; **Dirican**, s.83. Sözleşmeden dönme durumunda bile cezai şartın talep edilebileceği görüşünde: **Serozan** (Dönme), s.612.

**Dirican** (s.83) tarafından, Yargıtay'ın aksi görüşte olduğunu açıklamak için verilen bir kararda, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi durumunda, cezai şartın talep edilemeyeceği örtülü olarak kabul edilmiştir. Fakat hemen belirtelim ki bu kararın, bu anlamda kabulü kolay değildir. Çünkü anılan karar, BK. m.106 gereğince aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazminine ilişkin değil, BK m.97 gereğince inşaatın başka bir yükleniciye tamamlanmasına ilişkindir. Yargıtay bu kararında hatalı olarak, BK. m.97 hükmünün tazminata ilişkin bir nitelik taşıdığını kabul etmiştir. Bunun sonucu olarak da, tazminat istenen durumda, aynen ifa ortadan kalkacağı için, cezai şartın istenemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. Bu nedenle anılan kararlar, örtülü olarak aynen ifadan vazgeçilmesi durumunda da cezai şartın talep edilemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Bu karar aynen şöyledir: "*Davalı yüklenici işi bırakmış işveren davacı da nam ve hesaba yaptıracağı ihtar ile yasal ve akdi haklarını zarar ve ziyana dönüştürmüş oluşunun bu halinde davacı işverenin artık sözleşmeye dayanarak ifaya eklenen gecikme cezasını isteme hakkı kalmamıştır.*" (**Dirican**, s.83).

Yargıtay müspet zarar tazminatında, iş sahibinin gecikme tazminatı gibi, cezai şartı da talep edemeyeceğini kabul etmektedir. Bak. **15. HD. 14.10.2005, 5335 / 5448** (www.kazanci.com.tr).

**Ara Sonuç:** İş sahibinin müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep etmesi hâlinde yüklenici, inşaat seviyesi ne olursa olsun, sözleşmedeki bedelin tamamını, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibariyle talep edebilir. Buna karşılık iş sahibi, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibariyle inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafların tazminini ve temerrüdün doğumu ile inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlatılabileceği uygun bir sürenin sonuna kadar geçen dönemde, gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir. Fakat cezai şart kararlaştırılan hâllerde iş sahibi, inşaatın tamamlanma masrafları yanında cezai şartı ve cezai şart miktarını aşan gecikme zararı varsa kanıtlamak koşuluyla bu fazlalığı da talep edebilir.

Alacaklı, müspet zararının tamamı karşılanana kadar, BK. m.82 gereğince ödemelik def'ine dayanarak edimini ifa etmekten kaçınabilir<sup>944</sup>.

### C. Fark Teorisine Göre

#### 1. Genel Olarak

Aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın fark teorisine göre tazmininin talep edilmesi seçeneğinde, yüklenici bu tarihe kadar inşaata başlamışsa, iş sahibinin bu kısmın (tamamının değil) bedelini yükleniciye ifa etmesi gerekir<sup>945</sup>. Çünkü aynen ifadan vazgeçilmesinin inşaat sözleşmesindeki anlamı, aynen ifadan vazgeçme hakkının kullanıldığı tarih itibariyle, inşaatın bulunduğu noktada bırakılması, günlük ifadeyle yüklenicinin işten el çektirilmesidir<sup>946</sup>. Yüklenicinin başladığı bir işte aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi hâlinde hukukî durum, ayıplı ifadaki bedelde indirim hakkının kullanılmasında olduğu gibidir. Bu nedenle aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi, geçmiş edimleri kural olarak etkilemez. Bunlar sözleşme gereğince yapılmış sayılır. Yüklenici, aynen ifadan vazgeçilmesi anına kadar inşaata başlamış ve yaptığı inşaat kısmı, Borçlar Kanununun 371/II hükmü gereğince iş sahibinin kullanabileceği nitelikte ise<sup>947</sup>, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçme talebi, bu kısma etki yapmaz. İş sahibi bu kısmın bedelini yükleniciye ödemek zorundadır<sup>948</sup>. Her ne kadar kısmî inşaat teknik anlamda kısmî ifa olarak kabul edilmese bile, bu konuda kabul edilen genel ilkelerin inşaat sözleşmesine uygulanması yerinde olacaktır. Buna göre aynen kısmî ifada olduğu gibi, iş sahibi temerrütten doğan haklarını sadece inşaatın yapılmamış olan kısmı için kullanabilecektir. Çünkü aksinin

<sup>944</sup> **Bucher** (OR AT), s.380, dn.207.

<sup>945</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.295, no:365 ve özellikle s.316 vd; **Bögli**, s.251, no:419; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:662.

<sup>946</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:661.

<sup>947</sup> İnşaatın yapılan kısmının imar hukuku hükümlerine aykırı olması nedeniyle yıkılmasından başka çare yoksa yüklenici yaptığı bu işin bedelini talep edemez.

<sup>948</sup> İş sahibi, aynen ifadan vazgeçme tarihine kadar fazladan bir ifada bulunmuşsa, bunu geri talep edebilecektir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.318, no:445 ve özellikle no:454; **Aral**, s.361.

kabulü, kısmî ifa ile ilgili esasların, menfaatler dengesi aynı olmasına rağmen inşaat sözleşmesine uygulanmaması sonucunu doğurur ki bu yerinde olmayacaktır (kısmî temerrüt). Fakat yüklenici tarafından yapılan inşaatın, iş sahibi için hiçbir yarar sağlamadığı hâllerde<sup>949</sup>, iş sahibi inşaatın tamamı için müspet zarar talebinde bulunabilir ve yüklenici yaptığı bu kısmın bedelini talep edemez. Nitekim bu husus, Alman Medenî Kanununun 281. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde aynen şöyle belirtilmiştir: “*Borçlu kısmî ifada bulunmuşsa, alacaklının borcun tamamı yerine tazminat talep etmesi, işbu kısmî ifanın alacaklıya hiçbir yarar sağlamamasına bağlıdır.*”

## **2. Bedelin Para Olarak Ödeneceği İnşaat Sözleşmelerinde**

### **a. Yüklenicinin Kısmî Bedel Alacağı**

#### **aa. Bedel Hiç Belirlenmemiş veya Yaklaşık Olarak Belirlenmişse**

İnşaatın tamamlanması hâlinde yüklenicinin bedel alacağına hiç belirlenmediği veya sadece yaklaşık olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kısmî bedel alacağı, yapılan işin, aynen ifadan vazgeçme tarihindeki piyasa koşullarına göre rayıcı esas alınarak belirlenir<sup>950</sup>. Diğer bir ifadeyle bu durumda yüklenicinin kısmî bedel alacağı, Borçlar Kanununun 366. maddesi gereğince “*yapılan şeyin kıymetine ve müteahhidin masrafına göre tâyin edilir.*”

Kanaatimce bu durumda yapılmış olan inşaatın değerine ve yüklenicinin masrafına göre belirlenecek olan kısmî bedel borcunun hesabında, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçtiği tarihteki piyasa rayıcının esas alınması gerekir.

#### **bb. Bedel Götürü Olarak Belirlenmişse**

Yüklenicinin bedel alacağına sözleşmenin başında götürü olarak belirlendiği hâllerde kanaatimce aynen ifadan vazgeçildiği tarihe kadar yapılan işe yönelik yüklenicinin kısmî bedel alacağına üst sınırı, bu tarihe kadar yapılan inşaatın, bütün inşaat içindeki oranının, sözleşmedeki bedele olan oranıdır<sup>951</sup>. Buna göre aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edildiği tarihte inşaatın %30'luk kısmının tamamlanmış olduğu tespit edilirse, yüklenicinin kısmî bedel alacağı, en fazla sözleşmedeki bedelin %30'u olacaktır. Diğer bir ifadeyle, kanaatimce kısmî bedel alacağı, doğrudan ve her zaman toplam bedelin inşaat oranına göre belirlenen kısmı

<sup>949</sup> Bu “*yarar sağlama*”, “*işine yarama*” veya “*değerlendirilebilir olma*” ifadeleri, inşaat sözleşmesi bakımından, yapılan inşaat kısmının, başka bir yükleniciye tamamlanabilir olmasını ifade eder. **Böglü**, s.251, dn.137.

<sup>950</sup> Uygulamada piyasa değerlerinin belirlenmesinde, Bakanlar Kurulunun 85/9707 sayılı kararıyla yürürlüğe giren “*Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi*”nin 3.2 maddesi gereğince, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca her yıl yeniden belirlenerek Resmi Gazete'de yayınlanan “*Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkında Tebliğ*” kullanılmaktadır.

<sup>951</sup> Bu konuda bak. ve karşı. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.317, no:443.



kadar olamayabilir. Çünkü kısmî bedel borcunun belirlenmesinde tek ölçüt, inşaatın seviyesi değildir.

Aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın (fark teorisine göre) tazmininin talep edilmesi durumunda, iş sahibinin kısmî bedel borcunun doğumu, o tarihe kadar yüklenicinin inşaatı başlamış olmasına ve kanaatimce başlanan inşaatın iş sahibi bakımından kullanılabilir, herhangi bir biçimde değerlendirilebilir olmasına bağlıdır (BK. m.371/II hükmüne kıyasen)<sup>952</sup>. Yüklenici inşaatı hiç başlamamışsa veya başlamış olmakla birlikte yapılan inşaat kısmı, iş sahibince herhangi bir biçimde değerlendirilemeyecekse, yüklenici herhangi bir bedel talep edemeyecektir. Meselâ aynen ifadan vazgeçme tarihinde yüklenici sadece temeli kazmış ve inşaatın diğer bir yükleniciye sözleşmeye uygun olarak tamamlanmasında, temelin kazılmış olması hiçbir öneme sahip değilse, yüklenici bunun için bir bedel talep edememelidir. Aksi hâlde temerrüde düşmüş olan yüklenici, iş sahibinden daha çok korunmuş olur. Diğer bir ifadeyle bu örnekte, sadece temelin kazılmış olmasının, inşaatı tamamlanması bakımından iş sahibine hiçbir yarar sağlamayacak olması durumunda, iş sahibinin kendisine hiçbir ekonomik faydası olmayan bir iş için bedel ödemek zorunda kalması hakkaniyete aykırı olacaktır. Yeniden vurgulayalım ki bu vardığımız sonucun kabulü, yüklenici tarafından yapılan işin genel olarak değerlendirilebilir olmasına değil, sadece sözleşmeye uygun olarak inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanmasında değerlendirilebilir olmamasına bağlıdır.

Aynı şekilde yüklenici, hazırlık fiili niteliğindeki bazı işlemler yapmışsa, bunlar için herhangi bir talepte bulunamayacaktır. Fakat yüklenici inşaatı fiilen başlatmamakla birlikte, meselâ inşaat planlarını hazırlamış ve/veya belediyeden inşaat iznini almışsa, kanaatimce iş sahibinin bunlara ilişkin bir bedel ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

İnşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanması masraflarının belirlenmesinde, somut ve soyut yöntemlerin birinden yararlanılması mümkündür.

**Koller**'in<sup>953</sup> de haklı olarak belirttiği gibi, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kısmî bedel alacağı, ayıplı ifadaki bedelde indirim hakkında olduğu gibi hesaplanmalıdır. Buna göre yüklenicinin bedel alacağı, **aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla**<sup>954</sup> belirlenecek olan, geri kalan işin diğer bir yükleniciye tamamlanabileceği bedelin<sup>955</sup>, asıl bedelden çıkarılmasıyla bulunur<sup>956</sup>. Sonuç olarak kanaatimce, aynen

<sup>952</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.297, no:372.

<sup>953</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.317, no:443 ve s.319, no:452.

<sup>954</sup> Karş. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.243, no:661.

<sup>955</sup> İnşaatın yapılmış kısmının ayıplı olması, diğer bir ifadeyle, inşaatın olduğu haliyle tamamlanabilmesi için, yapılmış olan bazı kısımların düzeltilmesi gereken hâllerde, bu masrafların da dikkate alınması gerekir. Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.318, no:447 vd.

<sup>956</sup> Ayıplı ifa durumunda iş sahibinin haklarından biri olan bedelde indirim hakkının kullanılması durumunda indirilecek olan bedelin belirlenmesi konusunda doktrindeki hâkim görüş nispi metodun uygulanmasıdır. Fakat kanaatimce bu yöntem, inşaat sözleşmesinde her zaman adil sonuçlar

ifadan vazgeçme tarihine kadar yapılan inşaat için yükleniciye ödenecek olan bedelin belirlenmesinde şöyle bir yöntemin belirlenmesi yerinde olur: **Yükleniciye verilecek olan kısmî bedel = sözleşmedeki bedel – inşaatın sözleşmeye uygun olarak diğer bir yükleniciye tamamlatılabilmesi için ödenmesi gereken ortalama bedel.**

Görüşümüzün haklı olduğu şu örnekte açıkça görülebilecektir: Meselâ malzemeleri iş sahibince sağlanan bir inşaatın toplam 100.000 – TL bedelle tamamlanması kararlaştırılmış olsun. Bu olayda yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi, inşaatın %90 seviyesinde olduğu bir anda aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının fark teorisine tazminini talep ederse, yükleniciye verilecek olan bedelin belirlenmesinde öncelikle geri kalan işin tamamlanabilmesi için, aynen ifadan vazgeçme tarihindeki masraf toplamının tespiti gerekir. Bu olayda inşaatın geri kalan %10'unun tamamlanabilmesi için, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla meselâ 15.000 – TL'ye ihtiyaç duyduğu ortaya çıkarsa, yüklenicinin %90'lık inşaat için 85.000 – TL bedel alması gerektiği kabul edilmelidir<sup>957</sup>.

Bu hesap sonunda yüklenicinin alacağı sıfırın altına düşerse, yüklenicinin iş sahibinden herhangi bir talepte bulunamayacağı sonucuna varılacaktır.

#### **b. İş Sahibinin Müspet Zararının Giderilmesi Talebi**

İş sahibinin müspet zararının fark teorisine göre hesaplanması durumunda, artık iş sahibinin edim borcunun tamamen ifa edilmesine gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle bu seçenekte yüklenici sadece yukarıdaki gibi belirlenecek olan yaptığı işin bedelini talep edebilecektir. Buna göre fark teorisinin uygulanması, iş sahibi bakımından (kısmen) borçtan kurtarıcı bir etki yaratır.

Buna karşılık iş sahibi, gecikme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep edebilir<sup>958</sup>. İş sahibinin müspet zararının fark teorisine göre hesaplanması durumunda iş sahibinin talep edebileceği tak zarar kalemi, çalışmamızda savunulan sistem

---

veremeyebilir [Bu yöntemin doğurduğu bazı hakkaniyete aykırı sonuçların değerlendirildiği özel bir inceleme için bak. **Schenker** (relativen Minderungsmethode), s.90 vd]. Özellikle değeri çok yüksek olan eserlerde, küçük bir ayıbın, eserin genel değeri karşısında hiçbir eksilmeye neden olmadığı durumlarda bu sonuç açıkça ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle kanaatimce Yargıtay kararlarıyla da uygulama alanı bulan ve eserdeki ayıbın diğer bir yüklenici tarafından giderilmesi için gereken masraflar oranında indirim yapılmasına ilişkin yöntem tercih edilmelidir. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.456, no:1680 vd.

<sup>957</sup> **Koller**'e göre (BernKomm, s.317, no:443) bu durumda nispi metodun uygulanması gerekir. Bunun sonucu olarak, nispi metotta bulunacak tutar ile inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafların farklı olması, genellikle de masrafların fazla olması durumunda, iş sahibinin bu fazlalığı talep edebilmesi, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesine bağlıdır. Kanaatimce bu görüş yerinde değildir.

<sup>958</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.252, no:680.

Bu durumda iş sahibi, yüklenicinin temerrüdünün doğduğu tarih ile aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla yeni bir yüklenici bulması için gereken ortalama sürenin üzerine, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken sürenin de eklenmesi suretiyle bulunacak tarihin sonuna kadar geçen süre için gecikme tazminatı talep edebilecektir. Çünkü iş sahibinin ifa menfaati, ancak bu sayede tam olarak gerçekleştirilebilir. Kanaatimce iş sahibi bu dönem için, kararlaştırılmışsa ifaya ekli cezai şartı da talep edebilmelidir.

gereğince kural olarak sadece gecikme tazminatıdır<sup>959</sup>. Çünkü bu ihtimalde yüklenicinin bedel alacağı, inşaatın tamamlanması için gereken bedelin, toplam bedelden çıkarılmasıyla bulunur. Bu durumda iş sahibinin temerrüt nedeniyle uğrayacağı tek zarar, gecikme zararı olacaktır<sup>960</sup>.

Fakat istisnai olarak inşaat seviyesinin çok düşük olduğu veya inşaatı hiç başlanmamış olan durumlarda iş sahibinin gecikme tazminatı dışında bir alacağı da ortaya çıkabilir<sup>961</sup>. Meselâ yukarıdaki örnekte inşaat seviyesi %0 ise ve inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masraflar toplamı 110.000 – YTL ise, yüklenici herhangi bir bedel talebinde bulunamayacağı gibi, iş sahibine 10.000 – YTL daha ödemekle yükümlü olacaktır<sup>962</sup>. Bu sonucun kabulü için, çalışmamızda kabul edildiği üzere yüklenicinin kusursuz olduğunu kanıtlayamamış olması da gerekir.

### 3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde

Bedel borcunun arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi, paradan başka biçimde belirlenmesi durumunda, kanaatimce kısmî bedel borcu da, yine bu türden olmalıdır<sup>963</sup>. Bu sonucun kabulünde, kanaatimce arsa payı bölünebilir bir borç olarak değerlendirilebilir. Zira yapılan işe göre arsa payının yüzdelik olarak yükleniciye devri mümkündür.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibinin borcunun konusu arsa payının devri olduğundan, yapılacak hesap biraz daha karışık olacaktır<sup>964</sup>. Öncelikle belirtelim ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, bedelin para olarak belirlendiği (götürü bedelli) inşaat sözleşmeleri için kabul edilen ilkelerin gözetilmesi gerekir. Fakat bu tür sözleşmelerde, inşaatın yapılmasıyla, hem iş sahibine kalacak bağımsız bölümler, hem de yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümler inşa edildiği ve iş sahibinin bedel borcu, arsa payının devri suretiyle ifa edildiği için, olayın bu özellikleri gözden kaçırılmamalıdır.

<sup>959</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.319, no:453.

<sup>960</sup> Meselâ toplam bedeli 100.000 – TL olan ve sadece %60'ı yapılmış bir inşaatı iş sahibi müspet zararının fark teorisine göre tazminini talep ettiğinde, yüklenici yaptığı işin bedelini talep edebilecektir. Çalışmamızda savunulduğu gibi, yüklenicinin yaptığı kısma ilişkin alacağı, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla geri kalan işin sözleşmeye uygun olarak diğer bir yükleniciye tamamlanabilmesi için gereken bedelin toplam bedelden düşülmesiyle belirlenir. Bu olayda inşaatın geri kalan %40'lık kısmının sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için 45.000 – TL gerektiği ortaya çıktığında, yüklenicinin kısmî bedel alacağının 55.000 – TL olacağı kabul edilmelidir. Bu durumda iş sahibinin temerrüt nedeniyle uğrayacağı tek zarar, inşaatın zamanında tamamlanamamasından doğan zarardır. İş sahibinin bunun dışında bir zararı kural olarak bulunmamaktadır.

<sup>961</sup> Karş. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.251, no:679; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.319, no:453.

<sup>962</sup> **Schenker** (Schadensberechnung), s.39.

<sup>963</sup> Aksi görüşte olduğu anlaşılan **Öz**'e göre, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde müspet zararın fark teorisine göre tazminini talep edilmesi durumunda iş sahibi, yükleniciye verdiği arsa paylarını geri alabilecektir; henüz vermemişse, yapılan iş karşılığı olan kısmı dâhi vermek zorunda kalmayacaktır. Yazara göre bu durumda yapılması gereken, inşaatın yapılan kısmının karşılığını oluşturan arsa paylarının değerinin, iş sahibinin müspet zararının toplamından çıkarılmasıdır. **Öz** (Dönme), s.219, dn.110. Hemen ekleyelim ki yazar fark teorisini reddetmektedir. **Öz** (İnşaat), s.147, 148.

<sup>964</sup> Nitekim **Öz** de (Dönme, s.216) bu hususa işaret etmiştir.

Bu nedenle iki hususun belirlenmesi gerekir. 1. Sözleşmedeki bedel olarak, yükleniciye verilmesi taahhüt edilen toplam bağımsız bölümün (arsa payının), aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla mevcut haliyle<sup>965</sup> taşıdığı piyasa değeri. 2. Yarım kalmış inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla gereken masraflar. Bu kapsamda, hem iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler, hem de ortak alanların tamamlanma masrafları hesaba katılır<sup>966</sup>.

Yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlere ilişkin arsa paylarının değerinin belirlenmesinde, inşaatın mevcut durumu dikkate alınır. Buna göre, inşaaata başlanmışsa, yapılan inşaatın arsaya kattığı değer de dikkate alınması gerekir. Meselâ aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla, arsanın toplam (çıplak) değeri 120.000 – TL ve yükleniciye verilecek olan arsa payı oranı %50 ise, inşaaata hiç başlanmamış olması ihtimalinde, yükleniciye verilecek olan arsa payı değeri 60.000 – TL olacaktır. Fakat bu olayda inşaaata başlanmışsa, inşaatın gelen değer de eklenmesi gerekir. Buna göre meselâ inşaatın gelen değer toplam 80.000 – TL ise, yükleniciye verilecek olan arsa payının, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla taşıdığı toplam değer 100.000 – TL olduğu ortaya çıkmaktadır. Görüldüğü gibi, inşaat seviyesi yükseldikçe, yükleniciye verilecek olan arsa paylarının değeri de artmaktadır.

İkinci olarak, inşaatın tamamlanma masraflarının, bulunan bu bedelde oranlanması gerekir. Meselâ bu olayda inşaatın tamamlanma masrafları 60.000 – TL ise, yüklenicinin toplam bedelin %40'ını hak ettiği, diğer bir ifadeyle, arsanın bu orandaki kısmının adına tescilini talep edebileceği kabul edilmelidir<sup>967</sup>.

Görüldüğü gibi bu tür bir hesap yöntemiyle, iş sahibinin ifaya olan menfaati tam olarak sağlanmakta, iş sahibi geri kalan bağımsız bölümü (verilen örnekte %16,66) diğer bir yükleniciye devrederek, inşaatı tamamlayabilmektedir. Böylece iş sahibi bakımından herhangi bir kayıp söz konusu olmayacaktır.

Bu hesap daha basit olarak şöyle açıklanabilir: Meselâ, inşaatın tamamlanması durumunda, yükleniciye toplam 10 adet bağımsız bölüm verilecek ve aynen ifadan

<sup>965</sup> Mevcut hâlden kasıt, inşaaata başlanmışsa, bu inşaat değerinin de dikkate alınması gerektiğidir.

<sup>966</sup> Çalışmamızda, masrafların belirlenmesinde ortak alanlara ilişkin masrafların tamamının ödenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Çünkü aksinin kabulü, iş sahibinin ifa menfaatinin tam olarak karşılanamaması anlamına gelir.

<sup>967</sup> Diğer bir örnek: Meselâ inşaatın tamamlanması hâlinde arsanın %60'ının (veya bu kısma denk gelen bağımsız bölümün) yükleniciye verilmesi taahhüt edilen bir olayda, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının fark teorisine göre tazminini talep ederse, ilk olarak belirlenmesi gereken, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin (arsa payı ve inşaat değeriyle birlikte), aynen ifadan vazgeçme tarihindeki piyasa değeridir. Meselâ bunun 1.000.000 – TL olduğu ortaya çıktığında, ikinci olarak inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla gereken masrafların belirlenmesi gerekir. Meselâ bu olayda inşaatın tamamlanabilmesi için 300.000 – TL gerektiği ortaya çıkarsa, yüklenicinin toplam bedelin %70'ini, yani olaya göre, toplam bağımsız bölümün %42'sini (60 x %70) veya buna denk gelen bağımsız bölümü talep edebileceği sonucuna varılacaktır.

vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanabilmesi için meselâ 6 bağımsız bölümün ona devri gerekiyorsa, ilk yüklenicinin bedel alacağı 4 bağımsız bölümden oluşacaktır. Yüklenicinin yaptığı iş yüzdelik olarak, yüzde kırkın üzerinde olsa bile, bu olayda bu tür bir sonuca varılması gerekecektir. Aksinin kabulü, iş sahibinin ifa menfaatini tam olarak sağlayamaması sonucunu doğurur.

Yüklenicinin kısmî bedel alacağının, aylıklı ifa hâlindeki bedelde indirim yöntemine göre hesaplanmasını kabul ettiğimizden, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya ikinci bir sorun çıkmaktadır<sup>968</sup>. Buna göre, iş sahibinin müspet zararı da, arsa payı olarak indirilecek tutarın hesabında dikkate alınacak mıdır? Diğer bir ifadeyle, inşaatın tamamlanma masraflarının yanında, iş sahibinin gecikme tazminatı da, arsa payı olarak indirime tabi tutulabilir mi?

Bunu bir örnekle açıklamaya çalışalım. Meselâ, inşaatın tamamlanması durumunda, yükleniciye toplam 10 adet bağımsız bölüm verilecek ve aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanabilmesi için meselâ 6 bağımsız bölümün ona devri gerekiyorsa, ilk yüklenicinin bedel alacağı 4 bağımsız bölümden oluşacaktır. Fakat bu olayda iş sahibinin gecikme zararının toplamı bir adet bağımsız bölüme denk geliyorsa<sup>969</sup>, bunun da indirilerek, yükleniciye 3 bağımsız bölüm verilebileceği sonucuna varılabilir mi?

Yargıtay konuya ilişkin 1984 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında<sup>970</sup>, bu soru olumlu cevaplandırılmıştır. Buna göre, inşaatın tamamlanma masrafları ile iş sahibinin gecikme tazminatı toplanarak, yükleniciye verilecek olan toplam arsa payından indirim yapılacaktır. Bu sayede tek bir işlemle ilişki tasfiye edilmektedir. Fakat **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi, yüklenicinin bedel alacağı, akdi bir borcun ifası, fakat iş sahibinin talebi ise, borca aykırılıktan doğan zararının tazmini anlamına geldiğinden, zararın indirilmiş arsa payından daha da indirim yapılarak tazmin edilmesi hukuk tekniği açısından pek yerinde değildir. Fakat kanaatimce usul ekonomisine uygun olması nedeniyle, Yargıtay'ın kabul ettiği yöntemin **Öz**'ün haklı itirazına rağmen kabulünün mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

Buna göre, sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin kısmi bedel alacağı şöyle belirlenebilir: İlk olarak inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken masrafların ve iş sahibinin gecikme zararının belirlenmesi gerekir. Meselâ, inşaatın tamamlanma masrafları 50.000 – TL, gecikme

<sup>968</sup> Bedelin para olduğu inşaat sözleşmelerinde böyle bir sorun doğmaz. Çünkü bu ihtimalde yüklenicinin bedel alacağı para olacağından, taraflardan birinin takas hakkını kullanması sonucu, yüklenicinin bedel alacağı, gecikme tazminatı ölçüsünde düşecektir.

<sup>969</sup> Bu ifade, iş sahibinin gecikme tazminatı toplamının, yükleniciye verilecek olan bir bağımsız bölümün aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla taşıdığı değere eşit olmasını ifade etmektedir.

<sup>970</sup> Her ne kadar bu karar sözleşmeden dönmeye ilgili olarak kabul etmiş de olsa, bu kararlar varılan sonuç, gerçekte aynen ifadan vazgeçip, müspet zararın fark teorisine göre tazmininden başka bir şey değildir.

zararı ise 40.000 – TL ise, yapılacak iş, bu tutara denk gelen bağımsız bölümün iş sahibi üzerinde bırakılarak, diğerlerinin yükleniciye devrinin sağlanmasıdır. Meselâ bir bağımsız bölümün mevcut hâliyle 90.000 – TL olduğu ortaya çıkarsa, iş sahibi bu bağımsız bölümü elinde tutarak, diğerlerini kısmî bedel borcu olarak yükleniciye devredecektir.

Kanaatimce inşaat başlanması üzerine arsa üzerinde kat irtifakı kurulacağından, bağımsız bölümler üzerinde yüklenici ile iş sahibinin paylı malik konumuna getirilmesi yerinde değildir. Diğer bir ifadeyle, yapılacak olan değerlendirmeler sonucunda, yükleniciye tam sayıda bağımsız bölüm verilmesi gerekir. Aksi hâlde, devam edecek olan inşaat, bazı bağımsız bölümler üzerinde yüklenici ile iş sahibinin paylı malik haline gelmesi, içinden çıkılmaz sorunların doğmasına neden olacaktır. Bu nedenle, her ne kadar arsa payı bölünebilir bir borç olarak değerlendirilebilse de, bir bağımsız bölümün (kat irtifakının) bölülemez bir borç niteliği taşıdığı kabul edilmeli ve paylaşım buna göre yapılmalıdır. Bunun sonucu olarak gerekirse, yüklenicinin bedel alacağına bir kısmının para olarak ödenmesi de mümkün olabilmelidir.

Buna göre, bir önceki örnekte inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatı toplamı 90.000 – TL, fakat bir bağımsız bölümün değeri 70.000 – TL ise, iş sahibi bir bağımsız bölümü elinde tutabilecek, fakat geri kalan 20.000 – TL'yi ise para olarak talep edebilecektir. Hemen ekleyelim ki iş sahibi, söz konusu 20.000 – TL kendisine ödenmedikçe, 2. bağımsız bölümü de yükleniciye devretmekten kaçınabilecektir (BK. m.81). Diğer bir ifadeyle iş sahibi son iki bağımsız bölüm hariç diğerlerini yükleniciye devredecek, fakat 20.000 – TL kendisine ödenmedikçe, geri kalan iki bağımsız bölümden biri üzerinde ödemezlik def'i hakkını kullanabilecektir. Bu dava sırasında yüklenici, 20.000 – TL'nin nakit olarak mahkeme veznesine (iş sahibine verilmek üzere) depo etmesi karşılığında, mahkeme ikinci bağımsız bölümün de yüklenici adına kaydına karar verebilmelidir.

Fakat inşaat seviyesinin çok düşük olması nedeniyle, iş sahibinin müspet zararının (inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatının toplamının), yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerin değerinden yüksek olması durumunda, yüklenici iş sahibinden hiçbir şey talep edemeyeceği gibi, aradaki farkı da iş sahibine ifa etmekle yükümlü olacaktır. Meselâ inşaat hiç başlanmamışsa, yükleniciye verilecek olan arsa payının değerinin, inşaatın tamamlanma masrafları ile gecikme tazminatının toplamından çıkarılması suretiyle, yüklenicinin sorumlu olduğu müspet zarar toplamı tespit edilecektir.

Yukarıdaki açıklamalar, iş sahibinin fazladan bir arsa payı devretmemiş olması durumuna ilişkindir. Fark meselâ inşaat seviyesine göre yükleniciye verilmesi gereken bedel 5 bağımsız bölüm olmasına rağmen, yükleniciye 7 bağımsız bölüm verilmişse, iş

sahibi fazla verdiği bu iki bağımsız bölümün iadesini talep edebilir. Bu talep kişisel bir nitelik taşıyacağından, bunun üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Özellikle, yükleniciden aynı hak kazanan kişilere karşı bunun ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu durumda iş sahibi, sadece fazladan verdiği bağımsız bölümlerin değerinin iadesini talep edebilecektir.

### **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri İçin Ara Sonuç:**

Bu sözleşme tipi Kanunda düzenlenmediğinden, Borçlar Kanununun eser ve taşınmaz satış (satış vaadi) sözleşmelerine ilişkin hükümler, ancak işin niteliğine uyduğu ölçüde, somut olayın özellikleri ve menfaat dengesi dikkate alınarak kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu nedenle, Kanundaki hükümlerin uygulanmasında somut olay adaletinin sağlanması açısından mahkemenin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Kanunun temel ilkelerine bağlı kalınması kaydıyla, yasal hükümlerin uygulanmasında belli ölçüde esneklik sağlanabilmeli, hatta bazı durumlarda işin niteliğine ve menfaatler dengesine uygun karar verilebilmesi için, hukuk yaratma yöntemi bile uygulanabilmelidir.

Bu nedenle söz konusu sözleşme için vardığımız sonuçların değerlendirilmesinde, bu ilkelerin dikkate alınması gerekir. Buna göre, bu sözleşmede iş sahibinin müspet zararının fark teorisine göre tazmini talep edildiğinde, öncelikle aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafların ve iş sahibinin gecikme tazminatının (varsa fiili zarar ve yoksun kalınan kazancının) da belirlenmesi gerekir. Bu kalemlerin toplamının, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin aynen ifadan vazgeçme tarihindeki değerinden düşülmesi suretiyle, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölüm sayısı belirlenmelidir.

## **ř 11. İş SAHİBİNİN SöZLEşMEDEN DÖNMESİ**

### **I. GENEL OLARAK**

Borçlunun temerrüdü ve verilen ek sürenin yararsız geçmesi üzerine iş sahibi, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazmini yanında diğer bir seçimlik hak olarak sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Yüklenici, temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını iddia ve ispat ederek, iş sahibinin sözleşmeden dönmesine engel olamaz. Diğer bir ifadeyle sözleşmeden dönme, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşmesine bağlı değildir<sup>971</sup>.

<sup>971</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.130, no:269 ve s.569, no:32; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.259, no:697; **Ehrat**, s.107; **Gauch** (Werkvertrag), s.188, no:663; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.5; **Jermann**, s.6, no:13; **Schwenzer**, (OR AT), s.453, no:66.30; **Suter**, s.57; **z** (Dönme), s.32; **Buz** (Dönme), s.110.

Aksi görüşte: **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.955; **Serozan** (Dönme), s.254, 258.

Dönme yenilik doğuran, tak taraflı<sup>972</sup> varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılan bir hak olduğu için, kullanılması karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına ihtiyaç göstermez<sup>973</sup>. Yöneltilmesi gereken bir irade beyanı olduğu için, karşı tarafa ulaşmakla hukukî sonuçlarını doğurur<sup>974</sup>. Fakat Yargıtay istikrarlı bir biçimde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, ancak karşı tarafın kabulü veya mahkeme kararıyla sona erdirilebileceğini kabul etmektedir<sup>975</sup>. Buna göre karşı taraf dönme kabul etmezse, dönme için dava açılması gerekecek, mahkeme bu dava sonunda dönme hakkının koşullarının bulunduğu sonucuna varırsa, borç ilişkisi mahkemenin vereceği bozucu yenilik doğuran bir kararla sona erecektir<sup>976</sup>. Kanaatimce Yargıtay'ın

---

Alman Medenî Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklikler sonunda, borçlunun temerrüdü için kusur yine aranırken, alacaklının sözleşmeden dönmesi için borçlunun kusuruyla temerrüde düşme koşulu kaldırılmış ve borçlu kusuru olmaksızın temerrüde düşmüş olsa bile, alacaklının sözleşmeden dönebileceği açıkça kabul edilmiştir (BGB 323/6). **Vygen / Schubert / Lang**, s.63, no:88.

<sup>972</sup> İnşaat sözleşmesinde iş sahibi sıfatı birden fazla kişiye aitse, dönmenin de bunlar tarafından birlikte yapılması gerekir. **15. HD. 17.07.2007, E. 2006/3584, K. 2007/4883**: "... Kat karşılığı inşaat sözleşmesinin tüm paydaşların katılımı ile yapılması gerektiği gibi feshinin de tüm paydaşların katılımı ile istenmesi gerekir. Dosya kapsamında bazı paydaşların davada taraf olmadığı gibi muvafakatlarının da alınmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda yapılması gereken iş, bu paydaşların muvafakatlarının almak ya da bu paydaşları davaya dahil etmektir. Açıklanan eksiklikler giderilmeden esas hakkında karar verilmesi hatalıdır..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD.14.09.2005, E. 2004/7598, K. 2005/4679**: "... Medenî Yasanın 692. maddesi hükmü gereğince; paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi ... olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan yapı işlerine girilmesi veya paylı malın tamamı üzerinde tasarruf işlemlerinin yapılması, oybirliğiyle aksi kararlaştırılmış olmadıkça, bütün paydaşların kabulüne bağlıdır. Paylı mülkiyete konu taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat yapımı, paylı malın özgülendiği amacın değiştirilmesi sonucunu doğuracak nitelikte olan olağan şekilde kullanmanın gerekli kıldığı ölçüyü aşan olağanüstü tasarruflardan olduğundan, paylı taşınmaz üzerine kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapılması, bu sözleşmenin feshi veya feshi için mahkemeye dava açılması tüm paydaşların kabulünü gerektirir. Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; arsa sahipleri ile yüklenici davalı arasında yapılan uyumsuzluk konusu sözleşmelerin feshi ve sözleşmeler gereğince yükleniciye devredilen taşınmaz paylarının iadesini sağlamak amacıyla davacı M. tarafından açılan davaların görülebilmesi için, sözleşmelerin tarafı dava dışı arsa sahiplerinin veya yasal haleflerinin yahut sözleşmeyi devretmişlerse akdi haleflerinin davalarla onay vermeleri; vermedikleri takdirde de davaya katılmalarının sağlanması zorunludur..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>973</sup> **Ehrat**, s.5; **Glasl**, s.166; **Suter**, s.58; **Öz** (Dönme), s.31; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.51; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.56.

<sup>974</sup> **Wiegand** (recht, 1984/1), s.13; **Kolly**, s.82; **Buz** (Dönme), s.75; **Ergezen**, s.51.

<sup>975</sup> Doktrinde de bu görüşü benimseyen yazarlar bulunmaktadır. Bak. **Erman** (İnşaat), s.95.

<sup>976</sup> **15. HD. 08.10.1998, 2263/3752**: "**Kural olarak, eser sözleşmelerinin geçerliliği hiçbir şekle bağlı olmadığı için bu sözleşmelerden dönmek isteyen taraf, dönme iradesini karşı tarafa bildirdiği an, bozucu yenilik doğuran bu hak (sözleşmeden dönme hakkı), kendiliğinden hükmünü icra eder. Dönmenin haklı olup olmadığı, ayrıca açılacak tazminat davasında (eda davası) tartışılır. – Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri" ... bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu içerdiğinden ... resmi şekle bağlı tutulmuştur. ... Dolayısıyla, bu sözleşmelerden dönmek isteyen tarafın, eğer karşı taraf dönme kabul etmiyor ve karşı çıkıyorsa, hakim kararına ihtiyacı vardır; yani mahkemede açacağı "sözleşmenin feshi" davası sonunda fesih (dönme) kararı ile sözleşmeden dönebilir...**" (www.kazanci.com.tr). Görüldüğü gibi bu kararda açıkça geçerlilik şekline bağlı hukukî işlemlerden dönmenin ancak mahkeme kararıyla veya karşı tarafın kabulüyle gerçekleşebileceği gibi hatalı bir sonuca varılmıştır.

**15. HD. 09.03.2006, E. 2005/7640, K. 2006/1334**: "... Eser sözleşmelerinde, fesih iradesinin karşı tarafa ulaşması ile fesih gerçekleşir. Ancak kat karşılığı inşaat sözleşmesi tapu devrini de öngördüğünden resmi şekilde yapılması zorunlu olduğu gibi sona erdirilmesi için de tarafların karşılıklı iradelerinin birleşmesi veya mahkeme kararının varlığı zorunludur. Açıklanan hususlar nazara alınmadan sözleşmenin fesh edildiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmesi isabetsizdir..." (www.kazanci.com.tr).



bu tutumu yerinde değildir. **Öz**'ün de belirttiği gibi<sup>977</sup>, “yenilik doğuran hakların muhatabın reddi veya kabul ile sonuç doğurması hukukumuzla yabancıdır.”

Sözleşmeden dönmenin hukukî niteliği ve sonuçları doktrinde ciddi tartışmalara neden olmaktadır<sup>978</sup>. Bunların tamamıyla incelenmesi konumuz dışındadır. Bu nedenle çalışmamızda, bu tartışmalara ayrıntılı olarak girilmeksizin, doğrudan konumuzla ilgili noktalarda dönmenin hukukî sonuçları üzerinde bir değerlendirme yapılarak sonuca varılmaya çalışılmıştır.

Kısaca özetlenmesi gerekirse sözleşmeden dönmenin etkisinin ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir. Buna göre ilk olarak henüz yerine getirilmemiş olan edimler ortadan kalkar (ileriye yönelik etki, borçtan kurtarıcı etki). Dönmeye kadar yerine getirilmiş olan edimlerin ise iadesi gerekir (geçmişe yönelik etki)<sup>979</sup>. Diğer bir ifadeyle dönme henüz yerine getirilmemiş edimler için borçtan kurtarıcı bir etki yaratırken, yerine getirilmiş olan edimler için ise iade borcu doğurur<sup>980</sup>. Buna göre sözleşmeden dönmenin amacı, borç ilişkisinin kurulmasından önceki hukukî durumun (statüs quo ante) yeniden sağlanmasıdır<sup>981</sup>.

Hemen belirtelim ki, sözleşmeden dönmenin hukukî sonuçları, taraflarca belirlenebilir<sup>982</sup>. Böyle bir belirleme yapılmamışsa, aşağıda açıklanan yasal sonuçlar ortaya çıkacaktır.

## II. DÖNMENİN HUKUKİ SONUÇLARI

### A. İfa Edilmemiş Edimlerin Ortadan Kalkması

Dönmenin ilk etkisi, henüz ifa edilmemiş edimlerin ortadan kalkmasıdır. Buna göre dönmenin hukukî sonuçlarını doğurduğu anda, kısmen veya tamamen henüz ifa edilmemiş olan, dönme tarihine kadar muaccel olan olmayan bütün borçlar ortadan

<sup>977</sup> **Öz** (Dönme), s.142.

<sup>978</sup> Bu konuda bak. **Ehrat**, s.115 vd; **Glasl**, s.19 vd; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.3 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.260, no:700 vd; **Serozan** (Dönme), s.63 vd; **Buz** (Dönme), s.65 vd.

<sup>979</sup> Dönme ile fesih arasındaki fark da genel olarak bu noktada ortaya çıkar. Dönme geçmişe etkili (ex tunc) hukukî sonuçlar doğurduğu ve ifa edilen edimlerin iadesi borcunu doğurduğu hâlde, fesih ileriye etkili (ex nunc) hüküm ve sonuç doğurur. Bak. **Honegger**, s.27; **Gauch** (Dauerverträgen), s.207; **Gauch** (Werkvertrag), s.194, no:683; **Trümpy-Jäger**, s.142; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.310, no:23; **Ehrat**, s.13, 15; **Suter**, s.60; **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.118; **Koç**, s.267; **Öz** (Dönme), s.25; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.131; **Ergezen**, s.50; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.50 vd.

<sup>980</sup> **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.179, no:3116; **Bucher** (OR AT), s.376; **Gauch** (Werkvertrag), s.195, no:684; **Gauch/Aepli/Stöckli**, s.327; **Schenker** (Schadensberechnung), s.39; **Kolly**, s.82; **Ehrat**, s.107; **Glasl**, s.41 vd; **Buz** (Dönme), s.65, 117.

<sup>981</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.8, no:10; **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.566, no:21; **Gauch** (Dauerverträgen), s.207; **Gauch** (Werkvertrag), s.195, no:684; **Ehrat**, s.28; **Jermann**, s.7, no:14; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.129, no:305; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.256, no:692; **Serozan** (Dönme), s.41; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.951; **Öz** (Dönme), s.225; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.132; **Buz** (Dönme), s.78; **Ergezen**, s.51.

<sup>982</sup> **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.57.

kalkacaktır<sup>983</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibi artık inşaatın tamamlanmasını, yüklenici ise bedelin ifasını talep edemeyecektir<sup>984</sup>.

Dönmenin ifa edilmemiş borçları ortadan kaldırmasının bir itiraz niteliğinde olduğunun kabul edilmesi nedeniyle, Borçlar Kanununun 167/1 hükmü gereğince, yüklenicinin dönmeden önceki dönemde<sup>985</sup>, iş sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devretmiş olması hâlinde, iş sahibinin bu borcun sona erdiğini, alacağı devralan üçüncü kişiye karşı da ileri sürebileceği kabul edilmektedir<sup>986</sup>. Diğer bir ifadeyle, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinden önce, yüklenicinin, para veya arsa payı biçimindeki bedel alacağını geçerli şekil koşuluna uyarak üçüncü kişiye devretmiş olması durumunda, iş sahibi, devredilen bu alacağın (dönme nedeniyle) ortadan kalktığını, böyle bir borcu bulunmadığını alacağı devralan kişiye karşı ileri sürebilir.

Yüklenicinin inşaatı tamamlama borcunun teminatı için bir ipotek alınmışsa, dönme ile birlikte bu ipotek de kural olarak sona erer (asıl alacağın sona ermesi, buna bağlı fer'ilerin de sona ermesine neden olur). Fakat ipotek alınmasına ilişkin anlaşmanın yorumundan, ipoteğin ifa etmemeden doğan borçların da teminatı olarak verildiği anlaşılabilirse, bu ipoteği sona ermediği sonucuna ulaşılabilir<sup>987</sup>.

Aynı şekilde uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi, sözleşmenin başında yükleniciden teminat senedi veya banka teminat mektubu alınması durumunda, bunların akıbeti de aynı olmalıdır. Buna göre, öncelikle teminat senedinin veya teminat mektubunun hangi borca ilişkin olarak verildiğinin belirlenmesi gerekir. Eğer bu teminatlar, yüklenicinin borcu gereği gibi veya hiç ifa etmemesinin sonuçlarını teminat altına almak için verilmişse, artık bu senetlerin dönme ile hükümsüz kalmayacağı kabul edilmelidir. Nitekim birçok olayda teminat mektubu veya senedi ifa etmeme durumunda kullanılmak üzere verilmektedir.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimini ifa edeceğinin, etmediği takdirde doğacak zararın karşılanacağını taahhüt edilmesi durumunda ise (garanti

<sup>983</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.574, no:59; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.257, no:694; **Jermann**, s.8, no:17; **Kolly**, s.82; **Buz** (Dönme), s.152; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.76. Bu nedenle dönmenin ifa edilmiş edimler bakımından bozucu yenilik doğuran bir etki yarattığı kabul edilebilir. **Ehrat**, s.10; **Öz** (Dönme), s.31; **Oğuzman/Öz**, s.411.

Yerinde bulduğumuz hâkim görüşe göre borçtan kurtarıcı etki, bir def'i değil, itiraz nedenidir. Bu yönde: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.257, no:694; **Buz** (Dönme), s.154, Def'i hakkı verdiği görüşünde: **Keller/Schöbi**, s.277; **Suter**, s.65; **Serozan** (Dönme), s.547.

<sup>984</sup> **Koller** (Verzichtsfolgen), s.5.

<sup>985</sup> Dönmenin hukuki sonuçlarını doğurmasından sonra yapılan alacağın temlik ise, zaten asıl borç ortadan kalktığı için, geçerli bir temlik niteliği kazanamayacaktır.

<sup>986</sup> **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.276; **Bucher** (OR AT), s.568; **Buz** (Dönme), s.156; **Öz** (Dönme), s.263; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.170. Def'i görüşünde de aynı sonuçta: **Serozan** (Dönme), s.549. **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi, Serozan'ın bu görüşü, kabul ettiği yeni dönme görüşünün temellerine aykırıdır. **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.170, dn.76.

<sup>987</sup> Karş. **Buz** (Dönme), s.158; **Öz** (Dönme), s.265.

sözleşmesi), artık iş sahibinin menfi zararlarının tazmini için garantöre başvurabileceği kabul edilmelidir. **Öz**'e göre bu durumda garantöre müspet zararın tazmini için bile başvurulabilir<sup>988</sup>. Yazarların bu görüşü yerinde olmakla birlikte, sözleşmeden dönme hâlinde sadece menfi zarar talep edebileceğinden, bu sorumluluk, ancak müspet zarar tazminatının talep edilmesi hâlinde mümkün olabilir.

## B. Daha Önce İfa Edilmiş Edimlerin İadesi

Dönmenin ikinci etkisi, dönmeden önce ifa edilmiş edimlerin iadesidir<sup>989</sup>. Bu etki, Borçlar Kanununun 108. maddesinin birinci fıkrasında eksik biçimde ifade edilmiştir. Bu hükme göre “*akitten rücu eden alacaklı... tediye ettiği şeyi istirdat edebilir.*” Görüldüğü gibi bu hükümlerle, sadece sözleşmeden dönen alacaklıya verdiğini geri isteme hakkı tanınmış olmasına rağmen, oybirliğiyle kabul edildiği üzere, temerrüde düşmüş olan borçlu da (yüklenici) dönmeden önce verdiklerini geri talep edebilir<sup>990</sup>.

<sup>988</sup> **Öz** (Dönme), s.266.

<sup>989</sup> Hemen belirtelim ki, inşaat sözleşmesinden kısmî dönmenin son konusu olduğu hâllerde, iade borcu, ancak fazladan yapılmış kısım için söz konusu olacaktır. Bu konuda bak. a.ş.a.Ş 11, III.

Kısmî dönme söz konusu değilse, tam bir iade yapılacaktır. **Öz** (Dönme), s.190, dn.14.

<sup>990</sup> **von Tuhr/Escher**, s.155; **Gauch** (Wirkung des Rücktritts), s.122; **Gauch/Schluerp/Schmid/Rey**, s.180. no:3119; **Wiegand** (recht, 1984/1), s.13; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.258, no:695; **Kolly**, s.82; **Jermann**, s.9, no:18; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.126, no:299; **Serozan** (Dönme), s.552; **Buz** (Dönme), s.153, 161; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.76.

Borçlar Kanununun 160. maddesinin birinci fıkrasına göre, cezai şarta ilişkin hükümler, fesih (dönme) hâlinde kısmen vâki olan tediye alacaklıya kalmasına ilişkin sözleşmelere de uygulanır. Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Fischer**, s.61; **Riemer** (Konventionalstrafen), s.443 vd; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop**, s.360; **Serozan** (Dönme), s.604. Bu hükmün doğal sonucu, yüklenicinin inşaatın yapılmış olan kısmı için hiçbir talepte bulunamayacağına kararlaştırıldığı sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu, fakat bu tip kayıtların cezai şartın tenkisine ilişkin hükümler gereğince değerlendirilmesinin gerektiğidir. TTK.m.24 gereğince yüklenici tacirse, cezai şartın tenkisini talep edemeyeceği gözden uzak tutulmamalıdır. Karş. **Koller** (Konventionalstrafe), s.10, no:11.

Yargıtay ise BK. m.160 hükmünü görmezden gelerek, fesih hâlinde yüklenicinin hiçbir şey talep etmeyeceğine ilişkin sözleşme hükümlerini, hiçbir araştırma yapmaksızın doğrudan kişilik haklarına aykırı göreyerek geçersiz saymaktadır. **15. HD. 10.06.1999, 1658/2437**: “... *Düzenleme şeklindeki Tadil Sözleşmesinin 4. maddesi; dokuz aylık ek süre sonunda inşaatın genel iskanı alınmış vaziyette ikmal edilmemesi halinde, yaptığı tüm işlemlerden dolayı yüklenicinin herhangi bir hak talep edemeyeceğini öngörmüştür. Kararlaştırılan ceza, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olup, Hukuk Genel Kurulu ile Dairemizin yerleşmiş içtihatlarına göre, sözleşmenin cezayı içeren bu hükmü BK.nın 20. maddesinin birinci fıkrasında gösterilen genel ahlaka aykırı ve dolayısıyla aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca batıldır. Haliyle, somut olayda, BK.nın 161/son ve TTK.nun 24. maddelerinin uygulama olanağı yoktur...*” (YKD. 2000/3, s.404). Bu yönde: **15. HD. 08.04.1996, 1857/1961 [Erman** (İnşaat), s.80, dn.69]; **15. HD. 07.04.1997, 248/1891** (YKD. 1997/8, s.1263); **15. HD. 25.04.2007, E. 2006/2466, K. 2007/2730** (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 05.05.1999, 1119/1769**: “... *Akdin feshi halinde, yüklenicinin o tarihe kadar inşaat yaptığı imalattan hiçbir bedel talep etmeyeceğine dair sözleşmeye konulan hüküm, BK.nun 20. md. ve HGK.nun 20.3.1974 gün 1970/İ-1053 Esas 1974/222 sayılı Kararı gereğince tacirin iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır, haksız ve iyiniyet kurallarına aykırı olması nedeniyle geçersiz bir ceza hükmüdür...*” (YKD. 2000/1, s.68). Hemen ekleyelim ki, bu sonuncu kararda yollama yapılan YHGK. kararı, BK. m.160/İ hükmüyle ilgili olmayıp, genel olarak cezai şartın miktarının kişilik haklarını aşırı derecede sınırlamasının yaptırımına ilişkindir. Bu nedenle, katılmadığımız bu karardaki yollama da yerinde değildir.

Yargıtay istisnai bir kararında ise, bu yöndeki bir hükmü geçerli saymıştır. **15. HD. 29.05.1985, 1840/1879**: “... *sözleşmenin 7. maddesinde ise, yüklenici inşaatı bıraktığı taktirde 500.000 lira cezai şarttan başka inşaatı yaptığı masraf ve yapımından hiçbir şekilde talepte bulunamayacağı öngörülmüştür. ... Burada davacı yüklenicinin ... temerrüdü mevcut olduğundan, ... cezai şart niteliğinde olmak üzere yukarıda sözü edilen sözleşmenin 7. maddesi gereğince davacının (yüklenicinin) inşaatı yaptığı masrafı istemeye hakkı yoktur.*” (Karahasan, s.595). Bu yönde: **13. HD.**

Sözleşmeden dönme tarihine kadar sadece taraflardan biri ifade bulunmuşsa, sadece bu tarafın iadeyi talep hakkı olacaktır. Fakat her iki taraf da kısmen ifade bulunmuşlarsa, meselâ yüklenici inşaata başlamış ve iş sahibi de bedel borcunu kısmen ifa etmişse, her iki tarafın da iade yönünde bir talebi doğacaktır<sup>991</sup>.

İade borçları, sözleşmeden dönmeye birlikte muaccel olur<sup>992</sup>. Fakat (iade borcunun ifasında) temerrüdün doğumu için, iade alacaklısının ihtarı gerekir<sup>993</sup>.

## 1. İş Sahibinin İade Borcu

### a. Genel Olarak

İş sahibinin sözleşmeden döndüğü tarihte yüklenici inşaata hiç başlamamış veya malzeme ve işçi temini gibi bazı hazırlık fiillerinde bulunmuşsa, iş sahibinin iade borcu doğmaz. Çünkü bu durumda iş sahibi fiilen hiçbir şey almamıştır. Fakat dönme tarihinde yüklenici inşaata başlamışsa, artık iş sahibinin bir ifade borcu doğacaktır.

Genel olarak kabul edildiği gibi, sözleşmeden dönme üzerine, tarafların aldıklarını aynen geri vermeleri gerekir<sup>994</sup>. Fakat inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi bir yapma borcu niteliğinde olduğundan ve inşaat yapılan taşınmaz iş sahibinin mülkiyetinde bulunduğu<sup>995</sup>, yapılan inşaat, bütünleyici parça kuralı gereğince iş sahibinin mülkiyetine geçecektir<sup>996</sup>. Kural olarak inşaatın sökülüp iş sahibine iadesi mümkün olmayacağından<sup>997</sup>, haklı olarak kabul edildiği gibi, iş sahibinin inşaatın

---

**15.05.2003, 6428/11473:** "... inşaat sözleşmesinin ... 12. maddesinde de yüklenicinin her ne sebeple olursa olsun inşaatı yarım bırakması veya sözleşme hükümlerine uygun olarak edimini yerine getirmemesi halinde davalının 10 gün süreli ihtarda bulunup sözleşmeyi fesh edeceği, yüklenicinin yaptığı işten dolayı her hangi bir talepte bulunamayacağı hükme bağlanmıştır. Toplanan delillerden dava dışı yüklenicinin yapı ruhsatını almadan inşaata başladığı ve %40 aşamasına getirdiği bunun üzerine davalının 20.8.1999 tarihli ihtarnamesi ile yükleniciyi uyardığı 17.2.2000 tarihli yazısı ile de sözleşmeyi fesh ettiği anlaşılmaktadır. Davacı, dava dışı yüklenicinin sözleşmeden doğan edimini yerine getirmemesi nedeniyle haklı olarak sözleşmeyi fesh ettiğine göre yüklenici, aralarındaki sözleşmenin 12 maddesi hükmünce davalıdan yaptığı işin bedelini isteyemez. O nedenle olmayan bir alacağını da davacıya temlik edemez..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>991</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.195, no:684; **Wiegand** (recht, 1984/1), s.13.

<sup>992</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.305, no:756.

<sup>993</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.313, no:776. **15. HD. 25.03.1998, 868/1178:** "... Sözleşmenin feshi, borçluyu temerrüde düşürücü bir işlem değildir. Somut olayda, böyle bir ihtarın varlığına dosyada rastlanılmadığı için, dava tarihi yerine, başka bir tarihin faize başlangıç alınması doğru olmamıştır..." (YKD. 1998, s.1336).

<sup>994</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.89, no:212, s.127, no:300; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.266, no:712

<sup>995</sup> Yükleniciye ait olan arsaya yapılan ve bunun daha sonra iş sahibine devredileceği kararlaştırılan sözleşmelerde ise, temerrüt sırasında iş sahibi hiçbir şey almamış olacağından, onun iade borcu da doğmayacaktır. **Öz** (Dönme), s.210.

<sup>996</sup> **Bögli**, s.34, no:69; **Ertas** (Eşya Hukuku), s.243.

<sup>997</sup> Fakat inşaat sözleşmelerinin bazı türlerinde aynen iade mümkün olabilir. Meselâ asansör montajı işinde veya prefabrik bir konut inşasında durum böyledir. Bu tip inşaat sözleşmelerinde yapılan inşaatın sökülerek yükleniciye iadesinin mümkün olduğu, bunun büyük bir zarara yol açmadığı anlaşılan hâllerde, aynen iade borcu doğacaktır. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.92, no:219; **Öz** (Dönme), s.240.

Aynen iadenin mümkün olduğu hâllerde ve yapılan inşaatın iş sahibinin kullanamayacağı ölçüde ayıplı olması nedeniyle iş sahibince değerlendirilebilir olmadığı ve yıkılması gereken hâllerde, yüklenicinin bu kısmı (yıkıntıyı) alma konusunda bir yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır. Yüklenicinin böyle bir yükümlülüğünün bulunmadığı görüşünde: **Gauch** (Werkvertrag), s.426, no:1543;

değerini (Wertersatz) iade etmesi gerekir<sup>998</sup>. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin iade borcu, kural olarak para borcu niteliği taşıyacaktır<sup>999</sup>. Bu nedenle doktrinde ileri sürülen ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin bazı durumlarda yüklenicinin aşırı biçimde zararına olacağına yönelik olarak duyulan kaygılar ve bu sonucun ortadan kaldırılması için önerilen yollar kanaatimce gereksizdir<sup>1000</sup>. Çünkü inşaatın yapılmış olan kısmının ayıplı olması (meselâ imar mevzuatına aykırı olması ve buna uygun hâle getirilmesinin mümkün olmaması) nedeniyle iş sahibinin hiçbir işine yaramayacağı ve bu nedenle yıkılmasının gerektiği istisnai haller hariç, hiçbir zaman inşaatın yıkılarak kalıntının yükleniciye verilmesi gibi bir ihtimal bulunmamaktadır. Bu nedenle, iş sahibinin inşaatın

---

**Hartmann** (Rückabwicklung), s.91, no:215. **Koller Stefan**, ise (s.99), tarafların karşılıklı menfaatlerinin tartılması sonucu bazı durumlarda böyle bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilebileceğini belirtmektedir. Alman hukukunda ise böyle bir yükümlülüğün varlığı kabul edilmektedir. Yükümlülüğün bulunmadığını kabul eden yazarlar bile, iş sahibinin bu amaçla yaptığı masraflardan yüklenicinin (kusuru bulunmasa bile) sorumlu olduğunu kabul etmektedirler. **Gauch** (Werkvertrag), s.426, no:1545; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.91, no:216.

<sup>998</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.9, no:11 **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.577, no:69; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.327; **Honegger**, s.68; **Schwenzer**, (OR AT), s.453, no:66.33; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.267, no:716; **Suter**, s.66; **Huguenin** (OR AT), s.111, no:668; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.304, Art.366, no:396; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.92, no:219 ve s.127, no:300; **Öz** (Dönme), s.238; **Öz** (İnşaat), s.151. Karş. **Gauch** (Dauerverträge), s.210.

İnşaatın yapılmış olan kısmının iş sahibinin mülkiyetinde kalması nedeniyle, yüklenicinin yapılmış olan inşaat kısmındaki ayıplardan, ayıba karşı tekeffül hükümleri gereğince sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde: BGE 116 II 450; **Koller** (Nachbesserungsrecht), s.26, no:78.

<sup>999</sup> Burada dikkat edilirse iş sahibinin iade borcu, arsası üzerinde yapılmış bulunan yarım inşaatın değerinin yükleniciye verilmesi, böylece sözleşme öncesi duruma dönülmesidir. Bu nedenle bu iadenin bedel olarak yorumlanması yerinde değildir. İade edilecek edimin miktarının belirlenmesinde, sözleşmedeki bedelden yararlanılması, iade edilecek değere bedel niteliği vermez. Bak. ve karş. **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.36.

<sup>1000</sup> Bak. ve karş. **Vygen / Schubert / Lang**, s.9, no:1 ve özellikle s.64, no:89; **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:688; **Gauch** (Fristen und Termine), s.15; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:23; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.291, no:773; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244; **Brunner** (Unvorhergesehenes), s.216; **Walter** (Mehrkosten), s.142; **Trümpy-Jäger**, s.143; **Stotz**, s.22; **Bögli**, s.252, no:420; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.31, no:67; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.155. Yapma borçları için genel olarak bu görüşte: **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.141. Karş. **Erman** (İnşaat), s.75, 76.

Bu görüşün İsviçre Hukukundaki öncüsü **Gauch**'a göre, iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, malzemesi iş sahibince sağlanan eser sözleşmelerinde ve dönme zamanında tamamlanmış bulunan taşınır eser yapımına ilişkin eser sözleşmesinde dönmenin geçmişe etkili olması yüklenicinin katlanılamayacak derecede zararına (unverhältnismässige Nachteile) olacağından, bu durumlarda dönmenin yerini feshe bıraktığı kabul edilmelidir. **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:688; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.297, no:372. Bu görüşün konumuzla ilgili kısmı, iş sahibinin arsası üzerine yapılan yapıları konu alan inşaat sözleşmelerinde, inşaat başlanmasının ardından kural olarak dönmenin değil, feshin söz konusu olabileceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Alman Hukukunda oybirliğiyle savunulan bir görüşe göre, iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda kural olarak dönmenin sadece ileriye etkili olacağı, geçmişe yönelik bir etkisinin bulunmadığı, diğer bir ifadeyle inşaatın sözleşme gereğince yapılmış olması dikkate alınarak, buradaki dönmenin sürekli borç ilişkilerindeki feshe benzer hukukî sonuçlar doğurması gerektiği kabul edilmelidir. Bu yönde: **Vygen / Schubert / Lang**, s.64, no:89; **Enders**, s.1; **Frank** (Hafung), s.84. Karş. **Christodoulou**, s.148; **Zeltner**, s.83, no:216. Buna göre, bu durumda dönme sadece ileriye yönelik etkiler doğurmalı ve tamamlanmış bulunan inşaat kısmı, bu dönemden etkilenmemelidir. İş sahibi, inşaatın yapılan kısmının karşılığını, yükleniciye ödemekle yükümlüdür. Fakat bu görüş gereğince, yapılan inşaat kısmı iş sahibi için hiçbir yarar taşımıyorsa, artık dönmenin geçmişe etkili olduğu kabul edilmelidir. **Vygen / Schubert / Lang**, s.64, no:89.

yapılmış olan kısmıyla ilgili iade borcu, kural olarak yapılmış olan inşaatın değeri oranında para borcu olacaktır<sup>1001</sup>.

İade edilecek olan bu değer nasıl belirlenmesi gerektiği özel olarak incelenmelidir<sup>1002</sup>. Genel olarak kabul edildiği gibi, iş sahibinin inşaatın değerine ilişkin iade borcunun miktarının belirlenmesinde, edimin ifa edildiği tarihteki<sup>1003</sup> objektif değeri esas alınır<sup>1004</sup>. Bu, aslında yapılan inşaatın iş sahibinin malvarlığında gösterdiği artıştan başka bir şey değildir<sup>1005</sup>. Zira sözleşmenin başında boş bir arsaya sahip olan iş sahibi, dönme anında kısmen yapılmış bir inşaatın sahibi olmuştur. Fakat yüklenicinin inşaatı fiilen başlamış olması, doğrudan iade borcunu doğurmaz. İade borcunun doğumu için, inşaatın yapılmış kısmının iş sahibinin herhangi bir biçimde işine yaraması, değerlendirilebilir olması gerekir<sup>1006</sup>. Meselâ inşaatın yapılmış olan kısmının imar mevzuatına aykırı olması ve bu aykırılığın giderilmenin mümkün olmadığı durumlarda,

<sup>1001</sup> Karş. *Glasi*, s.221; *Polydor-Werner*, s.90; *Hartmann* (Rückabwicklung), s.93, no:220.

<sup>1002</sup> *Hartmann*'a (Rückabwicklung, s.94) göre, iade borcunun değerinin belirlenmesinde çeşitli esaslardan yararlanılabilir. Buna göre iade edilecek edimin değeri, 1. Borçlunun masraflarına göre, 2. Sözleşmeyle kararlaştırılan bedele yapılacak bir kıyaslamaya göre, 3. Edimin objektif değerine göre, 4. Alacaklının malvarlığındaki artışa göre belirlenebilir. Karş. *Polydor-Werner*, s.43 ve s.72.

<sup>1003</sup> *Hartmann* (Rückabwicklung), s.105, no:245; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.268, no:717. İnşaat sözleşmesinin özelliği gereği, kanaatimce dönme tarihindeki değer esas alınmalıdır.

<sup>1004</sup> Dönme konusunda hangi teori kabul edilirse edilsin, yapma borçlarında iade borcunun miktarının belirlenmesinde, aynı sonuca varılmaktadır. *Hartmann* (Rückabwicklung), s.128, no:303. Nitekim iadenin sebepsiz zenginleşme veya sözleşmesel bir borç niteliğinde olduğu kabul edilse bile, iade edilecek edimin değerinin, edimin objektif (piyasa) değeri olduğu kabul edilmektedir. Bak. ve Karş. *Schenker* (Schuldnerverzug), s.268, no:717; *Hartmann* (Rückabwicklung), s.104, no:243; *Bucher* (OR AT), s.377 ve 688; *Polydor-Werner*, s.85 ve 91; *Ehret*, s.182, no:580; *Gauch/Schlupe/Schmid/Rey*, s.180, no:3120; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.78; *Ertaş* (Fesih), s.394.

Doktrindeki hâkim görüşe göre, sebepsiz zenginleşmede zenginleşenin iade borcunun kapsamı, fakirleşme değil, zenginleşmeye göre belirlenir [*Ertaş* (Fesih), s.394]. Fakat sebepsiz zenginleşme durumunda iade borcunun miktarı, fakirleşme oranında kabul edilecek olursa, farklı bir sonuç ortaya çıkacaktır. Nitekim doktrinde bazı yazarlara göre [*Öz* (İnşaat), s.67, s.151; *Akkayan Yıldırım* (Kat Karşılığı İnşaat), s.82] iade edilecek değer, malzeme ve işçiliğin değeri tutarında olacaktır. Bu görüşe göre yüklenicinin talep edebileceği tutar, yapılan işin kendisine maliyetidir. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, inşaatın seviyesinin çok ilerlemiş olduğu hâllerde, iş sahibinin haksız bir menfaat elde edeceği ileri sürülmekte ve bu nedenle bunun önlenmesi için bazı yöntemlerin geliştirildiği görülmektedir.

**Borçlar Kanunu Tasarısının** 76. maddesinin birinci fıkrasında iade borcunun fakirleşmeye değil, zenginleşmeye yönelik olduğu açıkça vurgulanmıştır. Bu hükme göre: "*Haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür.*" Hükümün gerekçesine göre: "*818 sayılı Borçlar Kanununun 61 inci maddesinde, "Haklı bir sebep olmaksızın âharın zararına mal iktisap eden kimse, onu iadeye mecburdur" denildiği hâlde, öğreti ve uygulamada ortaya çıkan yeni anlayışa uygun olarak Tasarının 76 ncı maddesinin birinci fıkrasında "Haklı bir sebep olmaksızın bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür." denilmektedir.*"

<sup>1005</sup> Bu görüşte: *Hartmann* (Rückabwicklung), s.131, no:311 ve 312; *Ertaş* (Fesih), s.394. Karş. *Öz* (Dönme), s.18 ve özellikle s.229 vd.

<sup>1006</sup> Bu görüşteki *Öz* ise, iş sahibinin ekonomik durumu sebebiyle yarım inşaatı **tamamlatamayacak** durumda olması hâlinde, iş sahibinin zenginleşmesinden bahsedilemeyeceğini, bu sebeple iş sahibinin arsasındaki yarım inşaatı rağmen herhangi bir iade borcunun doğmayacağını ileri sürmüştür. *Öz* (Dönme), s.251. Kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Çünkü iade, sözleşme öncesi duruma dönülmesinin amaçladığından, yazarın kabul ettiği ihtimalde, bu sonuca ulaşmak mümkün olamaz. Ayrıca bu ihtimalde iş sahibinin zenginleşmediği de ileri sürülemez. Çünkü sözleşmenin başında boş bir arsaya sahip olan iş sahibi, dönme sırasında kısmen de olsa yapılmış bir inşaatın sahibi olmuştur.

diğer bir ifadeyle inşaatın yıkılmasından başka çare olmayan durumlarda, iş sahibinin herhangi bir iade borcu doğmayacaktır<sup>1007</sup>. Bununla birlikte, iş sahibinin iade borcu temel olarak, yapılmış inşaatın iş sahibinin malvarlığında gösterdiği artışla sınırlı olacaktır<sup>1008</sup>.

Kanaatimce iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesinde, sözleşmede götürü bir bedelin kararlaştırılmış olup olmadığına bakılması gerekir<sup>1009</sup>.

### **b. Bedel Hiç Belirlenmemiş veya Yaklaşık Olarak Belirlenmişse**

İnşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması durumunda yükleniciye verilecek olan bedelin hiç belirlenmediği veya sadece yaklaşık olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde, yarım inşaatın değeri, yapılan işin niteliği, kalitesi ve yüklenicinin masrafları dikkate alınarak belirlenir (BK. m.366). İş sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde, inşasına başlanmış bulunan yapının değeri belirlenirken, kanaatimce iş sahibinin yarım inşaatı mevcut hâline getirilmesi için diğer bir yükleniciye ödemesi gereken bedelin dikkate alınması gerekir<sup>1010</sup>. Bu nedenle bu bedelin içine, yüklenicinin kâr payı da dâhil olacaktır. Diğer bir ifadeyle, temelde iş sahibinin mal varlığındaki artışın yükleniciye iadesi amaçlandığından, iş sahibinin sadece malzeme ve işçilik için bir ödemede bulunmakla yükümlü olması, onun zenginleşmesine neden olur. Zira iş sahibi bu yarım inşaatı başka bir yükleniciye yaptırsa, ona kâr payı da ödeyecekti. Bu nedenle kanaatimce doktrinde ileri sürülen ve yarım inşaatın bedelinden kâr payının indirilmesi gerektiğini

<sup>1007</sup> *Polydor–Werner*, s.93; *Öz* (Dönme), s.251. Bu durumda tam aksine, iş sahibi inşaatın yıkılması ve bu kalıntının arsadan çıkarılması masraflarını menfi zarar olarak talep edebilecektir.

**15. HD. 19.12.2005, 7709/6891:** “... İmara aykırı olarak yapılan yapının ekonomik bir değeri bulunmayacağından ve yıkımı gerekeceğinden bedeli talep edilemez ...” (YKD. 2006/11, s.1792).

<sup>1008</sup> *Hartmann* (Rückabwicklung), s.131, no:311. Karş. *Gauch* (Werkvertrag), s.196, no:687.

<sup>1009</sup> Kanaatimce bu durumda haksız inşaatla ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması mümkün değildir. Çünkü bu hükümlerin getiriliş amacı, inşaatı yapan ile arsa sahibi arasındaki sözleşme dışı ilişkiyi tasfiye etmektir. Yoksa sözleşme ilişkisi bulunan hallerde bu ilişkinin tasfiyesinde, anılan hükümler ancak niteliğine uyduğu ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilir. Buna göre mesela yüklenicinin TMK. m.724 gereğince arsanın mülkiyetinin kendisine devrini talep etmesi işin niteliğine uygun düşmeyecektir. Bu görüşte: *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.77. Aksi görüşte: *Öz* (Dönme), s.238, 239. Yazara göre bu durumda haksız inşaatla ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Fakat yazar, malzemelerin iş sahibine ait olması durumunda ise, haksız inşaatla ilişkin hükümlerin değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmektedir. İnşaat sözleşmesinin baştan itibaren geçersiz olması durumunda anılan hükümlerin uygulanabileceği görüşünde: *Polydor–Werner*, s.93 vd.

<sup>1010</sup> Bu görüşte: *Hartmann* (Rückabwicklung), s.136, no:323. Yargıtay kararları gereğince de yüklenici, yaptığı inşaat nedeniyle, iş sahibinin mal varlığında oluşan artış oranında talep edebilecektir. **15. HD. 09.12.2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389:** “... Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir...” (www.kazanci.com.tr).

Bu yönde: **15. HD. 19.12.2005, 7709/6891:** “... İmara aykırı olarak yapılan yapının ekonomik bir değeri bulunmayacağından ve yıkımı gerekeceğinden bedeli talep edilemez ...” (YKD. 2006/11, s.1792). **15. HD. 27.04.2005, E. 2004/5004, K. 2005/2581:** “*Ruhsata bağlanmamış olan ve sonuçta yıkılacak bir yapının ekonomik değeri olamayacağından, kural olarak yüklenici yaptığı binanın bedelini isteyemez.*” (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 11.05.2005, E. 2004/5000, K. 2005/2920** (www.kazanci.com.tr).

kabul eden görüşler<sup>1011</sup> yerinde değildir<sup>1012</sup>. Diğer bir ifadeyle, doktrinde ileri sürülen, iadenin para olarak yapılması ile arsa payı olarak yapılması arasında bedelin miktarı konusunda bir fark olacağı yönündeki görüşler<sup>1013</sup> çalışmamızda benimsenmemiştir. Daha doğru bir ifadeyle, tasfiye sırasında böyle bir eşitsizliğin olmayacağı türden bir yöntemin tercih edilmesi gerekir.

Kanaatimce yarım inşaatın değerinin belirlenmesinde, edimin ifa edildiği tarihteki değer esas alınması, inşaat sözleşmeleri bakımından uygulanması mümkün olmayan bir esastır. Çünkü inşaat sözleşmelerinde inşaat kısım kısım yapılmakta ve bunun belli bir tarihe odaklanması mümkün olamamaktadır. Bu nedenle iade borcunun miktarının belirlenmesinde, sözleşmeden dönme tarihteki rayicin<sup>1014</sup> esas alınması gerekir<sup>1015</sup>.

Kanaatimce iş sahibinin iade borcunun miktarı, yüklenicinin temerrüde düştüğü tarih itibarıyla inşaatın mevcut (yarım) hâline getirilebilmesi için gereken bütün masraflardan (bir diğer yükleniciye ödeyeceği bedelden) oluşur. Kabul ettiğimiz

<sup>1011</sup> Bu görüşte: **Glasi** (Rückabwicklung), s.137. Türk hukukunda da bu yöndeki görüşlerin varlığı gözlemlenmektedir. Buna göre iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağını ileri süren yazarlar, iş sahibinin sadece malzeme ve işçilik için böyle bir borcunun bulunduğunu iddia etmektedirler. Sadece yüklenicinin kullandığı malzeme ile işçiliğin objektif değerinin esas alınması gerektiği görüşünde: **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.4, s.7; **Selimoğlu**, s.690; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.82; **Öz** (İnşaat), s.151; **Öz** (Dönme), s.218 ve s.250. Fakat bu sonuncu yazar ayrıca şunu da belirtmiştir: "... (yarım inşaatın) iş sahibine kazandırdığı değer hesaplanırken, bu ölçüde eksik ve ayıplı bir eserin normal olarak neye mâl olacağı göz önüne alınacaktır" (Dönme, s.251). Kanaatimce bu ifade, çalışmamızda savunduğumuz hesap yöntemine uygun bir anlam taşımaktadır. Fakat yazar kural olarak tasfiye ilişkisine haksız inşaatla ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul ettiğinden, genel olarak malzeme ve işçilik bedeline, uygun bir miktarda ekleme yapılmasıyla, iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesini önermiştir. (Dönme, s.251). Tandoğan da benzer bir biçimde, yüklenicinin kusurunun bulunmadığı durumlarda, BK. m.367/II'ye kıyasen iş sahibinin sebepsiz zenginleşmesini aşan hakkaniyete uygun bir tazminat verilmesini "akla gelebilen bir yöntem" olarak belirtmiştir. **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.6.

Bu konuda Tandoğan ile ilginç bir tartışmaya girmiş olan Sungurbey bile, inşaat seviyesinin çok yüksek olmadığı durumlarda, yüklenicinin kâr payı almasını hakkaniyete aykırı görmektedir. **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.26.

Yargıtay da yüklenicinin geriye etkili fesih hâlinde kâr payı alamayacağını kabul etmektedir. Bu yönde: **15. HD. 26.09.2005, E. 2004/7734, K. 2005/4936** (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 09.12.2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389**: "...Yanlar arasındaki sözleşme, anılan yasa hükmü gereğince geçersiz ise; yüklenici, sebepsiz iktisap kurallarına dayalı olarak, karşı tarafın mal varlığına giren iş bedeline, kârsız olarak sadece maliyet bedeli üzerinden hak kazanır..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1012</sup> Bu yönde: **Hartmann** (Rückabwicklung), s.136, no:323. Bu yazarın da haklı olarak belirttiği gibi, temerrüde düşen borçlunun iadeyle yükümlü olması durumunda, nasıl ki kâr payı indirimi yapılmıyorsa, alacaklının iade borcunda da aynı sonuca varılmalıdır.

<sup>1013</sup> **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.31.

<sup>1014</sup> Uygulamada piyasa değerlerinin belirlenmesinde, Bakanlar Kurulunun 85/9707 sayılı kararıyla yürürlüğe giren "Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi"nin 3.2 maddesi gereğince, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca her yıl yeniden belirlenerek Resmi Gazete'de yayınlanan "Mimarlık ve Mühendislik Hizmet Bedellerinin Hesabında Kullanılacak Yapı Yaklaşık Birim Maliyetleri Hakkında Tebliğ" kullanılmaktadır. Bu tebliğde yapının değeri, "yapının mimarlık hizmetlerine esas olan sınıfı dikkate alınarak inşaat genel giderleri ile yüklenici kârı dâhil" olarak belirlenmektedir.

<sup>1015</sup> Karş. **Öz** (Dönme), s.251, dn.112. Geri vermenin talep edildiği tarihteki değer dikkate alınması gerektiği görüşünde: **Ertaş** (Fesih), s.394. Bu yönde: **YHGK. 07.02.2001, E. 2000/13-1729, K. 2001/32**: "... iadenin gerçekleştiği andaki değil iadenin talep edildiği andaki zenginleşme miktarı bu borcun kapsamını belirlemelidir..." (www.kazanci.com.tr).



yöntemde yüklenici, yaptığı işin karşılığını<sup>1016</sup>, kâr oranı da dâhil olmak üzere alacaktır. Dönmenin amacı, sözleşme gereğince taraflar arasında ortaya çıkan malvarlığı kaymalarını gidermektir. Bu yapılırken, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşüp düşmemesinin hiçbir önemi yoktur. Yüklenicinin kusuru, iade edilecek edimlerin belirlenmesinde değil, tazminat borcunun doğup doğmamasında belirlenir. Bu nedenlerle, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin iade borcunun miktarının yüklenicinin kusuruna bağlı olarak farklı biçimde belirlenmesini kabul eden görüşlerin<sup>1017</sup> benimsenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

### c. Bedel Götürü Olarak Belirlenmişse

Yukarıda da belirtildiği gibi, sözleşmeden dönme durumunda iş sahibinin, arsası üzerinde yapılan inşaatın objektif değerini, para olarak yükleniciye ödemesi gerekir. Bu objektif değer belirlenmesinde, sözleşmeyle kabul edilmiş olan götürü bedelin dikkate alınıp alınmayacağı özel olarak incelenmesi gerekir.

Sözleşmeden dönme üzerine ortaya çıkan iade borçlarının belirlenmesinde, sözleşme ilişkisi sona ereceğinden, artık sözleşmeyle kabul edilen bedelin hiçbir biçimde uygulanamayacağı düşünülebilir<sup>1018</sup>. Fakat kanaatimce nasıl ki, dönülen sözleşmedeki yetkili mahkeme, delil sözleşmesi gibi bazı kayıtların, dönmeden sonra bile uygulama alanı bulacağı kabul ediliyorsa, inşaat sözleşmesinde götürü olarak belirlenmiş olan bedelin de yarım inşaatın değerinin belirlenmesinde dikkate alınması zorunludur<sup>1019</sup>. **Hartmann**'ın da haklı olarak belirttiği gibi, tarafların karşı edim olarak belirlediği miktarın, iade edilecek edimin objektif değerine uygun olduğu kabul edilmelidir<sup>1020</sup>. Diğer bir ifadeyle iade borcunun miktarı, iade edilecek olan edimin objektif değeri olduğundan, tarafların bu edim için sözleşmeyle kabul ettikleri bedelin, işbu edimin objektif değerine eşit olduğu, karine olarak kabul edilmektedir<sup>1021</sup>.

<sup>1016</sup> Burada geçen karşılık ifadesi bedel anlamında kullanılmamıştır. Dönme geçmişe etkili sonuçlar doğurduğu için, yükleniciye verilecek olan para, yapılmış olan inşaatın objektif piyasa değeridir.

<sup>1017</sup> **Öz** (Dönme), s.213 vd. ve özellikle s.220; **Gürpınar**, s.107.

<sup>1018</sup> **Öz**, verdiği bir örnekte, sözleşmedeki bedelin dikkate alınmayacağını ima etmiştir. **Öz** (Dönme), s.251, dn.112.

<sup>1019</sup> Bu yönde: **Hartmann** (Rückabwicklung), s.138, no:327. Karş. **Trümpy-Jäger**, s.142 vd; **Dürr**, s.45; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:23.

**Hartmann** (Rückabwicklung, s.137, no:325 vd) tarafından aktarılan bir Kaliforniya (Amerika) Yüksek Mahkemesi kararına göre, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin inşaatı yarım bırakması durumunda, iş sahibince yükleniciye ödenmesi gereken bedelin belirlenmesinde, sözleşmeyle kararlaştırılmış bulunan götürü bedel dikkate alınmaksızın doğrudan piyasa koşulları dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bu karara göre, nasıl ki sözleşmeyle herhangi bir bedel kararlaştırılmadığında yükleniciye iade edilecek edimin değeri, piyasa koşullarına göre belirlenecekse, sözleşmeyle götürü bir bedel kararlaştırılması bu konuda bir etkide bulunamaz. Sonuç olarak mahkeme, inşaatı yarım bırakarak temerrüde düşen yüklenicinin, sözleşmeyle kararlaştırılan bedelin üzerinde bir bedel alabileceğine karar vermiştir. Yazarın aktardığına göre, Amerikan Hukukundaki genel eğilim de bu yöndedir. Bak. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.137, dn.208 de belirtilen yazarlar.

<sup>1020</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.110, no:256 ve 136, no:322 vd; **Glasi** (Rückabwicklung), s.137.

<sup>1021</sup> Aksinin kabulü, meselâ sözleşmedeki kâr oranının çok düşük tutulmasında olduğu gibi bazı durumlarda, yüklenicinin sözleşmeyle kararlaştırılan bedelin üzerinde bir bedel almasına neden olabilir.

Bu nedenle kanaatimce inşaatın yapılmış olan kısmının değerinin belirlenmesinde, yapılan işin, mevcut hâliyle toplam iş içindeki yüzdelik oranı bulunmalıdır<sup>1022</sup>. Buna göre, yapılan yarım işin mevcut hâliyle toplam işin yüzde kaçını oluşturduğu belirlenmeli ve bu oran, sözleşmedeki götürü bedele uygulanarak yüklenicinin toplam alacağı belirlenmelidir.

Yargıtay uygulaması da bu yöndedir<sup>1023</sup>. Bu karara göre, meselâ yüklenici 100.000 – TL bedelli bir işin %60'ını yapmış ve iş sahibi sözleşmeden dönmeşe, yüklenici 60.000 – TL talepte bulunabilecektir. Fakat bu yöntemde, dönme tarihine kadar geçen süredeki fiyat artışlarını taşıma riski iş sahibine yüklenmektedir. Meselâ bu olayda sözleşmenin kurulduğu tarih ile dönme arasında 2 yıl gibi bir sürenin bulunduğu ve bu dönemde yaşanan fiyat artışları nedeniyle, inşaatın geri kalanının 50.000 – TL'ye tamamlanabileceği ortaya çıkarsa, iş sahibi 10.000 – TL'ye katlanmak zorunda kalacaktır. Fakat hemen belirtelim ki bu tutar, iş sahibinin menfi zararı kapsamında yükleniciden talep edebilecektir.

Kanaatimce bedelin götürü olarak para biçiminde belirlendiği inşaat sözleşmelerinde bu hesap tarzı dışındaki bütün yöntemler iş sahibinin aleyhine sonuçlar doğurur. Özellikle uygulamada kabul edilen ve asıl bedelle hiçbir ilişki kurulmaksızın iade borcunun miktarının doğrudan mimarlık ve mühendislik hizmet bedellerinin hesabında kullanılan yapı yaklaşık birim maliyetlerine göre belirlenmesi her zaman doğru sonuçlar doğurmaz. Zira bu yöntemde, sözleşmeyle kabul edilen bedel hiç dikkate alınmaksızın, doğrudan dönme tarihindeki ortalama maliyet değerleri dikkate alınmaktadır. Ayrıca bu durumda, inşaatlar genel olarak gruplanarak maliyetleri tespit edilmektedir. Fakat somut olay dikkate alınmaksızın genel kabul edilen maliyet tutarları her zaman adil değildir. Meselâ, bu yöntemde kaloriferli yapılar ile hem

---

Bu da temerrüde düşen yüklenicinin, bu borca aykırı davranışından yararlanması anlamına gelir. Ayrıca iş sahibi, inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması koşuluyla sözleşmedeki bedelin tamamını ifa edeceğine güvenmekte, bu koşulla sözleşmeyi kurmaktadır. Aksi görüşün kabulüyle sözleşmesel temelin bu biçimde ortadan kaldırılması hakkaniyete aykırıdır. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.138, no:328. Bu nedenle kanaatimce, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde yapılan inşaat kısmının değerinin belirlenmesinde, sözleşmedeki bedel de dikkate alınmalıdır.

**Hartmann** (Rückabwicklung), s.110, no:254, 255. Nitekim yazara göre, meselâ karşı tarafın kişiliğinde düşülen hata nedeniyle borç ilişkisinin sona erdirilmesi (iptal edilmesi) durumunda bile, hatanın bedeli etkilememiş olması nedeniyle, iade edilecek olan değer belirlenmesinde sözleşmesel bedelin dikkate alınması zorunludur.

<sup>1022</sup> Bu görüşte: **Hartmann** (Rückabwicklung), s.125, no:294; **Koller** (OR AT), s.414, no:13; **Honegger**, s.68; **Polydor-Werner**, s.93. İş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda, inşaatın yapılan kısmının iş sahibinin herhangi bir biçimde değerlendirebileceği bir nitelik taşıması durumunda, sözleşmeden dönmenin değil, feshin ortaya çıkacağını ileri süren görüşle bu noktada bir kesişme söz konusudur.

<sup>1023</sup> **15. HD. 29.04.2002, 1517/2174**: "... işin bedeli götürü olarak kararlaştırılmıştır. Bu durumda kabul edilebilir tutardaki işin fiziki oranı belirlenerek götürü bedele oranlanmak suretiyle davalının gerçek hakedişinin hesabı gerekir. ... O halde mahkemece yapılacak iş, bilirkişiden ek rapor alınmak suretiyle davalının yaptığı işlerin, davacının işine yarayıp yaramadığının tespiti ile işe yarar kısım var ise bunun az yukarıda açıklandığı üzere tüm işe göre fiziki oranının saptanması ve böylece davalı hakedişi belirlendikten sonra hükme varmaktan ibarettir..." (www.kazanci.com.tr).

kaloriferli hem de asansörlü yapıların maliyet değerleri aynıdır. Fakat bunun kabulü mümkün değildir.

Dikkat edilecek olursa burada BK. m.360 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasından söz edilmemektedir<sup>1024</sup>. Burada tek yapılan, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde sözleşmeden dönme durumunda iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesidir. Yoksa ne dönme hakkı sınırlanmakta, ne de dönme feshe tahvil edilmektedir.

Fakat sözleşmeyle belirlenen bedelin, piyasa değerlerinin üzerinde olması, diğer bir ifadeyle sözleşmenin aslında iş sahibinin aleyhine olması durumunda, doktrinde, böyle bir yöntemin uygulanmaması gerektiği, bunun yerine inşaatın bedeli hiç belirlenmemiş gibi, tamamen objektif piyasa değerlerinin dikkate alınması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>1025</sup>. Meselâ objektif değeri 10.000 – TL olan bir iş için, 15.000 – TL bir bedel kararlaştırılmış ve yüklenicinin işin yarısını yapıp temerrüde düşmesi nedeniyle iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, yüklenicinin 7.500 – TL değil, 5.000 – TL talep edebilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.

#### **d. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin bedel borcu, sözleşmenin başında belirlenmiş olduğundan, bu tip sözleşmelerin götürü bedelli sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, yukarıda götürü bedelli inşaat sözleşmeleri için kabul edilen esasların, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da geçerli olması gerekir.

Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibince iade edilecek olan miktarın belirlenmesinde, inşaatın tamamlanma oranının yanında, iş sahibince yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin değerlerinin de dikkate alınması gerekir. Çünkü bu bedeller, götürü bedeli gösterir.

Kanaatimce bu tip sözleşmelerde iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesinde, öncelikle, sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla, yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerin (veya arsa paylarının) mevcut (yarım) hâlleriyle taşıdığı piyasa değerinin belirlenmesi gerekir. Dikkat edilirse yükleniciye kalacak olan arsa payları veya bağımsız bölümlerin dönme tarihi itibarıyla mevcut durumlarına göre taşıdıkları değer belirlenmesi gerekir. Çünkü iş sahibinin toplam bedel borcu budur. Meselâ toplam 20 bağımsız bölümün bulunacağı bir binada, 8 adet bağımsız bölümün yükleniciye kalacağı kararlaştırılmışsa, sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla, yükleniciye kalacak olan bu 8 bağımsız bölümün mevcut eksik veya ayıplarıyla arsadan gelen

<sup>1024</sup> Karş. Öz (Dönme), s.212.

<sup>1025</sup> Hartmann (Rückabwicklung), s.126, no:297. Yazar kitabının başka bir yerinde ise (s.139, no:331), iş sahibinin bu farkı ancak menfi zarar kapsamında talep edebileceğini ileri sürmüştür.

değeriyle birlikte gösterdiği objektif piyasa değerinin tespiti gerekir. Çünkü bu tutar, iş sahibinin bedel borcunun miktarını oluşturur.

Bu değer belirlenmesinden sonra, yapılması gereken ikinci iş, iş sahibine kalacak olan ve ortak alanların tamamlanma oranının belirlenerek, bu oranın toplam bedele uygulanmasıdır. Yapılacak bu hesap sonucunda, iş sahibinin iade borcunun miktarı belirlenecektir<sup>1026</sup>.

Bu hesaba göre, sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla (mevcut durumlarına göre) yükleniciye kalacak olan tüm bağımsız bölümlerin piyasa değeri meselâ 1.000.000 – TL ve inşaatın tamamlanma oranı ise %70 ise, iş sahibinin iade borcunun 700.000 – TL olduğu sonucuna varılacaktır.

Bu yöntem de de iş sahibinin gecikeden doğan enflasyonist etkilere maruz kalacağı iddia edilebilir. Fakat aşağıda görüleceği gibi, bu durumda iş sahibinin menfi zararının tazminini talep hakkı bulunmaktadır.

## 2. Yüklenicinin İade Borcu

### a. Bedelin Para Olarak İfa Edileceği İnşaat Sözleşmelerinde

Bedelin para olarak kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, iş sahibi, ödediği paranın tamamını, ifa tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte talep edebilir<sup>1027</sup> (BK. m.192/I, b.1, m.205/II'e kıyasen).

### b. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin sözleşmeden dönmesi üzerine, iş sahibinin yükleniciye daha önce devrettiği arsa paylarının kendi adına tescilini talep hakkı doğar. Fakat bu borcun hukukî niteliği, dönmenin etkisi hakkında kabul edilen görüşe bağlı olarak değişecektir.

Dönmenin borçtan kurtarıcı ve iade borcu doğurucu etkisi, dönme konusunda ortaya atılan bütün görüşlerde genel olarak kabul edilmektedir. Fakat geri verme borcunun hukukî niteliği konusunda doktrinde tartışmalar vardır<sup>1028</sup>. Bu konu esas olarak, dönmenin daha önce ifa edilmiş edimlerin geçerliliğine etki edip etmemesi noktasında toplanmaktadır. Buna göre dönmenin borç ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırarak, ifayı sebepsiz hâle getirip getirmediği tartışmalıdır. Bu nedenle dönmenin hukukî niteliği konusundaki temel ayrım, bu noktadan doğmaktadır.

<sup>1026</sup> Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de, iş sahibinin iade borcu kural olarak her zaman belli bir miktar para olacaktır. Fakat hakkaniyetin gerektirdiği bazı durumlarda, yüklenicinin arsa payını da talep edebileceği kabul edilmelidir. Bu konuda § 11, II, B, 1, d.

<sup>1027</sup> *Koller* (OR AT), s.359, no:147.

<sup>1028</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. *Weber* (BernKomm Art. 97 – 109), s.571, no:39 vd; *Gauch* (Werkvertrag), s.195, no:684; *Wiegand* (recht, 1984/1), s.13 vd; *Piotet*, s.919 vd; *Buz* (Dönme), s.117 vd; *Serozan* (Dönme), s.63 vd; *Oğuzman/Öz*, s.412; *Koç*, s.270.

## aa. Dönmenin Etkisi Konusunda Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

### aaa. Dönmenin, Borç İlişisini Geriye Etkili Olarak Ortadan Kaldırdığı Yönündeki Görüşler (Klasik Dönme Görüşü)

**Sebepsiz Zenginleşme Görüşü:** Dönme konusunda ileri sürülen bu görüş gereğince<sup>1029</sup>, sözleşmeden dönme bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğindedir ve kullanılması ile borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar (sona erer). Diğer bir ifadeyle baştan itibaren hükümsüz kalan sözleşme gereğince yapılan ifa, artık sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre talep edilebilir<sup>1030</sup>.

Temelde bu görüşle aynı esaslara dayanmakla birlikte, alacaklının sebepsiz zenginleşmenin kısa zamanaşımı süresinden kurtarılması için, yasal borç ilişkisi görüşü ortaya atılmıştır<sup>1031</sup>. Bu görüşe göre ise, iade borçları doğrudan kanundan doğan borçlardır ve bu nedenle özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediği için, iade borçları 10 yıllık genel zamanaşımı süresine bağlıdır.

**Aynî Etkili Dönme Görüşü:** Bir önceki görüşle temel olarak aynı esasları benimseyen bu görüş gereğince de sözleşme ilişkisi bozucu yenilik doğuran dönme hakkının kullanılmasıyla geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Fakat sebepsiz zenginleşme görüşünden farklı olarak, bu sözleşme ilişkisi nedeniyle yapılan tasarruf işlemleri de bundan etkilenir<sup>1032</sup>. Bunun sonucu olarak da geçerliliği temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemi gerektirmeyen tasarruf işlemleri, dönme üzerine sebepsiz zenginleşme niteliği kazanırken, geçerliliği, temelde geçerli bir borçlandırıcı işlemin varlığına bağlı olan sebebe bağlı tasarruf işlemleri<sup>1033</sup> ise, dönme ile birlikte geçersiz hâle gelir. Bunun sonucu olarak da, tasarruf işlemi hükümsüz olur. Meselâ Medenî Kanununun 1015. maddesine göre sebebe bağlı bir tasarruf işlemi olan tescil, hukukî sebebin sonradan ortadan kalkmasıyla yolsuz bir tescil hâline gelir ve herhangi bir süreye bağlı olmayan bir davayla (tapu sicilinin düzeltilmesi) bu yolsuz tescilin düzeltilmesi talep edilebilir<sup>1034</sup>.

<sup>1029</sup> Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Kolly**, s.82; **Weber** (Vertragsaufhebung), s.636; **Serozan** (Dönme), s.63; **Öz** (Dönme), s.34 ve 227 vd; **Buz** (Dönme), s.118.

<sup>1030</sup> Bu görüşte: **von Büren**, (OR AT), s.380; **von Tuhr/Peter**, s.492; **von Tuhr/Escher**, s.156; **Koller** (OR AT), s.357, no:139; **Feyzioğlu** (Genel Hükümler), s.751; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.952; **Dirican**, s.61; **Kılıçoğlu** (Genel Hükümler), s.375; **Önen**, s.97; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.175; **Ertaş** (Fesih), s.393.

İsviçre Federal Mahkemesi daha sonra değiştirmekle birlikte BGE 60 II 27 sayılı kararından itibaren bu görüşe katıldığını belirtmiştir. Fakat zamanaşımı bakımından genel süreyi (10 yıl) uygulamıştır. Bak. **Gauch** (Wirkung des Rücktritts), s.122.

<sup>1031</sup> Karş. **Öz** (Dönme), s.35; **Buz** (Dönme), s.120.

<sup>1032</sup> Bu görüşte: **Keller/Schöbi**, s.278; **Ehrat**, s.156; **Knellwolf**, s.409 vd; **Öz** (Dönme), s.39 ve özellikle s.240 vd; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.141; **Öz** (İnşaat), s.150; **Oğuzman/Öz**, s.415; **Buz** (Dönme), s.121.

<sup>1033</sup> Tasarruf işlemlerinin sebebe bağlılığı konusunda bak. ve karş. **Honsell** (Zession), s.353 vd; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.138; **Serozan** (Tasarruf Sözleşmesi), s.400.

<sup>1034</sup> Bu konuda bak. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.44, no:102.

### **bbb. Dönmenin, Borç İlişisini Geriye Etkili Olarak Ortadan Kaldırmayıp, Tasfiye Sürecine Soktuğu Yönündeki Yeni Görüşler (Yeni Dönme Görüşü)**

Alman hukukunda oybirliğiyle kabul edilen<sup>1035</sup>, İsviçre<sup>1036</sup> ve Türk hukuklarında<sup>1037</sup> hâkim olan ve İsviçre Federal Mahkemesince<sup>1038</sup> 1988 yılından itibaren istikrarlı biçimde kabul edilen bu görüş gereğince sözleşmeden dönme borç ilişkisini ortadan kaldırmayıp, bir tasfiye ilişkisine sokar<sup>1039</sup>. Diğer bir ifadeyle dönmeye kadarki borç ilişkisi, içerik değiştirerek tasfiye amacıyla varlığını sürdürür. Bunun sonucu olarak da iade borçları, sözleşmeden doğan bir nitelik taşır. Bu görüşte dönme, ifa edilmemiş edimler için bozucu yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliğinde olmasına rağmen, ifa edilmiş edimler için sadece değiştirici yenilik doğuran bir hakkın kullanılması niteliği taşır<sup>1040</sup>.

Bu görüş gereğince geçerli olarak kurulmuş bulunan bir sözleşme nedeniyle, bu sözleşmenin hukuken bağlayıcı olduğu sırada ifa edilen edimler, daha sonra taraflardan birinin temerrüde düşmesi nedeniyle sözleşmeden dönme halinde, sebepsiz

<sup>1035</sup> *Frank* (Hafung), s.84.

Alman Medenî Kanununun sözleşmeden dönmenin sonuçlarını düzenleyen 346. maddesinde 2002 yılında yapılan değişikliğin gerekçesinde, dönmenin, borç ilişkisini sözleşmesel temelli bir tasfiye ilişkisine soktuğunun kabul edildiği açıkça belirtilmiştir. Bu konuda bak. *Wiegand* (Rückabwicklung), s.711.

<sup>1036</sup> Bu görüşte: *Gauch* (Dauerverträgen), s.208; *Gauch* (Werkvertrag), s.195, no:684; *Gauch* (Wirkung des Rücktritts), s.122; *Gauch/Aeppli/Stöckli*, s.257 ve özellikle 330; *Gauch/Schluemp/Schmid/Rey*, s.180, no:3119; *Bucher* (OR, AT.), 377; *Bucher* (OR BT) s.98; *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, s.259, no:33; *Bühler* (Werkvertrag), s.158, no:45; *Schenker* (Schuldnerverzug), s.260, no:700; *Huguenin* (OR AT), s.111, no:669; *Tschütscher* (Verjährung), s.31, dn:28, s.52, no:110; *Bögli*, s.51, no:100; *Lüchinger*, s.85, no:250; *Weber* (Vertragsaufhebung), s.636; *Weber* (BernKomm Art. 68 – 96), s.399, no:77 ve s.666, no:16; *Weber* (BernKomm Art. 97 – 109), s.572, no:48; *Wiegand/BaslerKomm*, s.602, no:4; *Wiegand* (recht, 1984/1), s.13 vd; *Trümpy-Jäger*, s.143; *Koller Stefan*, s.50; *Schwander* (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.77; *Lenzlinger-Gadient*, s.118; *Bähler*, s.120; *Suter*, s.77; *Honsell/BaslerKomm*, s.1141, no:3; *Ginter*, s.56; *Stotz*, s.27; *Glättli* (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.89; *Glasl* (Rückabwicklung), s.96; *Glasl* (Wirkung des Rücktritts), s.269; *Hartmann* (Rückabwicklung), s.85, no:202; *Piotet*, s.922.

*Koller* açıkça bu görüşte olduğunu belirtmesine rağmen (BernKomm, Art. 363 – 366, s.305, no:400), 2006 yılındaki bir eserinde, açıkça sebepsiz zenginleşme teorisinin uygulanması gerektiğini kabul ederek, görüşünden dönmüştür. *Koller* (OR AT), s.357, no:139.

<sup>1037</sup> Bu yönde: *Serozan* (Dönme), s.78 vd; *Serozan* (Sözleşme İlişisinin Çözülmesi), s.198; *Seliçi* (Sürekli Borç İlişkileri), s.210; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.77; *Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı*, s.146; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s.968; *Eren* (Genel Hükümler), s.1078; *Havutçu*, s.66; *Yavuz* (Genel Hükümler), s.133; *Yavuz* (Dönme)131; *Şenocak*, s.48; *Üçer*, s.223. Karş. *Reisoğlu*, s.337.

<sup>1038</sup> Federal Mahkeme bu görüşü ilk kez BGE 114 II 152 kararında açıkça belirtmiştir. Bu meşhur kararın kısa bir özeti için bak. *Ehrat*, s.128; *Wiegand* (Rückabwicklung), s.711; *Buz* (Dönme), s.128. Bu yönde: BGE 123 III 22, BGE 126 III 122.

<sup>1039</sup> Bu görüş için bak. *Serozan* (Dönme), s.72 vd.

<sup>1040</sup> Açıkça yeni dönme görüşünü savunan *Schenker* bir eserinde, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme durumunda borç ilişkisinin ortadan kalkacağını ifade etmek suretiyle, kabul ettiği görüşe aykırı bir sonuca varmıştır. *Schenker* (relativen Minderungsmethode), s.90.

yere ifa edilmiş sayılamazlar<sup>1041</sup>. Çünkü bunların ifa edilmeleri sırasında, geçerli birer sebep bulunmaktadır<sup>1042</sup>.

Dönme üzerine, ifa edilmiş edimleri iadesi, geçerliliği sebebe bağlı olan tasarruf işlemlerinde bile sadece şahsi bir talep hakkı doğurur.

Bu görüşte iade borçları sözleşmesel borçlar olarak kabul edildiğinden, iade borcunun zamanında ifa edilmemesi durumunda, iade alacaklısı, ifa için uygun bir ek süre tayin ederek ifayı talep edebilir. Bu süre içinde de ifa gerçekleşmezse, iade alacaklısı Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümleri gereğince, dönmeden sonra bile aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararının tazminini talep edebilir veya dönmeden dönmeyi (dönmenin geçersiz kılınmasını) tercih edebilir<sup>1043</sup>. Böylece yeniden müspet zarar tazmini sonucunun doğduğu kabul edilmektedir.<sup>1044</sup>

### bb. Yargıtay'ın Görüşü

Yargıtay birçok kararında, sebepsiz zenginleşme görüşünü kabul ettiğini açıkça belirtmektedir<sup>1045</sup>. Fakat Yargıtay'ın dönme öncesinde verilen edimlerin iadesi konusundaki temel yaklaşımının, aynî etkili dönme görüşüne uygun olduğunun söylenmesi yanlış olmayacaktır<sup>1046</sup>. Her ne kadar bazı kararlarda, yasal borç ilişkisi, sebepsiz zenginleşme veya sözleşme ilişkisi görüşlerini<sup>1047</sup> kabul ettiği açıkça belirtilse de, özellikle dönme öncesinde devredilen arsa paylarının iş sahibi adına tesciline yönelik davalarda, üçüncü kişilerin iktisaplarını kötüniyetli oldukları gerekçesiyle

<sup>1041</sup> **Wiegand** (Rückabwicklung), s.712; **Wiegand** (recht, 1984/I), s.13; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.12, no:19; **Glasl** (Wirkung des Rücktritts), s.272.

<sup>1042</sup> Doktrinde iade borçlarının mümkün olduğu ölçüde aynı hukuki temele dayandırılması yönünde bir eğilim görülmektedir. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.17, no:28 vd. Buna göre doktrinde sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu hallerde bile, iade borçlarının sözleşmesel nitelik taşıması gerektiği ileri sürülmektedir. Bak. ve karşı. **Wiegand** (Rückabwicklung), s.711 vd; **Gauch** (Rücktritt), s.127.

Bu görüşteki yazarların bazılarınca, sonraki imkânsızlıkta iade taleplerinin sözleşmesel temele dayandığı kabul edilmektedir. **Gauch** (Wirkung des Rücktritts), s.127.

<sup>1043</sup> **Glasl**, s.194; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.314, no:778; **Koller Stefan**, s.79 ve özellikle s.82 vd; **Serozan** (Dönme), s.540 vd. **Oğuzman/Öz** (s.417) bu sonucu mantıksız olarak nitelendirmektedir. Çünkü yazara göre bu döngü teorik olarak sonsuza kadar tekrarlanabilir. **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.166.

<sup>1044</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.315, no:781.

<sup>1045</sup> Bu yönde: **15. HD. 09.12.2004, 2003/7040 E, 2004/6389 K. sayılı kararından**: “Sözleşmenin geriye etkili feshi halinde; artık sözleşmeden hiçbir hak ve yükümlülük doğmaz ve doğmuş olanlarda sona erer. Yalnız sözleşmeyi bozan taraf değil, sözleşmenin taraflarından her biri yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınabilir ve yerine getirmiş olduğu edimleri de Borçlar Kanununun 63 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca sebepsiz mal edinme kurallarına göre geri isteyebilir.” (www.kazanci.com.tr). **YHGK. 24.11.1999, 13-967 / 990 sayılı kararından**: “... Dönme işlemi ise ayrıca zarar giderimi talep etme imkanı vermez, ancak akdin hükümsüzlüğünden kaynaklanan menfi zararın tazmini imkanı verir. Bu çerçevede ise ancak verilenler haksız iktisap kurallarına göre geri istenebilir...” (www.kazanci.com.tr).

<sup>1046</sup> **Buz** (Dönme), s.129.

<sup>1047</sup> Bu yöndeki Yargıtay kararları için bak. **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.77, dn.100.

korumayan bir anlayışın<sup>1048</sup>, kesin olarak aynî etkili dönme görüşüne taraftar olduğu sonucuna varılabilir.

### cc. Görüşümüz

Kanaatimce bu konuda klasik görüş olarak kabul edilen ve Yargıtay'ın da benimsediği artık azınlıkta olduğu rahatlıkla söylenebilecek olan aynî etkili dönme görüşünün benimsenmesi yerinde olacaktır. Bunun gerekçeleri birçok eserde ayrıntılı olarak değerlendirilmiştir<sup>1049</sup>. Fakat kanaatimce bu konudaki en önemli gerekçe, diğer görüşlerin, dönmeyle ortaya çıkan tasfiye sorununa hakkaniyete uygun olarak çözüm getirememeleridir<sup>1050</sup>. Bu görüşün bütün gerekçeleriyle ayrıntılı olarak ortaya konulması çalışmamızın sınırları dışına taşacağından, burada sadece birkaç neden üzerinde durulması yeterli görülmüştür.

İlk olarak aynı etkili dönme görüşünün ve genel olarak klasik görüşün, dönme üzerine sözleşmeyi baştan itibaren geçersiz sayan anlayışının bir varsayım olduğu iddiası yerinde değildir. Bunun aksine, yasal borç ilişkisi başlı başına bir varsayıma dayanmaktadır. Çünkü bu görüşte dönme üzerine, tarafların aldıklarını iade etmeleri konusunda anlaşmaya vardıkları (dönülen sözleşmenin buna ilişkin bir iradeyi içerdiği) yönünde bir esas kabul edilmektedir. Fakat **Buz**'un da haklı olarak belirttiği gibi, ne alacaklının ne de borçlunun böyle bir iradesi bulunmaktadır<sup>1051</sup>. Dönmeyle birlikte, bu hakkı kullanan taraf, artık diğer tarafla hiçbir sözleşmesel ilişki içinde bulunmak istemediğini ortaya koymaktadır. Bu nedenle iade taleplerinin hâla sözleşmesel bir nitelik taşıdığı kabul edilmesi yerinde olmayacaktır.

İkinci olarak yeni dönme görüşünde, dönme öncesinde devredilen arsa paylarının iadesinin bir şahsi hak niteliği taşıdığı kabul edildiğinden, dönmeden sonra kötüniyetli olarak (dönmeden haberdar olarak) mülkiyet iktisap eden kişinin kazanımının bile korunması gerekecektir. Çünkü bunların kazanımı, gerçek malikten yapılmıştır. Bunun ise hakkaniyete aykırı olduğu açıktır<sup>1052</sup>.

<sup>1048</sup> Yargıtaya göre, sözleşmeden dönme durumunda iş sahibi, daha önce yükleniciye devrettiği arsa paylarını dönmeden önce yükleniciden satın alıp üzerine tescil ettiren kişilere karşı cebri tescil davası açarak geri alabilir. Yargıtay bu durumda söz konusu kişilerin MK. m.1023 hükmünden yararlanamayacağını açıkça kabul etmektedir. Bu nedenle Yargıtay'ın (taşınmazlar için) dönme üzerine ortaya çıkan iade talebinin kişisel bir borç olmadığını, bunun aynı bir talep olduğunu kabul ettiği rahatlıkla söylenebilir. Bu konuda bak. aşa. § 12, III.

<sup>1049</sup> Bak. **Buz** (Dönme), s.133 vd; **Oğuzman/Öz**, s.416; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.141; **Knellwolf**, s.395 vd.

<sup>1050</sup> **Öz** (Dönme), s.39; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.158. Zira yeni dönme görüşü daha çok verme borçları için uygun bir zemin olarak tasarlanmıştır. Fakat verme borcu dışındaki borçlarda iadenin nasıl yapılacağı cevaplanması zor bir sorun olarak kalmaktadır.

<sup>1051</sup> **Buz** (Dönme), s.134. Bu yönde: **Keller/Schöbi**, s.210. Nitekim önceleri sözleşme görüşünün taraftarı olan Koller de son eserinde tarafların iradeleri uyuşmadıkça iade taleplerinin sözleşmesel esasa dayandırılmayacağını kabul etmiştir. **Koller** (OR AT), s.357, no:139.

<sup>1052</sup> **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.158. Yeni dönme görüşünün bazı savunucuları, bu sorunu BK. m.41/II'de düzenlenen ahlaka aykırı fiille kasten zarar verme durumuna dâhil ederek



Yasal borç ilişkisi görüşünde, dönmeden önce yükleniciye devredilen taşınmazın, iş sahibine yeniden intikali, bir borcun ifası niteliğinde olduğu için, devir sırasında harç ödenmesi gerekmektedir. Fakat aynı etkili dönme görüşünde ise, mülkiyet zaten iş sahibinde kaldığından, sadece bir yolsuz tescil söz konusu olduğundan, tarafların anlaşmasıyla (TMK. m.1027) veya açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla (TMK. m.1025) bu hukuka aykırılık giderilebilecektir.

Aynı etkili dönme görüşü, işlem güvenliği ilkesini en iyi koruyan sonuçlar doğurmaktadır. Zira dönmeden önce yapılan tasarruf işlemlerinde, üçüncü kişi kural olarak daima iyiniyetli olacaktır. Bu nedenle bu kişilerin iktisabı TMK. m.1023 gereğince korunacaktır<sup>1053</sup>. Hemen ekleyelim ki, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından aynı etkili dönme görüşünü kabul eden Yargıtay, aşağıda da belirtildiği gibi<sup>1054</sup>, dönme öncesinde yükleniciden aynı hak kazanan üçüncü kişilerin hiçbir zaman iyiniyet olamayacağını kabul etmekte ve bu sonucu açıkça dışlamaktadır.

Aynı etkili dönme görüşünün reddedilerek, yeni dönme görüşünün ileri sürülmesinin en önemli gerekçelerinden biri, temelde sebepsiz zenginleşme ilkelerine göre yapılacak olan tasfiye işleminde, BK. m.66'daki 1 yıllık kısa zamanaşımı süresinin uygulanmasının ve BK. m.63/l'deki zenginleşmenin düşmesi savunmasının ileri sürülmesinin dönmenin niteliğine uygun olmadığıdır. Temelde aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi ve geçerliliği sebebe bağlı olmayan tasarruf işlemlerinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanabilecek olması, anılan kaygıların doğmasına neden olmaktadır. Fakat hemen belirtelim ki, doktrinde haklı olarak ileri sürüldüğü gibi, Borçlar Kanununun genel hükümlerinde, dönme üzerine ortaya çıkan iade borçlarının hukukî niteliğine ilişkin hiçbir hüküm yoktur. Bu nedenle **Ehraf**'ın da haklı olarak belirttiği gibi iade borcuna, kanundaki hükümler doğrudan değil, ancak kıyas yoluyla dönmenin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Bunun sonucu da, zenginleşmenin ortadan kalktığı savunmasının uygulanmasının işin niteliğiyle bağdaşmadığıdır<sup>1055</sup>. Ayrıca iade borcuna hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı konusunda da açık bir hüküm bulunmadığı için, BK. m.125 gereğince iade borcunun 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğu kabul edilmelidir<sup>1056</sup>. Fakat doktrinde de haklı

---

çözümlemeye çalışmışlardır. Bak. **Serozan** (Dönme), s.101. Bu çabanın yerinde olmadığı konusunda bak. **Buz** (Dönme), s.143; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.159.

<sup>1053</sup> **Öz** (Dönme), s.240 vd; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.150; **Erman** (İnşaat), s.165. Karş. **Üstündağ**, s.59.

<sup>1054</sup> Bak. § 12, III.

<sup>1055</sup> **Ehraf**, s.187 vd; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.151, no:360; **Koller** (OR AT), s.358, no:142. Aynı sonuç, aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi durumunda, iyiniyetli iade borçlusunun, kusuru olmaksızın iade borcunun yok olması durumu için de geçerlidir. Her iki durumda da, iadenin değer üzerinden yapılacağı kabul edilmelidir. Nitekim sözleşmenin kurulması aşamasındaki hukuka aykırılıklar nedeniyle sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olduğu hallerde de, verilen taşınmazın iadesinde, anılan hükmün uygulanmasının mümkün olmadığı, bunun işin niteliğine uygun olmadığı kabul edilmektedir. **Hartmann** (Rückabwicklung), s.147, no:352.

<sup>1056</sup> **Ehraf**, s.188; **Koller** (OR AT), s.357, no:140.

olarak kabul edildiği gibi, BK. m.126'daki 5 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hâllerde, iade borçları da 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır<sup>1057</sup>. Zamanaşımı süresi, sözleşmeden dönmeye birlikte başlar.

Yeni dönme görüşünde iade borcu sözleşmesel bir borç olduğu için, bunun ifasının dönmeden sonra borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşması durumunda ise BK. m.117 gereğince borç sona erecektir<sup>1058</sup>. Bu özellikle iş sahibinin arsası üzerinde bulunan yarım inşaatın, taraflara yüklenemeyen sebeplerle hasara uğraması veya tamamen yok olması durumunda, iade borcunun ifası borcunun da ortadan kalkmasına neden olacaktır<sup>1059</sup>. Bu ise, klasik görüşe yöneltilen temel eleştirinin, yeni dönme görüşü için de geçerli olduğunu gösterir<sup>1060</sup>.

Aynı etkili dönme görüşünün bir diğer üstün yönü, yüklenicinin iflasında görülür<sup>1061</sup>. Eğer verilenin iadesi yeni dönme görüşünde olduğu gibi sadece şahsi bir talep niteliği taşıyacaksa, yüklenicinin iflası üzerine iş sahibi alacağını iflas masasına yazdıracak ve iflasın tasfiyesi üzerine sadece kendine düşen payı alabilecek, fakat kendi aldığını aynen iade etmek zorunda kalacaktır<sup>1062</sup>. Aynı etkili dönme görüşünün kabul edilmesi durumunda ise, yüklenici iflas da etse, iş sahibi açacağı bir istihkak davasıyla taşınmazı aynen geri alabilecektir. Fakat İİK. m.199'a göre iflastan sonra sözleşmeden dönme yasaklandığından, teorik olarak varılan bu sonuca bir istisna getirildiğini görmekteyiz<sup>1063</sup>. Buna göre yüklenicinin iflası üzerine iş sahibi sözleşmeden dönerek verdiği arsa paylarını talep edemeyecektir. Onun yapabileceği, aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep etmek ve bu zararını iflas masasına yazdırmaktır.

Benzer bir sonuç hacizde de vardır. Buna göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, sözleşme sırasında yükleniciye avans olarak devredilen arsa payları, yüklenicinin alacaklıları tarafından haczedilmiş, fakat henüz satış gerçekleştirilmemişse, kabul ettiğimiz görüşte, sözleşme geçmişe etkili olarak sona ereceğinden, alacaklılar gerçekte başkasının malını haczetmiş sayılacaklardır<sup>1064</sup>. Bu nedenle iş sahibi, açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davası<sup>1065</sup> sonunda, arsa paylarını

<sup>1057</sup> **Hartmann** (Rückabwicklung), s.348, no:866; **Ehrt**, no:599.

<sup>1058</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.271, no:725; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.164; **Knellwolf**, s.404.

<sup>1059</sup> Karş. **Suter**, s.67.

<sup>1060</sup> Karş. **Öz** (Dönme), s.40.

<sup>1061</sup> Karş. **Suter**, s.70 ve 83.

<sup>1062</sup> Doktrinde **Kolly** de (s.86) yeni dönme görüşünün bu hakkaniyete aykırı sonucuna işaret etmektedir.

<sup>1063</sup> İİK. m.199: "İflâsın açılmasından evvel borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akti feshedemez ve sattığını geri alamaz."

<sup>1064</sup> **Öz** (Dönme), s.263; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.154.

<sup>1065</sup> Fakat hemen belirtelim ki, iş sahibinin bu iddiası İcra İflas Hukuku bakımından bir istihkak niteliği taşıdığından, İİK.'nin bu davaya ilişkin hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Karş. **Öz** (Dönme), s.264.

hacizden arfi olarak geri alabilecektir<sup>1066</sup>. Fakat yeni dönme görüşünün kabul edilmesi durumunda ise, iş sahibinin alacağı, kişisel bir nitelik taşıyacağından, iş sahibi arsa payını hacizli bir biçimde alabilecektir<sup>1067</sup>.

Kabul ettiğimiz görüşün bir sonucu olarak, iş sahibi yükleniciye devrettiği arsa paylarının iadesi amacıyla herhangi bir zamanaşımı süresine bağlı olmayan tapu sicilinin düzeltilmesi (istihkak) davası açabilir<sup>1068</sup>. Fakat yükleniciye devredilen arsa payları üzerinde, iyiniyetli üçüncü kişilerce<sup>1069</sup> aynı bir hak (meselâ mülkiyet veya rehin hakkı) kazanılmışsa<sup>1070</sup>, iş sahibi artık iyiniyetli bu kişilere başvuramayacaktır<sup>1071</sup>. Onun yapabileceği tek şey, yükleniciden, iadenin bu biçimden imkânsızlaşmış olmasından doğan bütün zararlarının tazminini talep etmektir.

Kural olarak dönmeden önceki tescillerde, üçüncü kişinin iyiniyetli olduğu kabul edilmelidir. Fakat yüklenicinin temerrüde düşmüş olması nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönme hazırlıkları içinde olduğunu bilen ve buna rağmen yükleniciden

<sup>1066</sup> Bu yönde: **15. HD. 30.03.1998, 406/1259**: "... Tapu kayıtlarının her türlü takyidattan arındırılmış olarak arsa sahiplerine iadesi gerekeceğinden, sözleşmenin feshi nedeniyle tekrar arsa sahiplerine dönen tapu kaydına, üçüncü kişiler tarafından koydurulan haciz şerhlerinin de kaldırılması gerekir... Tapu kayıtları üzerine, hacizlerden önce arsa sahipleri lehine birinci dereceden teminat ipoteği konulmuş olmasına göre, üçüncü kişilerin yasal açıdan iyiniyetli olduklarının kabulü mümkün değildir..." (YKD. 1998/10, s.1499). Aksi görüşte: **Erman** (İnşaat), s.172, dn.15.

Yargıtay da bir kararında haczin ortadan kalkmayacağını kabul etmiştir. **15. HD. 10.12.1990, 1315/5386** (www.kazanci.com.tr).

<sup>1067</sup> **Öz** (Dönme), s.263'ise bu durumda iş sahibinin koşulları varsa hacze iştirak edebileceğini ileri sürmüştür. Fakat kanaatimce bu mümkün değildir. Çünkü yeni dönme görüşünde iş sahibinin alacağı para olmayıp, arsa payının kendi adına tescilli yönünde bir kişisel olacaktır. Fakat bu borcun imkânsızlaştığı ileri sürülerek, bu borcun (verme) tazminat alacağına dönüştüğü kabul edilirse, koşulları varsa hacze iştirak mümkün olabilecektir.

İİK. m.277 ve devamında düzenlenen tasarrufun iptaline ilişkin hükümler saklıdır.

<sup>1068</sup> **Öz** (Dönme), s.259.

<sup>1069</sup> Medenî Kanununun 3. maddesine göre kötüniyet, bundan lehine haklar çıkaran iş sahibi tarafından kanıtlanana kadar, iyiniyetin varlığı asıldır. Diğer bir ifadeyle Kanun, karine olarak kişilerin iyiniyetli olduğunu kabul etmiştir.

<sup>1070</sup> İyiniyetli üçüncü kişilerin, yükleniciden kişisel bir hak kazanması (meselâ yüklenicinin üçüncü bir kişiye, sahip olduğu arsa payını -bağımsız bölümü- satmayı vaat etmesi) durumunda ise, bu hak iş sahibi tarafından yükleniciye karşı açılacak tapu sicilinin düzeltilmesi davasına engel olamayacak, diğer bir ifadeyle üçüncü kişinin sahip olduğu kişisel hak, iş sahibine karşı ileri sürülemez. **Öz** (Dönme), s.261; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.151; **Erman** (İnşaat), s.170. Bu kişilerin yapabilecekleri tek şey, borca aykırılık veya imkânsızlık nedeniyle kendi borçlusu olan yükleniciye başvurmaktır.

Fakat bu kişisel hakkın tapu siciline şerh edilmesi durumunda ise ikili bir ayırım yapılması gerekir. Eğer kişisel hak kazanan kişi iyiniyetli ise, kanaatimce TMK. m.1023'e kıyasen, onun iyiniyetinin korunması ve şerh edilerek kuvvetlendirilen bu hakkın, iş sahibine karşı ileri sürülebileceği kabul edilmelidir. **Erman** (İnşaat), s.171; **Sungurbey** (Kişisel Haklar), s.131. Aksi görüşte: **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.193; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.195. Yargıtay üçüncü kişinin aynı hak kazanmasında bile iyiniyeti korumadığına göre, kuvvetlendirilmiş kişisel hakkı hiç korumamaktadır. Bak. **14. HD. 05.12.1989, 5705/10388**. [**Erman** (İnşaat), s.172, dn.14].

Fakat yükleniciden kişisel hak kazanın kişinin iyiniyetli olmadığı anlaşılırsa, bu hak, iş sahibine karşı ileri sürülemez. **Öz**'e göre, hangi görüş kabul edilirse edilsin, eğer iş sahibi, üçüncü kişinin şerh edilmiş bir kişisel bir hak kazanmasına onay vermişse, artık onun, bu hakkın kendisini bağlamadığını ileri sürmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olacağı kabul edilmelidir. **Öz** (Dönme), s.262; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.153.

<sup>1071</sup> **Öz** (Dönme), s.260; **Öz** (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme), s.150; **Erman** (İnşaat), s.165. Yargıtay aksi görüştedir. Bak. § 12, III.

aynî hak kazanın kişilerin iyiniyetli olmadıkları da kabul edilebilir<sup>1072</sup>. Bu istisnai durum dışında, sadece dönmeden sonraki kişilerin kötüniyetli olmaları mümkündür. Dönmeden haberdar olan ve yüklenicinin iade borcunun (daha doğrusu yolsuz tescilin) varlığını bildiği hâlde yükleniciden aynı hak kazanan kişilerin ise kötüniyetli olmaları nedeniyle, iş sahibi onlara karşı da tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir.

İş sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, dönme hakkını kullanması durumunda borç ilişkisi geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı ve iş sahibinin sadece parasal bir iade borcu doğacağı için, ortadan kalkan bu alacağı temlik aldığı iddia eden kişi de, iş sahibine başvuramayacaktır<sup>1073</sup>. Diğer bir ifadeyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibinden olan, arsa payının kendi adına tescilini talep biçimindeki kişisel alacağını, sözleşmeden dönmeden önce veya sonra, iyi veya kötüniyetli üçüncü kişilere temlik etmişse, kural olarak bu kişiler ilgili bağımsız bölümün kendi adlarına tescilini talep edemezler (alacağın temlikinde borçlunun durumunun ağırlaştırılmaması). Ancak yüklenicinin aynî iade talep edebileceği istisnai durumlarda<sup>1074</sup>, alacağı temlik alan kişilerin bu arsa payının kendisi adına tescilini talep edebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle yüklenici bakımından aynî talebin söz konusu olmadığı durumlarda, bu alacağı temlik alan kişi de, bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edemez.

Dönmeden önce yükleniciye bir alacak devredilmişse, varılacak sonuç alacağın temlikinin sebebe bağlı olup olmadığına göre değişecektir. Bunun sebebe bağlı olmadığı kabul edilirse, alacak yine yükleniciye geçecek, fakat bu geçişin dayanağı olan sebep geçersiz olduğundan, bir sebepsiz zenginleşme olacak, fakat alacağın temliki sebebe bağlı kabul edilirse, alacak hiç geçmemiş sayılacaktır<sup>1075</sup>.

Üçüncü kişilerin, yükleniciye devredilen arsa payları üzerinde iyiniyetle mülkiyet hakkı kazanmaları nedeniyle, arsa paylarının aynen iadesi mümkün olamıyorsa, bunların değerinin iadesi gerekecektir. Fakat doktrinde, edimin borçluya ifa edildiği tarihteki piyasa rayici oranında bir iadenin yapılması gerektiği ileri sürülse de<sup>1076</sup>, kanaatimce arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin yapısı ve edimin arsa payı olduğu

<sup>1072</sup> Öz (Dönme), s.261.

<sup>1073</sup> Öz (Dönme), s.263.

<sup>1074</sup> Bu durumlar için bak. aşağıda § 11, II, B, 2, b, dd.

<sup>1075</sup> İsviçre hukukundaki hâkim görüş, alacağın temlikinin soyut bir tasarruf işlemi olduğu yönündedir. Bak. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.266, no:7 vd; **Bucher** (OR AT), s.556, 557; **Girsberger/BaslerKomm**, s.811, no:25; **Schwenzer**, (OR AT), s. 544, no:90.09; **von Tuhr / Escher**, s.333; **Honsell** (Zession), s.368. Bu yönde: BGE 67 II 127 [Bak. **Schaufelberger** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.151]; **Reisoğlu**, s.403; **Tunçomağ** (Genel Hükümler), s.1091; **Oğuzman/Öz**, s.923.

Sebebe bağlı olduğu görüşünde: **Ehrat**, s.147; **von Büren**, (OR AT), s.318; **Wehrli**, s.28; **Gauch/Schluemp/Schmid/Rey**, s.286, no:3715; **Spyrig**, s.7; **von der Crone**, s.250 vd; **Eren** (Genel Hükümler), s.1181; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.241; **Dayınlarlı** (Alacağın Temliki), s.90; **Arkan**, s.138.

<sup>1076</sup> **Koller** (OR AT), s.358, no:142.

dikkate alındığında, sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla arsa paylarının taşıdığı rayiç oranında bir iadenin yapılması gerektiğinin kabulü hakkaniyet dengesine daha uygundur.

#### **dd. Yüklenicinin Alacağına Arsa Payı Olarak Talep Edilip Edilemeyeceği Sorunu**

Yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda iş sahibi, yükleniciye daha önce devrettiği arsa paylarının tamamının iadesini talep edebilir. Eğer daha önce arsa payı verilmemişse, yüklenici inşaatın objektif değerini parasal olarak talep edebilir.

Fakat bu aşamada yüklenicinin, inşaatın yapılan kısmının değerinin parasal olarak iadesi yerine, bununla orantılı arsa payının kendi adına tescilini veya kendisine daha önce devredilen arsa paylarının iadesine yönelik davada, yaptığı işin değeriyle orantılı arsa payının kendi üzerinde bırakılmasını talep edip edemeyeceği özel olarak incelenmelidir. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin bedel alacağına bazı durumlarda para yerine, ayın olarak ödenmesi talep edilebilecek midir?

Kanaatimce kural olarak parasal iade yapılmalıdır. Fakat bazı durumlarda iadenin arsa payı olarak yapılması da mümkündür.

İlk olarak iş sahibinin iadenin arsa payı üzerinden yapılmasını açık veya örtülü<sup>1077</sup> olarak talep etmesi (kabul etmesi) durumunda, yapılan işin değeri parasal olarak değil, arsa payı oranında verilmelidir. Yüklenicinin, bedeli arsa payı olarak değil de para olarak talep etmesi ise, bu konuda kural olarak önemli olmamalıdır. Çünkü iş sahibinin arsa payı olarak ifa talebinin yüklenici tarafından reddi, kanaatimce bazı durumlarda haklı nedene dayanmayacaktır. Zira inşaatı tamamlasaydı, yine arsa payı alacak olan yüklenicinin, yarım inşaat karşısında iş sahibince teklif edilen arsa payı önerisinin reddi hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir. Fakat meselâ inşaat seviyesinin çok düşük olması nedeniyle, yüklenicinin yarım inşaat karşısında iş sahibisiyle paydaş olmasının sakıncalı olacağı hâllerde yüklenicinin bu talebi reddetmesinin dürüstlük kurallarına aykırı olmayacağı ve bu nedenle iadenin parasal olarak yapılması kabul edilebilir.

İkinci olarak, iş sahibince yükleniciye devredilen arsa paylarının yüklenici tarafından iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmesi durumunda, arsa payının iadesi fiilen mümkün olamayacağından, zorunlu olarak arsa payı oranında bir iade yapılacaktır. Daha doğru bir ifadeyle, bu durumda yüklenici zaten iş bedelini almış olduğundan,

<sup>1077</sup> Meselâ iş sahibinin yükleniciye verilen arsa paylarının kendi adına tescilini talep etmemesi durumunda, iş sahibinin iradesinin arsa payı tarzında bir iade yönünde olduğu kabul edilmelidir.

sadece taraflar için eksiklik veya fazlalık ölçüsünde parasal bir talep ortaya çıkacaktır<sup>1078</sup>.

Bunun ötesinde, iş sahibinin kabul etmemesi durumunda, kural olarak yüklenicinin arsa payı oranında bir iadenin yapılmasını talep etme hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir<sup>1079</sup>. Fakat somut olayın özellikleri gereğince, hâkim sahip olduğu takdir yetkisi ve her ne kadar iade, bir tazminat borcu niteliği taşımasa da BK. m.43/l hükmünde yer alan tazminatın tarzını belirleme yetkisi gereğince aksi sonuca varılması gerekebileceği de gözden kaçırılmamalıdır. Bunların hangi durumlara ilişkin olduğunun tek tek tespiti mümkün olmamakla birlikte şu iki durumda aynı iadenin mümkün olduğu kabul edilebilir.

Meselâ sözleşmeden dönmeden önceki aşamada yüklenicinin bazı bağımsız bölümlere ilişkin alacağını bedeli karşılığında üçüncü kişilere temlik etmesi durumunda<sup>1080</sup>, yüklenicinin başkaca haczi kabil bir malvarlığının bulunmaması ve hatta iade yönündeki alacağını bile üçüncü kişilere temlik etmiş olması durumunda, yükleniciden bağımsız bölüme ilişkin alacağı temlik alan üçüncü kişinin, devraldığı arsa payının kendi adına tescilini talep edebileceği kabul edilebilir<sup>1081</sup>. Bu çok istisnai durumda görüldüğü gibi, parasal bir iadeye karar verilmesi durumunda, yüklenici parayı alacak, fakat ondan bedeli karşılığında daire satın alan kişi ise, verdiği parayı geri alabilmek için yüklenicinin peşinden koşturacak ve büyük ihtimalle, yüklenicinin herhangi bir malvarlığı bulunmadığından, verdiğini geri alamayacaktır. Bu durum ise, yüklenicinin hem iade alacağını almasına, hem de üçüncü kişiden aldığı bedele sahip olmasına neden olabileceğinden, böyle bir sonucun ancak istisnaen kabul edilebilmesi gerekmektedir. Bu nedenle özellikle yüklenicinin malvarlığının kötü olması durumunda, alacağı devralan üçüncü kişinin bu yöndeki iddia ve ispat yükünü de yerine getirmesi kaydıyla, hâkim takdir yetkisini kullanarak, parasal iade yerine, ayın olarak iadeye karar verebilir.

İkinci olarak inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmış olması durumunda, arsa payı olarak iade yapılması da mümkün olabilir<sup>1082</sup>. Bu konuda en önemli husus,

<sup>1078</sup> Meselâ yapılan iş karşılığında yüklenicinin 4 adet bağımsız bölümün değeri oranında iade alacağı olduğu ortaya çıkar, fakat yükleniciye sözleşmenin başında devredilen 5 taşınmazın, iyiniyetli üçüncü kişilerden alınması mümkün olamıyorsa, iş sahibi fazladan verdiği bu 1 adet bağımsız bölümün değerinin iadesini talep edebilecektir. Aynı şekilde bu olayda yükleniciye 3 adet bağımsız bölüm verilmiş ve bunlar iyiniyetli üçüncü kişilere devredilmişse, yüklenici, bir adet bağımsız bölümün değeri oranında iade alacağına sahip olacaktır.

<sup>1079</sup> **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.47.

<sup>1080</sup> Bu konuda özel bir inceleme için bak. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.79 vd.

<sup>1081</sup> Örtülü olarak benzer görüşte: **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.81.

<sup>1082</sup> Farklı bir gerekçeyle bu görüşte: **Sungurbey** (YHD. 1982/II), s.173; **Sungurbey** (YHD. 1982/VI), s.753; **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.13 vd; **Sungurbey** (YHD. 1984/VI), s.781 vd.

Yargıtay'ın bu konuda ilke kararı olan 1984 tarihli YİBK.da da benzer temel kaygılarla, yapılan işin değerinin bağımsız bölüm olarak iadesinin mümkün olduğuna karar vermiştir.

inşaatın hangi aşamaya ulaşması durumunda bu sonuca varılabileceğidir. Bunun teorik olarak baştan belirlenmesi mümkün olmamakla birlikte, kanaatimce öncelikle bütün bağımsız bölümlerin birbirinden fiilen ayrılabilir kadar ortaya çıkması, ayrıca inşaatın amaca uygun olarak fiilen kullanılabilmesi için ufak tefek eksiklerle tamamlanmış olması ve iş sahibinin yeni bir yüklenici bularak, inşaatı mevcut hâliyle tamamlatmasının onun bakımından zorluk oluşturmayacağı anlaşılan durumlarda, yapılan iş karşılığında yükleniciye bağımsız bölüm verilmesi mümkün olmalıdır<sup>1083</sup>. Bu konuda yerleşik Yargıtay uygulamasıyla feshin ileriye yönelik etkisi bakımından aranan seviyenin, burada da uygulanması mümkündür<sup>1084</sup>.

Burada inşaatın yapılmış olan kısmının teknik anlamda kısmî ifa olarak kabul edilmediği, sadece iade borcunun türünün belirlenmesine ilişkin bir tartışma içine girildiği gözden kaçırılmamalıdır<sup>1085</sup>. Çünkü çalışmamızda inşaat edimi kural olarak bölünemez bir edim olarak kabul edilmiş ve bu nedenle kısmî ifanın kural olarak mümkün olamayacağı sonucuna varılmıştır<sup>1086</sup>.

İnşaat bedelinin para olarak değil de, arsa payı olarak verilmesi gereken istisnai durumlarda, iş sahibi verdiği arsa paylarının sadece fazlalığını talep edebilecektir.

### 3. İade Borçlarının Karşılıklı İlişkisi

İade borçlarının ifasında, taraflardan birinin takas hakkını kullanması üzerine, fazla olan alacak, az olanı oranında azalır<sup>1087</sup>. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin arsa payı talep edebileceği kabul edilebilen istisnai durumlarda borçların türleri farklı olacağından (para – arsa payı), takas hakkının kullanılması mümkün değildir.

---

Sungurbey'e göre inşaat sözleşmesinin BK. m.358'e göre sona erdirilmesi durumunda, kendi ifadesiyle feshin ileriye etkili olması mümkün değildir. Çünkü bu durumlarda yüklenici inşaata ya hiç başlamamıştır ya da inşaatın çok seviyesi geri kalmıştır. **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.20. Ancak kanaatimce böyle bir genelleme yapılması yerinde değildir. Çünkü mesela, iş sahibinin yapıyı zamanında tamamlayamayacağı ortaya çıktığında iş sahibinin BK. m.358/l'e başvurabilmesi mümkün olduğuna göre, bu durumda inşaatın çok büyük bir kısmının bitmiş olması mümkündür. Mesela teslim süresi 36 ay olan ve sözleşmeden dönme için ek süre verilmesinin zorunlu olmadığı (kesin vade) sözleşmeyle kararlaştırıldığı bir olayda, son 15 gün kala, inşaatın %90'ı tamamlanmış, fakat geri kalan %10'luk işin ancak 30 günde tamamlanabileceği ortaya çıkmışsa, iş sahibi BK. m.358/l'e göre sözleşmeden dönebilecektir. Kanaatimce bu olayda da, yüklenicinin bağımsız bölüm tarzında bir iade talep edip edemeyeceği sorunu ortaya çıkacaktır.

<sup>1083</sup> Geçmişe etkili dönme görüşünün en güçlü savunucularından **Öz**, meselâ yüklenicinin inşaatı tamamlamış olmasına rağmen, yapı kullanma iznini almamış olması nedeniyle iş sahibinin yapıyı bu hâliyle ifa olarak kabul etmemesi ve uygun ek sürenin de yararsız geçmesi üzerine, iş sahibinin sözleşmeden dönmesinin, artık sadece ifa edilmemiş olan yapı kullanma iznine ilişkin olacağını kabul etmek suretiyle, örtülü olarak aynı sonuca varmıştır. **Öz** (Dönme), s.170.

<sup>1084</sup> Bu konu için bak. aşa. § 11, V.

<sup>1085</sup> Karş. **Öz** (Dönme), s.211.

<sup>1086</sup> İnşaat sözleşmesinde kısmî ifa konusunda bak. aşa. § 11, III.

<sup>1087</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.306, no:402.

Genel olarak kabul edildiği gibi, iade borçlarının ifasında BK. m.81'de düzenlenen ödemezlik def'i kullanılabilir<sup>1088</sup>. Buna göre iş sahibi, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sahip olduğu hakların tamamı ifa edilmedikçe iadeden kaçınabilir. Fakat doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, iade borçlarının değerinin farklı olması durumunda, bu hakkın kullanılması dürüstlük kuralı yardımıyla sınırlandırılmalıdır<sup>1089</sup>.

## C. MENFİ ZARARIN TAZMİNİNİN TALEP EDİLMESİ

### 1. Genel Olarak Menfi Zarar Kavramı

Yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunmadığını kanıtlayamaması koşuluyla, sözleşmeden dönen iş sahibi, menfi zararının tazminini de talep edebilir<sup>1090</sup>. Menfi zarar alacaklının, hiç sözleşme yapmamış olsaydı içinde bulunacağı durum ile mevcut durum arasındaki farktır<sup>1091</sup>. Menfi zarar, sözleşmenin geçerli olduğuna duyulan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır<sup>1092</sup>.

Sözleşmeden dönme durumunda müspet zarar talep edilemez<sup>1093</sup>. Buna göre, sözleşmeden dönme hâlinde, iş sahibi kira geliri kaybı veya zamanında ifa etmeme

<sup>1088</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.329, no:15; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.29,no:2235; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.281; **Brox**, s.87; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.307, no:761 vd; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.265, no:710; **Koller Stefan**, s.65; **Oğuzman/Öz**, s.270; **Buz** (Dönme), s.233.

<sup>1089</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s.265, no:711; **Buz** (Dönme), s.234.

<sup>1090</sup> **Koller** (Verzichtsfolgen), s.6; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.279, no:742; **Schenker** (Schadensberechnung), s.39, 40; **Schwenzer**, (OR AT), s.454, no:66.34; **Henninger** (Bauverzögerung), s.245; **Lüchinger**, s.76, no:225; **Erman** (İnşaat), s.76; **Öz** (Dönme), s.271.

<sup>1091</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.112, no:210; **Schenker** (Schadensberechnung), s.40; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.330; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.76; **Öz** (Dönme), s.284; **Eren** (Genel Hükümler), s.1079; **Buz** (Dönme), s.239 vd.

<sup>1092</sup> **15. HD. 12.03.2007, E. 2006/182, K. 2007/1541**: "... Taraflar arasında 08.08.2000 tarihli sözleşmede işin yapımı 1.383.000.000 TL.ya yükümlenmiştir. Davalı bunun %79.18'lik kısmını gerçekleştirmiş, kalan kısım ikmal edilemediğinden 19.09.2002 tarihinde sözleşmesi feshedilmiştir. Kalan iş yeniden yapılan ihale sonucu 11.12.2002 tarihli sözleşmeyle 1.000.000.000 TL. bedelle aynı şartlarda yaptırılmıştır. Davada yeniden ihale sonucu uğranılan olumsuz zararın tahsili istenmektedir. Kural olarak akdi fesheden taraf BK'nun 106. ve 108. maddeleri uyarınca olumsuz zararı isteyebilir. Olumsuz zarar, akdin ifa edileceğine güvenilerek yapılan masraflar ve kaçırılan fırsattan ibarettir. Kaçırılan fırsattan maksat eksik bırakılan işin yeniden yapım bedeli ile ilk ihalede en yakın teklif fiyatı arasındaki farktan ibarettir. Somut olayda ilk ihalede en yakın teklif 1.480.400.000 TL.dir. Bu fiyatlara göre eksik bırakılan işin miktarı 2 nci ihale tarihine endeksenerek bulunacak miktarla 2. ihale bedeli olan 1 trilyon TL arasındaki fark davacının menfi zararıdır. İkinci ihale fesihten sonra makul sürede ve aynı şartlarda 1.000.000.000.000 TL.ya gerçekleştiğinden ikisi arasındaki fark davacının menfi zararıdır..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1093</sup> **Schenker** (Schuldnerverzug), s. no:743; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.330; **Gauch/Schlupe/Schmid/Rey**, s.181, no:3126; **Bucher** (OR AT), s.379; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.296, no:739; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.74; **Öz** (Dönme), s.285.

Doktrinde bazı yazarlarca, sözleşmeden dönme halinde, müspet zararın tazmininin talep edilebileceği kabul edilmektedir. Bu görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.316, no:440; **Glättli** (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt), s.239 vd; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.159, 166; **Bähler**, s.125 vd; **Serozan** (Dönme), s.637 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.970.

Aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde nispi fark teorisinin uygulanmasını kabul eden yazarlar, alacaklının verdiği geri talep edip, müspet zararının fark teorisine göre hesaplanmasını talep edebileceklerini kabul ettiklerinden, bu görüş örtülü olarak dönme ile müspet zarar tazminatının aynı anda mümkün olabileceği sonucuna varmaktadır.

Alman Medenî Kanununda 2002 yılında yapılan değişiklikler sonrasında, sözleşmeden dönme durumunda müspet zararın tazmininin talep edilebileceği açık olarak kabul edilmiştir. **Vygen / Schubert / Lang**, s.9, no:12; **Serozan** (Alman İfa Engelleri Hukuku), s.238.



hâlinde ödenmesi talep edilebilecek olan cezai şartı talep edemez<sup>1094</sup>. Fakat sözleşmeyle, ifaya ekli cezai şartın sözleşmenin feshi hâlinde de talep edilebileceği kararlaştırılmışsa, artık bunun talebi mümkün olabilecektir<sup>1095</sup>. Ayrıca sözleşmeyle, dönmeye sebep olan tarafın belli bir tutarda cezai şart ödeyeceği de geçerli olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda sözleşmeden dönme durumunda iş sahibi, yükleniciden bu ceza tutarını talep edebilecektir<sup>1096</sup>.

Menfi zararın tazmini talebi, BK. m.126 bend IV gereğince, yüklenicinin en azından ağır ihmali olması durumunda 10 yıl, hafif ihmali olması durumunda ise 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır<sup>1097</sup>. Zamanaşımı süresi, dönme tarihinden başlar.

## 2. Unsurları

### a. Fiilî Zarar

Menfi zararın ilk unsuru, sözleşmenin ortadan kalkmış olmasından doğan fiilî zarardır. Meselâ sözleşmenin yapılma masrafları, edimin ifası için yapılan harcamalar, borç ilişkisinin tasfiyesi nedeniyle doğan masraflar, alacaklının, üçüncü kişilere ödemek zorunda kaldığı cezai şart tutarları gibi masraflar ve zararlardır<sup>1098</sup>.

### b. Kaçırılan Fırsatlar

Kaçırılan fırsatlar<sup>1099</sup>, üçüncü bir kişiyle yapılması mümkün olan elverişli bir sözleşmenin kaçırılmış olmasından doğan zarardır<sup>1100</sup>. Meselâ 100.000 – TL bedelle yapılması gereken bir işin yapılmayarak temerrüde düşülmesi ve iş sahibinin sözleşmeden dönmesi durumunda, iş sahibinin o dönemde 110.000 – TL'lik işi reddetmesine rağmen dönme üzerine bu işi 150.000 – TL'ye yaptırmak zorunda kalması durumunda aradaki 40.000 – TL bu tip bir nitelik taşıır<sup>1101</sup>.

Kaçırılan fırsatlardan doğan zarar konusunda en önemli husus, bunların ispatıdır. Birçok olayda kaçırılan fırsatın tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu nedenle bunun ispatında, ileri sürülen zararın hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, gerçekleşme şansının yüksekliği dikkate alınmalıdır<sup>1102</sup>. Doktrinde, iş sahibinin

<sup>1094</sup> **Erman** (İnşaat), s.76; **Buz** (Dönme), s.160; **Öz** (Dönme), s.295.

Gecikme tazminatının, menfi zararın bir unsuru olmadığı yönündeki haklı görüş için bak. **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.90.

<sup>1095</sup> **Mabillard**, s.547 vd; **Öz** (Dönme), s.296; **Oğuzman/Öz**, s.903. Bu yönde: **15. HD. 20.03.2006, E. 2005/7960, K. 2006/1539** (www.kazanci.com.tr).

<sup>1096</sup> **Öz** (Dönme), s.296.

<sup>1097</sup> **Öz** (Dönme), s.301; **Buz** (Dönme), s.275.

<sup>1098</sup> **Schenker** (Schadensberechnung), s.39; **Lüchinger**, s.91 vd; **Öz** (Dönme), s.287; **Buz** (Dönme), s.243.

<sup>1099</sup> Ayrıntılı bilgi için bak. **Müller-Stoy** (Verlorene Chancen), s.114 vd; **Lüchinger**, s.101, no:292 vd; **Öz** (Dönme), s.289.

<sup>1100</sup> **Schenker** (Schadensberechnung), s.39; **Reisoğlu**, s.338; **Eren** (Genel Hükümler), s.1080; **Buz** (Dönme), s.246.

<sup>1101</sup> **Öz** (Dönme), s.289.

<sup>1102</sup> **Müller-Stoy** (Verlorene Chancen), s.172 vd.

kaçırdığını ileri sürdüğü somut bir sözleşme teklifini kanıtlaması gerektiği ileri sürülmektedir<sup>1103</sup>. Fakat kanaatimce ispat ölçüsünün bu kadar yükseltilmesi yerinde değildir. Çünkü serbest piyasa koşullarının uygulandığı bir sistemde, iş sahibinin mevcut yükleniciyle sözleşme yapmasaydı, o tarihte başka bir yüklenici bulabileceği çok açık bir biçimde ortadadır. Bunun ayrıca somut bir teklif biçiminde somutlaştırılmasının gerekmediği de kabul edilmelidir. Bu durumda kanaatimce iş sahibi, dönülen sözleşmenin yapıldığı sıradaki ortalama sözleşme koşulları (bedel) ile dönme tarihindeki ortalama sözleşme koşulları (bedel) arasında bir farkın bulunduğunu kanıtlayarak, bunu menfi zarar kalemi olarak talep edebilir. Fakat iş sahibi ayrıca, dönülen sözleşme olmasaydı, diğer bir yükleniciyle bir sözleşme yapacağını da kanıtlamakla yükümlüdür.

İnşaat sözleşmelerinde kaçırılan fırsat biçimindeki menfi zararın ortaya çıkması ve bunun miktarının belirlenmesi arasında kanaatimce yüklenicinin inşaata başlamış olması ile hiç başlamamış olması arasında bir ayırım yapılması gerekir.

**Dönme sırasında yüklenici inşaata hiç başlamamışsa veya başlamakla birlikte yapılan kısım iş sahibinin hiç işine yaramıyorsa:** Meselâ 2003 yılında 100.000 – TL bedelle kurulan bir inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin işe hiç başlamaması nedeniyle 2007 yılında sözleşmeden dönülmesi hâlinde iş sahibi, 2003 yılı piyasa koşullarına göre bu işi yaptırabileceği ortalama fiyat ile 2007 yılındaki ortalama fiyat arasındaki farkı menfi zarar olarak talep edebilmelidir. İş sahibinin ayrıca, sözleşmenin kurulduğu sırada başka bir teklif aldığı ve bunun reddedildiğinin somut olarak kanıtlanmasının istenmesi, kanaatimce günümüz serbest piyasa koşullarına uygun değildir. Meselâ bu olayda piyasa rayici gereğince iş sahibinin sözleşmenin kurulduğu sırada bu işi piyasa koşullarına göre 110.000 – TL'ye yaptırabileceği, fakat aradan geçen süre nedeniyle, 2007 yılında bu iş için 200.000 – TL gerekmesi durumunda, aradaki 90.000 – TL'nin iş sahibinin menfi zararını oluşturduğu kabul edilmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, bu tip durumlarda ise kaçırılan fırsat biçimindeki menfi zararı kolay kolay ortaya çıkmayacaktır. Çünkü bu tip sözleşmelerde, iş sahibinin yükleniciye vereceği edim arsa payı biçiminde olacağından, daha sonraki bir tarihteki arsa payı miktarı da büyük ihtimalle aynı olacaktır. Meselâ yukarıdaki örnekte dönülen sözleşmede, yükleniciye arsa payının %45'inin verileceği kararlaştırılmış olsun. Bu oranın da piyasa rayicine uygun olduğu ortaya çıktığında, yapılacak iş, dönme tarihinde işin yüzde kaçlık bir arsa payı ile yaptırılabilirliğinin belirlenmesidir. Bu durumda arsa payının da değeri artacağından, genellikle bu tarihte de %45'lik bir arsa payı karşılığı aynı inşaat yaptırılacaktır. Bu durumda iş sahibinin

<sup>1103</sup> Buna göre iş sahibinin, meselâ dönülen sözleşmenin yapıldığı sırada, başka bir yükleniciden somut bir teklif aldığını katlamak zorunda olduğu iddia edilmektedir. **Öz** (Dönme), s.290.

kaçırılan fırsat tarzında bir menfi zararı doğmaz. Fakat istisnai olarak, dönme sırasında artık bu inşaatın ancak %50'lik bir arsa payı karşılığında yapılacağı ortaya çıkarsa, arsa payının %5'lik oranı, iş sahibinin menfi zararını oluşturacaktır.

**Dönme sırasında yüklenici inşaatla başlamış ve yapılan kısım iş sahibince değerlendirilebilir, tamamlanabilir bir hâldeyse:** Bu durumda kanaatimce, yukarıdaki ilkelerin aynen kullanılması gerekir. Fakat bunun bazı özellikleri vardır. Çalışmamızda kabul edildiği üzere, sözleşmeden dönme üzerine, götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin bedel alacağı, yapılan işin topla iş içindeki oranının götürü bedele uygulanmasıyla bulunur.

Meselâ toplam 1.000.000 – TL bedelli bir işin %60'ı tamamlanmış ve yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibi sözleşmeden dönmüşse, iş sahibinin 600.000 – TL iade borcu doğacaktır. Fakat bu tarihe kadar yaşanan enflasyonist etkiler nedeniyle, inşaatın tamamlanabilmesi için dönme tarihi itibarıyla 500.000 – TL'nin gerektiği sonucuna ulaşırsa, iş sahibi yine yukarıdaki ilkeler ışığında 100.000 – TL'yi menfi zarar kapsamında talep edebilmelidir. Bu sonucun kabulü, dönülen sözleşmedeki bedelin (1.000.000 – TL) sözleşmenin kurulduğu sıradaki piyasa rayicine uygun olmasıdır. Fakat o tarihlerde bu tür bir iş için meselâ 1.100.000 – TL ortalama olarak makul bir bedel ise, iş sahibinin bu olayda menfi zararının bulunmayacağı sonucuna varılabilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de benzer bir yöntemi kabul etmiştik. Buna göre bu tip sözleşmelerde de, yükleniciye iade edilecek edimin değeri, inşaatın tamamlanma oranının, yükleniciye verilecek olan arsa paylarının dönme tarihi itibarıyla taşıdığı piyasa değerine oranlanmasıyla bulunur. Meselâ inşaatın tamamlanma oranı, %60 ve yükleniciye verilecek olan toplam arsa payının dönme tarihi itibarıyla (mevcut duruma göre) piyasa değeri 1.000.000 – TL ise, yüklenici 600.000 – TL veya istisnaen bun karşılayan arsa payını talep edebilecektir. Bu durumda iş sahibinin menfi zararının belirlenmesi yine aynı biçimde belirlenir. Buna göre, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masraflar bu olayda 400.000 – TL'yi geçiyorsa, iş sahibi bu fazlalığı menfi zarar olarak talep edebilmelidir.

### **III. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN KISMÎ DÖNME**

#### **A. Kısmî İfa ve Kısmi Dönme Kavramları**

Genel olarak ifa, borçlunun borçlanmış olduğu edimi yerine getirmesidir<sup>1104</sup>. Borçlu kural olarak edimi tam olarak yerine getirmek zorundadır. Borçlu tarafından, muaccel bir borcun tamamen ifa edilmediği, ifa olarak teklif edilen veya kabul edilen edimin, miktar itibarıyla borçlanılan edimin gerisinde kaldığı durumlar kısmî ifayı

<sup>1104</sup> İfa kavramı ve bunun hukukî niteliği hakkında özel bir inceleme için bak. *İnceoğlu*, s.149 vd.

oluşturur<sup>1105</sup>. Buna göre kısmî ifa, edimin niteliğiyle değil, doğrudan niceliğiyle ilgili bir kavram olarak karşımız çıkmaktadır<sup>1106</sup>.

Kısmî ifanın mümkün olabilmesi için, edim konusunun bölünmeye elverişli olması gerekir. Borcun konusunu oluşturan edimin, niteliğinde ve değerinde bir azalma olmaksızın parçalara ayrılması mümkünse, bu edimin bölünmeye elverişli olduğu kabul edilir<sup>1107</sup>.

Borçlu, niteliği itibarıyla bölünmeye elverişli bir edimi kural olarak kısmen ifa edemez. Diğer bir ifadeyle, alacaklı kural olarak borçlunun kısmî ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir<sup>1108</sup>. Alacaklı, borçlunun kısmî ifa teklifini reddederse, borçluyu borcun tamamı için temerrüde düşürüp, temerrütten doğan haklarını bütün edim için kullanabilir. Fakat bölünebilir bir edimin bir kısmının ifa edilmesinden sonra, diğer kısmının ifasında temerrüde düşülmesi durumunda alacaklı, artık ifa etmemeden doğan haklarını kural olarak sadece ifa edilmeyen kısım için kullanabilir<sup>1109</sup>. Ancak ifa edilmeyen kısım olmasaydı sözleşme hiç yapılmazdı denilebiliyorsa, alacaklının sözleşmenin tamamından dönebileceği kabul edilmektedir<sup>1110</sup>.

Bölünebilir edimleri konu olan ani edimli borç ilişkilerinde, borçlunun edimin bir kısmını ifa edip, diğer kısmını ifada temerrüde düşmesi üzerine ortaya çıkan kısmî dönme ile sürekli borç ilişkilerinin feshedilmesi, birbirine benzese de, gerçekte farklı hukukî kuramlardır. Kısmî dönme sadece anî edimli borç ilişkilerinde söz konusu olabilirken, fesih ise sürekli borç ilişkilerinde ortaya çıkar. **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi<sup>1111</sup>, kısmî dönme, anî edimli sözleşmelerde fesih kurumunun bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan bir ihtiyacı karşılamaktadır<sup>1112</sup>.

<sup>1105</sup> Bak. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.97, no:12; **Schraner**, s.52, no:7; **Gauch/Aepli/Stöckli**, s.270; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.233, no:10; **Serozan** (Dönme), s.417 vd; **Eren** (Genel Hükümler), s.880; **Gümüş**, s.603.

<sup>1106</sup> Doktrindeki bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 68. maddesi anlamında kısmî ifa sadece verme borçlarında söz konusu olabilir. Bak. **Gümüş**, s.605. Çünkü yapma ve yapmamayı konu alan borçlarda edimin niceliğinden bahsedilemez, bu tür edimlerde sadece ifa etme veya ifa etmeme söz konusu olur. Bu nedenle bu tür edimlerde Borçlar Kanununun 68. maddesi hiçbir zaman uygulama alanı bulmaz.

<sup>1107</sup> Ayrıca bölünebilir edim – bölünemez edim ayrımında, tarafların sözleşmesel amaçlarının ve somut olaydaki menfaat dengesinin de dikkate alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Meselâ, iki adet diz üstü bilgisayar alınmasına ilişkin satış sözleşmesinde edimin bölünebilir olduğu, fakat bir takım oluşturan iki parça makinenin ise bölünemez edim niteliği taşıdığı kabul edilmelidir. Karş. **Eren** (Genel Hükümler), s.881; **Gümüş**, s.606 vd.

<sup>1108</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.98, no:13; **Schraner**, s.53, no:17.

<sup>1109</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.535, no:209 vd. Bölünebilir bir edimin sadece bir kısmının ayıplı olması durumunda da, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının sadece ilgili kısım için kullanılabilmesi kabul edilmektedir. **Öz** (Dönme), s.109.

<sup>1110</sup> **Eren** (Genel Hükümler), s.881 vd.

<sup>1111</sup> **Öz** (Dönme), s.43. Karş. **Oğuzman/Öz**, s.424; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.50.

<sup>1112</sup> BK. m.371 hükmüne göre, yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu sözleşmelerde yüklenicinin mesela ölmesi, sözleşmeyi sona erdirir. Bu hükümdeki durumun, eser sözleşmesinin münfesh hâle gelmesi olduğu doktrinde hâkim görüş olarak savunulmaktadır. **Buz** (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması), s.36. Fakat aksi görüşteki **Pedrazzini** ise, eser sözleşmesinin ani edimli bir

## B. Kısmî Dönmenin Koşulları

Kısmî dönmenin doktrinde genel olarak kabul edilen koşulları şunlardır: 1. Alacaklının, kısmî edimi ifa olarak kabul etmiş olması, 2. Borçlunun bölünebilir bir edimi kısmen ifa etmiş olmasına rağmen, diğer kısmın ifasında temerrüde düşmesi, 3. Alacaklının karşı ediminin de bölünebilir nitelikte olması<sup>1113</sup>, 4. Edimin ifa edilen kısmının alacaklının işine yaraması, diğer bir ifadeyle, edimin ifa edilmeyen kısmı olmasaydı da sözleşme yapılabildiği şeklinde bir sonuca varılmasıdır<sup>1114</sup>.

İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi kural olarak bölünemez bir edim niteliği taşır<sup>1115</sup>. Çünkü inşaat sözleşmesinde ifa, sonucun sağlanmasıyla gerçekleşeceğinden, sonucun sağlanmadığı durumda alacaklının hiç tatmin edilemediği kabul edilmelidir. Meselâ beş katlı bina örneğinde olduğu gibi sadece kaba inşaat seviyesine getirilebilen bir inşaatın, iş sahibinin ifa menfaatini karşılması söz konusu olamaz. Bu durumda inşaatın kısmen yapılmış olması, teknik anlamda kısmî ifa sayılamaz. Bu inşaatın iş sahibinin işine yarayacak olması da bu sonucu değiştirememelidir. Aksi hâlde, eser sözleşmesinin sonuç sözleşmesi olması özelliği tamamen devre dışı kalmış olur. Buna göre, tek bir eserin inşasını konu alan inşaat sözleşmelerinde, yarım inşaatın alacaklının ifa menfaatini hiç karşılamadığı ve alacaklının ifa etmemeden doğan haklarını sözleşmenin tamamı için kullanabileceği kabul edilmelidir.

Fakat inşaat sözleşmesinde kısmi ifanın hiçbir zaman söz konusu olamayacağı da ileri sürülemez. Öncelikle belirtelim ki, inşaat sözleşmesiyle yapının kısım kısım teslim edileceği kararlaştırılmış ve bu doğrultuda bazı kısımlar teslim edilmiş, geri kalan kısımların ifasında temerrüde düşülmüşse, sözleşmeden dönmenin, kural olarak sadece ifa edilmeyen kısımlara ilişkin olacağı kabul edilmelidir.

Bunun yanında, inşaat sözleşmesinde yapının kısım kısım teslim edileceği kararlaştırılmamış olsa bile, iş sahibi kendi iradesiyle yapılan kısımları ifa olarak teslim almışsa, sözleşmeden dönme sadece ifa edilmemiş (yapılmamış) inşaat kısmına ilişkin olacaktır. Diğer bir ifadeyle teknik anlamda bölünemeyen bir nitelik taşısa da alacaklının kısmen yapılmış olan inşaatı (kısmî) ifa olarak kabul etmesi durumunda,

---

sözleşme olması nedeniyle, sözleşmenin müfeseh olmasından bahsedilemeyeceğini kanaatimce haklı olarak kabul etmektedir. (s.561, dn.36).

<sup>1113</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.536, no:211; **Buz** (Dönme), s.314. Bu koşulun varlığı doktrindeki bazı yazarlarca reddedilmektedir **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.292, no:355. Fakat böyle bir koşulun varlığı zorunlu görüldüğünde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcu, bazı arsa paylarının yükleniciye devri biçiminde bir borç olacağından, bunun bölünemez bir nitelik taşıdığı ileri sürülebilir. Fakat kanaatimce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcunun bölünebilir bir nitelik taşıdığı kabul edilmelidir. Buna göre meselâ, inşaatın tamamlanması durumunda 10 adet bağımsız bölümün devri taahhüdünün, gerekirse 8 adet bağımsız bölümün devri olarak ifa edilmesi mümkündür. Aynı şekilde inşaatın yapıldığı arsadan değil de, başka bir arsadan pay verilmesi durumunda da aynı sonuç kabul edilmelidir. Nitekim uygulamadaki durum da bu yöndedir.

<sup>1114</sup> Bak. ve karşı. **Öz** (Dönme), s.42.

<sup>1115</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.99, no:16; **Öz** (Dönme), s.42; **Oğuzman/Öz**, s.219, dn.97; **Buz** (BK. m.369), s.258.

kısmî ifaya ve kısmî dönmeye ilişkin hukukî sonuçların yine de uygulanması gerektiği kabul edilmelidir.

İstisnai olarak, inşaat sözleşmesinin konusu olan inşaat ediminin bölünebilir olması durumunda da kısmi ifadan bahsedilebilir. Meselâ, yüz villadan oluşan bir sitede, villaların dış cephelerinin boyanmasına ilişkin inşaat sözleşmesinde durum böyledir. Bu sözleşmede de her ne kadar yüklenici belli bir sonucu, yani dış cephesi boyasız olan yüz villayı dış cepheleri boyalı hâle getirmeyi taahhüt etse de, ifanın son villanın son duvarının boyanmasıyla bir anda gerçekleştiğinin, daha önceki doksan dokuz villanın boyanmasının sadece birer hazırlık fiilinden ibaret olduğunun ileri sürülmesi yerinde değildir<sup>1116</sup>. Bu nedenle, bu tip bir eser sözleşmesinde anî edimli – sürekli borç ilişkisi ayrımı ötesinde, ifa kavramı açısından bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu sözleşmede iş sahibinin ifa menfaati, sonuncu villanın boyanmasıyla bir anda değil, ilk villanın boyanmasından itibaren kısım kısım gerçekleşmektedir. Bu tip inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin borçlandığı edim sonucu, her bir villanın boyanmasıdır. Bu sözleşmenin sonucunun gerçekleşmesi için yüklenici tarafından ilk villanın boyanmasından itibaren artık ifanın kısmen gerçekleştiği ve alacaklının kısım kısım tatmin olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle söz konusu sözleşmelerde kısmî ifanın mümkün olabileceği kabul edilmelidir. Bunun sonucu da, iş sahibinin dönme hakkını, sadece boyanmayan villalar için kullanabileceğidir. Bunun bir diğer sonucu, iş sahibinin boyası yapılan villalar için gereği gibi ifa edilmemeye ilişkin (geç ifa, ayıplı ifa gibi) haklarını kullanmaya devam edebileceğidir. Bu olayda iş sahibi bakımından kısmî dönme zorunluluğu vardır.

Kanaatimce aynı sonuç, yüklenicinin ediminin konusunun meselâ, aynı arsa üzerine iki binanın inşası olduğu, fakat inşaatın teslim tarihinde sadece bir bloğun tamamlandığı, ikinciye ise henüz başlanmadığı bir olayda da kabul edilmelidir. Bu durumda iş sahibinin ifa menfaatin kısmen karşılandığı ve sözleşmeden ancak tamamlanmayan blok için dönülebileceği kabul edilmelidir.

Bu nedenlerle kısmî ifa ve kısmî dönme meselesi, kendi içinde iki özelliği barındırmaktadır: 1. Kısmi dönme mecburiyeti, 2. Kısmî dönme yetkisi.

**Kısmî dönme mecburiyeti:** Buna göre, bölünebilir bir edim alacaklının iradesiyle kısmen ifa edilmişse, sözleşmenin tamamından dönmenin hakkaniyete aykırı düşeceği de açıkça ortadaysa, artık alacaklının sadece kısmî dönme hakkının bulunduğu, sözleşmenin tamamından dönemeyeceği kabul edilmektedir. Yukarıdaki

<sup>1116</sup> Kanaatimce bu tip sözleşmeler sürekli edimli borç ilişkisi doğurmaz. Çünkü burada alacaklı iş sahibinin ifa menfaatinin zamanla bir ilişkisi bulunmamaktadır. Bu tip sözleşmede zaman sadece boyama işinin tamamlanması için kabul edilmiş azamî bir limittir. Karş. **Öz** (Dönme), s.22.

villa örneğindeki durum böyledir<sup>1117</sup>. Benzer bir örnek, sözleşmenin aynı arsa üzerine inşa edilecek iki ayrı bloktan birinin kısmen veya tamamen yapılmış olması<sup>1118</sup>, fakat diğer bloğun inşasında temerrüde düşülmesinde de vardır<sup>1119</sup>. Bu durumda iş sahibi, sadece ifa edilmemiş olan ikinci bloğun yapılmasındaki temerrüt nedeniyle sözleşmeden kısmen dönebilmelidir. Bunun sonucu ise, iş sahibinin ilk bloğun eksik ve ayıpları için sahip olduğu hakları kullanmaya devam edebileceği, ikinci blok nedeniyle de dönmenin hukuki sonuçlarının uygulanacağıdır.

Aynı şekilde inşaatın kısım kısım ifa edilmesi kararlaştırılmış ve bazı kısımlar teslim edilmişse, sözleşmeden dönme sadece ifa (teslim) edilmeyen kısımlara ilişkin olacaktır.

Taraflarca sözleşmenin sona ermesinin sadece ileriye yönelik etki doğuracağını kararlaştırılması (kısmi dönme mecburiyeti) durumunda da, inşaatın yapılan kısmı dönmeden etkilenmeyecek, daha doğru bir ifadeyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici yaptığı işin bedelini, arsa payı olarak talep edebilecektir.

**Kısmî dönme yetkisi:** Bölünebilir olmayan bir edimin, teknik olmayan anlamda kısmen ifa edilmesi durumunda (meselâ sadece kaba inşaatın yapılmış olması)<sup>1120</sup> alacaklı, bunu kısmî ifa olarak kabul ettiğini dönme sırasında veya daha önce açıklamışsa, artık sözleşmenin tamamından değil kısmî dönmenin mümkün olduğu kabul edilmelidir. İrade serbestîsi ilkesi gereğince iş sahibi, henüz tamamlanmamış bir yapıyı da ifa olarak kabul edebileceğinden, kısmî dönmeye ilişkin ilkelerin bu durumda da uygulanması gerekir. Diğer bir ifadeyle her ne kadar teknik anlamda kısmî ifa sayılmasa da, iş sahibince inşaatın yapılan kısımlarının, dönmeden önce veya dönme sırasında ifa olarak teslim alınması durumunda, artık kısmî ifaya ve kısmî dönmeye ilişkin hükümlerin en azından kıyas yoluyla bile uygulanamayacağını ileri sürülmesi yerinde olmayacaktır.

Alacaklı inşaatın yapılmış olan kısmını ifa olarak kabul ettiğini iki şekilde açıklayabilir. İlk olarak iş sahibi, açıkça sadece ifa edilmemiş edimlerden döndüğünü

<sup>1117</sup> İsviçre Federal Mahkemesi 03.09.1991 tarihli bir kararında, toplam 7 adet asansörün takılması işinde, ilk 5 asansörün takılmasından sonra, iş sahibinin ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirmesini mümkün ve geçerli saymıştır. Karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung 1995, s.75, 76.

<sup>1118</sup> Bu bloğun ifa olarak kabul zorunluluğunun bulunup bulunmadığı, somut olayın özelliklerine ve özellikle ilk bloğun eksik olup olmamasına göre belirlenecektir. İlk blok, birinci bölümde de açıklandığı gibi ifa olarak kabul edilmesi gereken ölçüde tamamlanmışsa, kısmî ifaya ilişkin sonuçların uygulanması gerekir.

<sup>1119</sup> **Öz** (Dönme), s.211, dn.92.

<sup>1120</sup> Kanaatimce doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, yarım bırakılmış bir yapının BK. m.68 anlamında kısmî ifa olarak kabul edilmesi yerinde değildir. **Öz** (Dönme), s.43, dn.106.

beyan edebilir. Nitekim uygulamada bu durum, iş sahibinin feshin ileriye etkili olduğunu açıklaması olarak benimsenmektedir<sup>1121</sup>.

İkinci olarak ise, inşaatın yapılmış olan kısımlarının dönmeden önce ifa olarak kabul edilmiş olmasıdır. Meselâ 5 katlı bir apartmanın inşa edileceği bir sözleşmede, yüklenici ilk iki kattaki bağımsız bölümleri tamamlayarak teslim etmiş ve iş sahibi de bunları ifa olarak kabul etmişse, artık iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını, sadece tamamlanmamış olan diğer üç kat için kullanabileceği, fakat yüklenicinin ilk iki katın geç teslim edilmiş olması (daha doğru bir ifadeyle gereği gibi ifa edilmemiş olması) nedeniyle ortaya çıkan zararlardan sorumlu olmaya devam edeceği kabul edilmelidir.

### C. Kısmî Dönmenin Hukukî Sonuçları

Kısmî dönmenin değil de, tam dönmenin söz konusu olması durumunda, iş sahibi verdiği (para veya arsa payı) geri talep edebilecek, fakat arsasındaki inşaatın piyasa değerini de yükleniciye iade etmekle yükümlü olacaktır.

Kısmî dönmenin sonucu ise, dönmenin sadece ifa edilmeyen edimleri etkilemesi, alacaklının ifa edilen edimler için gereken bedeli ifayla yükümlü olmasıdır<sup>1122</sup>. Ayrıca kanaatimce, eğer ifa edilen kısım gereği gibi ifa edilmemişse, alacaklı bu sebepten doğan müspet zararının meselâ gecikme zararının ve cezai şartın tazminini de talep edebilmelidir<sup>1123</sup>.

**Bedelin para olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde** kısmî dönme kurumunun iki açıdan önemi vardır. Bu nedenle kısmî dönme, ilk olarak, yüklenicinin kısmî dönmeden önce, bedel alacağını temlik etmesi ve ikinci olarak ise iş sahibinin müspet zararının tazmini talebi bakımından incelenmelidir.

Kısmî dönme, yapılmış olan işe etki etmeyeceğinden, yüklenici yapılan işin bedelini talep edebilir. Yüklenicinin bu talebi, bedelin ifası niteliğindedir. Yüklenicinin bu

<sup>1121</sup> İsviçre hukukunda da yüklenicinin inşaata başlamasından sonra iş sahibinin teknik anlamda sözleşmeden (geçmişe etkili – ex tunc) dönme (Rücktritt) yerine, sözleşmenin (ileriye etkili – ex nunc) feshini (Kündigung) tercih edebileceği kabul edilmektedir. [**Gauch** (Werkvertrag), s.195, no:685; **Gauch** (Fristen und Termine), s.15; **Walter** (Mehrkosten), s.142; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244 ve 246; **Trümpy-Jäger**, s.144; **Bögli**, s.251, no:420; **Aral**, s.356]. Bu durumda fesih anına kadar yapılan iş, fesihten etkilenmeyecek, sadece ifa edilmemiş edimler ortadan kalkacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi de bu görüşü benimsemiştir: BGE 114 II 158 ve BGE 116 II 452. [Bu yöndeki diğer kararlar için bak. Schweizerische Baurechtstagung 1995, s.77, 78; Schweizerische Baurechtstagung, 1993, Band I, s.77; **Walter** (Mehrkosten), s.142]. Buna göre, yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi, eser sözleşmesinden dönme yerine feshi tercih ederse, iş sahibi işin yapılan kısmını, yüklenici ise işin yapılan kısmının karşılığını (kısmi bedeli) sözleşmeye göre talep edebilir. Fakat iş sahibi, yapılan işin karşılığında fazla bir ifade bulunmuşsa, bu fazlalığı da talep edebilecektir **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:687.

Kanaatimce inşaat sözleşmeleri ani edimli sözleşmeler olduğundan, dönme yerine fesih teriminin kullanılması yerine, kısmi dönme kavramının tercih edilmesi daha doğru olur. Bu nedenle, bu itirazımız saklı kalmak üzere doktrinde ileri sürülen bu görüş çalışmamızda da benimsenmiştir.

<sup>1122</sup> Burada yüklenicinin talep edebileceği bedel, aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın fark teorisine göre talep edilmesinde olduğu gibi hesaplanacaktır. Bu nedenle ilgili kısımdaki açıklamalara yollama yapılmasıyla yetinilmiştir.

<sup>1123</sup> Karş. **Aral**, s.364.



talebinin bedelin ifası niteliğinde olmasının özelliği ise, yüklenicinin kısmî dönmeden önce bu alacağını üçüncü bir kişiye temlik etmiş olmasında görülür. Bu durumda alacağı temlik alan, söz konusu bedelin kendisine ifasını talep edebilir. Fakat bu olayda kısmî dönme değil de tam dönme olsaydı, yüklenicinin bedel alacağı ortadan kalkacaktı. Bu nedenle iş sahibinin bedeli ödemesi gerekmeyecekti. Bu ihtimalde, iş sahibinin elindeki inşaatın değerini iade etme borcu ise, niteliği gereği bedel borcu olmadığından, alacağı temlik alan, bu iade borcunu da temlik aldığı iddia edemeyecektir.

İkinci olarak kısmî dönme durumunda, inşaatın yapılan kısmı sözleşme gereğince ifa edilmiş sayılacağından, iş sahibinin bu kısmın gereği gibi ifa edilmemesinden doğan zararlarını talep etme hakkı da bulunacaktır. Buna göre meselâ kısmî dönme tarihinde inşaatın yapılan kısmının gecikmiş olması durumunda iş sahibinin bu sebepten doğan zararlarını tazmin hakkı bakidir.

**Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde** kısmî dönme durumunda yüklenici, toplamda alması gereken arsa paylarını, yapılan işin orana göre talep edebilecek, iş sahibi ise, yapılmış olan kısmın gereği gibi ifa edilmemesinden doğan bütün zararının tazminini talep edebilecektir<sup>1124</sup>.

Yüklenici, arsa paylarının kendine talep yönündeki alacağını daha önce üçüncü kişilere temlik etmişse, bu kişiler yapılan işin oranına uygun olarak arsa payının kendi adlarına tescilini talep edebileceklerdir.

#### **IV. İNŞAAT, ÖZELLİKLE DE ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDEN DÖNME KONUSUNDA DOKTRİNDE İLERİ SÜRÜLEN GÖRÜŞLER**

Türk hukukunda hâkim görüşe göre, inşaat sözleşmesinden dönme üzerine yüklenici, iş sahibinden yaptığı inşaatın maliyet giderlerini talep edebilir<sup>1125</sup>. Buna göre, yüklenicinin alacağı, malzeme ve işçilik giderlerinden oluşacaktır. Bu görüşün kabul edilmesi durumunda, özellikle inşaat seviyesinin çok ilerlemiş olması hâlinde yüklenicinin sadece malzeme ve işçilik masraflarını alması nedeniyle yüklenicinin mağdur olduğu, iş sahibinin ise haksız yere zenginleştiği bir gerçek olarak ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, sözleşmeden dönme üzerine, yüklenicinin sadece malzeme ve işçilik tutarında bir alacağı sahip olacağını kabul eden hâkim görüş taraftarları,

<sup>1124</sup> **Gauch**'a göre ise bu durumda iş sahibi, menfi zararının ve sözleşmenin tamamen tasfiye edileceğine duyduğu güvenin boşa çıkmasından doğan zararının tazminini talep edebilir. **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:689.

<sup>1125</sup> Hemen belirtelim ki, fesih görüşünün ortaya çıkması bu kabule dayanmaktadır. Bu nedenle fesih görüşünün taraftarları da, yüklenicinin sadece malzeme ve işçilik oranında bir talepte bulunabileceğini kabul etmektedirler. Fakat inşaatın seviyenin ilerlediği durumlarda ise bu kurala bir istisna getirmektedirler.

inşaatın seviyesinin çok ilerlemiş olması durumunda bunun, hakkaniyete aykırı sonuç doğurup doğurmadığı konusunda görüş ayrılığına düşmüştür.

### **Dönmenin Feshe Tahvil Edilemeyeceği Yönündeki Görüşler**

**Tandoğan**'a<sup>1126</sup> göre, inşaat seviyesi ne kadar ilerlemiş olursa olsun, dönmenin sınırlanması mümkün değildir. İnşaat tamamlanarak teslim edilmedikçe dönme daima, sözleşmenin tamamını kapsar, bunun fesih olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda da sebepsiz zenginleşme hükümleri gereğince, iş sahibinin malvarlığındaki artışın iadesi gerekir<sup>1127</sup>. Temerrüde düşen yüklenicinin, inşaatı tamamlayan yüklenici gibi kârdan pay alması hakkaniyete uygun düşmez. Ayıplı ifa durumunda yüklenicinin korunmasını gerektiren sebepler temerrüt durumunda bulunmaz. Bu nedenle BK. m.360/III'ün kıyasen uygulanabileceğinin ileri sürülmesi gereksizdir<sup>1128</sup>. Kusuruyla temerrüde düşen yükleniciye, yaptığı işle orantılı arsa payı verilmesi, yüklenicinin korunması anlamına gelir ki buna gerek bulunmamaktadır<sup>1129</sup>.

Yazarın görüşüne gerekçe olarak belirttiği bir hüküm de, BK. m.371'dir<sup>1130</sup>. Bu hükme göre, yükleniciye yaptığı işin bedelinin verilmesi için yüklenicinin kusurunun bulunmaması gerektiği belirtilmişken, temerrüt hâlinde de aynı sonuca varılması durumunda, anılan hükümde geçer kusuru olmaksızın biçimindeki ifadenin hiçbir önemi kalmaz.

**Öz**'e göre de sözleşmeden dönme daima geçmişe etkilidir<sup>1131</sup>. İnşaat seviyesinin çok ilerlemiş olması nedeniyle dönmenin fesih olarak yorumlanması doğru değildir. Fakat yüklenicinin temerrüde düşmede kusuru bulunmuyorsa, yüklenici malzeme ve işçilik giderlerini aşan uygun bir tazminat talep edebilmelidir<sup>1132</sup>.

### **İnşaat Seviyesinin İlerlemiş Olması Durumunda Dönmenin Feshe Tahvil Edilmesi Gerektiğine Yönündeki Görüşler**

Temelde Tandoğan gibi, dönmenin geçmişe yönelik etkisini kabul eden **Sungurbey**<sup>1133</sup> ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda, inşaatın çok büyük bir kısmı tamamlanmışsa, geçmişe yönelik dönmenin hakkaniyete aykırı olacağını, bu nedenle dönmenin yerini feshin aldığı için

<sup>1126</sup> **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.35 vd; **Tandoğan** (YHD. 1982/IV), s.498 vd.

<sup>1127</sup> Bu görüşte: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.76 vd. Ancak yazar yeni dönme görüşüne taraftar olduğundan, iade borcuna, sebepsiz zenginleşme hükümlerinin değil, sözleşmenin ifasına ilişkin hükümlerin uygulanacağını kabul etmektedir.

<sup>1128</sup> **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.36. Aynı gerekçelerle: **Öz** (Dönme), s.211 vd.

<sup>1129</sup> **Öz** (Dönme), s.218.

<sup>1130</sup> **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1), s.41.

<sup>1131</sup> **Öz** (Dönme), s.210 vd.

<sup>1132</sup> **Öz** (Dönme), s.220.

<sup>1133</sup> **Sungurbey** (YHD. 1982/II), s.173 vd; **Sungurbey** (YHD. 1982/VI), s.749 vd; **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.13 vd; **Sungurbey** (YHD. 1984/VI), s.781 vd. Bu görüşte: **Erman** (İnşaat), s.97, 102.

kabul edilmesinin gerektiğini savunmaktadır. Yazar bu görüşünü, ayıptan doğan dönme hakkını sınırlayan BK. m.360/III hükmüne (kıyasen) dayandırmaktadır<sup>1134</sup>. Nasıl ki, iş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaat sözleşmelerinde ayıp hâlinde dönme kural olarak yasaklanmışsa, aynı kuralın inşaatın çok büyük bir kısmının tamamlanmakla birlikte yüklenicinin temerrüdü hâlinde de kıyas yoluyla dikkate alınması gerekir. Bu nedenle inşaatın seviyesinin çok ilerlediği durumlarda, yüklenicinin arsa payından mahrum edilerek, ona para verilmesi yerinde değildir. Hakkaniyete en uygun çözüm şekli, eksiklik oranında arsa payında indirim yapılmasıdır. Bu durum hiçbir zaman, yüklenicinin hak ettiğiinden fazlasını alması anlamına gelmez. Bu görüşte iş sahibi, yüklenicinin temerrüde düşmede kusurlu olması hâlinde, yapının zamanında tamamlanamamış olmasından doğan bütün zararlarının tazminini de talep edebilecektir.

Yazara göre, eser (inşaat) sözleşmesi ani edimli borç ilişkileri ile sürekli borç ilişkileri arasında karma bir yapıya sahiptir. Bu nedenle sürekli borç ilişkilerine dair kuralların da gerektiği durumlarda dikkate alınması gerekir. Ayrıca yazara göre, BK. m.371'deki hükmün anlamsız kalacağı yönündeki eleştiri de yerinde değildir<sup>1135</sup>. Çünkü yazarın kabul ettiği sistemde iş sahibi ayrıca, uğradığı bütün zararın tazminini de talep edebilmektedir.

Eser sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere yakın bir özellik taşıdığını savunan **Serozan**'a göre<sup>1136</sup>, inşaat sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü üzerine sözleşmeden dönme, fesih niteliği taşır. Diğer bir ifadeyle burada ifa edilmiş edimler, dönmeden (fesihten) etkilenmez. Bunun sonucu olarak da inşaat sözleşmesinde teknik anlamda dönmeye yer yoktur.

Benzer bir görüşü savunan **Koller**'e göre<sup>1137</sup> yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin seçimlik haklarını kullandığı sırada iş sahibi işe başlamışsa, artık iş sahibinin sahip olduğu haklar ve bunların koşulları konusunda, ayıplı ifaya ilişkin haklardan ve buna ilişkin ilkelerden yararlanılması gerekir<sup>1138</sup>. Bu nedenle yazara göre, bu ihtimalde iş sahibi bedelde indirim hakkına kıyasen ya inşaatın tamamlanmasından vazgeçerek

<sup>1134</sup> **Sungurbey** (MHS, C.IV), s.466. Yazar, kendi görüşüyle sonuç itibarıyla paralel olan ve “*bilimsel gerçeğin büyük bir üstünlük ve parlak bir zafer(i)*” olarak nitelediği 1984 tarihli YİBK.'ni, gerekçesinde BK. m.360/II ve III hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanmasını reddettiği için eleştirmektedir. **Sungurbey** (YHD. 1984/VI), s.782.

<sup>1135</sup> **Sungurbey** (YHD. 1982/VI), s.761; **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.23.

<sup>1136</sup> **Serozan** (Dönme), s.184 vd. Bu görüşte: **Özyörük**, s.86.

<sup>1137</sup> **Koller** (BernKomm. Art. 363–366), s.295, no:365.

<sup>1138</sup> Karş. **Vygen / Schubert / Lang**, s.9, no:1 ve özellikle s.64, no:89; **Gauch** (Werkvertrag), s.196, no:688; **Gauch** (Fristen und Termine), s.15; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:23; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.291, no:773; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244; **Brunner** (Unvorhergesehenes), s.216; **Walter** (Mehrkosten), s.142; **Trümpy-Jäger**, s.143; **Stotz**, s.22; **Bögli**, s.252, no:420; **Hartmann** (Rückabwicklung), s.31, no:67; **Altaş** (Eserin Telef Olması), s.155. Yapma borçları için genel olarak bu görüşte: **Akkanat** (Borcun İfa Edilememesi), s.141. Karş. **Erman** (İnşaat), s.75, 76.

müspet zararının tazminini ya da ayıplı ifadaki dönme hakkına kıyasen, dönme hakkını kullanabilmelidir. Yazara göre dönme hakkının kullanılabilmesi, ayıplı ifadaki dönme koşullarına bağlıdır.

Buna göre eğer inşaat sözleşmesinde, yüklenici yapının oluşturulmasına başlamışsa, artık bu noktadan sonra geçmişe etkili dönme yerine, feshe benzer bir sonuç doğuran kısmî dönmenin<sup>1139</sup> kabul edilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle burada dönme, sadece ileriye etkili olmalı ve henüz ifa edilmemiş bulunan edimler bakımından sonuç doğurmalıdır. Fakat yüklenici inşaatı hiç başlamamışsa, geçmişe etkili dönmenin mümkün olduğu kabul edilmelidir.<sup>1140</sup>

Buna göre iş sahibinin edimi bu hâliyle kabul etmesinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenememesi hâlinde bu hak kullanılabilir. Kanaatimce bu görüşün Türk Hukukuna aynen uygulanması, özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin yaptığı işin seviyesi ne olursa olsun, yaptığı işin değerini arsa payı olarak talep edebilmesi sonucunu doğurur ki bu yerinde olmaz.

#### **V. ARSA PAYI KARŞILIĞI İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜ NEDENİYLE İŞ SAHİBİNİN SÖZLEŞMEDEN DÖNMESİ KONUSUNDA YARGITAY'IN TUTUMU**

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, inşaatın iş sahibine ait arsa üzerine yapılması, inşaatın yapılmasının uzunca bir zamanı gerektirmesi ve inşaat seviyesi ilerledikçe yükleniciye bazı bağımsız bölümlerin tapularının verilmesi gibi nedenlerle, Yargıtay bu sözleşmelerin sona ermesinde, sürekli borç ilişkilerine ait özelliklerin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir. Bu konuda 1980'li yılların ortalarına kadar uygulamada oluşan içtihat uyuşmazlığının giderilmesi<sup>1141</sup> amacıyla, 25.01.1984 tarihinde 1983/3 E. 1984/1 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı<sup>1142</sup> çıkarılmıştır. Bu tarihten sonra da, uygulama hep bu karara uygun olarak şekillenmiştir.

Bu kararın temel özellikleri şöyle özetlenebilir:

➤ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüde düşmesi hâlinde, BK. m.106 – 108 hükümleri uygulanır.

<sup>1139</sup> Kısmî dönme hakkında bak. *Molitor* (Kündigung), s.14.

<sup>1140</sup> Bu yönde: *Vygen / Schubert / Lang*, s.64, no:89; *Nicklisch* (JZ. 1984/17), s.757; *Enders*, s.1; *Frank* (Hafung), s.84. Karş. *Christodoulou*, s.148; *Zeltner*, s.83, no:216; *Molitor* (Kündigung), s.19.

<sup>1141</sup> 15. Hukuk Dairesi yerleşik kararlarıyla, sözleşmeden dönme durumunda BK. m.360/III hükmünün de uygulama alanı bulacağını, bu nedenle temelde bedelde indirim tarzı bir hesabın yapılacağını kabul etmekteydi. Fakat **06.10.1982 tarih ve 15-356 / 817 sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında** ise (YHD. 1982/12, s.1632 vd), tamamen aksi yönde bir sonuca varılmış ve geçmişe etkili dönmenin söz konusu olacağı ve iadenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre yapılacağı kabul edilmiştir. Bu konudaki tarihi gelişim ve YİBK. öncesindeki söz konusu kararlar hakkında bak. *Tandoğan* (BATİDER, 1981/1), s.7 vd; *Öz* (Dönme), s.199 vd.

<sup>1142</sup> YKD, 1984/4, s.501. Bu karar hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bak. *Sungurbey* (YHD. 1984/VI), s.781 vd; *Öz* (Dönme), s.204 vd; *Öz* (İnşaat), s.156; *Akkayan Yıldırım* (Kat Karşılığı İnşaat), s.73.

➤ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri temelde ani edimli olmakla birlikte, Kanun sürekli borç ilişkilerine ait bazı sonuçlara da yer verdiğinden, bu sözleşme “geçici – sürekli karmaşığı” bir nitelik taşır.

➤ Sözleşmeden dönme durumunda, somut olayın özelliklerinin, özellikle de inşaatın seviyesinin<sup>1143</sup> ilerlemiş olmasının haklı göstermesi nedeniyle, dürüstlük kuralları da dikkate alınarak, sözleşmenin ileriye etkili olarak sona erdiği (feshedildiği) kabul edilebilir<sup>1144,1145</sup>. Bu sonuca ulaşılmasında, BK. m.360/III hükmünün kıyas yoluyla

<sup>1143</sup> Yargıtay bu davalarda inşaatın seviyesinin yüzdelik olarak belirlenmesini talep etmektedir. Bu ise kuşkusuz teknik bir meseledir. Fakat kısa bir bilgi vermek için, uygulamada kullanılan ve SSK. Genel Müdürlüğünce hazırlanan “Binalarla İlgili Tesbitler Yapılırken Yararlanılabilecek Yüzdeler” kataloğundan kısaca bahsetmekte yarar vardır. Buna göre yapının seviyesi belirlenirken, öncelikle yapının niteliği dikkate alınarak, hangi tabloya dâhil olduğu tespit edilmelidir. Bu tablonun **4 – 8 katlı binaların seviyesine ilişkin oranları** şöyledir:

a. Kaba inşaat	: %40	e. Dış sıva	: %2	ı. Sıhhi tesisat	: %7
b. Çatı	: %4	f. Boya, Badana	: %3	k. Kalorifer tesisatı	: %8
c. Doğrama	: %10	g. Kaplamalar	: %9	l. Müteferrik işler	+ : %7
d. İç sıva	: %5	h. Elektrik tesisatı	: %5		% 100

Bu tablodaki terimlerin kapsamları ise şöyle açıklanmıştır.

“Kaba İnşaat” a temel kazı, dolgu ve imalatı, blokaj, grobeton ve su basman duvarları ile katların betonarme ve duvar işleri dâhildir.

“Çatı” ya çatının ahşap, çinko ve kiremit işleri, yağmur inişleri, harpusta duvarları, teras tecridi ve kaplaması dâhildir.

“Doğrama” ya ahşap kapı, percereler, cam ve madeni aksamı dâhildir.

“Kaplamlar” a döşeme ve duvar kaplamaları, fayans, tecrit, dolgu ve curuf betonları dâhildir.

“Müteferrik işler” e demir imalâtı (kapı, merdiven ve balkon korkulukları), denizlik ve parapetler, tezgâh altı ve üstü dolapları, gömme dolap, davlumbaz, bacalar, baca küllük, temizleme kapakları ve temizlik dâhildir.

Bu bilgiler için bak. Bayındırlık ve İskân Müdürlüğü Hizmet İçi Eğitim Semineri, İzmir 1996, s.137

<sup>1144</sup> İnşaatın geldiği hangi seviyenin ileriye etkili feshi zorunlu kıldığına tespiti konusunda Yargıtay kararları 1995 öncesi ve sonrası olarak iki döneme ayrılabilir. 1995 öncesinde genel olarak %65 - 70’lik seviye ileriye etkili fesih için yeterli görülmüştür.

**YHGK. 27.01.1988, E. 1987/15–509, K. 1988/48:** “... inşaatın % 65'nin tamamlanmış olduğu, % 35'inin yapılmadığı ... tespit edilmiş bulunmaktadır. ... tümü itibariyle işin % 65'inin ikmal edildiği gözetilerek işin ortaya çıkan bu özelliği ve kapsamı bakımından kısmi ifalarının karşılığı olmak üzere sözleşmelerinde öngörülen bağımsız bölümler oranlanarak hangilerine ve ne kadarına hak kazandıklarının belirlenmesi suretiyle feshin ileriye etkili (ex nunc) şeklinde kabulüne karar verilmesi gerekir...” (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 01.12.1986, 436/4040** sayılı kararında %65’lik seviye ileriye etkili fesih için yeterli görülmüştür. **15. HD. 24.09.1991, 993/4323 sayılı kararında** %69’lik, **15. HD. 27.09.1989, 889/3881 sayılı kararında** ise %70’lik oran, ileriye etkili fesih için yeterli görülmüştür. (Bu son üç karar için bak. **Karahasan**, s.728). Ayrıca bak. **Özyörük**, s.70 vd.

Fakat 1995 yılından sonra yüksek mahkeme istikrarlı olarak, ileriye etkili fesih için en azından %90’lık bir tamamlanma oranı aramaya başlamıştır.

**15. HD. 12.12.1997, 3723/5352:** “... sözleşmenin fesh edildiği tarih itibariyle inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kıstas olarak belli bir oranı kabul etmek doğru değilse de, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu -olayın özelliğine göre- % 90'ın üzerindeki bir oranın, ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir.” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 10.06.1999, 1658/2437:** “... Davadan önce yaptırılan delil tespitine göre, inşaatın % 73 seviyesinde olduğu saptanmış ve bu tespite dayanılarak, eldeki fesih davası açılmıştır. Her dava, kural olarak, açıldığı tarihteki koşullara göre değerlendirilir. Ne var ki, delil tespitini takiben ihtiyati tedbir kararı alınmadığı ve dava dilekçesi de böyle bir talebi içermediği için yüklenici devam etmek suretiyle inşaatı % 92 seviyesine getirmiş ve bu husus, yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu ile tespit edilmiştir. Yine Dairemizin uygulamasına göre, davadan sonra inşaatın % 90'nın üzerinde bir seviyeye getirilmesi halinde, artık geriyeye etkili biçimde feshe (dönme) karar verilemez. Bu fesih, ileriye etkili olmalıdır...”

uygulanması reddedilmiş, fakat bu sonuç Medenî Kanununun 2. maddesine dayandırılmıştır<sup>1146</sup>.

➤ Bu durumda yüklenici, kısmi ifasının bedelini; iş sahibi de yüklenicinin kusuruna bağlı tüm zararlarının (müspet zararının, cezaî şart da dâhil<sup>1147</sup>) tazminini talep edebilecektir.

Bu karardan sonraki uygulamada, inşaatın büyük bir kısmının tamamlanmış olması durumunda, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmesinin ileriye etkili olacağı, yüklenicinin yaptığı inşaatın bedelini aynen (arsa payı olarak); iş sahibinin ise müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmektedir. Bunun belirlenmesinde ise, inşaatın seviyesinin ileriye etkili feshi haklı kılması biçiminde bir koşulun varlığı araştırılmaktadır. Diğer bir ifadeyle inşaatın geldiği seviye itibariyle feshin mi (ileriye etkili), yoksa dönmenin mi (geçmişe etkili) olacağına karar verilecektir<sup>1148</sup>.

---

(YKD.2000/3, s.405). Bu kararlar Yargıtay, dava açıldıktan sonra yüklenici seviyeyi arttırmışsa, artan bu yeni seviyenin dikkate alınacağını kabul etmiştir.

**15. HD. 10.03.2003 E. 2003/492, K. 2003/1152:** "... İfa ile sonuçlanmayan sözleşmenin feshi ve bu sözleşme uyarınca gerek yüklenicilere gerekse yüklenicilerden 3. kişilere geçirilen tapuların iptali davasında; inşaatın getirildiği seviye %82.03 olup bu seviye feshin ileriye etkili yapılmasını haklı kılmaz..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 14.01.2004, E. 2003/3057, K. 2004/88:** "... İnşaatın büyük oranda tamamlanması (%90 üzerinde) durumunda Medenî Kanununun 2.maddesi hükmünce akdin ileriye dönük feshi kabul edilebilir..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 10.03.2004, E. 2003/4328, K. 2004/1320:** "... Yüklenicinin arsa sahiplerine ait parseller üzerinde yaptığı inşaatın seviyesinin %86 olması, sözleşme konusunun bütününe göre bu fiziki seviyenin çok daha düşük olacağı sonucunu ortaya koymakta ve bu haliyle borçlu temerrüdüne düşen yüklenicinin yapmayı tamamladığı kısmın kapsamına göre ileriye etkili feshin sonuçlarından yararlanma olanağı bulunmamaktadır..." (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 04.02.2005, E. 2004/7507, K. 2005/505:** "... inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ... hükmedilmeli(dir)..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1145</sup> Yargıtay'a göre, inşaat seviyesi bu ölçüde ilerlememiş olsa bile iş sahibi feshin ileriye etkili olmasını talep edebilir. **15. HD. 07.04.2004, E. 2003/4795, K. 2004/1968:** "... Dava konusu olayda; inşaatın seviyesi akdin ileriye etkili feshini haklı kılmamaktadır. İleriye etkili fesih kararı verilebilmesi için işin ifayı kabulden kaçınılamayacak bir seviyeye getirilmesi gerekmektedir. Ne varki davacı kendi istemiyle ileriye etkili feshi talep ettiğinden, akdin ileriye etkili feshine karar verilmelidir. İleriye etkili feshin sonuçları dikkate alındığında davacı arsa sahipleri, yüklenicinin işi geciktirmesinden doğan kira alacaklarını talep edebileceklerdir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1146</sup> **Öz** (Dönme), s.208. BK. m.360'ın özel nitelikli hükmü varken, genel kuralın uygulanmasını yerinde bulmayan bir görüş için bak. **Sungurbey** (YHD. 1984/VI), s.782; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.78.

Bazı yazarlar, ileriye etkili fesih için yeterli seviyenin tespitinde, yüklenicinin temerrüde düşmesindeki kusurunun da dikkate alınması gerektiğini, yüklenicinin kusursuz olması durumunda, inşaat seviyesi ne olursa olsun, yükleniciye arsa payı verilmesinin gerektiğini savunmuşlardır. **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.80.

<sup>1147</sup> **Kocağa** (Cezaî Şart), s.195; **Oğuzman/Öz**, s.903; **Öz** (İnşaat), s.157. İş sahibinin bu talepleri, BK. m.126/IV gereğince 5 veya 10 yıllık zaman aşımını sürelerine bağlıdır.

**15. HD. 04.06.1998, 2081/2403 sayılı kararından:** "Akdin ileriye etkili feshi halinde, sözleşmede belirtilen cezaî şarta hükmedilir, geriye etkili fesih durumunda ise cezaî şart isteği reddedilir." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1148</sup> Bu uygulamanın yerinde olduğu yönünde: **Sungurbey** (YHD. 1984/VI), s.781 vd; **Erman** (İnşaat), s.97.

Hemen belirtelim ki, iş sahibinin BK. m.358/I hükmüne göre inşaat sözleşmesinden dönmesi durumunda, Yargıtay böyle bir incelemeye gerek olmaksızın, doğrudan dönmenin söz konusu olacağını kabul etmektedir<sup>1149</sup>.

Yargıtay uygulamasına göre sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceği kabul edilebilen hâllerde, sözleşmede aksine (sözleşmenin daima geçmişe etkili olarak feshedileceği) hüküm varsa bunların geçerli oldukları kabul edilmektedir<sup>1150</sup>.

Yargıtay uygulamasıyla dönmenin ileriye etkili olacağını kabul edilmesinin hukukî sonucu, aslında sözleşmenin feshi anlamına gelir<sup>1151</sup>.

Yargıtay'a göre feshin söz konusu olacağı hâllerde yüklenici, yaptığı işin bedelini talep edebilecektir. Bu bedelin belirlenmesinde ayıplı ifadaki bedelde indirim tarzı bir yöntem uygulanmaktadır. Buna göre, sözleşmenin feshi itibarıyla inşaatın tamamlanması için gereken masrafların toplam bedelden düşülmesiyle, yükleniciye verilecek olan bedel bulunacaktır<sup>1152</sup>. Bedelde indirim, arsa payında indirim olarak uygulanacaktır. Kanaatimce bir bağımsız bölümün taraflar arasında paylı olarak bölünmesi yerinde olmaz<sup>1153</sup>. Bu nedenle bağımsız bölümler taraflar arasında tam olarak dağıtılmalı, eksik veya fazla kısım için parasal bir denkleştirme yöntemi tercih edilmelidir.

İş sahibi ise, inşaatın zamanında tamamlanmamış olmasından doğan bütün zararların (gecikme tazminatı ve cezai şart da dâhil<sup>1154</sup>) tazminini talep edebilecektir.

<sup>1149</sup> Doktrinde de bu uygulamanın yerinde olduğu kabul edilmektedir: **Erman** (İnşaat), s.98, dn.104; **Öz** (Dönme), s.202 vd; **Sungurbey** (YHD. 1983/I), s.20; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.64.

<sup>1150</sup> **Erman** (İnşaat), s.98; **Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.57. Bu yönde: **15. HD. 03.12.1986, 894/4099 [Akkayan Yıldırım** (Kat Karşılığı İnşaat), s.57, dn.47].

<sup>1151</sup> Kısmî dönme bakımından da bu görüşte: **Seliçi** (Sürekli Borç İlişkileri), s.213.

<sup>1152</sup> Bu nedenle **Öz** tarafından ileri sürülen kaygılara gerek olmadığı ortaya çıkmaktadır. **Öz** (Dönme), s.214, 215. Özellikle iş sahibinin inşaatın tamamlanması için yapılması gereken masrafların yükleniciden ayrıca talep edilecek olmasını, iş sahibi bakımından bir risk olarak nitelendirmektedir. Fakat hemen belirtelim ki, böyle bir kaygı gereksizdir. Çünkü Yargıtay tarafından benimsenen sistemde, aynen ayıplı ifadaki bedelde indirim hakkında olduğu gibi, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masraflar, yükleniciye verilecek olan toplam bedelden indirilecektir. Dolayısıyla iş sahibi bu masrafları, almak için **Öz**'ün iddia ettiğinin aksine, yüklenicinin peşinde koşmak zorunda kalmayacaktır.

İş sahibi sadece müspet zararının (gecikme tazminatı) tazmini amacıyla yükleniciden talepte bulunacaktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bu zararını karşılayacak ölçüde bağımsız bölümü yedinde tutarak ödemezlik def'ine başvurabilir. Bu durumda iş sahibi açısından sakıncalı bir durum ortaya çıkmayacaktır. Fakat dönmeden önce arsa paylarının tamamı yükleniciye devredilmişse, iş sahibi müspet zararının parasal olarak tazmini talep etmekten başka bir olasılığa sahip değildir. Bu çözüm ise, Yargıtay'ın getirdiği sistemin değil, dönmenin klasik bir riskidir.

**Sungurbey**'e göre, yükleniciye verilecek olan arsa payından, iş sahibinin müspet zararının da indirilmesi mümkündür. **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi, böyle bir çözüm borçlar hukuku sistemine uygun değildir. **Öz** (Dönme), s.215. Fakat bu tür bir hesap tarzı, pratik olduğu ve usul ekonomisi ilkesine uygun olduğu için, makul karşılanabilir.

<sup>1153</sup> Buna işaret eden: **Öz** (Dönme), s.217.

<sup>1154</sup> **15. HD. 04.06.1998, 2081/2403**: "... Sözü edilen 3/1 sayılı Tevhidi İçtihat gereği aktin ileriye etkili feshi halinde yine sözleşmenin 14. maddesinde öngörülen ceza-i şarta hükmedileceği, aksi taktirde yani feshe geriye etkili olarak karar verilmesi halinde ise ceza-i şart talebinin reddedilmesi gerektiği de gözden uzak tutulmamalıdır..." (**Karahasan**, s.598).

Görüldüğü gibi bu YİBK ile kabul edilen sistem, gerçekte aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın fark teorisine göre tazmininden başka bir şey değildir. Bu nedenle her ne kadar bu kararın yükleniciyi koruduğu ileri sürülse de, kanaatimce bu karar müspet zararın tazmini olanağını sağlaması bakımından iş sahibinin yararındır. Ayrıca menfaatler dengesi bakımından da aleyhe bir yönü bulunmamaktadır<sup>1155</sup>.

Hukukî gerekçeleri dışında, varılan sonuç itibariyle benimsenmesinde bir sakınca görmediğimiz bu YİBK.'ndaki temel hata, kanaatimce Yargıtay'a göre geriye etkili olarak fesih durumunda yükleniciye sadece inşaat yapılan masraflarının verilecek olmasıdır. Çalışmamızda kabul ettiğimiz üzere, dönme üzerine ortaya çıkan edimlerin iadesi borcunun, tarafların kusuru ve/veya işin seviyesiyle doğrudan bir ilişki kurulması yerinde olmaz. İşin seviyesi, olsa olsa, yüklenicinin alacağı para yerine arsa payı olarak ödenmesi noktasında dikkate alınabilir. Bu nedenle çalışmamızda savunduğumuz görüş gereğince, inşaat seviyesi %10 da olsa, %90 da olsa, temel olarak iş sahibinin iade borcu aynı olacak, fakat seviyenin çok ilerlemiş olması durumunda, menfaatler dengesinin de bunu gerektirmesi durumunda, yüklenici para yerine aynı değerdeki arsa payının kendi adına tescilini talep edebilecektir.

Kanaatimce bu YİBK.daki hakkaniyet ölçütü tam olarak ayakları yere basmayan bir ölçüttür. Çünkü bu karar gereğince yüklenici inşaatın çok büyük bir kısmı tamamlamışsa yaptığı işe oranla arsa payı alabilecek, fakat bu oranda tamamlamamışsa sadece malzeme ve işçilik giderili alacaktır. Hakkaniyeti sağlamak amacıyla kabul edilen bu kararın hakkaniyete aykırı olduğu şu örnekte açıkça görülmektedir. Meselâ 2 kat ve toplam 4 bağımsız bölümden oluşan bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenici cebinden meselâ 250.000 – YTL harcayarak inşaatın %90'ının tamamlamış ve temerrüde düşmüşse, yüklenici bu iş karşılığında kâr payı da dâhil olmak üzere (eksikliği neden olduğu bütün zarar ve masrafları karşılamak kaydıyla) bedelin tamamını alacaktır. Fakat hemen yan arsada yapılan 10 kat ve 40 bağımsız bölümden oluşan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde cebinden 5.000.000 – TL harcayarak inşaatın %80'ini tamamlayabilen yüklenici ise, sadece malzeme ve işçilik giderini alacaktır. Bu iki durumun karşılaştırıldığında sonucun hakkaniyete aykırı olduğu açıktır.

Bu nedenle kanaatimce, sözleşmeden dönme (Yargıtay uygulamasına göre geçmişe etkili fesih) durumunda yüklenici, inşaatın geri kalanının tamamlanma masraflarının, sözleşmedeki götürü bedelden düşülmesi sonucu bulunacak tutarda bir alacağı sahip olmalı, fakat hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda, yine belirlenen bu parasal tutarı karşılayan arsa payı yükleniciye verilebilmelidir.

---

<sup>1155</sup> Aksi görüşte: **Öz** (Dönme), s.215.



Sonuç olarak kabul ettiğimiz sistemde, feshin ileriye veya geriye etkili olması gibi bir mantığa yer olmayıp, sadece yüklenicinin alacağına para yerine aynı değerde arsa payıyla ifası gibi bir ihtimal ortaya çıkacaktır. Bu miktarın belirlenmesinde de götürü bedelin belirlenip belirlenmediğine göre bir değerlendirme yapılacaktır.

## § 12. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜYLE İLGİLİ BAZI ÖZEL SORUNLAR

### I. TEMERRÜDÜNÜN KOŞULLARI OLUŞMAMASINA RAĞMEN İŞ SAHİBİNİN TEMERRÜTTEN DOĞAN HAKLARINI KULLANMASI VE BUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

Sözleşmeden dönmenin hukukî sonuç doğurabilmesi için, bunun sebeplerinin açıklanmasına gerek yoktur. İş sahibinin, gerekçesini açıklamaksızın sadece inşaat sözleşmesin sona erdirdiğini açıklaması yeterlidir. Bu durumda iş sahibinin sözleşmeyi, kural olarak BK. m.369 hükmüne göre sona erdirdiği kabul edilmektedir<sup>1156</sup>. Fakat iş sahibi sözleşmeyi sona erdirmeye gerekçesini, meselâ yüklenicinin temerrüdünü, daha sonra da ileri sürebilir.

Uygulamada ise, yüklenicinin temerrüde düşmesi gerekçesiyle sözleşmenin sona erdirilmesinde, genelde bu durum (yüklenicinin temerrüde düştüğü, dönmenin temerrüde dayandığı) açıkça belirtilir. Gerek sebebin açıklanmadığı, gerekse de açıkça belirtildiği bu gibi durumlarda, yüklenicinin temerrüdüne ilişkin koşulların oluşmadığı veya bu koşullar oluşmakla birlikte iş sahibinin ek süre verme yükümlülüğüne aykırı davranarak seçimlik haklarını kullanıldığının yargılama sırasında anlaşılması hâlinde ortaya çıkacak hukukî sorunun özel olarak incelenmesi gerekir.

Öncelikle belirtelim ki, sözleşmede bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunması hâlinde, anılan hükümler uygulanacaktır. Meselâ iş sahibinin sözleşmeyi haklı bir neden olmaksızın sona erdirmesi durumunda, yüklenicinin sahip olacağı hakların ve de özellikle ifa edilmiş ve edilmemiş edimlerin nasıl değerlendirileceği ve yükleniciye cezai şart ödenmesi hususları sözleşmeyle kararlaştırılabilir<sup>1157</sup>.

<sup>1156</sup> **Gautschi**, s.535, no:8, 9a, b; **Öz** (Dönme), s.142.

BK. m.369 hükmüne göre “*Yapılan şey; bitmezden evvel iş sahibi yapılmış olan kısmın bedelini vermek ve müteahhidin zarar ve ziyanını baliğın mabelağ tazmin etmek şartıyla mukaveleyi feshedebilir.*” Görüldüğü gibi bu hükümlerle iş sahibine hiçbir haklı sebebi bulunmasa bile, eser sözleşmesini dilediği zaman sona erdirmeye yetkisi verilmiş ve böylece akde vefa ilkesine açık bir istisna getirilmiştir. Karş. **Ertaş** (Fesih), s.391. Aynı hukuki olanak yükleniciye tanınmamıştır. Bu nedenle yüklenicinin koşulları oluşmamasına rağmen inşaat sözleşmesini feshettiğini veya sözleşmeden döndüğünü açıklaması, sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmayacak, iş sahibi hâla aynen ifayı talep edebilecektir. **Eren** (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi), s.91; **Ertaş** (Fesih), s.392. Fakat Ertaş’ın da gayet yerinde olarak belirttiği gibi, bu durumda iş sahibi açık veya örtülü olarak yüklenicinin bu iradesini kabullenirse, artık sözleşme ilişkisinin sona erdiği sonucuna varılabilir. Bu durumda iş sahibi, sözleşmenin bu biçimde sona ermesinden doğan müspet zararının tazminini talep edebilmelidir.

<sup>1157</sup> Doktrinde gerçek olmayan cezai şart (unechten Konventionalstrafe) olarak nitelenen ve taraflardan birinin hukuka uygun bir eylemi nedeniyle diğer tarafa cezai şart ödemesinin kararlaştırıldığı durumları ifade eden bu tip kayıtların geçerli olduğu genel olarak kabul edilmektedir. Meselâ iş sahibinin BK.

İş sahibinin, yüklenicinin temerrüde düştüğünü ileri sürerek, BK. m.106 gereğince aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği bir olayda, yargılama sırasında bunun koşullarının oluşmadığı ortaya çıkarsa, kanaatimce iş sahibinin gerçekte bulunmayan bir hakkını kullandığı ve böylece hukukî durumun değişmeyeceği (sözleşmenin devam ettiği) sonucuna varılmalıdır<sup>1158</sup>. Diğer bir ifadeyle bu durumda, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçmesinin hükümsüz olduğu ve yüklenicinin inşaatı tamamlama borcunun ortadan kalkmadığı kabul edilmelidir. Fakat bu durumda iş sahibinin iradesinin, her ne olursa olsun sözleşmeyi sona erdirmek olduğu ortaya çıkarsa, artık bu beyanın BK. m.369 gereğince sözleşmenin feshi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Aynı şekilde iş sahibinin, yüklenicinin temerrüdü (veya ayıp nedeniyle) nedeniyle, sözleşmeden döndüğünü (veya uygulamada görüldüğü gibi sözleşmeyi feshettiğini) açıkladığı bir olayda, yargılama sırasında bunun koşullarının oluşmadığı ortaya çıkarsa, doktrindeki hâkim görüş gereğince, iş sahibinin bu biçimde haksız olarak sözleşmeden dönmesi hâlinde, iş sahibinin bu iradesinin BK. m.369 anlamında sözleşmenin feshi<sup>1159</sup> olarak değerlendirilmesi (tahvil) gerekir<sup>1160, 1161</sup>. Fakat bu sonuca

---

m.369'da düzenlenen hakkını kullanması veya vekâlet sözleşmesinin sona erdirilmesini düzenleyen BK. m.396 hükmünün uygulanması durumunda cezai şart kararlaştırılmasında olduğu gibi. Bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.166, no:583; **Mabillard**, s.557; **Bucher** (OR AT), s.525.

<sup>1158</sup> Karş. **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.238.

<sup>1159</sup> Bu hüküm hakkında ayrıntılı bilgi için bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.152 vd; **Brändli**, s.163; **Trümpy-Jäger**, s.138 vd; **Öz** (Dönme), s.138 vd; **Buz** (BK. m.369), s.209 vd; **Eren** (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi), s.91; **Ergezen**, s.115.

Bu hükmün arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabileceği görüşünde: **Yavuz** (ÖBİ), s.526. Aksi görüşte: **Erman** (İnşaat), s.196.

<sup>1160</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:667; **Gautschi**, s.s.247, no:1c; **Gautschi**, s.535, no:8, 9a, b; **Bühler** (Werkvertrag), s.157, no:40; **Koller** (OR AT), s.353, no:129; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.262, no:239, s.285, no:323 ve özellikle no:329 vd; **Koller** (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag), s.66, no:167; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.819; **Bögli**, s.250, dn.131; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471; **Aral**, s.357. Karş. **Öz** (Dönme), s.142.

İsviçre Federal Mahkemesinin görüşü de bu yöndedir. Bak. BGE 98 II 115. Bu kararda Federal Mahkeme, açıkça iş sahibinin ek süre vermeden sözleşmeden döndüğü bir olayda, bu beyanı BK. m.369 anlamında sözleşmenin feshi olarak yorumlamıştır. Bu yöndeki diğer bir karar için bak. Schweizerische Baurechtstagung 1995, s.78.

Aksi görüşte: **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.248, 249; **Buz** (BK. m.369), s.217. Yazara göre bu durumda sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin bu hükme göre feshe tahvil edilmesi genellikle mümkün değildir. Çünkü yazara göre, “batıl hukukî işlemin tahvil edileceği yedek hukukî işlemin taraflara ek yükümlülük getirmemesi, onları daha elverişsiz bir hukukî konuma sokmaması gerekir. Oysa BK. m.358 ... hükümlerine dayanılarak kullanılan dönme hakkının fesih hakkına tahvili, daima iş sahibinin hukukî durumunu kötüleştirecektir”. Yazara göre böyle bir tahvil, ancak iş sahibinin iradesinin neye mâl olursa olsun feshi amaçladığı anlaşılan hâllerde mümkündür.

**15. HD. 08.10.1998, 2263/3752:** “... Burada önemli olan, feshin BK.nun 369. maddesine dayanılarak yapıp yapılmadığının tesbitidir. Bunun için iş sahibinin iradesine bakılır ve o irade yorumlanır. İş sahibi, hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden, gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse BK.nun 369. maddesindeki fesih koşullarının varlığı söz konusu olabilir. İş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanamaz, fesihte haklı olup olmadığı tartışılır...” (YKD. 1999/1, s.215).

**15. HD. 09.12.2004, E. 2003/7040, K. 2004/6389:** “... İş sahibi kooperatif tarafından sözleşme haksız olarak fesih olunmuş ve haksız fesih kabul edilmemiş ise, yüklenicinin ya sözleşmenin aynen ifasını ya

varılabilmesi için yüklenicinin, somut olayın koşulları gereğince, iş sahibinin kesin olarak ifayı talep etmediğini anlamaya / kabul etmeye yetkili olması gerekir<sup>1162</sup>. Diğer bir ifadeyle **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği<sup>1163</sup> gibi böyle bir sonuç, ancak yüklenicinin iş sahibinin beyanına olan güveninin korunması gereken durumlarda söz konusu olur. Eğer alacaklının böyle bir (kesin olarak edimi kabul etmeme) iradesinin bulunduğu ve yüklenicinin de bunu böyle anlamaya yetkili olduğu kabul edilebilirse, inşaat

---

da aynen ifadan vazgeçip ifa yerine geçen olumlu zararını isteyebileceği kuşkusuzdur..." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 30.05.2002, 866/2914:** "... Sözleşme 31.12.1997 tarihinde imzalandığına göre süre sonu 31.12.1998'dir. Fesih 20.7.1998 tarihinde yapılmış olmakla kalan 5 aylık sürede işin tamamlanabileceği ... sabit olmuştur ... Bütün bu hususlar gözönünde bulundurulduğunda BK. 358. maddesi uyarınca erken fesih söz konusu olmakla davalı iş sahibi fesihte kusurludur. Davacı müteahhit ifa edemediği kalan iş tutarına göre kar mahrumiyeti istemekte haklıdır. O halde mahkemece yapılacak iş davacının yapılamayan iş nedeniyle elde edeceği kar kaybından, BK.325. madde uyarınca, işin gerçekleşmemesi nedeniyle yaptığı tasarruf ve başka iş yapması veya yapmaktan kaçınması sonucu elde edebileceği kar tutarı bilirkişiye hesaplatılarak mahsup edilmek (eksiltme yöntemine göre) suretiyle saptanan miktara hükmetmekten ibarettir..." (www.kazanci.com.tr).

**YHGK. 16.06.2004, 15-344/364:** "... davalının (arsa sahibinin) fesih bildirimini haklı nedenlere dayanmadığından sözleşmeye aykırılık sayılır ve davacı bu yüzden uğradığı kazanç yoksunluğu tazminatının ödenmesini isteyebilir. ... taraflar arasındaki anlaşmaya göre ... inşaat sahasına yapılacak olan villaların kendisine yaptırılmamasından dolayı uğradığı kazanç kaybına hükmedilmesi gerekir..." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 25.06.1998, 1591/2793:** "... akdin BK 369'a göre feshedildiği iddiasıyla tapu iptali istenmiş ise de sözleşmede akdin feshi halinde yüklenicinin yapamadığı işi karşılığında tazminat olarak tapu verileceğine dair bir hüküm bulunmadığından, davacı akdin haksız feshi nedeniyle tapuya değil, tazminata "mahrum kaldığı kâra" hak kazanacaktır. Bu talep ise akdin davacının kusuruna dayanılarak feshedilmesi nedeniyle BK'nin 369. maddesine göre değil, aynı yasanın 325. maddesinde belirtilen esaslar dikkate alınarak değerlendirilmesi gerekeceğinden mahkemece çoğun içinde azında bulunduğu düşüncesinden hareketle haksız fesih nedeniyle uğranılan kâr kaybı bilirkişilerden alınacak bir raporla saptanıp bulunacak miktara hükmedilmelidir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1161</sup> Bunun sonucu olarak da yüklenici, yaptığı işin bedelini ve müspet zararının tazminini talep edebilecektir.

Fakat sözleşmenin bu biçimde sona erdirilmesinde yüklenicinin de kusuru varsa, mesela yüklenici temerrüde düşmüş, fakat iş sahibi uygun bir ek süre vermeksizin sözleşmeden dönmüşse, hâkim takdir yetkisini kullanarak, iş sahibini, yüklenicinin müspet zararının bir kısmını veya tamamını ifa etmekten muaf tutabilmelidir. Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.286, no:330; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.539, no:77; **Egli** (General- und Totalunternehmer), s.93; **Bühler** (Werkvertrag), s.444, no:42; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.2097, no:18; **Eren** (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi), s.95; **Buz** (BK. m.369), s.259; Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda bu yönde: **Öz** (Dönme), s.150. BGE 114 II 55.

Aksi yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.159, no:554, **Gautschi** (BernKomm), s.541, no:17. BGE 96 II 199; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.178. Aksi görüşün temeli, iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı olmasıdır. Diğer bir ifadeyle iş sahibi herhangi bir haklı neden olmamasına rağmen hukuken inşaat sözleşmesini sona erdirmeye yetkili olduğundan, onun davranışı borca aykırı bir davranış sayılmaz. Bu nedenle iş sahibinin kusurunun (borca aykırı davranışı) varlığı, tazminattan indirim sebebi sayılmamalıdır. Fakat bu yazarlar, iş sahibinin inşaat sözleşmesini BK. m.369 gereğince sona erdirmesinde haklı nedenlerinin bulunması hâlinde, iş sahibinin yüklenicinin zararını giderme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen kurtulmasının doğru olacağını kabul etmektedirler. **Gauch** (Werkvertrag), s.163, no:569.. Bu yönde: **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.2097, no:18.

Eser sözleşmesinin haklı nedenlerle feshinin BK. m.369'a dayandırılmayacağı, bunun temelinin akdin müspet ihlâli kavramında aranması gerektiği yönündeki görüş için bak. **Buz** (BK. m.369), s.227.

<sup>1162</sup> **Koller** (OR AT), s.353, no:129; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.262, no:239; **Öz** (Dönme), s.142; **Buz** (BK. m.369), s.218; **Buz** (Yenilik Doğuran Haklar), s.249.

<sup>1163</sup> **Öz** (Dönme), s.142. Bu yönde: **Brunner**, s.219, no:541.

sözleşmesinin BK. m.369 gereğince sona erdirildiği ve böylece yüklenicinin yaptığı işin bedelini ve müspet zararının tazminini talep edebileceği sonucuna ulaşılacaktır<sup>1164</sup>.

Fakat **Öz**'ün haklı olarak belirttiği gibi, somut olayın özelliklerinden, taraflar arasındaki ilişkinin, meselâ yüklenicinin arsadan tamamen uzaklaşması, uzunca bir zamanın geçmesi veya işin diğer bir yükleniciye tamamlanması gibi sebeplerle fiilen koptuğu, artık yüklenicinin işe devamının ondan beklenemediği durumlarda, sözleşmenin BK. m.369'a göre sona erdirildiği kabul edilmelidir<sup>1165</sup>.

İş sahibinin iradesinin sözleşmeyi kesin olarak sona erdirmek olmadığı anlaşılan hâllerde sözleşmenin feshi geçersiz sayılarak, inşaat sözleşmesinin devam ettiği kabul edilecektir. Bu durumda ise gecikme iş sahibine yükleneceğinden, yüklenici bu sebepten doğan zararlarının giderilmesini talep edebilecek, ayrıca inşaat süresinin uzadığı da kabul edilecektir. Özellikle yüklenicinin, dönme sebebi olarak ileri sürülen olayların geçerli olmadığını ve borç ilişkisinin devam ettiğini ileri sürerek, inşaatı tamamlama iradesini ortaya koyması durumunda, artık sözleşmenin sona ermediği, dönme iradesinin geçersiz olduğu kabul edilebilir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde BK. m.369 hükmünün uygulanmasının mümkün olup olmadığı özel olarak incelenmelidir. Doktrinde ifade edildiği gibi, eser sözleşmesi yükleniciye borcunu ifa etme hakkı vermez<sup>1166</sup>. İfa, sadece iş sahibi bakımından bir haktır. İş sahibi dilerse hiçbir haklı nedene dayanmaksızın bu hakkından feragat edebilir. Fakat bu durumda yüklenicinin ifaya olan menfaatinin tam olarak sağlanması gerekir.

Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, inşaatın tamamlanması halinde, bazı bağımsız bölümleri alacağından, onun tek menfaatinin para verilerek sağlanabileceğinin kabul edilmesi mümkün değildir. Mesela yüklenici bu bağımsız bölümler için üçüncü kişilerle satış vaadi sözleşmesi yapmış ve zamanında teslim edilmeme durumunda cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmışsa, yükleniciye sadece para verilerek arsadan uzaklaştırılması, yüklenicinin menfaatini karşılamaya

<sup>1164</sup> **Öz**'e (Dönme, s.142) göre, iş sahibinin dönme iradesini açıkladığı bayanında, bunu yüklenicinin temerrüdüne bağlaması durumunda, artık yüklenicinin, iş sahibinin kesin bir fesih iradesine sahip olduğunu anlamaya yetkili olmadığı ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle yazara göre, yüklenicinin iş sahibinin BK. m.369 hükmüne değil de, aslında koşulları doğmamış olan bir başka hükme (meselâ BK. m.106 – 108) dayanarak sözleşmeden dönme iradesine sahip olduğunu bilmesi durumunda, yüklenicinin korunmaya değer bir güveninin bulunmadığı ve bunun sonucu olarak da sözleşmenin sona ermediği kabul edilmelidir. Karş. **Öz** (İnşaat), s.199.

<sup>1165</sup> **Öz** (Dönme), s.142. **Buz**'a göre ise (Yenilik Doğuran Haklar, s.249, dn.118) bu durumda bile BK. m.369 uygulanmamalı, fakat iş sahibinin bu tutumu ikaleye yönelik bir icap olarak değerlendirilmeli ve yüklenicinin de bunu açık veya örtülü olarak kabul etmesi durumunda, sözleşmenin ikaleyle sona erdiği ve böylece iş sahibinin herhangi bir tazminat borcunun doğmayacağı kabul edilmelidir.

<sup>1166</sup> Karş. **Mabillard**, s.557; **Gürpınar**, s.111; **Ergezen**, s.116. **Buz** tarafından da haklı olarak belirtildiği gibi, eser sözleşmesinde yüklenicinin tek menfaatinin bedel olduğunun ileri sürülmesi yerinde değildir. Yüklenicinin bedel dışında bazı menfaatleri de bulunmaktadır. Fakat hukuk politikası gereğince, kanun koyucu bu menfaatlerin feda edilebileceğini düzenlemiştir. **Buz** (BK. m.369), s.213, 215. Bu nedenle Yazar, BK. m.369'un konuluş sebebinin bu biçimde ifade edilmesine itiraz etmektedir.

yeterli olmayacaktır. Bu nedenlerle iş sahibinin sözleşmeyi BK. m.369'a göre feshettiğini açıklaması veya onun iradesinin böyle yorumlanması gereken hallerde, yüklenici BK. m.369'un uygulanmasına itiraz ederse, sözleşmenin sona ermediği kabul edilebilir. Fakat yüklenici feshin BK. m.369'a göre sona erdiğini ileri sürerse, artık bunun kabulü gerekecektir.

Yüklenicinin böyle bir durumda feshin geçersiz olduğunu iddia etmesi ve inşaaat devam etmeyi talep etmesi durumunda, iş sahibinin yükleniciyi arsaya sokmaması onu alacaklı temerrüdüne düşürür, Bu durumda yüklenici BK. m.94 gereğince sözleşmeyi sona erdirerek, müspet zararının tazminini talep edebilmelidir. Bu nedenle daha pratik olması açısından, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de iş sahibinin BK. m.369 gereğince sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmelidir.

Yargıtay'a göre, sözleşmenin BK. m.369'a göre sona erdiğinin kabul edilmesi, ancak iş sahibinin bu yöndeki açık iradesiyle mümkün olabilir. Yüksek Mahkemeye göre<sup>1167</sup>, iş sahibi hiçbir neden yokken ve hiçbir neden göstermeden, gördüğü lüzum üzerine sözleşmeyi feshederse 369. maddenin uygulanması söz konusu olabilir. Fakat iş sahibi eğer bir nedene dayanarak fesih iradesini açığa vurmuşsa, anılan madde hükmü uygulanamaz.

## II. İŞ SAHİBİNİN, KISMEN VEYA TAMAMEN ARSAYI DİĞER BİR KİŞİYE DEVRETMESİ

**Sözleşmenin Devam Ettiği Dönemde:** İnşaat sözleşmesinin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu bir dönemde, iş sahibinin arsayı diğer bir kişiye tamamen devretmesi ve devralan kişinin, inşaat sözleşmesiyle bağlı kalmamak istemesi durumunda, sözleşmenin nispiyeti gereğince kural olarak inşaat sözleşmesi imkânsızlık nedeniyle sona erer. Bu sonuca varılmasında, arsayı devralan kişinin, inşaat sözleşmesinden haberdar olması da önem taşımaz<sup>1168</sup>. Çünkü inşaat sözleşmesi, yüklenici ile iş sahibi arasında hüküm ve sonuç doğuran bir sözleşme niteliğindedir. Tarafların birbirine yönelik alacak hakları ise, kişisel bir hak niteliği taşır.

Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşme TMK. m.1009 gereğince tapu siciline şerh edilmişse, artık kişisel hakkın kuvvetlendirilmesi nedeniyle, bu sözleşme sonraki malikleri de bağlar. Diğer bir ifadeyle, bu durumda sözleşme, arsayı devralan kişiyi de bağlar, sona ermez.

<sup>1167</sup> **15. HD. 08.10.1998, 2263/3752** (www.kazanci.com.tr).

<sup>1168</sup> Bu yönde: **YHGK. 19.04.2000, 1-735/789**: "... Aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığının bilinmesi aynı hak sahiplerini kötüniyetli kılmadığı gibi kazandığı mülkiyet hakkına da etkili olamaz. Başka bir deyişle kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınması da ana kuraldır... Kişisel hak sahibi davacı yararına tapu siciline düşürülmüş bir şerh bulunmadığı gibi; davalının muvazaalı bir işlemle taşınmazı tapuda adına yazdırdığı da kanıtlanamamıştır... Bu nedenle; davacının açtığı iptal ve tescil isteğinin reddi ile davalının karşı davacı olarak açtığı elatmanın önlenmesi davasının kabulüne karar verilmesi gerekir." (YKD. 2001, s.477).

İş sahibi, arsanın tamamını değil de bir kısmını veya kat irtifakı kurulmuşsa, bazı bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devredebilir. Bu durumda devreden, temerrütten doğan haklarını da devrettiği kanıtlanamazsa, temerrütten doğan haklarını sadece devreden kullanabilecektir<sup>1169</sup>. Buna göre devreden, üçüncü kişiye sattığı bağımsız bölümün eksik veya ayıplı olmasından doğan bedel düşüklüğü oranında yükleniciden tazminat talep edebilecektir. Çünkü bu durumda iş sahibi, bağımsız bölümü mevcut hâliyle daha düşük bir bedelle satmış olacaktır.

Fakat devreden, ancak bu devir tarihine kadar geçen dönem için gecikme tazminatı talep edebilir<sup>1170</sup>.

**Sözleşmenin Sona Ermesinden Sonra:** Sözleşmeden dönme durumunda, iş sahibinin yapılan inşaatın değerini yükleniciye iade etme yönünde bir borcu doğar. Yüklenicinin bu iade alacağı şahsi bir alacak niteliği taşır. Eşyaya bağlı borç değildir. Bu nedenle iade alacağının para biçiminde olması ve iş sahibinin, inşaatın yapıldığı

<sup>1169</sup> **Erman** (İnşaat), s.184. **15. HD. 14.11.1989, 1024/4780:** "... bir kısım bağımsız bölümlerin davacı tarafından, davaya konu eksik işlerin varlığına rağmen satılmış olması, satış bedelinin düşük olacağı gözetilerek, malvarlığında ortaya çıkan bedel eksikliği için dava açılabilmesine göre..." [**Erman** (İnşaat), s.184, dn.31]. Bu yönde: **15. HD. 19.03.2002, 623/1220** (YKD. 2002/10, s.1538).

**15. HD. 04.07.2005, 1196/4006:** "... Davacıların ... öncelikle bağımsız bölümleri ne şekilde iktisap ettikleri araştırılmalı, yükleniciden iktisap edenlerin doğrudan dava haklarının bulunduğu, arsa sahiplerinden iktisap edenlerin ise iktisap ettikleri arsa sahipleriyle birlikte dava açmaları durumunda halefiyet esasına göre dava haklarının bulunduğu kabul edilmelidir. Davacı sıfatıyla davada yer almayan arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın alan üçüncü kişiler ise yüklenici ile aralarında akdî ilişki bulunmadığından bu davayı açamazlar. Daire'mizin yerleşik uygulaması bu yöndedir..." (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 30.05.2005, E. 2004/4852, K. 2005/3251:** "... Diğer davacılar B., D., N. ve H'nin itirazlarına gelince; bu kişilerin de arsa sahiplerinden bağımsız bölüm satın aldıkları anlaşılmakta ise de satın aldıkları arsa sahiplerinin davada yer alıp almadıkları anlaşılammaktadır. Bu nedenle mahkemece bu kişiler açısından araştırma yapılarak satın aldıkları arsa sahipleri bu davada davacı durumunda iseler satın aldıkları tarih itibarıyla inşaatın iskan ruhsatı alındığından gecikme ile ilgili taleplerinin reddine, eksik ve kusurlu işler ile ilgili taleplerinin değerlendirilmesine, satın aldıkları kişiler davada taraf değil iseler ve temlik belgesi de getiremiyorlarsa şimdiki gibi açtıkları davaların reddine karar verilmelidir..." (www.kazanci.com.tr).

Fakat başka bir kararda, arsa sahibi tarafından üçüncü kişiye yapılan satışın, temerrütte doğan hakların da temlikini kapsadığı kabul edilmiştir. **15. HD. 19.03.2001, E. 2000/5178 ve K. 2001/1331:** "... Davalı yüklenici ile dava dışı arsa sahibi arasında yapılan 4.11.1993 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca, arsa sahibine düşen bağımsız bölümlere bağlı tapu kaydı, malik arsa sahibi tarafından davacıya tapuda satılmıştır. Davacı, halefi olduğu arsa sahibinin yüklenici ile yapmış olduğu eser sözleşmesine dayanarak yükleniciden geç ifa nedeni ile gecikme tazminatı talep etmektedir. Davacı ile dava dışı arsa sahibi arasında tapuda resmi biçimde yapılan satış sözleşmesi yazılı biçimde olduğundan, aralarındaki ilişki, BK.nın 162 ve devamı maddelerinde düzenlenen alacağın temlik hükmündedir. Bu durumda, davacının, alacağın temlik hükümlerine dayanarak dava açmakta yararı bulunduğu kuşkusuzdur. – Somut olayda, davacı, ancak satın aldığı tarihten sonraki dönem için bir gecikme var ise, ancak bu gecikmeyi talep edebilir. Bu gecikme tazminatının da kendisine ait bağımsız bölümleri -Hukuki bir teslim olmasa bile- fiilen kullanmaya başladığı veya başkalarına kullandırdığı tarihe kadar olan süre için isteyebilir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1170</sup> **15. HD. 26.11.2007, 5385/7545:** "... davacı arsa sahipleri teslim edilmesi gereken tarihten önce satışını yaptıkları daireler için gecikme tazminatı isteyemezler. Teslim edilmesi gereken tarih ile 30.01.2002 teslim tarihi arasında satılan daireler için ise ancak teslim edilmesi gereken tarihten satış tarihine kadarki dönem için gecikme tazminatı isteyebilirler. Öyleyse mahkemece tapu kayıtları ve satışa ilişkin resmi senet akıt tabloları getirtilerek satılan daire olup olmadığı ve satış tarihleri belirlenmeli ve teslim edilmesi gereken tarihten önce satış yapılan daireler bakımından gecikme tazminatı hesaplanmamalı, teslim edilmesi gereken tarihten sonra satış yapılan daireler için ise en fazla satış tarihine kadar hesaplama yapılmalıdır..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 22.02.2007, E. 2006/7132, K. 2007/1114** (www.kazanci.com.tr). Karş. **15. HD. 24.02.1988, 2511/728** [**Erman** (İnşaat), s.88, dn.81].

arsayı dönmeden sonra üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda, yüklenicinin, arsayı devralan üçüncü kişiye başvurmasının mümkün olmadığı kabul edilmelidir. Arsayı devralan kişinin iyi veya kötüniyetli olması bu sonucu değiştirmez<sup>1171</sup>.

Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tapu siciline şerh edilmesi durumunda, iade alacağının arsayı devralan kişiye karşı da ileri sürülebileceği kabul edilebilir.

### III. YÜKLENİCİNİN İŞ SAHİBİNDEN OLAN ALACAĞINI ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE DEVRETMESİ

#### A. Genel Olarak

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, sözleşmeden dönme öncesinde iş sahibi yükleniciye bazı arsa paylarını devretmişse, sözleşmeden dönme üzerine kabul ettiğimiz görüş gereğince iş sahibi açacağı tapu sicilinin düzeltilmesi davasıyla, bu arsa paylarını geri alabilecektir. Fakat bu davanın açılmasından önce iyiniyetli üçüncü kişiler yükleniciden<sup>1172</sup> aynı hak kazanmışlarsa, arsa sahibi, MK. m.1023 gereğince üçüncü kişilere başvuramamalıdır<sup>1173</sup>.

<sup>1171</sup> Fakat bu durumda yüklenicinin İİK. m.277 vd hükümlerinde düzenlenen iptal davası açma hakkı saklıdır.

<sup>1172</sup> Bu aşamada iki ihtimalli benzer bir hukuki sorunun ayrıca incelenmesi gerekir. **1. İhtimal:** Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi, genellikle iki kez tapu harcı ödenmemesi amacıyla yükleniciye, bağımsız bölümü tapuda dilediği kişiye dilediği bedelle satma ve bedelini tahsil etme yetkisini içeren bir vekâletname vermekte ve yüklenici de bu vekâletnameye (temsil yetkisine) dayanarak, bağımsız bölümü üçüncü kişiye satarak, onun adına tescil ettirmektedir. **2. İhtimal:** Ya da arsa sahibi, yüklenicinin talimatı üzerine, doğrudan tapu sicil müdürlüğüne giderek, bu devri şahsen üçüncü kişiye yapmakta, fakat bu durumda satış bedelini yüklenici almaktadır.

**Birinci ihtimalde** (vekâletnameyle devir) Yargıtay'ın yerleşik kararları gereğince sözleşmeden dönme durumunda arsa sahibi, vekâletnameyle bağımsız bölümü devralan kişiye karşı tapu iptal ve tescil davasının açarak, bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir.

**15. HD. 27.10.2005, 375/5775:** "... Davacı ile davalılardan İ.Y. arasında 12.9.1997 tarihli re'sen düzenleme şeklinde kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapıldığı, davacının davalıya finans kolaylığı sağlamak amacıyla tapuda devir yetkisini de içeren vekâletname verdiği ve davalı İ.'nin bu vekâletnameye dayanarak diğer davalılara pay satışı yaptığı anlaşılmış olmakla yapılan satışın yükleniciye kalan bölümlere ilişkin olduğu açıktır. Yüklenicinin kendisine devredilen paya hak kazanabilmesi için kendi edimi olan binayı ikmal ve teslim borcunu yerine getirmesi gerekir. Yüklenici edimini yerine getirmediği takdirde, BK'nın 358. maddesi uyarınca, arsa sahibinin sözleşmenin feshini ve tapunun iptalini isteme hakkı doğar. Üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerinde olan tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem yolsuz tescil durumuna düşer. İnşaatın daire satın alan kişiler iyiniyet iddiasında bulunamazlar. **Yüklenicinin tapuda pay devrini arsa sahibinden almış olduğu vekâletnameye dayanarak yapmış olması ya da tapuda kendi adına önceden devralmış olduğu payı devretmiş olması, sonuca etkili değildir. Yerleşmiş Yargıtay uygulaması da bu yöndedir...**" (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 16.03.2005, 534/1536:** "... (yüklenici), ... (arsa sahibi) davacılar tarafından verilen vekâletnamelere dayanarak, ... numaralı bağımsız bölümü ... Ömer Çınar'a ... tapuda satmışlar(dır)... Yükleniciler arsa sahiplerine karşı edimlerini yerine getirmediklerinden, yüklenicilerden bağımsız bölüm satın alanların TMK.nun 1023. maddesinden faydalanmaları düşünülemez..." (www.kazanci.com.tr). Aksi görüşte: **Erman** (İnşaat), s.168.

Bu aşamada ortaya çıkan hukuki sorun, iş sahibinin, şeklen temsilcisi sayılan yüklenicinin yaptığı bu işlemten sonra arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden dönmesinin bu temlike yönelik etkisidir. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre bu durumda iş sahibi, bağımsız bölümü temsil ilişkisi kapsamında kendisinden devralan kişiye karşı tapu iptal ve tescil davası açabilir. Bu durumda temsil hükümlerinin uygulanması hâlinde ortaya çıkan durum şudur: İş sahibi temsilcisi aracılığıyla sahibi olduğu bir

taşınmazı üçüncü kişiye devretmiş, fakat temsil yetkisinin verildiği hukukî ilişki daha sonra, dönme nedeniyle ortadan kaldırılmıştır. Yeni dönme görüşünün kabul edilmesi hâlinde bu olayda arsa sahibi, taşınmazı devralan kişiye karşı hiçbir biçimde başvuramaz. Fakat aynı etkili dönme görüşünün kabulü halinde hukuki durumun ne olacağı da özel olarak incelenmelidir. Kanaatimce bu durumda dönmenin geçmişe yönelik aynı etkisi kabul edilse bile, üçüncü kişinin mülkiyet hakkı kazanması, arsa sahibince verilen temsil yetkisinden (vekâletnameden) kaynaklanmaktadır. Temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi gereğince, asıl sözleşmenin geçmişe etkili olarak sona erdirilmesi, temsil yetkisini de geçmişe etkili olarak sona erdirmez. Bu nedenle kanaatimce, arsa sahibi tarafından verilen temsil yetkisine (vekâletnameye) dayanılarak yüklenici tarafından, arsa sahibini temsilen üçüncü kişiye yapılan devirler, temsil yetkisinin varlığı nedeniyle daha sonra sözleşmeden dönme durumunda geçersiz hâle gelmez.

**İkinci ihtimalde** ise Yargıtay'ın yaklaşımı aksi yönde olmuştur. **1. HD. 31.03.2004, 3324/3631:** "... **Mahkemece, davaya konu bağımsız bölümlerin sözleşme gereğince yükleniciye isabet eden daireler olduğu, taşınmazların davalılara devrinden sonra kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshedildiği, yüklenicinin inşaatı % 20 oranında yapmış olup arsa sahibi davacının sözleşmenin feshini ve tapuların iptalini isteme hakkı olduğu, yükleniciden pay devralan 3. kişilerin iyiniyet korumasından yararlanamayacakları gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. ... Dosya içeriğinden, toplanan delillerden; ... davalıların da kat irtifakı kurulan taşınmazdaki 1, 2, 3 ve 5 nolu bağımsız bölümler karşılığı pay satın aldıkları görülmektedir. Daha sonra kayıt maliki davacının yüklenici ile aralarında mevcut inşaat sözleşmesini onunla anlaşmak suretiyle 27.8.2001 tarihinde karşılıklı olarak feshettikleri anlaşılmaktadır. Davaya konu edilen bağımsız bölümlerin yüklenici tarafından değil, doğrudan kayıt maliki davacı tarafından satış yoluyla temlik edildiği, daha sonra bağımsız bölümler karşılığı payların davalılara intikal ettirildiği sabittir. Öyle ise, arsa sahibinden doğrudan pay alan davalılar ve bayilerinin, bu edinimlerinin, yüklenicinin kat karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüğüne bağlı kalmak ve halefiyet kuralını olayda uygulamak mümkün değildir. Hal böyle olunca, davanın reddine karar verilmesi gerekirken kabulü isabetsizdir.**" (YKD. 2005/9, s.1351). Bu uygulamanın doğru olduğu yönünde: **Erman (İnşaat)**, s.166.

Bu sonuncu ihtimalde kanaatimce Yargıtay'ın uygulaması yerindedir. Çünkü bu olayda arsa sahibi, bağımsız bölümün tapu kaydını, sözleşmenin geçerli olduğu dönemde, yüklenicinin gösterdiği bir kişiye, yükleniceye olan borcunu ifa etmek amacıyla, niyetiyle devretmiştir. Diğer bir ifadeyle iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşme, üçüncü kişiye yapılan devrin hukuki sebebi değil, saikidir. Arsa sahibi, yükleniceye olan borcunu ifa saikiyle, bu bağımsız bölümü üçüncü kişiye devretmektedir. Bu saikin daha sonra ortadan kalkması, geçerli olan devre hiçbir etki yapmamalıdır. Devrin hukukî sebebi, arsa sahibi ile üçüncü kişi arasındaki satış sözleşmesidir. Bu satış sözleşmesinde bir sakatlık olmadığı sürece, tapuda yapılan temlik geçerli kalmalıdır.

<sup>1173</sup> Yargıtay'ın yerleşik kararları ise aksi yöndedir.

**YHGK 23.05.2001, 1-422/434:** "... Davalının henüz inşaatına başlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümle bağlantılı, arsa payı aldığı olayların cereyan tarzından tapudaki ipotek şerhinden ve yanlar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. **Araya dava dışı üçüncü kişi girse dahi** alıcının arsanın gerçekte, yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümler ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Diğer bir deyişle yapılacak bağımsız bölüme bağlı olarak arsa payı alındığının bilincindedir. Medeni Kanunun 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanmasi söz konusu olamaz..." (www.kazanci.com.tr). Bu karardan anlaşıldığı kadarıyla Yargıtay, yüklenicinin arsa payını sattığı kişiden satın alan kişilere karşı bile bu davayı kabul etmiştir.

**YHGK. 25.10.2000, 1-1280/1554:** "... arsa sahibi de, yüklenici sözleşmeden doğan edimini yerine getirmediği takdirde sözleşmenin feshi ile üçüncü kişi üzerine oluşan tapunun iptalini isteyebilir. Başka bir anlatımla, üçüncü kişinin mülkiyet hakkının doğabilmesi için kendisine pay devreden yüklenicinin edimini yerine getirmesi gerekir. Aksi halde, yüklenici ve buna bağlı olarak ondan pay satın alan üçüncü kişiler üzerine yazılan **tapu kayıtları illet ve sebepten yoksun hale gelir ve yapılan işlem, yolsuz tescil durumuna düşer...** Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun içinde bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı olayların cereyan tarzından, taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. Bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, MK. 931. maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz..."(www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **YHGK. 15.02.1995, 1-15/70** (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 01.03.2007, E. 2005/8104, K. 2007/1294:** "Yükleniciden satın alan üçüncü kişilerin satın aldıkları bağımsız bölümlere hak kazanabilmesi için yüklenicinin, öncelikle kendisinin bu bölümlere hak kazanması gerekir. Davalı üçüncü kişiler, yükleniciden bağımsız bölüm satın aldıklarından, yüklenicinin bu durumunu bilmeleri gerekeceğinden, iyiniyet savunmasında bulunamazlar. Bu nedenle, davalılara



Uygulamada yükleniciler, inşaatın tamamlanması durumunda iş sahibince kendisine devredilecek olan bağımsız bölümleri üçüncü kişilere satarak, inşaatın yapım masraflarını finanse edebilmeyi istemektedirler. Bu işlemin nasıl yapılabileceğinin özel olarak incelenmesi gerekir.

---

*intikal ettirilen tapu kayıtları, deyim yerindeyse yükleniciye verilen avans niteliğinde sayılır. Bu itibarla, davalı üçüncü kişiler üzerindeki tapu kayıtlarının da iptaliyle, davacı arsa sahibi adına tesciline karar verilmesi gerekir...* (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 15.09.2005, E. 2004/7533 ve K. 2005/4701:** “... yüklenici tarafından diğer davalılara yapılan satışlar avans niteliğinde olduğundan, inşaatın sözleşme, imar mevzuatına ve tekniğine uygun biçimde tamamlanması halinde sonuç doğuracak olup, davalı 3. kişilerin iyiniyetli olduklarına dair savunmaları kabul edilemeyeceğinden davalı tarafa intikal ettirilen tüm tapu kayıtlarının iptali ve hisseleri oranında davacı arsa sahipleri adına tescili gerekir...” (www.kazanci.com.tr). **1. HD. 26.10.2000, 12433/13094:** “... Davalının henüz inşaat halinde bulunan ve tamamlanmamış binadan bağımsız bölüm edinmeyi amaçladığı, bunun için de bağımsız bölümlerle bağlantılı arsa payı satın aldığı taraflar arasındaki ilişkiden açıkça anlaşılmaktadır. "Toprakтан satış, temelden satış" şeklinde isimlendirilen bu tür satışlarda alıcı arsanın gerçekte yükleniciye ait olmadığını, kat karşılığı ona bu payın verildiğini, yüklenicinin edimini yerine getirmemesi halinde kendisine bırakılan bağımsız bölümlerde ve arsa paylarında hakkının doğmayacağını bilmekte ve dolayısı ile arsa maliki tarafından arsa payının iptal edileceği riskini göze alarak tapuyu devralmaktadır. Bu durumda, Medenî Kanununun 931.maddesinin koruyuculuğundan yararlanılması söz konusu olamaz...” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 30.03.1998, 406/1259:** “... Yüklenicinin, eser sözleşmesi uyarınca yaptığı inşaatın, bedel olarak, bağımsız bölümler hak edebilmesi için, edimini tam olarak yerine getirmiş olması, başka bir anlatımla, binayı yapıp arsa sahiplerine teslim etmiş bulunması gerekir. Aksi halde, sözleşmenin geriye etkili feshi sonucu, daha önce avans niteliğinde yükleniciye geçirilmiş olan tapu kayıtları, somut olayda olduğu gibi, iptal edilerek, tekrar arsa sahipleri adına tescil edilir. Hatta yükleniciden, yapılmakta olan inşaatın bağımsız bölüme ilişkin arsa payı alanlar bile, bu nedenle iyiniyet savunmasında bulunamaz ve üzerlerindeki tapu kayıtlarının iptaline yasalar engel olamaz ...” (www.kazanci.com.tr).

Hatta Yargıtay bu tutumunu bir kararında şu çelişkili ifadelerle vurgulamıştır. **14. HD. 21.06.1999, 4040/4603:** “Yükleniciye kademeli satış yetkisi verilmesi, onun bağımsız bölüm **satarak** elde ettiği gelirle inşaatı tamamlayabilmesi amacına yöneliktir. Yoksa yüklenici **inşaatı tamamlamadan bağımsız bölüm satamaz...**” (www.kazanci.com.tr).

Yargıtay bu görüşünde o kadar ileri gitmiştir ki, yükleniciye devredilen bağımsız bölümü satın alan kişiden satın alanın bile iyiniyetinin korunmayacağını kabul etmiştir. **15. HD. 19.10.1998, 3274/3915 sayılı kararından:** “...davacı ile davalı Secahattin arasındaki ilişki daire karşılığı inşaat yapımından kaynaklanmış, diğer bir deyişle satış işlemi kastedilmemiştir. Öyle olunca davalı yükleniciye inşaat yapımı amacıyla yapılan tapu kayıtlarının devrinin inşaatın sözleşmesine uygun bir biçimde bitirilip, arsa sahibine verilmesi öngörülen dairelerin teslimi şartına bağlı tutulduğu da kabul edilmelidir. İnşaatları daire alan üçüncü kişilerin durumuna gelince; yüklenici dışında davalı sahada yer alan bu kişiler, davalı Secahattin'den pay satın almışlardır, bir kısmı ise Secahattin'in sattığı kişilerin devrettiği şahıslardır. Tüm bu satın alan davalıların amacının arsanın satımı olmayıp, arsa üzerinde yapılacak inşaatın bağımsız bölümler edinmek olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle işlemin geçerliliğinin arsa sahibine karşı üstlenilen edimin tamamen yerine getirilip dairelerinin teslimi şartına bağlı olduğunu bilmeleri hayatın olağan akışının icabındandır. Davacılar satın alma işlemini gerçekleştirirken gerekli özeni göstermelidirler. Bu sebeple MK.nun 931. maddesi hükmünden yararlanmaları düşünülemez...” (YKD.1999/4, s.501). Bu yönde: **15. HD. 16.03.2005, 534/1536** (www.kazanci.com.tr).

Bir başka ilginç kararda Yargıtay, arsa sahibinin, yükleniciye verdiği bağımsız bölümün yüklenicinin başka bir borcu nedeniyle icra dairesi tarafından satılarak mülkiyet hakkı kazanan kişiye karşı bile dönme hâlinde, tapu iptal ve tescil davası açabileceğini kabul etmiştir. **15. HD. 13.06.2002, 1073/3228 [Erman** (İnşaat), s.166, dn.6].

Fakat bazı kararlarında Yargıtay, Medenî Kanununun 1023. maddesini de uygulamıştır: **15. HD. 07.12.1988, 2889/4213:** “Yapılacak inşaatın kendisine verilecek bağımsız bölümler karşılığı olarak arsa sahibince taşınmaz payının peşinen ve koşulsuz şekilde müteahhide intikal ettirilmesi, müteahhide isabet eden bağımsız bölümlerin başkaları satılmasına muvafakat ve imkân sağlama amacına yöneliktir. Bu şekilde adına ferağ verilen ve kat irtifakı kurulan taşınmazda müteahhidin yapmaktaki olduğu inşaatın payına düşen ve adına ... kaydı bulunan bağımsız bölümün davalıya satış işleminde, alıcının kötüniyeti ve muvazaası iddia ve ispat edilmedikçe yapılan tasarruf hukuken geçerli olup, davalının mülkiyeti MK. m.931 maddesinin koruması altındadır...” (**Karahasan**, s.718).

## B. Arsa Payının Yüklenici Adına Kaydedilmiş Olması Durumunda

İnşaata başlanması ve kat irtifakının kurulmasının ardından, yüklenicinin satarak gelir elde etmeyi amaçladığı bağımsız bölüm (kat irtifakı) kendi adına kaydedilmişse, yapılacak iş tapu sicil müdürlüğünde yapılacak satış ve tescildir. Bu durumda üçüncü kişi mülkiyeti tescille kazanır. Bu satış işleminin geçerli olması, işlemin tapu sicil müdürlüğünde resmi biçimde yapılmasına bağlıdır<sup>1174</sup>.

Fakat bu durumda (bağımsız bölüm yüklenici adına tescil edilmiş olsa bile) yüklenici ile üçüncü kişi, geçerli olarak (noterde düzenleme senet biçiminde) taşınmaz satış vaadi sözleşmesi de yapabilirler<sup>1175</sup>. Bu sözleşmenin tapuya şerhi de mümkündür. Çünkü bu ihtimalde bağımsız bölüm yüklenici adına kayıtlıdır. Yüklenici satış vaadinden doğan borcuna aykırı davranırsa, satış vaadi alacaklısı, yükleniciye karşı cebri tescil davası açabilir. Bu durumda satış vaadi alacaklısının, iş sahibine başvurması mümkün değildir.

## C. Arsa Payının Yüklenici Adına Kaydedilmemiş (Arsa Sahibi Adına Kayıtlı) Olması Durumunda

### 1. Yargıtay Uygulamasına Göre

Genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, sözleşme yapılır yapılmaz, ileride inşaatı tamamlaması durumunda iş sahibinden talep edebileceği bağımsız bölümlerin satışını, üçüncü kişilere vaat etmekte veya adi yazılı veya noter senedi biçiminde doğrudan satmaktadır.

<sup>1174</sup> Fakat geçerlilik şekline aykırı olarak yapılan devir işleminin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kurallarına aykırı ise, şekle aykırılığa rağmen alıcının, satıcıya (yükleniciye) karşı tapu iptal ve tescil davası açabileceği kabul edilmektedir.

Bu yönde: **YİBK. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2**: "... Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ... karar verildi." (YKD. 1989/2, s.149. Ayrıca bak. **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.287; **Zevkliler** (Pratik), s.460).

**Öz'e** göre Yargıtay'ın, yükleniciden adi yazılı biçimde alacak devrini geçerli sayan görüşü kabul edilecek olursa (ki yazar bunu kabul etmemektedir), yüklenici adına kayıtlı bulunan bir bağımsız bölümün adi yazılı satış veya satış vaadi sözleşmesinin de dürüstlük kuralı gereğince geçerli sayılması gerekir. **Öz** (İnşaat), s.95. Çünkü yazara göre "arsa mülkiyeti iş sahibinin üzerinde iken bu senetleri Yargıtay'ın yorumu ile müteahhidin alacak temlikli sayarak alıcıya iş sahibine başvurma hakkı tanırken, arsa mülkiyeti müteahhidin üzerinde iken esasen müteahhidin imzaladığı bu senetleri satış vaadi olarak şekle aykırılıktan geçersiz saymak, adaletsiz ve mantıksız olur." Kanaatimce yazarın bu açıklamalarının benimsenmesi gerekir. Çünkü aksi hâlde adi yazılı satış sözleşmesi yapıldığı sırada, işleme konu olan bağımsız bölümün yüklenici adına kayıtlı olması durumunda alıcının tapu iptal ve tescil davası hakkı olmayacak (veya yukarıdaki 1988 tarihli YİBK kapsamında çok sınırlı olarak bulunacak); iş sahibi adına kayıtlı olması durumunda ise alıcının iş sahibine ve hatta yükleniciye karşı böyle bir hakkı bulunacaktır. Bunun hakkaniyete uygun olmadığı da açıkça ortadadır.

<sup>1175</sup> **Erman** (İnşaat), s.170

Uygulamada alıcıların korunması amacıyla bu tip hukukî işlemlerin tamamı (tapu dışı satış, adi yazılı veya noterden düzenleme senet biçimindeki satış vaadi sözleşmeleri) Yargıtay'ın yerleşik kararları gereğince alacağın temlikî<sup>1176</sup> olarak geçerli sayılmaktadır<sup>1177,1178</sup>. Buna göre alacağın temlikinde borçlunun rızası gerekli olmadığından, yüklenici<sup>1179</sup> adi yazılı biçimde, inşaat sözleşmesinden doğan alacağını üçüncü kişiye devredebilir<sup>1180</sup>. Doktrinde genel olarak kabul edildiği gibi, geçerliliği

<sup>1176</sup> Alacağın temlikî hakkında bak. **Koller** (Abtretbarkeit), s.14 vd.

<sup>1177</sup> **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.80; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.514; **Karahasan**, s.717 vd; **Erman** (İnşaat), s.174.

**13. HD. 08.02.2000, E. 1999/8918, K. 2000/870**: "... Yükleniciler, arsa sahipleri ile arsa karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince inşaat yapmakta iseler ve davacıya satışı vaad edilen villanın da yüklenicilere verilmesi gereken villa olması ve yüklenicilerle arsa sahipleri arasındaki arsa karşılığı inşaat sözleşmesi resmi şekilde yapılmış olması halinde davacıya yapılan bu satış alacağın temlikî hükümleri çerçevesinde geçerli kabul edilebilir..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **14. HD. 31.01.2006, E. 2005/10337, K. 2006/492** (www.kazanci.com.tr); **YHGK. 20.03.1996, 76/195** (Yasa 1997/2, s.228).

Fakat Yargıtay bir HGK kararında, bu yerleşik kararının aksine bir sonuca varmış ve yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin alacağın temlikî niteliğinde olmadığına hükmetmiştir. **YHGK. 28.03.2001, 13-200/286**: "... Yükleniciden daire satın alan davacı önce arsa sahibi aleyhine tapu iptali ve tescilli davası açmıştır. Davanın reddi üzerine ise bu kez tazminat davası açmıştır. Davacı ile davalı-arsa sahibi arasında sözleşme bulunmamaktadır. Arsa sahibinin yüklenicinin satışına muvafakat etmesi üçüncü şahsın borcunu yüklenme olarak kabul edilemez. Davacının satış sözleşmesine dayalı olarak arsa sahibi aleyhine açtığı tapu iptali ve tescilli davası reddedildikten sonra ifa yerine zarar olarak daire bedeli istenemez..." (www.kazanci.com.tr). Bu ilginç kararda belirtildiğine göre, yüklenici inşasına başladığı bir binadaki bir bağımsız bölümü davacıya haricen satıp teslim etmiş, bu satışa arsa sahibi de rıza göstermiş, hatta davacı bu bağımsız bölüme bazı dekorasyon işleri bile yapmış ve kullanmaya başlamıştır. Daha sonra davacının arsa sahibine karşı açtığı cebri tescil davası ise, arsa sahibinin, bu hukuki işlemin tarafı olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

**30.09.1988 tarih ve 1987/2 E. 1988/2 K. sayılı YİBK**'da da benzer bir sonuca varılmıştır. Bu kararda, henüz iş sahibinin mülkiyetinde bulunan, fakat inşaatın tamamlanması durumunda yükleniciye verilecek olan bir bağımsız bölümün, yüklenici tarafından üçüncü kişiye adi yazılı biçimde satılması alacağın temlikî olarak değil, satış olarak değerlendirilmiştir. Anılan karara göre: "... Tapuda kayıtlı bir taşınmazın mülkiyetin devir borcu doğuran ve ancak yasanın öngördüğü biçim koşullarına uygun olarak yapılmadığından geçersiz bulunan sözleşmeye dayanılarak açılan bir cebri tescil davasının kural olarak kabul edilmeyeceğine; bununla beraber Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakim M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebileceğine ... karar verildi." (YKD. 1989/2, s.149. Ayrıca bak. **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.287; **Zevkililer** (Pratik), s.460). Hemen ekleyelim ki, bu karara konu olayda, satışı söz konusu olan bağımsız bölümün yükleni adına mı, yoksa iş sahibi adına mı kayıtlı olduğu anlaşılmalıdır.

<sup>1178</sup> Bu durumda Yargıtay'a göre bağımsız bölümü devralan üçüncü kişi, bağımsız bölümün ayıp ve eksikliklerinden dolayı, satış sözleşmesine ilişkin hükümler gereğince yükleniciye başvurulabilir. **Erman** (İnşaat), s.169

<sup>1179</sup> Fakat arsa sahibi kendisine kalacak olan bağımsız bölümleri bu şekilde adi yazılı olarak üçüncü kişiye satarsa, bu işlem şekle aykırı olduğundan geçersiz sayılacaktır. Bu yönde: **14. HD. 07.03.2000, 500/1580**: "... Arsa sahibi diğer davalı kooperatif ile kat karşılığı inşaat sözleşmesi yapmıştır. (arsa sahibi) İnşaat devam ederken kendisine düşen dairelerden birini haricen davacıya satmıştır. Tapulu taşınmazların devrine ilişkin sözleşmelerin resmi şekilde yapılması gerekir. Resmi şekle uyulmadan tescil istenemez. Davacının dayandığı harici satış sözleşmesine davalı-kooperatif taraf değildir. Ayrıca ihtilaf konusu daire kooperatife ayrılmış yerlerden de değildir. Bu durum karşısında kooperatifin davada sıfatı yoktur. Diğer davalı-arsa sahibi yönünden ise, resmi şekle uygun sözleşme bulunmaması nedeniyle tescil isteminin kabulü mümkün değildir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1180</sup> BK. m.162 gereğince alacağın temlikinin sözleşmeyle yasaklanması mümkün ve geçerlidir. Bu konuda bak. **Bydlinski**, s.121 vd; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.271, no:28; **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.81; **Şener**, s.73 vd; **Nomer**, s.118. Buna göre inşaat sözleşmesinde, alacağın devri yasaklanmamışsa, yüklenici sözleşmeden doğan / doğacak bedel alacağını üçüncü kişilere geçerli olarak devredebilir.

resmi şekle tabi hukuki işlemlerden doğan alacakların temlikinin de adi yazılı biçimde yapılması yeterlidir<sup>1181</sup>.

Yüklenici temerrüde düşmüş bile olsa, iş sahibi yükleniciye karşı sahip olduğu bütün savunma araçlarını ve bu arada ödemezlik def'ini, iyiniyetli bile olsa alacağı devralan kişiye karşı ileri sürebilir<sup>1182</sup>.

Bu görüşün konumuzla ilgili sonucu, yüklenicinin temerrüdünün oluşması üzerine, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının fark teorisine göre tazminini talep etmesi ile sözleşmeden dönmesi durumunda ortaya çıkmaktadır.

Yargıtay uygulamasına göre, her iki durumda da, yüklenicinin bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilme hakkı doğmuşsa, alacağı ondan devralan kişiler de bu talepte bulunabilir<sup>1183</sup>. Diğer bir ifadeyle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa payının kendi adına tescilini talep etme hakkının doğmasıyla birlikte<sup>1184</sup>, bu alacağı ondan devralan üçüncü kişi de iş sahibine karşı<sup>1185</sup> cebri tescil davası açabilecektir<sup>1186</sup>.

---

Alacağın temlikinin iş sahibinin onayına bağlanması da mümkündür.

<sup>1181</sup> Bu yönde: **von Büren**, (OR AT), s.318; **Kocayusufpaşaoğlu**, s.194; **Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s.242, dn.3; **Ertaş** (Eşya Hukuku), s.418, no:2037; **Engin**, s.14; **Öztürk**, s.531; **Dayınlarlı** (Alacağın Temliki), s.61. Bu konuya şüpheli yaklaşan bir ifade için bak. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.80. Resmi şekli arayan görüşte: **Öz** (İnşaat), s.93; **Yılmaz** (Şekil), s.14.

<sup>1182</sup> **Wehrli**, s.14; **Öz** (Dönme), s.263; **Şener**, s.64 vd; **Dayınlarlı** (Alacağın Temliki), s.55.

<sup>1183</sup> **15. HD. 13.04.2000, E. 1999/4914 ve K. 2000/1789**: "...Yüklenicinin devrettiği bölümler davalıların murisine alacağın temliki niteliğinde adi bir belgeyle geçirilmiştir. Yüklenicinin bu bölümlerde bir hak sahibi olabilmesi, inşaatın getirildiği seviyeye daha kısa bir anlatımla edimini yerine getirdiği ölçüde mümkündür. Oysa yüklenicinin inşaatı terk ettiği ve inşaatı yapsaydı elde edeceği dairelere hak kazanmadığı ortadadır. Bir kimsenin kazanmadığı bir hakkı da başkalarına devretmesi söz konusu değildir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1184</sup> Uygulamada genellikle yüklenici, bağımsız bölümü kendi adına tescilini talep hakkı doğmadan önce bu alacağını temlik etmektedir. Çünkü henüz doğmamış alacağın da geçerli olarak temlik edilebileceği kabul edilmektedir. **Şener**, s.22; **Nomer**, s.109; **Engin**, s.24; **Dayınlarlı** (Alacağın Temliki), s.56.

**14. HD. 13.06.2002, 1489/4634 sayılı kararından**: "... Devredilen alacak sözleşme anında mevcut olabileceği gibi, ileride doğması muhtemel bir alacak ya da şarta bağlı bir alacak olabilir..." (YKD. 2003/2, s.226)

<sup>1185</sup> Yargıtay'a göre, arsa payı yükleniciye peşin olarak devredilmiş olsa bile, üçüncü sadece tapu maliki olan yükleniciye karşı tapu iptal davası açamaz. Bu davada, artık tapu maliki olmayan iş sahibinin de taraf olarak gösterilmesi gerekir. **14. HD. 23.09.2004, 6027/6108**: "Davalı Kazım ile dava dışı Hüseyin ve arkadaşları arasında ... arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmesi bulunmaktadır. Bu sözleşmeyle üzerine inşaat yapılması kararlaştırılan taşınmazın 55/100 payı eser bedeli olarak peşinen davalı yükleniciye devredilmiş, 26.4.1996 günlü satış vaadi sözleşmesiyle kişisel hak kazanan davacı buna karşılık gelen yapıdaki (13) numaralı bağımsız bölüm arsa payının adına tescilini istemiştir.

Görüldüğü gibi, 26.5.1993 günlü inşaat yapım sözleşmesinin karşı tarafı olan arsa sahipleri Hüseyin v.s. davada taraf durumunu almamıştır. Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde eser bedeli kural olarak, taşınmazdaki bir bölüm arsa payının yükleniciye devri suretiyle ödenir. Eser bedeli olarak yükleniciye peşin devir yapılmış olursa bile, yüklenici bu bedele eserin tesliminde hak kazanır. Zira, peşin yapılan devir bir bakıma yükleniciye yapılmış avans ödemesidir. Bir tanımlama yapmak gerekirse eserin teslimi demek; binanın sözleşmesine, arsa sahibinin beklentisine, fen ve sanat kurallarına uygun bir şekilde meydana getirilerek, eserin ifa olarak arsa sahibine arz edilmesi demektir. Yüklenici veya ondan kişisel hakkını devralan üçüncü kişi, ancak edim yerine getirilmişse tescil talebinde bulunabilir. Bu bakımdan, yükleniciden temellük edilen kişisel hakka dayanılarak tescil istemi ile açılan bu gibi davalarda, inşaat sözleşmesinin arsa sahibi olan tarafın da davada yer alması zorunludur. Çünkü arsa sahibi taraf durumunu almadan sözleşmeden kaynaklanan haklarını savunamazlar.

Yüklenici, bir bağımsız bölümü birden çok kişiye temlik etmişse, ilk temlikten sonra yüklenicinin ilgili alacak üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkacağından, ikinci temlik sahibi gerçekte artık yükleniciye ait olmayan bir alacağı<sup>1187</sup> temlik almış, daha doğrusu temlik alamamış olacaktır<sup>1188, 1189</sup>. Fakat bu olayda iş sahibi iyiniyetli olarak

---

*Olayda, yüklenici ile 26.5.1993 tarihli sözleşmeyi yapan arsa sahibi kişilerin taraf olmaları temin edilmeden, eksik taraf teşkili ile davanın sonuçlandırılması yanlıştır...*" (www.kazanci.com.tr).

Kanaatimce bu karar yerinde değildir. Çünkü olayda üçüncü kişi, tapu maliki olan yükleniciyle bir geçerli bir satış vaadi sözleşmesi yapmış, bu sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi üzerine ise, borçlu olan yükleniciye karşı tapu iptal davası açmıştır. Bu nedenle sözleşmenin tarafı olmayan ve artık tapuyla bir ilişkisi kalmayan iş sahibinin taraf olarak aranması yanlıştır.

<sup>1186</sup> **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.81.

Fakat arsa sahibi, bu bağımsız bölümü üçüncü bir kişiye devretmişse, üçüncü kişi yeni malike, iyiniyetli olmasa bile başvuramaz. Çünkü onun hakkı, kişisel bir hak olup, üçüncü kişiye karşı ileri sürülemez. **Reisoğlu**, s.70; **Eren** (Genel Hükümler), s.20; **Erman** (İnşaat), s.180; **Kartal**, s.34.

**YHGK. 19.04.2000, 1-735/789**: "... Aynı hak edinirken tapu kaydı dışında bir kişisel hakkın varlığının bilinmesi aynı hak sahiplerini kötüniyetli kılmadığı gibi kazandığı mülkiyet hakkına da etkili olamaz. Başka bir deyişle kişisel hak ile aynı hakkın çatışması halinde aynı hakka üstünlük tanınması da ana kuraldır... Kişisel hak sahibi davacı yararına tapu siciline düşürülmüş bir şerh bulunmadığı gibi; davalının muvazaalı bir işlemle taşınmaz tapuda adına yazdırdığı da kanıtlanamamıştır... Bu nedenle; davacının açtığı iptal ve tescil isteğinin reddi ile davalının karşı davacı olarak açtığı elatmanın önlenmesi davasının kabulüne karar verilmesi gerekir." (YKD. 2001/, s.477). Fakat üçüncü kişinin kazanımının, sırf kişisel hak sahibinin bu hakkının kullanımının önlenmesi amacına yönelik olması hâlinde, MK. m.2 gereğince kişisel hakkın, yeni malike karşı ileri sürülebileceği de kabul edilebilir. Bu yönde: **Sungurbey** (MHE, C.III), s.122; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.15, dn.13; **Öztürk**, s.537; **Erman** (İnşaat), s.181. Bu durumda **Oğuzman/Öz** ise (s.18) zarar gören kişinin BK. m.41/II gereğince üçüncü kişiye başvurabileceğini, fakat ondan sadece bu sebeple uğradığı zararın giderilmesini talep edebileceğini kabul etmiştir.

**14. HD. 16.10.1990, 4161/8270**: "Kural olarak kişisel hakkın aynı hak sahibine karşı ileri sürülmesi mümkün değildir. Ancak aynı hak sahibinin iktisabında iyiniyetli olmaması ve kişisel hak sahibini zararlandırmak amacı ile hareket etmesi hâlinde kişisel hakkın aynı hak sahibine karşı ileri sürülmesi mümkündür." Yayınlanmamış olan bu karar için bak. **Öztürk**, s.537, dn.47. Bu yönde: **YHGK. 16.02.2005, 14-6/73** (www.kazanci.com.tr).

<sup>1187</sup> Yüklenicinin iş sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devretmesi durumunda yüklenicinin bu alacak üzerindeki tasarruf yetkisi sona ereceğinden, bu aşamadan sonra artık yüklenicinin, iş sahibiyle anlaşarak bu alaktan feragat etmesi veya bu alacağı ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir. Karş. **Nomer**, s.37.

Aynı şekilde yüklenicinin iş sahibinden olan alacağını üçüncü bir kişiye devretmesi durumunda bu alacak yüklenicinin malvarlığından çıkıp, üçüncü kişinin malvarlığına dâhil olacağından, bu tarihten sonra yüklenicinin alacaklılarının bu alacağı haczetmeleri mümkün olamayacaktır. Karş. **Nomer**, s.120.

<sup>1188</sup> **Eren** (Genel Hükümler), s.1180; **Reisoğlu**, s.70; **Şener**, s.47; **Öz** (İnşaat), s.95; **Nomer**, s.114; **Engin**, s.18. **14. HD. 27.10.2004, 5252/7424**: "... Somut olayda iki ayrı kişiye temlik edilmiş tek bir şahsi hak vardır. Her iki davacının da yarışan ve davalarına dayanak yaptığı sözleşmeleri bulunmaktadır. Dairemizin, bu gibi durumlarda kararlılık kazanan uygulamasına göre, bir taşınmaz şahsi hakkın devri suretiyle birden çok kişiye satılmış ise ve her ikisi de geçerli bulunmaktaysa eski tarihli sözleşmeye değer verilir. ... Sonraki alıcı sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca yaptığı ödemeyi geri isteyebilir..." (YKD. 2005, s.1580).

Hemen ekleyelim ki Yargıtay aynı sonucu iki satış vaadi sözleşmesinden doğan uyumsuzluğa da uygulamıştır. **14. HD. 13.10.1988, E. 1987/4244, K. 1988/6494**: "... Bir taşınmazın birden çok kişilere satışının vaadi olunması halinde geçersiz olmadıkça veya münfesih hale gelmedikçe ilk defa yapılan sözleşmeye değer verilir. Satış vaadi sözleşmesinin tapuya şerh edilmiş olması, Medenî Kanununun 919/2. maddesi gereğince sadece taşınmaz üzerinde sonradan temellükte bulunan hak sahiplerine karşı dermeyer olunabilir. Olayda böyle bir durum bulunmamaktadır. Davacı S.'ye yapılan sözleşme tarihi 28.11.1978 olup asli müdahil ve davacı durumunda olan İ.'ye yapılan satış ise bundan daha öncesine ait ve 6.3.1978 gününü taşımaktadır. Şu hali ile İ.'ye yapılan satışa değer vermek gerekirken aksine görüş ve düşünce ile S.'nin davasının kabulü isabetli görülmemiştir..." (YKD. 1989/9, s.1293. Bu karar için ayrıca bak. **Öztürk**, s.538, dn.49).

<sup>1189</sup> Hatta Yargıtay bu konuda biraz daha ileri giderek somut olay adaletinin sağlanması amacıyla, yüklenicinin bazı bağımsız bölümlere ilişkin alacağını üçüncü kişilere devretmesinin ardından, yüklenici

ikinci temlik alana ifade bulunursa, o borçtan kurtulur (BK. m.165)<sup>1190</sup>. Alacağın temlikinin tapuya şerhi mümkün olmadığından, bunun dışında bir çözüm şekli bulunmamaktadır.

Yüklenici, iş sahibinden alacağı bir bağımsız bölüm için üçüncü bir kişiyle satış vaadi sözleşmesi yaparsa, fakat daha sonra bu bağımsız bölüme ilişkin alacağını iyiniyetli bir kişiye temlik ederse, kanaatimce Yargıtay'ın yerleşik uygulaması dikkate alındığında, ilk işlem olan satış vaadi de alacağın temliki olarak kabul edilmeli ve alacağı onun kazandığı sonuca varılmalıdır. Aksi hâlde, Yargıtay uygulamasının bir sonucu olarak, resmi biçimde satış vaadi sözleşmesi yapan taraf, daha sonraki adi yazılı sözleşmenin alacısından daha az korunmuş olur<sup>1191</sup>.

**Ertaş'a** göre ise, bu durumda tapu siciline şerh kurumunda yararlanılabileceğini ileri sürülebilir. Fakat **Ertaş'**ın da haklı olarak belirttiği gibi<sup>1192</sup>, alacağın temlikinin şerhi mümkün değildir, satış vaadi sözleşmesinin şerhi mümkün olmakla birlikte, incelenen ihtimalde satış vaadi sözleşmesini yapan taraf yüklenicidir. Bu bağımsız bölüm ise, tapuda iş sahibi adına kayıtlıdır. Bu nedenle iş sahibine ait bir taşınmazın, yüklenici tarafından diğer bir kişiye satışının vaadi edilmesinin tapu siciline şerh verilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır<sup>1193</sup>.

Ertaş'a göre bu durumda alacağı temlik alan kişiler, mahkemeden HUMK. 101 vd. hükümlerine göre ihtiyati tedbir kararıyla bu haklarını koruyabilirler<sup>1194</sup>. Fakat kanaatimce, yükleniciden bağımsız bölüme ilişkin alacağı temlik alan üçüncü kişinin veya bu bölümün satış vaadi alacaklısının, iş sahibine ait olan bağımsız bölüm üzerinde ihtiyati tedbir kararı almaları kolay değildir. Çünkü bu durumda ilgili bağımsız bölümün mülkiyeti çekişme konusu değildir. Çekişme konusu olan, daha doğrusu korunması istenen, yükleniciden arsa payını temlik alan kişinin alacağıdır. Bunun ise, iş

---

ile iş sahibinin anlaşarak sözleşmeyi feshedemeyeceklerini, örtülü olarak temlikle birlikte tasarruf yetkisinin sınırlandırıldığını kabul etmiştir.

**YHGK. 19.06.1996, 14-276/500:** "Dava konusu bağımsız bölümü arsa sahibinden satış vaadi ile alan yüklenici, bu daireyi davacıya temlik ettiğine göre, bu temlikten sonra yüklenicinin, tekrar arsa sahibi ile bir araya gelerek, adi yazılı bir belge ile satış vaadi sözleşmesini fesih ile ortadan kaldırmalarına itibar edilemez..." (www.kazanci.com.tr). **Ertaş'a** göre bu kararda Yargıtay'ın vurguladığı husus, feshin şekli olduğundan, yazar örtülü olarak, fesih iradesi resmi biçimde açıklansaydı, Yargıtay'ın buna geçerlilik vereceğini kabul etmiştir. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.89.

<sup>1190</sup> **Şener**, s.35.

<sup>1191</sup> **Öz** (İnşaat), s.95. Benzer bir durum, sonraki işlemin doğrudan tapuda tescil olmasında da vardır. **1. HD. 23.11.2004, 8517/13057:** "Olayda, çekişmeli bağımsız bölüm, inşaat aşamasında kat irtifakı kurulmadan önce arsa sahibi vekili yüklenici tarafından haricen elatmanın önlenilmesi davalısı Ayten'e satılmıştır. Kat irtifakının kurulmasından sonra aynı bağımsız bölüm yine yüklenici tarafından borç ilişkisi bulunan davacı şirkete satılmıştır. Bilindiği üzere, tapulu taşınmazların haricen satışı geçersiz olup, bu sözleşmelerin mülkiyetin nakli sebebini oluşturamayacağı açıktır. Eldeki dava bakımından halen kayıt maliki olan Ç. İnşaat Ticaret Limited Şirketine karşı 30.9.1988 tarih ve 87/2- 2 sayılı İnançları Birleştirme Kararının uygulama yeri de yoktur. Öyle ise taraflar arasındaki çekişmenin kayda üstünlük tanınmak suretiyle çözüme kavuşturulması zorunludur..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1192</sup> **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.84, 85.

<sup>1193</sup> Böyle bir şerh ancak, iş sahibinin bu konuda yükleniciye yetki vermesi durumunda gerçekleşebilir.

<sup>1194</sup> **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.85.

sahibine ait arsa payı üzerine ihtiyati tedbir yoluyla korunması kanaatimce doğru değildir.

### **Yükleniciden alacak devralan üçüncü kişiler, inşaatı kendilerinin tamamlamasını talep ettiklerinde, iş sahibinin bunu kabul etmesi zorunlu mudur?**

Kanaatimce iş sahibinin BK. m.106 gereğince aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi veya sözleşmeden dönmesi durumunda, alacağı temlik alan üçüncü kişinin, yüklenici adına ifa teklifinde bulunması mümkün değildir, daha doğrusu iş sahibinin bu teklifi kabul yükümlülüğü yoktur.

Fakat henüz inşaat süresinin dolmasından veya seçimlik hakların kullanılmasından önce, alacağı temlik alan kişinin, inşaatı tamamlamak amacıyla iş sahibine başvurması durumunda, kural olarak yüklenicinin inşaatı bizzat veya kendi yönetimi altında yaptırması gerektiğinden<sup>1195</sup>, bu durumda inşaatın yüklenicinin yönetimi dışına çıkması söz konusu olacağı için, iş sahibinin bu talebi kural olarak kabul etmesi gerekmez<sup>1196</sup>. Fakat **Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi, somut olayın özelliklerinden iş sahibinin, üçüncü kişinin ifa teklifini reddetmesi dürüstlük kurallarına aykırı olarak değerlendirilebilir<sup>1197</sup>.

Ayrıca **Ertaş**'ın da haklı olarak belirttiği gibi, bu tip olaylarda alacağı temlik alanın fiilen inşaatı yürütmesine itiraz edilmemesi, örtülü olarak bu tip bir işleme rıza gösterilmesi sonucunu doğurabilir. Hemen belirtelim ki, iş sahibinin bu biçimde sessiz kalması, kanaatimce onun kural olarak borcun iç yüklenilmesine rıza göstermesi biçiminde yorumlanamamalıdır<sup>1198</sup>. Bu sessiz kalış, sadece üçüncü kişinin inşaatı tamamlamaya çalışması durumunda, yüklenicinin BK. m. 356 hükmüne aykırı bir davranış içinde bulunmadığının kabulü olarak yorumlanabilir<sup>1199</sup>. Bu tip bir durum varsa, alacağı temlik alanın inşaatı devam ettirmesinin önlenmesi, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesine neden olabilir.

<sup>1195</sup> **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.70, no:29; **Schraner**, s.29 vd.

<sup>1196</sup> Karş. **Ertaş** (Hak ve Borçların Devri), s.83; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.767; **Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi /Serozan/Arpacı**, s.15.

<sup>1197</sup> **Öz** (İnşaat), s.95.

<sup>1198</sup> **Ertaş**'a göre ise (Hak ve Borçların Devri, s.83), alacağı temlik alanın, taşeronlar aracılığıyla inşaatı devam ettirmesi durumunda, iş sahiplerinin bunlarla işbirliği yapmaları, artık borcun dış yüklenilmesine rıza olarak yorumlanabilir.

**YHGK. 30.10.2002, 14–838/867**: "... Her ne kadar eski yüklenici inşaat sözleşmesinden doğan hak ve borçlarını noterce onaylanmış temlikname ile (tek taraflı) yeni yükleniciye temlik etmiş ise de bu temlikname arsa sahibi katılmadığından bağlayıcı değildir. ... Bu bakımdan ilk yüklenicinin tek taraflı olarak yapmış bulunduğu temlikname ile inşaat sözleşmesinden doğan tüm hak ve borçlarını olduğu gibi, başka bir yükleniciye devretmiş olması halinde, inşaat sözleşmesi hükümlerinin halen yürürlükte olduğunun kabulü olanaklı değildir. Arsa sahibi sonradan bu şirketle bazı ilişkiler içine girmiş ve inşaat bu şirket tarafından sürdürülmüş ise de bu hukuki işlemlerin ve fiili durumların ilk inşaat sözleşmesinden bağımsız olarak gerçekleşmesinden anlaşılmaktadır. Nitekim arsa sahibinin bazı bağımsız bölümleri bedeli karşılığında bu şirkete devretmiş olması bunlar arasında ilk inşaat sözleşmesinden bağımsız yeni bir durum bulunduğunu göstermektedir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1199</sup> Karş. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.75, no:46 vd.

## 2. Görüşümüz

Kanaatimce henüz üzerine tescil ettirmedeği bu bağımsız bölüm üzerinde yüklenicinin yapabileceği kural olarak tek bir hukukî işlem vardır. O da taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu durumda yüklenici, daha sonra sahip olacağı bir taşınmazın satışını üçüncü kişiye vaad edebilir<sup>1200</sup>. Böylece satış vaadi alacaklısı, borç muaccel olduğunda, satış vaadi borçlusuna (yükleniciye) başvurarak, taşınmazın kendi adına tescilini talep edebilir. Sözleşmenin nispiği ilkesi gereğince satış vaadi alacaklısının, arsa sahibinden herhangi bir talepte bulunması mümkün değildir.

Bu aşamada cevaplandırılması gereken bir sorun, yüklenicinin iş sahibinden olan alacağını, üçüncü kişiye temlik edip edemeyeceği, edebileceyse bunun şeklinin ne olduğudur.

Her alacak hakkı gibi, bir kişinin sahip olduğu taşınmazın kendi adına tescini talep biçimindeki alacak hakkını da üçüncü kişiye devretmesi mümkün ve geçerlidir. Fakat taşınmaz mülkiyetinin devri yönündeki alacağın temlikinin hangi şekle tâbi olduğu ayrıca incelenmelidir. Çünkü BK. m.163 gereğince alacağın temlikini adi yazılı şekle tabidir. Fakat MK. m.706/I hükmüne göre taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği, resmi şekilde düzenlenmiş olmalarına bağlıdır. Bu nedenle yüklenicinin iş sahibinden olan taşınmaz mülkiyetinin kendi adına tescilini talep şeklindeki alacağının, üçüncü kişiye BK. m.163 gereğince adi yazılı şekilde mi, yoksa MK. m.706/I gereğince resmi şekilde mi devredilebileceğinin incelenmesi gerekir.

Doktrindeki hâkim görüşe ve istikrar kazarmış Yargıtay uygulamasına göre, yüklenici bu alacağını adi yazılı biçimde üçüncü kişiye temlik edebilir. Bunun sonucu olarak da alacağı temlik alan kişi, alacağın muaccel olması üzerine doğrudan iş sahibine karşı dava açıp, bağımsız bölümün kendi adına tescilini talep edebilir.

Fakat kanaatimce bu yolun açılması doğru değildir. **Öz**'ün de gayet haklı olarak belirttiği gibi, Medenî Kanununun 706/I'in açık hükmü dururken, adi yazılı bir belge ile taşınmazın devri borcunun kurulması veya değiştirilmesi mümkün olamamalıdır<sup>1201</sup>. Bu nedenle kanaatimce yüklenicinin, iş sahibinden olan taşınmazın kendi adına tescilini talep biçimindeki alacağının, üçüncü kişiye temlikini, ancak resmi biçimde yapılırsa geçerli olabilir.

Yargıtay aslında burada örtülü olarak tahvil kurumuna başvurmakta ve geçersiz olan satış veya satış vaadi sözleşmesini, alacağın temlikini olarak ayakta tutmaya çalışmaktadır. Fakat Yargıtay biraz daha ileri giderek, hukuken geçerli olan satış vaadi sözleşmelerini de alacağın temlikini saymaktadır.

<sup>1200</sup> Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin resmi biçimde yapılması gerekir.

<sup>1201</sup> **Öz** (İnşaat), s.94.



Yüklenicinin iş sahibinden olan alacağının adi yazılı biçimde temlik edilebileceği kabul edilse bile, bu sonucun kabulü, teknik hukuk açısından pek kolay değildir. Öncelikle, tahvil kurumunun işletilebilmesi için, yapılan işlemin geçersiz olması gerekir. Fakat taşınmaz satış vaadi sözleşmesi noterce resen düzenleme senet biçiminde yapılırsa geçerli olur. Hukuken geçerli olan bu sözleşmenin, alacağın temlikli olarak yorumlanması (veya ona tahvil edilmesi) mümkün değildir<sup>1202</sup>. Bu durumda satış vaadi alacaklısının yapabileceği, hukuki işleme konu olan bağımsız bölümün yüklenici adına tescilinden sonra, yükleniciye kaşı cebri tescil davası açmaktır<sup>1203</sup>.

Bunun yanında taraflar adi yazılı olarak veya imza onayı biçiminde bir satış veya satış vaadi sözleşmesi yaparlarsa, bu sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu aşamada tahvilin mümkün olup olmadığı ise ayrıca incelenebilir. Tahvilin bir diğer koşulu, geçersiz olan hukuki işlemin, aynı amaca yönelik bir başka hukuki işlemin bütün geçerlilik koşullarını taşımasıdır.<sup>1204</sup>.

Taşınmaz satış vaadi sözleşmesi ile alacağın temlikinin aynı amacaya yönelik oldukları iddiası bir kenara bırakılırsa, adi yazılı bir satış veya satış vaadi sözleşmesinin, şeklen geçersiz olması nedeniyle, bunun alacağın temlikli olarak ayakta tutulabilmesi (tahvil) için, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmede taraf iradelerinin alacağın temlikli doğrultusunda birleşmesi gerekir<sup>1205</sup>. Fakat uygulamada tarafların iradeleri hiçbir zaman alacağın temlikine yönelik olmayıp, üçüncü kişi gerçek bir satış vaadi sözleşmesi amacıyla hareket etmektedir. Bu nedenle, kanaatimce alacağın temlikinin adi yazılı şekle tabi olduğu yönündeki hâkim görüş kabul edilse bile, bu durumda tarafların kurmayı hiç amaçlamadıkları üç köşeli bir hukuki ilişki içine sokulmaları yerinde değildir.

Ayrıca arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, alacağın temlikli yasaklanmışsa, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki sözleşmenin, alacağın temlikli olarak yorumlanması da mümkün değildir.

Kanaatimce bu görüşümüzün kabul edilmesi durumunda, Yargıtay'ın kabul ettiği alacak temlikli sistemine göre alıcılar daha az korunmaktadır. Çünkü kabul ettiğimiz durumda alacının hakkı kişisel bir hak olup, bunu sadece yükleniciye karşı ileri sürebilir. Ayrıca borçlandırıcı bir nitelik taşıyan bu sözleşmeden sonra, aynı bağımsız bölüm üzerindeki alacağını resmi şekle uygun olarak üçüncü bir kişiye devrederse, tasarruf işlemi sahibinin alacağı temlik aldığı kabul edilmelidir.

Bu nedenlerle söz konusu mahzurların giderilmesi için, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin tapuya şerhi durumunda, yüklenici ile üçüncü kişi arasındaki taşınmaz

<sup>1202</sup> *Kaneti* (Tahvil), s.119.

<sup>1203</sup> Bak. *Kocayusufpaşaoğlu*, s.170.

<sup>1204</sup> Bak. *Kaneti* (Tahvil), s.140 vd.

<sup>1205</sup> Bak. *Öz* (İnşaat), s.94.

satış vaadi sözleşmelerinin de şerhinin mümkün olduğu ve bu şerhten sonra yüklenicinin aynı taşınmaz üzerinde yapacağı diğer tasarruf işlemlerinin geçersiz olduğuna ilişkin bir hükmün kabulüyle bu sorun kısmen çözülebilecektir.

#### IV. YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNDEN DOĞAN DAVALARDA USUL HUKUKUNA İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER

##### A. Görevli Mahkeme

İnceleme konumuzun dışında kalan idareyle yapılan inşaat sözleşmeleri dışındaki inşaat sözleşmelerinden doğan davalarda görevli mahkeme, dava konusunun değerine göre Sulh veya Asliye Hukuk mahkemesidir. İnşaat sözleşmesinde dava konusunun değeri çoğunlukla 6.330 – TL'den<sup>1206</sup> yüksek olacağından, Asliye Hukuk mahkemeleri görevli olacaktır. Fakat meselâ geç teslim nedeniyle gecikme zararının tazmininin talep edildiği bir davada, tazminatın miktarı, bu sınırdan düşükse, sulh hukuk mahkemeleri görevli olacaktır.

İnşaat sözleşmelerinin **4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun**<sup>1207</sup> kapsamına girip girmediği ve bu kapsamda bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olup olmadığı tartışılabilir. Zira anılan Kanunun 3. maddesinde mal kavramının "*alış-verişe konu olan ... konut ve tatil amaçlı taşınmaz(ları)*" da kapsadığı ve aynı şekilde hizmet kavramının "*bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti*" ifade ettiği açıkça belirtilmiştir. Kanunda ayrıca tüketici "*bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi*" olarak, satıcı ve sağlayıcı ise "*kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye mal (veya hizmet) sunan gerçek veya tüzel kişi*" olarak tanımlanmıştır. Bunun bir sonucu olarak da tüketici işlemi, "*mal veya hizmet piyasalarında tüketici ile satıcı-sağlayıcı arasında yapılan her türlü hukuki işlem*" olarak ifade edilmiştir. Bu kanunun kapsam kenar başlıklı 2. maddesine göre ise "*bu Kanun ... mal ve hizmet piyasalarında tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu her türlü "tüketici işlemi" kapsar.*"

<sup>1206</sup> 2008 yılında Sulh Hukuk – Asliye Hukuk mahkemeleri arasındaki görev sınırı 6.330 – TL'dir.

<sup>1207</sup> RG. 08.03.1995, S.22221.

Görüldüğü gibi, bu hükümler karşısında Yargıtay'ın kabul ettiğinin<sup>1208</sup> aksine, eser sözleşmelerinin 4077 sayılı Kanunun kesin olarak kapsamı dışında kaldığının ileri sürülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, arsasına kendisi için kullanmak amacıyla tek katlı bir bina yaptıran kişinin tüketici olmadığı ve bu işlemin Kanun anlamında tüketici işlemi olmadığı ileri sürülmesi kolay değildir<sup>1209</sup>. Bu sonuç, arsa sahibinin tüketici konumunda kaldığı arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de kabul edilebilir.

Fakat arsa sahibinin bireysel kullanım amacını aşan nitelikteki inşaat sözleşmelerinin 4077 sayılı Kanun kapsamına girdiğinin iddia edilmesi, kanaatimce Kanunun amacını aşan bir nitelendirme olacaktır. Meselâ bir kişinin sahip olduğu arsa üzerine 10 kat ve toplam 40 bağımsız bölümden oluşan bir binanın yapılmasına ilişkin inşaat sözleşmesinin bu Kanun kapsamına girmediği kabul edilmelidir.

Bu nedenlerle, inşaat sözleşmesinin 4077 sayılı Kanunun kapsamına girip girmediğinin belirlenmesinde, yapılan inşaatın niteliği ve kapsamı, arsa sahibinin özel korunma ihtiyacı gibi etkenlerin incelenmesiyle bir sonuca varılabilir.

<sup>1208</sup> Yargıtay istikrarlı bir biçimde eser sözleşmesinin 4077 sayılı Kanun kapsamına girmediğini kabul etmektedir. Bu yönde: **15. HD. 15.05.2002, 1401/2522**: "Tüketici, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/f maddesinde "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere; yasa, hazır bir mal veya hizmeti "satın" alarak, onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Başka bir anlatımla, satım akdinin konusunu oluşturan -tüketime yönelik- dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, yasa kapsamına alınmıştır. Aksi halde, bir baraj, bir liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) akdinin konusunu oluşturan süreye yayılı işlerin de yasa kapsamında kaldığının ve bunlarla ilgili uyumsuzluklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icabettiğinin kabulü gerekir. Somut olayda ise, uyumsuzluk; kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yapılan inşaatteki ayıpların tazmini istemine ilişkindir. Bu haliyle taraflar arasındaki hukuki ilişki, istisna (eser) sözleşmesi olup, anılan yasanın, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan bu boyut ve ağırlıktaki ilişkilerde uygulanması hukuken ve fiilen mümkün değildir..." [**Tutumlu** (Tüketici Mahkemesi), s.45].

**YHGK. 24.09.2003, 15-498/493**: "... Tüketici 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3/f maddesinde "Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştır. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere; yasa, hazır bir mal veya hizmeti "satın" alarak, onu günlük yaşamında kullanan veya tüketen kişiyi korumaktadır. Başka bir anlatımla, satım akdinin konusunu oluşturan tüketime yönelik dar kapsamlı mal ve hizmet ilişkileri, yasa kapsamına alınmıştır. Aksi halde, bir baraj, bir liman, bir otoyol, bir santral ve bir bina yapımı gibi üst düzeyde teknoloji gerektiren ve istisna (eser) akdinin konusunu oluşturan süreye yayılı işlerin de yasa kapsamında kaldığının ve bunlarla ilgili uyumsuzluklara da tüketici mahkemelerinde bakılması icabettiğinin kabulü gerekir. Somut olayda ise, uyumsuzluk; davalıya ait binaya güneş enerjisi ile çalışan su ısıtma sisteminin kurulmasından kaynaklanmıştır. Bu haliyle taraflar arasındaki hukuki ilişki, istisna (eser) sözleşmesi olup, anılan yasanın, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan ilişkilerde uygulanması hukuken ve fiilen mümkün değildir. Dairemizin istikrar kazanmaya çalışan görüşü, bu doğrultudadır... eser sözleşmesinden kaynaklanan eldeki davada 4077 sayılı Yasanın uygulanması söz konusu olmadığından, olayın çözümünün genel hükümler çerçevesinde yapılması gerekir..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **15. HD. 23.11.2005, 7308/6294** (www.kazanci.com.tr). Hemen ekleyelim ki, bu kararlara konu olan güneş enerjisi montajı işinin, montaj biçiminde bir yan yükümlülük içeren satış sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi ve böylece 4077 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi daha yerinde olurdu.

<sup>1209</sup> Bu yönde: **Öz** (İnşaat), s.31. Genel olarak eser sözleşmesinin 4077 sayılı Kanun kapsamına girebileceği görüşünde: **Zevkiler/Aydoğdu**, s.74; **Aslan**, s.14. Aksi görüşte: **Tutumlu** (Tüketici Mahkemesi), s.45.

Bir kişinin evine gömme dolap yaptırmasını bile 4077 sayılı Kanun kapsamına dâhil etmeyen Yargıtay, kişisel kullanım amacıyla bir daire satın alınmasını ise 4077 sayılı Kanun kapsamında görmektedir<sup>1210</sup>. Kanaatimce, bir kişinin sahip olduğu arsa üzerine, kişisel kullanım amacıyla tek katlı bir bina yaptırması ile aynı amaçla yükleniciden bir bağımsız bölüm satın alması arasında, tüketicinin korunma ihtiyacı açısından hiçbir fark yoktur. Bu nedenle her ikisinin de 4077 sayılı Kanun kapsamında düşünülmesinde yarar vardır.

Fakat hemen belirtelim ki, 4077 sayılı Kanunda yüklenicinin temerrüdüne ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümleri uygulanacağı için, ilgili tartışmanın **konumuz bakımından** çok büyük bir önemi yoktur. Fakat inşaat sözleşmelerinin de Tüketici Kanunu kapsamına girebileceği kabul edilecek olursa, yüklenicinin temerrüdü konusunda bile, meselâ 6. maddede yer alan haksız şartlara ilişkin hükümler uygulanabilecek, ayrıca genel mahkemeler değil, özel görevli Tüketici Mahkemeleri görevli olacaktır. Bunun sonucu olarak da, tüketici tarafından tüketici mahkemesinde açılan davalarda hiçbir harç alınmayacaktır<sup>1211</sup>.

4077 sayılı Kanunun tüketici mahkemelerinin görev alanını düzenleyen 23/1 hükmünde, Tüketici Mahkemelerinin sadece bu kanundan doğan uyuşmazlıklarda görevli olduğu belirtilmiş olup, temerrüt BK. m.106 vd. düzenlenmiştir. Bu nedenle 4077 sayılı Kanunun kapsamına giren inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin temerrüdüne ilişkin uyuşmazlıklarda tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı ileri sürülebilir. Fakat kanaatimce Yargıtay'ın da yerinde olarak kabul ettiği gibi<sup>1212</sup>, Kanun kapsamındaki bir tüketici işleminden doğan bütün uyuşmazlıkların tüketici mahkemesinin görev alanı içinde düşünülmesi gerekir.

4077 sayılı Kanun kapsamına girmeyen bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin arsa sahibinden olan alacağını üçüncü kişiye devretmesi ve bu kişinin iş sahibine karşı açacağı cebri tescil davaları asliye hukuk (veya taşınmazın değerine göre sulh hukuk) mahkemelerinde açılacaktır. Fakat Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, yüklenicinin alacağını temlik alan kişinin iş

<sup>1210</sup> Bu konuda bak. **Tutumlu** (Tüketici Mahkemesi), s.41. **YHGK. 31.1.2007, 13-60/45**: "... Dosya kapsamından taşınmazın konut amaçlı alındığı anlaşılmaktadır. Konut ve tatil amaçlı taşınmaz alımından kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri görevlidir. Söz konusu alımların 4077 Sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmesi için konutun tamamlanmış veya kat mülkiyetinin kurulmuş olması koşul değildir..." (www.kazanci.com.tr). Bu yönde: **YHGK. 07.03.2007, 13-100/100** (YKD. 2007/12, s.2213).

<sup>1211</sup> 4077 sayılı Kanun Madde 23: "Bu Kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü ihtilaflara tüketici mahkemelerinde bakılır. ... Tüketici mahkemeleri nezdinde tüketiciler, tüketici örgütleri ve Bakanlıkça açılacak davalar her türlü resim ve harçtan muaftır. ... Tüketici mahkemelerinde görülecek davalar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun Yedinci Babı, Dördüncü Faslı hükümlerine göre yürütülür. Tüketici davaları tüketicinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir. ..."

<sup>1212</sup> **13. HD. 05.01.2005, E. 2004/12565, K. 2005/137 sayılı kararda** satış sözleşmesinde satıcının temerrüdüne dayalı cezai şartın tahsiline ilişkin davaların tüketici mahkemesinin görev alanına girdiği belirtilmiştir. (www.kazanci.com.tr).

sahibine karşı açacağı cebri tescil davasının tüketici mahkemesinde görülmesinin gerektiği kabul edilmiştir<sup>1213</sup>.

Kanaatimce bu kararlar yerinde değildir. Öncelikle bir işlemin tüketici işlemi olup olmadığının belirlenmesinde sadece alıcıya değil, işlemin her iki tarafına da bakılmalıdır. Bu olayda arsa sahibinin bu işi meslek edinen bir kişi olmadığı açıkça ortada olduğundan, varılan sonucun kabulü mümkün görünmemektedir. Çünkü Kanun kapsamında satıcı veya sağlayıcının bu işi meslek edinmesinin zorunlu olduğu açıkça belirtilmiştir<sup>1214</sup>. Ayrıca alacağın temlikinde borçlunun (iş sahibinin) izni aranmadığından temel bir ilke olarak borçlunun hukukî durumunun ağırlaştırılmaması ilkesi de gözden kaçırılmamalıdır. Buna göre yüklenicinin alacağını temlik etmesi, borçlunun sorumluluğunun hukukî niteliğini değiştirmemelidir<sup>1215</sup>.

Fakat hemen belirtelim ki, yüklenicinin yaptığı bir binadan kullanmak amacıyla bir daire satın alan kişilerin yükleniciye karşı açacağı davaların Tüketici Kanununun kapsamına girdiğine ve bu nedenle tüketici mahkemelerinin görevli olduğuna şüphe yoktur.

TTK. m.21/I gereğince inşaat sözleşmesinin her iki tarafı da tacir ve yapılan sözleşme her iki tarafın da ticari işletmesiyle ilgiliyse, asliye hukuk mahkemesinin

<sup>1213</sup> Bu görüşte: **Tutumlu** (Tüketici Mahkemesi), s.44.

**YHGK. 05.10.2005 14–490/563:** "...Dava, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılan bağımsız bölümlerin, ondan temlik alınması nedeniyle kişisel hakka dayalı tapu iptali ve tescil isteğine ilişkindir... yüklenici, inşaat sözleşmesinden doğan edimlerini yerine getirdiğinde arsa sahibine karşı kişisel hak kazanır ve sözleşme uyarınca kendisine bırakılan bağımsız bölümlerin tapusunun adına nakledilmesini arsa sahibinden isteyebileceği gibi, Borçlar Kanunu'nun 162 ve devamı maddeleri uyarınca, bu kişisel hakkım arsa sahibinin rıza ve onayını almaya gerek olmaksızın yazılı olmak koşuluyla üçüncü kişilere de devir ve temlik edebilir... Yüklenicinin kişisel hakkını temellük eden üçüncü kişi de bu hakkını, yüklenicinin halefi olarak arsa sahibine karşı ileri sürme olanağına sahiptir... **Somut olayda taşınmazın konut olarak kullanılmak üzere yükleniciden satın alındığı anlaşılmaktadır.** 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 3/c maddesinde sadece "Ticaret konusu taşınır mallar" kanun kapsamına alınmış iken 4822 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 3/c maddesi ile "konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallar" da Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun kapsamına alınmıştır. 4077 Sayılı Kanunun 23. maddesinde ise; bu kanunun uygulanmasıyla ilgili olarak çıkacak her türlü uyumsuzluklara **TÜKETİCİ MAHKEMELERİNDE** bakılacağı hükme bağlanmıştır. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında kendiliğinden (re'sen) dikkate alınması gerekir ve taraflar için usuli kazanılmış hak doğmaz. Bu nedenle sonradan çıkan bir kanunla kabul edilen görev kuralı geçmişe etkili bir biçimde uygulanır ve davanın açıldığı andaki kurallara göre görevli olan mahkeme yeni bir kanunla görevsiz hale gelmişse görevsizlik kararı verilmesi zorunludur. Bu durumda 4077 Sayılı Kanunun 23. maddesi gereğince davaya bakmakla tüketici mahkemesi görevli olduğundan...". Bu yönde: **14. HD. 23.06.2005, 5809/6290; 14. HD. 24.03.2005, 2303/2367; 14. HD. 03.05.2005, 405/4223** (Kararlar için bak. www.kazanci.com.tr). Hatta bir kararda, yükleniciden harici olarak bağımsız bölüm satın alan kişiden sonra, yüklenicinin aynı bağımsız bölümü bir başka kişiye tapuda devrettiği bir olayda, ilk alıcının tapu malikine karşı açtığı muvazaa nedeniyle tapu iptal ve tescil davasında tüketici mahkemesinin görevli olduğu belirtilmiştir. **14. HD. 07.06.2005, 2165/5242 (Özbudak, s.66 vd).**

Aksi yönde: **20. HD. 14.06.2005, 6237/7716 [Tutumlu** (Tüketici Mahkemesi), s.43]. Bu sonuncu kararda alıcı, bağımsız bölümü doğrudan arsa sahibinden satın almıştır. Bu nedenle tüketici mahkemelerinin görevli olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.

<sup>1214</sup> **Zevkililer / Aydoğdu**, s.87; **Aslan**, s.15.

<sup>1215</sup> Bu konuda bak. **Şener**, s.29 vd. **4. HD. 30.9.1958, 7071/6062:** " ... Kanun borçlunun rızası olmaksızın alacaklinın alacağını devredebileceğini kabul ederken bu devir sebebiyle borçlunun hukuki durumunun herhangi bir şekilde ağırlaşmaması esasını kabul etmiş(tir)... " (**Şener**, s.31, dn.63).

görevine giren davalarda Asliye Ticaret Mahkemelerinin görevli<sup>1216</sup> olduğu kabul edilmelidir. Müddeabihin değeri, 6.330 – TL'den düşük olan bu davalarda sulh hukuk mahkemeleri görevlidir.

İnşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda uygulamada çoğunlukla sözleşmeye tahkim kaydının konulduğu görülmektedir. Sözleşmeden doğan uyuşmazlıkların tahkim marifetiyle çözümleneceğine ilişkin kayıt içeren inşaat sözleşmelerinde<sup>1217</sup>, tarafların uyuşmazlık için tahkim prosedürün işletmeleri gerekir.

HUMK. m.518 hükmüne göre “*Yalnız iki tarafın arzularına tabi olmıyan mesailde tahkim cereyan etmez.*” Buna göre tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konularda tahkim yapılamaz. Bu nedenle Yargıtay kararlarında gayrimenkulün mülkiyetine ilişkin davalarda tahkim sözleşmesi yapılamayacağını kabul etmiştir<sup>1218</sup>. Bu kararlara karşı çıkan *Kuru*'ya göre, 518. maddenin bu kadar

<sup>1216</sup> Buradaki görev ifadesi, teknik anlamda kullanılmamış olup, asliye hukuk ile asliye ticaret mahkemeleri arasındaki işbölümünü ifade etmek amacıyla kullanılmıştır. Bu konuda bak. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.108.

<sup>1217</sup> Tahkim, asıl sözleşmenin bir hükmü olabileceği gibi, ayrı bir sözleşmeyle de kararlaştırılabilir. Tahkim sözleşmesinin geçerli olması, bunun yazılı biçimde yapılmasına bağlıdır. Ayrıca, tahkim anlaşmasında, hangi uyuşmazlığın tahkim eliyle çözümleneceği de belirli olmalıdır. Bu nedenle “*bu sözleşmeden doğacak bütün uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir*” biçimindeki kayıtların, yeterli belirlilikte olduğu kabul edilmektedir. Bak. **Kuru** (C.VI), s.5937 vd; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s.610.

<sup>1218</sup> **15. HD. 23.09.2002, 4321/4067**: “... Somut olayda, yanlar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesinin feshi yanında yükleniciye devri yapılan tapu kaydının iptal ve tescili de istenmiştir. Burada tarafların uyuşmazlıkları aynı hakka da ilişkin olduğundan ve taşınmazın tapuda mülkiyet nakli ancak rızaen veya mahkeme ilamı ile olabileceğinden, kanunun kamu yararı amacı ile getirdiği kurula aykırı olan bu konuda tahkim yargılamasının cereyanı olanaksızdır. Bu yüzden, yanlar arasındaki uyuşmazlık konusuna ilişkin tahkim şartı geçerli sonuç doğurmaz. Mahkemece, tüm bu yönler gözetilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi yerine yazılı şekilde görevsizlik kararı verilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır...” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 13.10.2004, 1798/5076**: “...tapu kütüğündeki şerh ve takyidatların terkinini işlemi kamu düzeniyle ilgili olduğundan açılacak davada hakemlerin görevli olduğu kabul edilemez...” (www.kazanci.com.tr). **20. HD. 22.09.2003, 4153/5673**: “... Tapu iptali ve tescili kararı verme yetkisi genel mahkemelere aittir. Bu nedenle hakem sıfatıyla bakılan davada mahkemenin beyanlar hanesindeki şerhin silinmesine karar vermesi doğru değildir...” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 18.03.1986, E. 1985/3919, K. 1986/1044**: “... Taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkların bir bölümü kat karşılığı inşaat sözleşmesine dayanılarak taşınmaz mülkiyetinin yüklenici adına tesciline ilişkindir. Sözleşmenin 9. maddesinde uyuşmazlıkların genel olarak hakem önünde çözümleneceği öngörülmüştür. HUMK.'nun 519. maddesi gereğince bir nizanin hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların mahkemece çözümleneceği belirtilmiş olup, davacı buna dayanarak taşınmaz mülkiyetinin tesciline ilişkin ihtilafın hakemler önünde çözümleneceğini ileri sürerek iş bu davayı açmıştır. – Türk Medeni Kanunu'nun 633. maddesi ve aynı Kanun'un 926/2. madde yollaması ile Tapu Sicil Nizamnamesi'nin 19. maddesi yine Tapu Kanunu'nun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre tapu kayıtlarında yapılacak intikaller ancak tarafların tapu memuru huzurunda verecekleri takrirler veya mahkeme kararları ile mümkün olduğu kabul edilmiştir. Kanun'un gerek metin gerekse ruhu itibarıyla ve ısrarla koyduğu bu kuralın kamu düzeni ile ilgili olduğu açıkça görülmektedir. Herşeyden önce kuralın emredici nitelik taşıdığı ortadadır. Hakemlerin vermiş oldukları kararlar mahkeme kararı niteliğinde bulunmadığından sonuçta taşınmaz mülkiyetine ilişkin verilecek kararlar tesbit niteliğinde olup eda davasının açılması mümkün olan hallerde esasen böyle bir tesbit davası açılmayacağından hakemlerde taşınmaz mülkiyetinin intikaline dair açılacak bu gibi davaların reddi gerekecektir. – O halde, kamu düzeni ile ilgili olan taşınmaz mülkiyetinin intikali sonucunu doğuran nizanin çözümü hakkında tahkim şartı HUMK.'nun 518. madde hükmü gereğince geçersiz olduğu düşünülmeksizin...” (www.kazanci.com.tr). **14. HD. 07.10.2003, 6387/6813**: “Davacı, davalı şirket tarafından yapıлып satılan, dava konusu villa tipi gayrimenkulün, satış vaadi sözleşmesi gereği, tapusunun iptali ile adına tescilini, aksi halde ödenen parasının tahsilini istemiştir. ... Davada, satış vaadi sözleşmesi uyarınca taşınmaz mal mülkiyeti geçirimini istenmektedir. Her ne kadar genel satış şartnamesinin -M- maddesinde “satmayı vaad eden firma ile satış vaadi muhatabı arasında doğacak ihtilaflar hakem usulü ile halledilecektir”

genişletilerek yorumlanması doğru değildir. Çünkü yazara göre<sup>1219</sup>, “*tarafklar aralarındaki uyuşmazlığı gidermek için (özellikle sulh yolu ile) serbestçe anlaşma yapabiliyorlar ve bu anlaşma mahkemenin kararına gerek olmaksızın geçerli ise, o uyuşmazlık hakkında tahkim sözleşmesi yapılabilir.*” Taşınmazın mülkiyetine ilişkin uyuşmazlıklarda tarafların ikrar, sulh ve kabulü hukuki sonuç doğurduğundan, kanaatimce de *Kuru*’nun görüşüne katılmak gerekmektedir<sup>1220</sup>. Ayrıca 4686 Milletlerarası Tahkim Kanununun<sup>1221</sup> birinci maddesinin 4. fıkrasına göre, Türkiye’de bulunan taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıklarda milletlerarası tahkim yapılamaz. Görüldüğü gibi, Milletlerarası Tahkim Kanununda, sadece taşınmazların aynına ilişkin uyuşmazlıkların tahkime elverişli olmadığı belirtilmiştir.

Mevcut Yargıtay uygulaması karşısında, asa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde hakemlerin, taşınmaz mülkiyetinin nakline ilişkin konularda karar veremeyeceği, fakat meselâ gecikme tazminatı, cezai şart ve işin bedeli gibi konularda karar verebilecekleri sonucuna ulaşılabilir<sup>1222</sup>. Fakat bedelin para olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde ise, hakem sözleşmesi yapılması her zaman mümkündür.

## B. Yetkili Mahkeme

İnşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkeme, ilk olarak genel yetkili mahkeme olarak, davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Ayrıca bu mahkemenin dışında, HUMK. m.10 gereğince, sözleşmenin ifa edileceği yer ve dava açıldığı sırada davalının veya vekilinin orada bulunması kaydıyla, sözleşmenin akdedildiği yer mahkemesi de yetkilidir<sup>1223</sup>.

---

*hükmüne yer verilmiş ise de, Türk Medeni Kanununun 706 ve 1017, Tapu Kanununun 26 ve 27. maddeleri ile 5519 sayılı Kanun hükümlerine göre, tapu kayıtlarında yapılacak intikaller tarafından tapu memuru huzurundaki taktirleri ya da Mahkeme kararları ile mümkündür. Anılan bu hükümler kamu düzeni ile ilgili olup, bu konudaki tahkim şartı geçersizdir...”* (www.kazanci.com.tr).

<sup>1219</sup> *Kuru* (C.VI), s.5946, 5947. Bu görüşteki diğer yazarlar için bak. *Kuru* (C.VI), s.5947, dn.27. Aksi görüşte: *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s.608.

<sup>1220</sup> Bu yönde: **15. HD. 31.05.1979, 1195/1330**: “... *günlü inşaat mukavelesi hükümleri dairesinde bir taşınmaz mal payının geri verilmesi ve bu maksat altında tapu sicilinde lüzumlu olan düzeltme işlemlerinin yaptırılması tarafların serbestçe gerçekleştirebilecekleri muamelelerdendir... Uyuşmazlığın hakemler eliyle karara bağlanmasında kanuna aykırır yön yoktur.*” *Kuru* (C.VI), s.5948.

<sup>1221</sup> RG. 05.07.2001, S. 24453.

<sup>1222</sup> Aynı sonuç milletlerarası tahkim bakımından da geçerlidir.

Nitekim Yargıtay bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki hakem kaydını ve buna dayanılarak alınan hakem kararını, kararın gecikme tazminatı ve cezai şarta ilişkin olması nedeniyle, HUMK. m.518’e aykırı görmemiştir. **YHGK. 25.01.2006, E. 2005/15-728, K. 2006/1** (www.kazanci.com.tr).

<sup>1223</sup> Bu konuda bak. *Kuru* (C.I), s.433 vd; *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s.99 vd.

Sözleşmenin ifa yeri<sup>1224</sup>, yüklenicinin edim yükümü için, inşaatın yapılacağı arsanın bulunduğu yer iken; iş sahibinin borcu için ise, (bedelin para olması durumunda) aksi kararlaştırılmamışsa, BK. m.73/1 gereğince alacaklının (yüklenicinin) ifa zamanındaki yerleşim yeridir. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin borcu, tapu sicilinde işlem yapılması olduğundan, bu açıdan ifa yeri, taşınmazın bulunduğu yerdir. İş sahibinin gecikme tazminatı veya cezai şart alacağını ilişkin davaların, para alacağı niteliğinde olması nedeniyle, iş sahibinin (alacaklının) ifa zamanındaki yerleşim yeri mahkemesinin de yetkili olduğu kabul edilmelidir.

Fakat iş sahibi, yüklenici veya yükleniciden alacağı temlik alan üçüncü kişilerce açılan tapu iptal ve tescil davalarında kesin yetkili mahkeme taşınmazın bulunduğu yer olup, bunun dışındaki genel ve özel yetkili mahkemelerde dava açılmaz<sup>1225</sup>.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamına giren inşaat sözleşmelerinde, bu genel yetkili mahkemelerin dışında, ayrıca tüketicinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.

### C. Zamanaşımı Süresi

**Aynen ifa, gecikme tazminatı, cezai şart ve eksik iş bedeline ilişkin taleplerde:** Borçlar Kanununun 126. maddesinin 4. fıkrasına göre, kural olarak eser sözleşmesinden doğan bütün talepler, muaccel olmalarından itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine tâbidir<sup>1226</sup>. Fakat anılan hüküm iş sahibinin bazı taleplerini bu kuraldan istisna tutmuştur. Buna göre istisna tutulan bu alacaklar, Borçlar Kanununun 125. maddesi hükmü gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Bu hüküm

<sup>1224</sup> BK. m.73: “Borcun ifa edileceği mahal

*Borcun ifa edilmesi lazım gelen yer, iki tarafın sarih veya zımni arzusuna göre tayin edilir. Hilafına bir şart mevcut olmadığı surette aşağıdaki hükümler tatbik olunur:*

*1 - Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur.*

*2 - Borç muayyen bir şeye taalluk ediyorsa bu şey akdin inikadı zamanında bulunduğu yerde teslim olunur.*

*3 - Bunlardan başka her borç doğumu zamanında borçlunun mukim bulunduğu yerde ifa edilir. Alacaklının ikametgahında tediye edilmesi lazım gelen bir borcun ifası borcun doğumundan sonra alacaklının ikametgahını değiştirmesi sebebiyle ehemmiyetli bir surette güçleşmiş ise borç alacaklının evvelki ikametgahında ifa olunabilir.” Borçlar Kanunu Tasarısının 86. maddesinin içeriği de aynıdır.*

<sup>1225</sup> **Kuru** (C.1), s.504; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s.103.

<sup>1226</sup> Yüklenicinin bedel alacağı, teslimden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin arsa payını talep alacağı bakımından da bu süre geçerlidir.

**15. HD. 09.11.2004, 798/5741:** “... Dava, arsa payı devri karşılığı bina yapım sözleşmesinden kaynaklanmıştır. Davacı yüklenici, sözleşmeyle kendisine verilmesi gereken dükkân tapusunun adına tescilini ve fazla işler bedelinin tahsilini talep etmiştir. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadıkça, arsa sahibinin eserin bedelini (yani tapu devir borcunu) işin teslim zamanında yerine getirmesi gerekir. Zamanaşımı da alacağın muaccel olduğu bu tarihten başlar. Davacı ... tarihinden ... eseri teslim ettiğini ileri sürdüğünden bu tarih itibarıyla davalının borcu muaccel hale gelmiştir. Belirtilen tarihten eldeki davanın açıldığı 7.4.2000 tarihine kadar B.K.nun 126/4. maddesinde yazılı bulunan 5 yıllık zamanaşımı süresinin dolduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmesi gerekir...” (www.kazanci.com.tr).

Yüklenicinin bedel alacağı, teslim öncesinde kısım kısım muaccel oluyorsa, zamanaşımı süresi de bu tarihten başlayacaktır.



gereğince iş sahibinin haklarının 10 veya 5 yıllık süreye bağlanmasında, yüklenicinin borca aykırı davranışının ağırlığı dikkate alınmıştır. Buna göre “*müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş... olması sebebiyle açılacak dâvalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün dâvalar*” 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır<sup>1227</sup>. Görüldüğü gibi bu hükümlerle, yüklenicinin temerrüde düşmede kasıtlı veya ağır ihmali olması hâlinde iş sahibinin sahip olduğu hakları 10 yıllık, fakat yüklenicinin hafif veya orta derecede ihmali olduğu veya tamamen kusursuz olarak temerrüde düştüğü hâllerde ise, iş sahibinin hakları 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır<sup>1228</sup>.

Aynen ifaya ilişkin davalarda zamanaşımı süresi, teslim borcunun muaccel olduğu tarihten başlar. Hemen ekleyelim ki, teslim borcu muaccel olsa bile, yüklenici inşa faaliyetlerine devam ediyorsa, yüklenicinin bu davranışı borcun ifası (ikrarı) olarak değerlendirileceğinden, zamanaşımı süresi kesilerek yeniden başlayacaktır<sup>1229</sup> (BK. m.133). Eksik iş bedeline veya eksik işin aynen ifasına ilişkin davalarda ise zamanaşımı süreleri, teslimin gerçekleştiği tarihten başlayacaktır. Teslim gerçekleşmediği sürece eksik işten söz edilemeyeceğinden, eksiklikten doğan haklar (aynen ifa veya bedelin ifası) muaccel olmayacaktır.

Gecikmeden doğan zararın ve cezai şartın miktarı kural olarak zamanla artacağından, her bir döneme ilişkin alacağın zamanaşımı süresi de bu tarihten itibaren başlayacaktır<sup>1230</sup>. Diğer bir ifadeyle bunlar, kural olarak zamanın geçmesiyle tedrici olarak artacağından, bu alacaklar her bir dönem için ayrı ayrı olarak muaccel olacaktır. Meselâ yüklenicinin hafif kusurlu olduğu bir olayda teslim 2 yıl gecikmişse, iş sahibinin

<sup>1227</sup> Borçlar Kanunu Tasarısının 146. maddesinin 6. bendine göre: “*Yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi dışında, eser sözleşmesinden doğan alacaklar*” beş yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır. Fakat yüklenicinin yükümlülüklerini ağır kusuruyla hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda iş sahibi tarafından açılacak davalar Tasarının 145. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı olacaktır. Görüldüğü gibi Tasarının bu hükümleri, mevcut Kanunla aynıdır.

<sup>1228</sup> Öz (İnşaat), s.149. Karş. **Tutumlu** (Zamanaşımı), s.43.

Bu yönde: **15. HD. 26.09.2005, 1779/4961**: “*Taraflar arasındaki uyuşmazlık BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisinden kaynaklanmakta olup, bu tür uyuşmazlıklarda BK'nın 126/4 maddesi uyarınca 5 ve 10 yıllık zamanaşımı süresi uygulanır.*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 05.11.2003, 1790/5272**: “*Eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda zamanaşımı, alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren 5 yıldır. Yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç ya da gereği gibi yerine getirmedeği ve özellikle ayıplı iş meydana getirdiği iddiası ile açılan davalarda 10 yıllık zamanaşımı uygulanır...*” (www.kazanci.com.tr).

Fakat Yargıtay'ın, genellikle yüklenicinin kusurunun ağırlığını dikkate almaksızın 5 yıllık zamanaşımı süresini uyguladığı görülmektedir. **15. HD. 27.10.2003, 2040/5009**: “*... davacılar zamanaşımı süresi içerisinde eksik işler bedelini isteyebilir. Buradaki zamanaşımı süresi BK'nun 126/4.maddesince 5 yıldır. Aynı Yasanın 128.maddesi uyarınca da zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte yani, teslim tarihinde başlar...*” (www.kazanci.com.tr). **15. HD. 04.12.1997, 5203/5207**: “*... İnşaat taahhüt edilen süre içinde bitirilip teslim edilmediği tarafların kabulünde olup olayda uygulanması gereken 5 yıllık zamanaşımı süresinin sözleşmeye göre işin teslimi gereken en erken tarih 5.12.1991'de başlatılması halinde zamanaşımı süresi 5.12.1996 tarihinde sona ermektedir...*” (www.kazanci.com.tr).

<sup>1229</sup> **Tutumlu** (Zamanaşımı), s.254.

<sup>1230</sup> **Gauch/Schluep/Schmid/Rey**, s.162, no:3008.

ilk yıla ilişkin gecikme tazminatı ve cezai şart alacağına teslimden itibaren en geç üç yıl içinde talep edilmesi gerekir. Aksi halde ilk yıla ilişkin miktar zamanaşımına uğrayacaktır.

Fakat BK.m.129<sup>1231</sup> ve 131 gereğince iş sahibinin aynen ifa talebinin zamanaşımına uğraması durumunda, gecikme tazminatı (ve cezai şart) talebinin de tamamen zamanaşımına uğramış sayılacağı gözden kaçırılmamalıdır<sup>1232</sup>. Buna göre, bir önceki olayda teslim borcunun muaccel olmasının üzerinden 5 yıl geçmişse, iş sahibi artık meselâ bir önceki yıla ilişkin gecikme zararının tazminini talep edemeyecektir.

**Aynen ifadan vazgeçip müspet zararın tazmininin talep edilmesinde:** Genel olarak kabul edildiği gibi, sözleşmeden doğan bir edimin yerini alan edimlerin tabi olduğu zamanaşımı süresi ilk edim yükümüne bağlıdır<sup>1233</sup>. Buna göre, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde, yüklenicinin asli edim yükümü, iş sahibinin müspet zararını karşılama haline geleceği için, iş sahibinin müspet zararı talebinin bağlı olduğu zamanaşımı süresi, aynen ifa talebinin bağlı olduğu zamanaşımı süresine (5 veya 10 yıl) bağlıdır. Fakat bu zamanaşımı süresinin, aynen ifa borcunun muaccel olmasıyla mı, yoksa müspet zararı giderme borcunun doğmasıyla mı başlayacağı doktrinde tartışmalıdır. Kanaatimce üstün tutulması gererek görüş, zamanaşımının aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmini talebinde bulunulmasıyla başlayacağı yönündeki görüştür. Çünkü müspet zararın tazmini borcu, aynen ifadan vazgeçilmesiyle muaccel olacaktır<sup>1234</sup>.

Yüklenici, müspet zararın mübadele teorisine göre tazmininin talep edilmesinde bedelin tamamını; fark teorisine göre tazmininin talep edilmesinde ise yaptığı kısmın bedelini, iş sahibinin bu hakkını kullandığı tarihten itibaren 5 yıl içinde talep edebilecektir<sup>1235</sup>.

**Sözleşmeden dönme durumunda:** Sözleşmeden dönme durumunda, çalışmamızda borç ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkacağı kabul edildiğinden ve ayrıca iade borcuna hangi zamanaşımı süresinin uygulanacağı konusunda da açık bir hüküm bulunmadığından, BK. m.125 gereğince iade borcunun ve menfi zararın

<sup>1231</sup> Anılan hükme göre: “*Kaydi hayat şartıyla irat ve muayyen zamanlarda tediye olunan sair şeylerin tesviyesini talep hususunda müruru zaman ilk tediye edilmemiş olarak kalan taksitin muacceliyet kesp ettiği günden başlar. – Alacak hakkında müruru zaman vaki olunca mütedahil taksitler hakkında da müruru zaman vaki olmuş olur.*”

<sup>1232</sup> **Tutumlu** (Zamanaşımı), s.327.

<sup>1233</sup> **Koller** (OR AT), s.298, no:137; **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.215; **De Feo**, s.313, no:760; **Havutçu**, s.135.

<sup>1234</sup> **Koller** (OR AT), s.298, no:136; **Havutçu**, s.135. Bu yönde: BGE 129 III 738 E. 7.3. Karş. **Glättli** (Schadenersatz wegen Nichterfüllung), s.197; **Öz** (Dönme), s.182, dn.138; **Öz** (İnşaat), s.149. Muacceliyetten başlayacağı görüşünde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.542, no:243.

<sup>1235</sup> Bak. ve Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.320, no:1156.

tazmini talebinin 10 yıllık zamanaşımı süresine bağlı olduğu kabul edilmelidir<sup>1236</sup>. Fakat doktrinde de haklı olarak kabul edildiği gibi, BK. m.126'daki 5 yıllık zamanaşımı sürelerinin uygulanacağı hâllerde, iade borçları da 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır<sup>1237</sup>. Zamanaşımı süresi, sözleşmeden dönmeyle birlikte başlar<sup>1238</sup>.

Çalışmamızda kabul ettiğimiz aynı etkili dönme görüşü gereğince iş sahibince yükleniciye devredilen arsa paylarının, yeniden yüklenici adına tesciline ilişkin davalar birer istihkak davası niteliği taşıdığından, bu davanın herhangi bir zamanaşımı süresine tabi olmadığı sonucuna varılmıştır<sup>1239</sup>.

<sup>1236</sup> *Ehrt*, s.188; *Koller* (OR AT), s.357, no:140.

<sup>1237</sup> *Hartmann* (Rückabwicklung), s.348, no:866; *Ehrt*, no:599.

<sup>1238</sup> **YHGK. 23.02.2005, 15–10/79**: “Sözleşmenin feshinden doğan tazminat istemine uygulanacak olan zamanaşımı süresinin, fesih bildiriminden yapıldığı tarihten itibaren başlatılması gerekir.” (www.kazanci.com.tr).

**15. HD. 10.06.2003, 1440/3109**: “Taraflar arasındaki akit, davacı şirketin davalıya gönderdiği fesih ihtarnamesinin davalı kooperatife ulaştığı anda feshedilmiş, daha sonra akdin feshi davası da açılmıştır. Zamanaşımının en erken bu tarihlerden başlaması gereklidir. Davanın açıldığı tarihe kadar olayda B.K.nun 126/4 maddesindeki 5 yıllık süre dolmadığından mahkemece davalının zamanaşımı definin reddiyle işin esasının incelenmesi gerekir.” (www.kazanci.com.tr).

<sup>1239</sup> Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde aynı etkiyi kabul eden Yargıtay, yeni bir kararında, örtülü olarak iş sahibinin tapu kaydının düzeltilmesine yönelik davasının zamanaşımı süresine bağlı olduğunu belirtmiştir. **15. HD. 07.12.2006, 7107/7172**: “Dava kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin yüklenicinin temerrüdü nedeniyle feshi ve davalı yüklenici şirket adına oluşturulan tapu kayıtlarının iptal ve tescili istemine ilişkindir. – Mahkemece davanın zamanaşımı nedeniyle reddine dair verilen ... temyiz edilmiştir. 1- Eser sözleşmelerinde zamanaşımı teslimden veya fesihten itibaren başlar. Davalı yüklenicinin eseri sözleşme ve eklerine göre tamamlayıp teslim etmediği ve sözleşmenin dava tarihi itibarıyla ayakta bulunduğu anlaşılmaktadır. Sözleşme fesih de edilmediğinden henüz zamanaşımı süresi işlemeye başlamamıştır. Bu nedenle mahkemece zamanaşımı definin reddi ile işin esasının incelenerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken...” (www.kazanci.com.tr)

## DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

### YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İNŞAATI TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE UYGULANMASI

(BK. m.358/I)

#### § 13. GİRİŞ

Genel olarak eser sözleşmesinde ve konumuz olan inşaat sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, inşaatın zamanında ve ayıpsız olarak tamamlanarak teslim edilmesidir. Buna göre yüklenicinin bu asli edim yükümlülüğüne aykırı davranışı, diğer bir ifadeyle teslim süresinin geçmesine ve Kanundaki diğer koşulların da gerçekleşmesine rağmen inşaatı tamamlayarak teslim etmemesi, yüklenicinin temerrüdünü ortaya çıkarır. Yüklenicinin temerrüdü durumunda, yukarıda da belirtildiği gibi, Borçlar Kanununun 366. maddesi değil, genel hüküm olan 106 – 108 hükümleri uygulanır<sup>1240</sup>. Yüklenicinin ve genel olarak da borçlunun temerrüdünün temel koşulu, borcun muaccel olmasıdır. Muacceliyetten önce borçlunun temerrüdü mümkün değildir<sup>1241</sup>.

Ancak, eser sözleşmesinde eserin hazırlanmasının belli bir zamanı gerektirmesi nedeniyle, yüklenicinin (borçlunun) teslim borcunun muacceliyetinden önceki dönemde, ileride teslim borcunun zamanında ifasını tehlikeye sokacak bazı davranışlar içine girmesi durumunda da iş sahibine istisnaî olarak sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Borçlar Kanunumuzun eser sözleşmesine ilişkin<sup>1242</sup> “*Akit Dairesinde İşe Başlama ve İcra*” kenar başlıklı 358. maddesinin birinci fıkrasına göre<sup>1243</sup>: “*Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tâyin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.*”

<sup>1240</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.493, no:26; **Bucher** (OR BT), s.214; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:9; **Gehrer** (Bauvertägen), s.112; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471; **Bögli**, s.246, no:413; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.69; **Öz** (İnşaat), s.113.

Fakat bazı yazarlara göre, Borçlar Kanununun 106–108 hükümleri, sadece tamamlanmış eserin teslimindeki gecikmede, 366/I hükmü ise eserin tamamlanmasındaki gecikmelerde uygulanır. **Lemp**, s.89; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.527, no:24; **Koller** (Werkvertrag), s.214, no:59 vd; **Pedrazzini**, s.512; **Schenker** (Schuldnervertrag), s.36, no:96 ve s.163, no:435; **Ozanoğlu**, s.69. Kanaatimce inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcunun muacceliyetini esas almayan bu görüş yerinde değildir. Diğer bir ifadeyle, teslim borcunun muacceliyetinden sonraki dönemde artık 366/I hükmü, ancak işin niteliğine uyduğu ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilir. Yoksa muacceliyetten sonraki temel hüküm, Borçlar Kanununun 106–108 maddeleridir. Bu yönde: **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1993, no:1; **Gauch** (Werkvertrag), s.187, no:659 ve 190, no:668 (Bak. 2. bölüm dn.8).

<sup>1241</sup> **Schenker** (Schuldnervertrag), s.22, no:59.

<sup>1242</sup> Doktrinde haklı olarak kabul edildiği gibi, anılan hüküm, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine de uygulanabilir. **Yavuz** (ÖBİ), s.471; **Erman** (İnşaat), s.69.

<sup>1243</sup> Tasarının bu hükme karşılık gelen 473. maddesi de içerik olarak bu hükümle aynıdır.

Kural olarak alacaklının, borcun muacceliyetinden önce borçluya başvurması mümkün değildir<sup>1244</sup>. Fakat muacceliyetten önceki aşamada edimin ifa edilmeyeceğinin / edilemeyeceğinin ortaya çıkması durumunda istisnaen alacaklıya, bazı yetkiler verilmiştir. Bunlardan biri, BK. m.82'de düzenlenen borç ödemedi acz def'idir. Benzer bir hüküm, BK. m.358/l'de görülür. Bu hükümlerle iş sahibine, teslim borcunun muacceliyetinden önceki dönemde bazı koşullarla sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Bu hükmün hukukî niteliği doktrindeki hâkim görüş gereğince, temerrüt hükümlerinden erken yararlanma olarak kabul edilmektedir<sup>1245</sup>. Bu görüşte, eser sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde, borca aykırı olarak, eserin zamanında teslimini tehlikeye sokan durumlar yaratması hâlinde, iş sahibi BK. m.106 – 108 hükümlerine göre hareket ederek, anılan maddelerdeki seçimlik hakları kullanabilir. Diğer bir ifadeyle, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen üç seçimlik koşuldaki birinin gerçekleşmesi durumunda, iş sahibi aynı Kanunun genel temerrüt hükümlerine göre yükleniciyi temerrüde düşürebilecek ve kural olarak ek süre vermek kaydıyla, 106 – 108. maddelerde düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilecektir<sup>1246</sup>.

<sup>1244</sup> **Altaş** (BK. m.358), s.97.

<sup>1245</sup> **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1993, no:1; **Tunçomağ** (ÖBİ), s.1005; **Tandoğan** (BATİDER, 1981/1)5; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.471; **Erman** (İnşaat), s.70; **Ergezen**, s.45; **Eren** (Müteahhidin Borçları), s.78; **Altaş** (BK. m.358), s.98.

Fakat bu görüşteki yazarların bazıları, burada temerrüt hükümlerinde erken yararlanma biçimindeki görüşe iştirak etmekle birlikte, bu hükmün inşaatın yapılmasına ilişkin fiilleri de bir asli edim borcu hâline getirdiğini ileri sürmektedirler. [Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:668; **Gautschi**, s.245, no:1a ve s.247, no:1d; **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:13; **Stotz**, s.21; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1993,no:1; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.220, no:80; **von Büren** (OR BT), s.145; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.79; **Erman** (İnşaat), s.75, dn.62; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.471; **Aral**, s.354; **Ergezen**, s.45. Bu görüşteki yazarlardan **Altaş** (BK. m.358, s.98) açıkça şu çelişkili ifadeyi kullanmaktadır: "Böyle bu hükümlerde, ... aynı zamanda onun (eserin) meydana getirilmesinin de borçlanıldığı dolaylı olarak ifade edilmekte ve imalindeki (işin görülmesindeki) temerrüt, başka bir deyimle teslim vadesinden önceki temerrüt düzenlenmektedir." Bu görüşte: **Ozanoğlu**, s.69, dn.44.

Bu yaklaşım kanaatimce **Öz**'ün (Dönme, s.48) de haklı olarak belirttiği gibi yerinde değildir **Öz** (İnşaat), s.113. Çünkü inşaatın yapılması bir asli edim borcu ise, buna aykırılık temerrüt hükümlerinden erken yararlanma değil, temerrüdün kendisi olur. Bu nedenle çalışmamızda, inşaat (eser) sözleşmesinin sonuç sözleşmesi olma niteliğine aykırı bir teorik temeli olan bu yaklaşım benimsenmemiştir. Çünkü yüklenici iş görme fiilinin asli edim yükümü (bağımsız bir borç) olarak kabul edilmesi, inşaat sözleşmesinin sürekli borç ilişkisi niteliğinde olduğu anlamına gelir.

**Öz**'e göre, bu hükmün (m.358) borçlu temerrüdüyle bir ilişkisi yoktur [**Öz** (Dönme), s.48 vd. Benzer görüşte: **Dürr**, s.43; **Önen**, s.33]. Yazara göre aksinin kabulü, yüklenicinin hazırlık faaliyetlerinin bağımsız bir borç olarak nitelendirilmesi anlamına gelir. Hâlbuki yüklenicinin borcu eserin teslimidir. Eserin hazırlanması ise bu borcun hazırlık faaliyetlerinden başka bir nitelik taşımaz. Bu nedenle hazırlık faaliyetlerine aykırılık, diğer bir ifadeyle, hazırlık aşamasındaki bazı özen borcuna aykırı davranışların borçlu temerrüdü olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Yazara göre bu hükümlerde, borcun muaccel olmasından önceki dönemde yüklenicinin edimin ifasını tehlikeye düşürecek özen borcuna aykırı davranışları hâlinde iş sahibinin borç ilişkisini sona erdirebileceği vurgulanmaktadır [**Öz** (Dönme), s.50].

<sup>1246</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.191, 192, no:675; **Gauch** (Fristen und Termine), s.17; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.200, no:3 vd; **Koller** (Ersatzvornahme), s.8; **Koller** (Verzichtsfolgen), s.4; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.163, no:435; **Glasl**, s.222; **Bögli**, s.249, no:416; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471; **Tunçomağ** (ÖBİ), s.1010; **Erman** (İnşaat), s.70, 75; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.80; **Altaş** (BK. m.358), s.105. BGE 98 II

Türk Borçlar Kanununun 358. maddesi ile İsviçre Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkralarındaki bu düzenlemenin borçlu temerrüdünden erken yararlanma olanağı veren bir hüküm olduğu ve bu hükmün, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerle tamamlanması gerektiğine ilişkin bu görüş, ilk olarak, eski İsviçre Borçlar Kanununun 354. maddesinin ifadesi ve yeni düzenlemenin gerekçesinden yola çıkılarak temellendirilmeye çalışılmıştır<sup>1247</sup>.

İsviçre Borçlar Kanununun konuya ilişkin 366. maddesinin, eski İsviçre Borçlar Kanunundaki karşılığı olan 354. maddesinde, bu durum şöylece ifade edilmişti: “*Yüklenici, işe zamanında başlamaz veya sözleşme şartlarına aykırı olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran yüklenicinin işi zamanında bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi, Kanunun 122 – 124. maddelerine başvurabilir*”. Eski İsviçre Borçlar Kanununun 122 – 124. maddeleri ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerdir. Görüldüğü gibi, İsviçre Borçlar Kanununun 1911 yılındaki revizyonu sırasında, eski hükümdeki “*Kanunun 122 – 124. maddelerine başvurabilir*” şeklindeki ifade yerine, “*teslim zamanını beklemeden sözleşmeden dönebilir*” ifadesi kullanılmıştır. Mevcut İsviçre Borçlar Kanununun 366. maddesinin gerekçesinde, eski hükümde bir değişiklik yapılmak istenmediği ise açıkça belirtilmiştir<sup>1248</sup>. Bu nedenle yeni hükümle eski hüküm arasında, ifade değişikliği dışında, esasa ilişkin bir değişiklik bulunmadığı, buna göre iş sahibinin kural olarak yükleniciye ek süre vermesi kaydıyla

---

115 (karar için ayrıca bak. *Trümpy-Jäger*, s.151). Bu yöndeki diğer bir karar için bak. Freiburger Baurechtstagung 1991, Band I, s.107.

Aksi görüşteki *Öz*'e göre, anılan hükmün borçlu temerrüdüyle bir ilişkisi olmadığından, borçlu temerrüdüne ilişkin diğer hakların bu hükmeye dâhil edilmesi yerinde değildir. *Öz* (Dönme), s.48; *Öz* (İnşaat), s.114. Bu görüşte: *Önen*, s.33.

Farklı bir görüşü savunan *Gautschi*'ye göre, yüklenici inşaata hiç başlamamışsa, iş sahibi BK. m.106 – 108'de yer alan hakların tamamını kullanabileceken, yüklenicinin inşaata başlaması durumunda ise, sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. (s.248, no:2a).

<sup>1247</sup> Bak. *Gauch* (Fristen und Termine), s.15; *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.209, no:38 vd; *Bühler* (Werkvertrag), s.148, no:2; *Henninger* (Bauverzögerung), s.243; *Bär*, s.36; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.79.

<sup>1248</sup> Temerrüde ilişkin diğer seçimlik hakların anılan hükmün kapsamına dâhil edilmemesi gerektiğini savunan *Öz*, yasa koyucunun böyle bir amacı bulunsaydı, temerrüde ilişkin hükümlere yollama yapmakla yetineceğini iddia etmiştir. *Öz* (Dönme), s.50. Fakat yazarın bu iddiasının gerçek olduğu, hükmün tarihçesinin incelenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Zira hükmün eski hâlinde açıkça temerrüt hükümlerine yollama yapıldığı belirtilmişken, 1911 yılında yapılan değişiklik sırasında, sadece hükmün ifadesi değiştirilmiş, fakat esasına dokunulmadığı gerekçede açıkça vurgulanmıştır. Bu nedenle kanaatimce BK. m.358/l bakımından, temerrüde ilişkin bütün hakların, niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerekir.

Ayrıca yazara göre [*Öz* (Dönme), s.50], iş sahibine özellikle aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini talep hakkının verilmesi önemli bir ihtiyaca cevap vermez. Çünkü teslimde temerrüdün doğması üzerine, iş sahibi zaten bu hakta sahip olacaktır. Fakat kanaatimce yazarın bu görüşüne katılmak kolay değildir. Çünkü inşaat sözleşmesi gibi çok uzun bir teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, teslim tarihinden önce de iş sahibinin aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep etmesi, önemli bir yararı koruyacaktır. Zira dönme durumunda sadece menfi zarar talep edilebileceken, diğer olasılıkta müspet zarar özellikle de gecikme tazminatının talep edilmesi mümkün olabilecektir.

Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümlerindeki seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>1249</sup>.

Buna göre borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında genel olarak, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşeceği açık olan hâllerde<sup>1250</sup> (vâki olan teehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa) iş sahibinin borcun muaccel olmasını beklemeksizin temerrüde ilişkin hükümlerden yararlandırılması amaçlanmıştır<sup>1251</sup>. Fakat söz konusu hüküm bu aşamada biraz daha ileri giderek, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşeceğinin henüz açıkça ortaya çıkmadığı dönemde de iş sahibine bu hükme başvurma hakkı vermiştir<sup>1252</sup>. Buna göre yüklenicinin inşaatın yapımına başlamakta gecikmesi veya sözleşmeye aykırı olarak inşaatın yapımını geciktirmesi durumunda, inşaatın zamanında tamamlanarak teslimi objektif olarak (hâlâ) mümkün olsa bile ilgili hüküm uygulanabilecektir<sup>1253</sup>. Bu nedenle söz konusu hükümle, inşaatın başlanması ve başlanmış inşaatın borca aykırı olarak geciktirilmesi de, yüklenicinin kesin olarak ileride temerrüde düşeceği hâller olarak kabul edilmiştir<sup>1254</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın zamanında başlanmaması veya inşaatın sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesi, yüklenicinin teslim borcunda temerrüde düşeceği yönünde bir varsayım (tehlike) olarak kabul edilmiş<sup>1255</sup> ve bu nedenle iş sahibinin teslim borcunun muaccel olmasını

<sup>1249</sup> **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.493, no:27; **Gauch** (Fristen und Termine), s.17; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.209, no:39; **Koller** (Ersatzvornahme), s.8; **Bühler** (Werkvertrag), s.148, no:2 ve s.155, no:33; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.163, no:435; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.819; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.525, no:19; **Stotz**, s.21; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.41, no:1.96. Bu yönde: BGE 115 II 50.

<sup>1250</sup> Yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olacağı tarihte tamamlayarak teslim edemeyeceğinin ortaya çıkması hâlinde Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası uygulanır. Fakat yüklenicinin yine bu dönemde eseri ayıplı olarak yapacağına açıkça anlaşılması durumunda ise, aynı maddenin ikinci fıkrası uygulanacaktır. Bu nedenle söz konusu iki hüküm arasında yakın bir ilişki vardır. Karş. **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.51 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.201, no:5; **Kocaağa** (BK. m.358/II), s.183.

<sup>1251</sup> **Dürr**, s.43; **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:668; **Honegger**, s.67.

Örneğine diğer ülkelerin Medenî Hukuklarında rastlanmayan bu hükmüme getirilen kuralın genelleştirilerek bütün borç sözleşmelerine uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Buna göre, borcun muaccel olmasından önce borçlunun temerrüde düşeceğinin açıkça anlaşılması halinde, alacaklının borcun muacceliyetine kadar beklemesinin zorunlu olup olmadığı konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasıyla kabul edilen esas genelleştirilerek bütün borç sözleşmelerine uygulanabilir. Bunun sonucu olarak da, borçlunun edimini ifa etmeyeceğinin (kesin, ciddi olarak ifa etmeme iradesinin ortaya konulması), edemeyeceğinin (sübjektif imkânsızlık veya ekonomik imkânsızlık) anlaşılması hâlinde, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması sonucu alacaklı borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere, borcun muaccel olmasını beklemeksizin başvurabilir. Bak. **Koller** (OR AT), s.348, no:111; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.206, no:26; **Koller** (Verbindung), s.517, 518. Benzer sonuçta: BGE 103 II 55 E. 4. Karş. **Bucher** (OR AT), s.363; **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.323; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.252, no:3.

<sup>1252</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.201, no:4; **Glasl**, s.222.

<sup>1253</sup> Karş. **Bögli**, s.249, dn.124.

<sup>1254</sup> **Koller**, iş sahibinin eser sözleşmesini haklı nedenlerle sona erdirmeye hakkını bu hükme dayanarak kabul etmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.207, no:29.

<sup>1255</sup> Karş. **Gauch** (Fristen und Termine), s.16; **Honegger**, s.67; **Stotz**, s.20; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.205, no:25; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.79.

beklemeksizin temerrütten doğan haklarını kullanmasına izin verilmiştir. Bu nedenle anılan hükmün, yüklenicinin belli bir aktivitede bulunmasının asli edim yükümlülüğü olduğu anlamına geldiğine ilişkin olarak doktrinde ileri sürülen görüşler yerinde değildir. Çünkü eğer yüklenicinin aktivitede bulunması başlı başına temerrüde neden olabilecek bir asli edim yükümlülüğü ise, bu borcu aykırı davranış halinde eserin zamanında tamamlanmasının öngörülememesi gibi bir koşula gerek olmazdı. Ayrıca bu durumda, temerrüt hükümlerinden erken yararlanma değil, doğrudan temerrüt hükümlerinden yararlanma söz konusu olurdu.

Bu nedenlerle kanaatimce Borçlar Kanununun 358/l hükmünde düzenlenen hukukî kurumun amacı, iş sahibinin teslim borcunun ifasında temerrüde düşeceği açık olan veya öyle sayılan durumlarda, teslim tarihi (borcun muacceliyeti) beklenmeksizin (erkenden, önceden) teslimde temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanmasının sağlanmasıdır<sup>1256</sup>. Diğer bir ifadeyle, anılan hüküm doktrindeki hâkim görüşün aksine, yüklenicinin faaliyetini bağımsız bir borç hâline getirmekten öte, bunun bağımsız bir borç olmadığını vurgulamaktadır.

Sonuç olarak BK. m.358/l, temerrüt hükümlerinden erken yararlanmayı düzenlediğinden, temerrütten doğan hakların kullanılması, öncelikle temerrüdün kaçınılmaz olduğu hâllerde kullanılır<sup>1257</sup>. Hükmün geniş anlamından yola çıkılarak, iş

<sup>1256</sup> Karş. **Öz** (Dönme), s.48; **Vygen / Schubert / Lang**, s.8, no:11. Nitekim Alman Medenî Kanununun 323. maddesinin 4. bendine göre: “Sözleşmeden dönmenin koşullarının gerçekleşeceği açıkça belliyse, alacaklı, borcun muaccel olmasından önce de sözleşmeden dönebilir.”

<sup>1257</sup> Doktrinde **Koller** tarafından savunulan bir görüşe göre, Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkrasındaki bu hüküm aynı zamanda, inşaatın yapımı aşamasındaki borca aykırılıkların giderilmesindeki gecikme (Rückstand mit der Beseitigung eines vertragswidrigen Zustandes) hâllerinde de doğrudan uygulanır. Bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.98, no:309, s.123, no:425 ve özellikle s.201, no:5; **Koller** (Ersatzvornahme), s.8, dn.10. Meselâ kural olarak inşaattaki ayıpların veya daha genel olarak borca aykırılıkların, inşaatın tesliminden önce giderilmesi (teslim sırasında giderilmiş olması) gerekir. Fakat söz konusu olan borca aykırılığın, teslim zamanı beklenmeksizin giderilmesi iş sahibinin koruma menfaati için gerekliyse, yüklenicinin bunu, derhâl (teslimi beklemeksizin) gidermesi gerekir. Meselâ çatının tamiri işini üstlenen yüklenici, tamir sırasında yağmur yağması hâlinde çatının yalıtımını derhâl yaparak veya gerekli bütün önlemleri alarak iş sahibinin diğer mal ve şahıs varlığı değerlerinin zarar görmesini önlemekle yükümlüdür. Yüklenicinin bu yükümlülüğüne (koruma yükümlülüğü) aykırı davranması (akdin müspet ihlâli) hâlinde, iş sahibi Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkrası gereğince sözleşmede dönebilmelidir. Buna göre yazar, iş sahibinin, yüklenicinin ediminden vazgeçmesinin dürüstlük kuralları gereğince yüklenicinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle yerinde olduğu anlaşılan hâllerde de söz konusu hükmün uygulanabilir olduğunu ileri sürmektedir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.207, no:30 ve 31. Meselâ yazara göre, yüklenicinin kişiliğinin önemli olduğu inşaat sözleşmesinde yüklenici hukuka aykırı olarak inşaatı diğer bir yükleniciye yaptırmaya kalkışırsa, iş sahibi BK. m.366/1 hükmüne başvurabilir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.147, no:68.

Kanaatimce yazarın bu görüşü, ancak söz konusu hükmün kıyas yoluyla uygulanması sonucu kabul edilebilir. Çünkü bu hükümle asıl olarak, yüklenicinin temerrüde düşeceğinin açıkça ortada olduğu hâllerde, iş sahibini teslim borcunun muacceliyetine kadar bekleme zorunluluğundan kurtarmak amaçlanmıştır. Fakat bunun yanında, inşaatı başlama ve inşaatın ilerlemesindeki borca aykırı gecikmeler de hükmün uygulama alanına alınmıştır. Yoksa bu hükümle kanaatimce, iş sahibinin bunlar (inşaatın seviyesi) dışındaki durumlar nedeniyle sözleşmeye devam etmesinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemediği hâller doğrudan düzenlenmemektedir. Bu nedenle inşaatın seviyesinden bağımsız olarak, yüklenicinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerle, sözleşmeye devamının dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenemeyeceği hâllerde, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasının ancak kıyas yoluyla uygulanması sonucu iş sahibinin sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği kabul edilebilir Genel olarak iş sahibinin haklı sebeplerle inşaat



**sahibinin teslim borcunun muacceliyetinden önceki dönemde borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabilmesi için, genel olarak inşaatın, belli bir tarihte bulunması gereken seviyenin gerisinde kalması gerekli ve yeterli olduğu kabul edilebilir<sup>1258</sup>.** Diğer bir ifadeyle, meselâ inşaatı başlanması gereken tarihte henüz inşaatı başlanmaması, inşaatın belli bir seviyede olması gereken tarihte o seviyenin gerisinde kalması durumunda, anılan hüküm uygulama alanı bulacaktır.

#### **§ 14. KOŞULLARI**

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında, iş sahibinin inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi borcunun muaccel olmasından önceki dönemde sözleşmeden dönebilmesinin üç seçimlik koşulu olduğu düzenlenmiştir.

Bunlar:

1. Yüklenicinin inşaatı başlatmaması,
2. Yüklenicinin inşaatı sözleşmeye aykırı olarak yavaş yürütmesi,
3. İş sahibinin hâkimiyet alanı dışında ortaya çıkan bir sebeple, bütün tahminlere göre inşaatın zamanında tamamlanamayacak ölçüde geri kalmasıdır.

Kanaatimce bu üç seçimlik koşul, tek bir koşul biçiminde ifade edilebilir. Buna göre söz konusu hükmün uygulanabilmesi için, inşaatın seviyesinin, belli bir tarihte olması gerekenin gerisinde kalması gerekli ve yeterlidir<sup>1259</sup>. Meselâ yüklenicinin belli bir tarihte inşaatı başlatmış olmasının veya inşaatı belli bir seviyeye getirmiş olmasının karşılaştırıldığı hâllerde, inşaatın bu seviyenin gerisinde kalması, söz konusu hükmün uygulanması için yeterli olacaktır. Bunun için, inşaatın zamanında tamamlanmasının imkânsızlaşması gerekmez. Aynı sonuç, inşaatın seviyelerinin sözleşmeyle belirlenmediği durumlarda da uygulama alanı bulur.

İş sahibinin temerrüde ilişkin haklardan erken yararlanabilmesi için, kanaatimce kural olarak inşaatın zamanında tamamlanmasının olanaksızlaşması gerekmez. Çünkü ilgili hüküm, böyle bir olanaksızlaşmanın gerekli olmadığını, ilk iki seçimlik koşulla açıkça ifade etmiştir. Bu nedenle 358. maddenin birinci fıkrasının uygulama koşulları,

---

sözleşmesini sona erdirmeye hakkı kapsamında değerlendirilebilecek bu konu inceleme alanımız dışında kaldığı için, sadece ilgili literatüre yollama yapılması yeterli görülmüştür. Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.207, no:29 vd.

Buna benzer olarak, iş sahibinin teslim yüklenicinin teslim edilmiş eserin ayıpların giderilmesi borcunda da, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanabilir **Gauch** (Werkvertrag), s.481, no:1791; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.208, no:35. Bu durumda aynı hükmün ikinci fıkrası da uygulama alanı bulabilir. Karş. **Kocağa** (BK. m.358/II), s.183.

<sup>1258</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.200, no:3; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:20.

<sup>1259</sup> Karş. **Erman** (İnşaat), s.70.

çalışmamızda maddi ve hukukî koşullar olarak ikili bir gruplamayla incelenmiştir. Buna göre 358. maddenin birinci fıkrasının uygulanabilmesinin koşulları şunlardır:

**Maddi koşul:** İnşaat seviyesinin, belli bir tarihte olması gerekenin gerisinde bulunması,

**Hukukî koşul:** Söz konusu bu geri kalma durumunun, iş sahibinin riziko alanından kaynaklanmamış olması,

**Diğer koşullar:** İnşaatın tamamlanarak teslimi borcunun henüz muaccel olmaması, inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun imkânsızlaşmaması, ihtar ve ek süre verilmesi.

Borçlar Kanununun 358. maddesinde, iş sahibinin sahip olduğu haklar ve bunların koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle bu hükümdeki boşlukların, borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümlerden yararlanılarak tamamlanması gerekir<sup>1260</sup>.

## I. MADDİ KOŞUL: İNŞAAT SEVİYESİNİN OLMASI GEREKENDEN GERİDE BULUNMASI

### A. Genel Olarak

İnşaat seviyesinin belli bir tarihte bulunması gereken seviyenin gerisinde olması hâlinde, iş sahibi Borçlar Kanununun 358. maddesine başvurabilir<sup>1261</sup>. Bu maddi koşulun gerçekleşip gerçekleşmediğinin belirlenmesinde ilk olarak inşaatın bulunduğu seviyenin, ikinci olarak ise bulunması gereken seviyenin tespiti gerekir.

Görüldüğü gibi, inşaat sözleşmesinin bir sonuç sözleşmesi olduğu dikkate alındığında, temerrüt hükümlerinden erken yararlanmaya ilişkin hakkın kullanılmasında, asıl kıstas inşaatın seviyesidir<sup>1262</sup>. BK. m.358/I bakımından pasif durum (inşaatın

<sup>1260</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.17; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:8; **Henninger** (Bauverzögerung), s.243, 244; **Erman** (İnşaat), s.70, 73. Bu yöndeki Wallis Eyalet Mahkemesinin bir kararı için bak. BR, 1994/2, s.51.

<sup>1261</sup> **Koller**, inşaatın alt müteahhitlere devrinin sözleşmeyle yasaklanmış olmasına rağmen, buna aykırı olarak işin alt müteahhitlere verilmesi hâlinde, yine bu hükmün (BK. m.358/I) uygulama alanı bulacağını savunmaktadır [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.147, no:68]. Fakat kanaatimce bu tür bir borca aykırı davranışta inşaatın fiili ilerlemesi (seviyesi) kararlaştırıldan geri kalmadıkça söz konusu hüküm uygulama alanı bulamaz. Bu nedenle sözleşmeyle açıkça yasaklanmasına rağmen inşaatın alt yüklenicilere devri hâlinde anılan hükmün kıyas yoluyla da olsa uygulanması mümkün değildir. Bunun yerine, teorik farklılığı dışında söz konusu görüşle pratik bir farkı olmamasına rağmen, İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında da açıkça belirtildiği gibi, böyle bir yükümlülüğü aykırı davranış hâlinde akdin müspet ihlâli nedeniyle, Borçlar Kanununun 106 – 108 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması kabul edilebilir. BGE 103 II 55. Bu görüşte: **Tandoğan** (Yardımcı Kişi), s.60. Doktrindeki hâkim görüş ise, böyle bir durumda Borçlar Kanununun 358. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanacağı yönündedir. **Gauch** (Werkvertrag), s.182, no:640, **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.148, no:72. Bu sonuncu yazara göre söz konusu durumda 358. maddenin her iki fıkrası da uygulama alanı bulabilir. Ayrıca bak. **Gauch** (Subunternehmer), s.164.

<sup>1262</sup> **Koller** tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, dürüstlük kuralının, inşaatın yapımı aşamasındaki ayıpların derhal (teslim tarihi beklenmeksizin) giderilmesini gerektiren hâllerde, inşaatın genel seviyesinde bir gecikme olmamasına rağmen, Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanabileceği kabul edilmelidir [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.98, no:309].

seviyesi) dikkate alınmıştır. Yoksa bunun ötesinde yüklenicinin aktif durumu, belli bir dönemde inşaatı yavaş yürütmesi veya tamamen durdurması kanaatimce, inşaatın genel seviyesinde bir gecikme olmadığı sürece 358/I'in uygulanması bakımından kural olarak hiçbir önem taşımaz. Bu nedenle doktrinde savunulan ve yüklenicinin aktif durumu dikkate alınarak BK. m.358/I'in uygulanabileceği kabul edilen hâkim görüş, çalışmamızda benimsenmemiştir<sup>1263</sup>. Bu görüşlere göre, yüklenicinin işi sözleşmeye aykırı olarak daha düşük bir işgücü ve / veya teknik donanımla yapması hâlinde 358/I uygulama alanı bulur. Buna göre meselâ, sözleşmede işin geceli gündüzlü iki vardiya hâlinde çalışmayla 10 ayda tamamlanması gerektiği kararlaştırılmış, fakat yüklenici buna aykırı olarak sadece tek vardiyayla işi yapmaya başlamışsa, iş sahibi yine 358. maddenin birinci fıkrasına başvurabilir. Bu görüşler gereğince 358/I'in uygulanabileceği kabul edilen benzer bir durum, sözleşmede yüklenicinin ara vermeksizin işi devam ettireceğinin kararlaştırılmış olmasına rağmen, yüklenicinin işe ara vermesidir. Bu durumda da iş sahibinin anılan hükme başvurabileceği ileri sürülmektedir<sup>1264</sup>.

Kanaatimce bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Çünkü işin, sözleşmede kararlaştırıldan daha düşük bir iş gücü veya teknik donanımla yürütülmesi durumunda, inşaat sözleşmesinin bir sonuç sözleşmesi olduğu dikkate alındığında, önemli olanın işin zamanında tamamlanma olanağının varlığı olduğu ortaya çıkacaktır. İnşaat seviyesi, olması gerekenin altında kalmadığı sürece, inşaatın düşük bir işgücü veya teknik donanımla yürütülmesi veya işe belli bir süre ara verilmesi mümkündür. Çünkü aksinin kabulü, inşaat sözleşmesinin bir sonuç sözleşmesi olma özelliğine aykırı düşer. Meselâ 10 aylık bir teslim süresi olan yüklenici, ilk 3 ay hızlı çalışmış ve işin %60'ını tamamlamışsa, artık onun tasarruf ettiği bu zamanı, ara vermek veya tempoyu

---

Yazarın kanaatimce de haklı olarak belirttiği gibi, kural olarak yüklenici, eserin oluşturulması aşamasındaki ayıpların giderilmesini, inşaatın zamanından ayıpsız olarak teslimi tehlikeye düşürecek zamana kadar bekletebilir. Yüklenici söz konusu ayıpları düzeltilmesini, bu ara dönemde dilediği zamanda yapabilir. Fakat bu dönemin geçmesinden sonra artık 358. maddenin ikinci fıkrası uygulama alanı bulur. Yüklenicinin, bu zaman döneminin gelmesinden önceki dönemde söz konusu ayıpları giderme yükümlülüğü, ancak dürüstlük kuralından ve yüklenicinin koruma yükümlülüğünden çıkarılabilir. Buradaki koruma yükümlülüğü, iş sahibinin ifa menfaatinin değil, diğer kişi ve mal varlığının korunmasını ilışkindir.

<sup>1263</sup> Bu görüşte: **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:670; **Gauch** (Fristen und Termine), s.16; **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:26; dn.10 ve 11; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1995, no:10; **Henninger** (Bauverzögerung), s.242, 244; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.38, no:101 vd; **Koller** (Ersatzvornahme), s.8; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.185 vd, s.216, no:63 vd, s.226, no:97 ve s.248, no:185. Bu sonuncu yazar BK. m.358/I hükmünün uygulama koşullarını, inşaatın olması gereken seviyenin gerisinde bulunması (Werkherstellung nicht so weit ist, wie die sein sollte) (pasif durum) ile yüklenicinin borca aykırı olarak yavaş çalışması (pflichtwidrig langsam arbeitet) (aktif durum) biçiminde ikiye ayırarak incelemektedir. Fakat eser sözleşmesine ilişkin kısmı **Koller** tarafından kaleme alınan bir başka eserde (**Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:22'de) yazar, iki vardiya yerine tek vardiya halinde çalışılması nedeniyle iş sahibinin anılan hükme başvurmasını, inşaatın genel seviyesinin geride kalmasına bağladığı görülmektedir.

<sup>1264</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.9; **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:27; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1995, no:10.

yavaşlatmak biçiminde değerlendirebileceği kabul edilmelidir<sup>1265</sup>. Aynı şekilde kanaatimce sözleşmeyle yüklenicinin iki vardiya biçiminde çalışması gerektiğinin kararlaştırılmasına rağmen, tek vardiya hâlinde çalışması, inşaat seviyesinin geri kalması sonucunu doğurmadığı sürece başlı başına 358/l'in uygulanması için yeterli değildir.

Ayrıca iş sahibi işin genel ilerleyişini denetlemek istiyorsa, sözleşmeye ara vadeler koymak suretiyle bunu gerçekleştirebilir. Ara vade konulması suretiyle, sonuç borcu adeta kısımlara ayrılarak her bir kısım için ayrı inşaat sözleşmeleri varmış gibi düşünülmektedir. Böylece işin tamamlanması biçimindeki sonuç, ara vadeyle meselâ işin %10'unun veya kaba inşaat gibi belli bir kısmın tamamlanması biçiminde somutlaştırılmaktadır. Ara vadede bu sonucun sağlanamamış olması durumunda, iş sahibi 358. maddenin birinci fıkrasına başvurabilir.

Doktrinde bazı yazarlarca, iş sahibinin BK. m.358/l hükmüne, ancak inşaatın çok büyük bir bölümün tamamlanmamış olması durumunda başvurulabileceği ileri sürülmektedir<sup>1266</sup>. Fakat kanaatimce, aşağıda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, hükmün uygulama koşullarının gerçekleşmesi durumunda, iş sahibinin BK. m.358/l hükmüne başvurması, hiçbir zaman inşaatın büyük kısmının eksik olmasını gerektirmez. İlgili koşullar gerçekleşince, iş sahibinin anılan hükmü başvurması da hiçbir zaman dürüstlük kurallarına aykırı sayılamaz. Fakat arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, bazı durumlarda yüklenicinin yaptığı işin karşılığını bağımsız bölüm olarak alabileceğinin kabul edilmesi gerekebilir.

Sonuç olarak BK. m.358/l hükmünün uygulanabilmesi, inşaatın belli bir tarihte bulunduğu fiilî seviye ile bu tarihte bulunması gereken seviyenin tespitini zorunlu kılar. İnşaatın bulunduğu seviyenin tespiti büyük bir zorluk göstermez. Fakat inşaatın bulunması gereken seviyenin tespiti ise her zaman kolay olmaz. Bu nedenle maddi koşulun incelenmesinde, inşaatın tamamlanarak teslim edileceği tarihin sözleşmeyle belirlenmiş olup olmadığına göre<sup>1267</sup> ikili bir ayırım yapılması gerekir.

### **B. Yapının Tamamlanarak Teslim Edilmesi Gereken Tarihin Sözleşmeyle Belirlenmiş Olması Hâlinde BK. m.358/l Hükmünün Uygulanması**

Tamamlama / teslim tarihi belli olan işlerde, 358/l hükmünün uygulanması bakımından ikili bir ayırım yapılması gerekir. Buna göre, tamamlama / teslim tarihi belli

<sup>1265</sup> *Schumacher* (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.256. Aksi görüşteki yazarlar bile, bu sonucu kabul etmek zorunda kalmışlardır. Bak. *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.249, no:189; *Henninger* (Bauverzögerung), s.242.

<sup>1266</sup> Bu görüşte: *Erman* (İnşaat), s.76.

<sup>1267</sup> Burada geçen inşaatın tamamlama / teslim tarihinin belli olmasından kasıt, bunların belirli veya kesin vade (veya süre) biçiminde belirlenmiş olmasıdır. Bunların en azından belirli vade olarak kararlaştırılmamış olması hâlinde, çalışmamızda bu durumu ifade etmek için, tamamlama / teslim tarihinin belli olmaması terimi kullanılmıştır.

olan işlerde, inşaata başlama tarihi de sözleşmeyle belirlenmiş olabilir. Bu nedenle Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasının uygulanması bakımından, sadece tamamlama / teslim tarihi belli olan inşaat sözleşmeleri ile hem başlama hem de teslim tarihi belli olan inşaat sözleşmeleri ayrı ayrı incelenmelidir.

### 1. BK. m.358/I Hükümünün Sadece Tamamlanma / Teslim Tarihi Belli Olan İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanması (BK. m.358/I, 3. Seçimlik Koşul)

#### a. Genel Olarak

Uygulamada inşaat sözleşmelerinde, genellikle sadece inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken tarih belirlenir. İnşaat sözleşmesiyle taraflarca sadece inşaatın tamamlanarak teslim edileceği tarihin kararlaştırılmış olması, buna karşın inşaata başlama tarihinin (Anfangstermin) veya herhangi bir ara vadenin (Zwischentermin) kararlaştırılmamış olması hâlinde, iş sahibinin Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına başvurabilmesi, sadece inşaatın zamanında tamamlanarak tesliminin bütün tahminlere göre öngörülememesi hâlinde mümkündür<sup>1268</sup>. Çünkü bu durumda tarafların farazi iradelerinin, inşaata başlanmasının, inşaatın zamanında tamamlanabileceği tarihe kadar geciktirilebileceği yönünde olduğu kabul edilmektedir<sup>1269</sup>. Bunu göre yüklenici kural olarak, inşaatın zamanında tamamlanması mümkün olduğu sürece, inşaata dilediği zamanda başlamakta, ara vermekte, yavaşlatmakta veya işi hızlandırmakta serbesttir<sup>1270</sup>.

Meselâ beş katlı bir binanın anahtar teslimi konusundaki bir inşaat sözleşmesinde, yapının 36 ay içinde tamamlanması gerektiği kararlaştırılmışsa, yüklenicinin, işin zamanında tamamlanmasının imkân dâhilinde olması kaydıyla, işin yapımını geciktirebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, sadece teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde, inşaatın zamanında tamamlanma imkânı ortadan kalkana kadar, inşaata başlamama borca aykırı sayılmayacaktır. Meselâ bu olayda ilgili yapının inşası için 20 aylık bir sürenin yeterli olacağı anlaşıldığı takdirde, 358/I hükümü, ancak 16. ayın dolmasıyla uygulanabilir.

İnşaat sözleşmesinde sadece inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken tarihin kararlaştırılmış olması hâlinde, iş sahibi temerrüt hükümlerinden erken yararlanmaya ilişkin hakkını, sadece 358. maddenin birinci fıkrasının üçüncü koşulunun

<sup>1268</sup> Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.247, no:181; **Öz** (Dönme), s.55; **Ergezen**, s.61; **Altaş** (BK. m.358), s.100.

<sup>1269</sup> **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1994, no:9; **Gauch** (Werkvertrag), s.191, no:674; **Gauch** (Fristen und Termine), s.9; **Gautschi**, s.256, no:5a; **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:28; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.37, no:99; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.97, no:303 ve özellikle s.228, no:104; **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:17, 18; **Zeltner**, s.36, no:92; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471.

<sup>1270</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.9; **Henninger** (Bauverzögerung), s.242; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.97, no:304; **Öz** (Dönme), s.57.

gerçekleşmesi hâlinde kullanılabilir<sup>1271</sup>. Bu durumda iş sahibi, inşaata zamanında başlanmadığını veya inşaatın sözleşmeye aykırı olarak yavaş yürütüldüğünü ileri sürerek, 358/l hükmüne başvuramayacaktır.

Fakat istisnaî olarak, teslim süresinin işlemeye başlamasının yüklenicinin belli bir faaliyetine bağlandığı durumlarda, yüklenicinin söz konusu faaliyeti icra etmemesinin, iş sahibine BK. m.358/l hükmüne başvuru yetkisi verdiği kabul edilmelidir. Buna göre meselâ arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde görüldüğü gibi, teslim tarihinin yüklenicinin temel üstü iznini almasından itibaren 36 ay olacağı kararlaştırılmışsa iş sahibinin, temel üstü izninin alınması için yükleniciye uygun bir süre vererek, bu süre içinde iznin alınmaması durumunda BK. m.358/l'e başvurabileceği kabul edilmelidir<sup>1272</sup>. Fakat bu tip bir sözleşmede yüklenicinin izni zamanında alması durumunda, artık BK. m.358/l ancak inşaatın zamanında tamamlanması mümkün olamayacaksa söz konusu olur<sup>1273</sup>.

### b. İnşaatın Belirlenen Tarihte Tamamlanamayacak Ölçüde Geride Kalması

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında, iş sahibinin teslim tarihinden önce sözleşmeden dönebileceği hâller belirtilirken son durum şöylece ifade edilmiştir: “iş sahibinin kusuru olmaksızın vâki olan teehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tâyin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.”

<sup>1271</sup> Karş. **Schenker** (Schuldnerverzug), s.37, no:98.

<sup>1272</sup> **Öz** (Dönme), s.55; **Altaş** (BK. m.358), s.101. İş sahibi temel üstü izninin uygun bir süre içinde alınmasını talep edebilmelidir. Fakat sözleşmede temel üstü izninin ne kadar zaman içinde alınacağı belirlenmiş olabilir. Bu nedenle bu konuda sözleşmenin içeriğinin de önemi vardır.

**15. HD. 22.05.1987, 1764/2323:** “... inşaat süresi ... temel üstü ruhsatının alınmasından itibaren 18 aydır. Davalı taraf ... çok uzun bir süre geçmesine rağmen inşaata başlamadıkları gibi, başlamak için hiçbir girişimde de bulunmamışlardır. ... davalı tarafın işe başlamaması ... ve dava açılmasıyla temerrüde düşürülmüş bulunması karşısında davanın kabulüne karar vermek gerekirken...” (**Karahasan**, s.252).

**15. HD. 20.01.1994, E. 1993/441, K. 1994/176:** “...İnşaatın süresi ruhsatın alınmasına bağlanmıştır. Ruhsatın hangi süre içinde alınacağı ise kararlaştırılmamıştır. Ancak 22.5.1987’de akdedilen sözleşmeyi müteakip ve vakit geçirilmeksizin 28.5.1987’de aplikasyonlu çap alınarak, arsada mevcut eski ev yıktırılarak hukuken ve fiilen yapım hazırlıklarına başlanıldığı sabittir. Bu aşamada gerekli vekâletnamenin 9.9.1987 tarihinde verilmesiyle ihmalkâr tavır takınan davalılardır. Vekâleti müteakip davacı 13.11.1987 de Belediyeye müracaatını yapmıştır. Ne var ki arsada davallılar dışında pay sahibinin bulunması sorun yaratmıştır. Davacı bu sorunun çözümü için -sözleşmede kendisi üstlenmediği halde- izale-i şüyu davasını açıp takip etmiş ve arsada mevcut hukuki ayıbı giderebilmiş, iyiniyetini göstermiştir. Bundan duyulan memnuniyet sonucudur ki davalılar sözleşme uyarınca almaları gereken aylık kira parasından vazgeçtiklerine dair 25.8.1988 günlü protokolü imzalamışlardır. Hal böyle iken ve iş normal seyrini takip edip 24.1.1989’da imar çapı alınıp, 3.2.1989’da mimari proje 15.5.1989’da betonarme projesi imar müdürlüğüne sunularak inşaat ruhsatı istenilip, 7.6.1989’da mimari proje tasdik edilmiş iken.. davacıya gönderilen 11.5.1989 günlü ihtarnameyle, bu kez protokolle vazgeçilen aylık kira paralarının ödenmediğinden de söz edilerek ve projeyi görmedikleri ileri sürülerek davalılarca 7 günlük mehil verilerek, buna karşı çıkıldığı halde -bir yandan da normalde ruhsat işlemlerinin takibini teminen- 4.7.1989’a değin beklenilip, davacının bu tarihte vekaletten azliyle sözleşmenin feshine gidilmesinde davalıların dürüstlük kuralına (M.K. Md.2) uyduğu söylenemez. Davacının eski evi hemen yıkarak fiilen, bürokratik işlemleri aralıksız takip ederek hukuken işe koyulduğu açıktır...” (www.kazanci.com.tr).

<sup>1273</sup> **Öz** (Dönme), s.55; **Altaş** (BK. m.358), s.102.

Görüldüğü gibi bu hükümlerle, inşaatın geldiği seviye itibariyle zamanında tamamlanmasının olanaksız görüldüğü bütün durumlarda, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı verilmiştir. Buna göre inşaatın geldiği seviye itibariyle, kalan süre içinde tamamlanması öngörülemiyorsa, diğer bir ifadeyle, inşaatın ancak gecikmiş olarak tamamlanabileceğinin kaçınılmaz olması durumunda bu koşul gerçekleşir<sup>1274</sup>.

İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken sürenin işlemeye başlamasının yüklenicinin bir faaliyetine bağlandığı sözleşmelerin özel olarak incelenmesi gerekir. Meselâ sözleşmede inşaatın temel üstü izninin alındığı tarihten itibaren 36 ay içinde tamamlanarak teslim edileceği kararlaştırılmışsa inşaatın, temel üstü izninin fiilen alındığı tarihten itibaren 36 ayın sonunda tamamlanarak teslim edilmesi gerekir. İnşaatın bu tarihe yetişmeyeceği ortaya çıkarsa, iş sahibi BK. m.358/I hükmüne başvurabilir. Fakat bu tip sözleşmelerde temel üstü izninin fiilen çok uzun bir süre sonra alınması durumunda ortaya çıkacak hukukî sonucun özel olarak incelenmesi gerekir. Buna göre temel üstü izninin alınması gereken tarihin sözleşmeyle kararlaştırılmış olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılmalıdır.

Eğer temel üstü izninin alınması gereken süresinin sözleşmede kararlaştırılmışsa, teslim süresi, en geç bu tarihin dolmasıyla işlemeye başlar. İzin alınıp alınmamasının bu açıdan bir önemi yoktur. Meselâ izin 3 ay içinde alınacağı kararlaştırılmışsa, teslim süresi de 36 ay ise, inşaatın 39 ay içinde tamamlanarak teslim edilmesi gerekir. Fakat izin alınması gereken tarihin taraflarca kararlaştırılmaması ve yüklenicinin de bu izni fiilen çok uzun bir süre sonra meselâ 20. ayda alması durumunda, BK. m.358/I hükmünün nasıl ve hangi aşamada uygulanabileceği özel olarak incelenmelidir. Bu durumda kanaatimce teslim borcunun, temel üstü izninin alınabileceği, somut olayın özelliğine uygun makul bir sürenin geçmesinden sonra, inşaat süresinin de dolmasıyla muaccel olacağı ve çalışmamızda bu durumda temerrüt için ihtara gerek olmadığı kabul edildiğinden, bu sürenin sonunda inşaatın tamamlanamayacağı açıkça ortaya çıkmışsa, iş sahibi BK. m.358/I hükmüne başvurabilmelidir<sup>1275</sup>. Meselâ teslim süresinin temel üstü izninin alınmasından itibaren 36 ay olduğu kararlaştırılmış ve yüklenici hiçbir haklı sebep olmamasına rağmen hiçbir iş yapmayarak, işe başlamayarak temel üstü iznini ancak 20. ayda almışsa, BK. m.358/I'nin uygulanabilmesi için iki hususun tespiti gerekir. İlk olarak teslim tarihinin,

<sup>1274</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.191, no:674; **Gautschi**, s.256, no:5a; **Dürr**, s.43; **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:28; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.236, no:136 ve s.247, no:181; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471; **Stotz**, s.23; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.67; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.83; **Öz** (Dönme), s.59, 61.

<sup>1275</sup> Yargıtay böyle bir inceleme yapmaya gerek görmeksizin, ne zaman alınırsa alınsın izin tarihini esas almaktadır. Meselâ bir kararında yaklaşık 28 aylık bir gecikmeyi bile kabul etmiştir. **15. HD. 18.09.1989, 4243/3651**: “ ... 28.10.1984 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin 4. sayfasında, inşaatın temel üstü ruhsat tarihinden itibaren 20 ay içinde ikmal ve teslim edileceği yazılıdır. ... davaya konu edilen işin inşaat ruhsatı ... 13.02.1987 tarihinde alınmış olup ... işin ikmal ve teslim tarihinin son günü 13.10.1988 tarihidir...” (**Karahasan**, s.252). **15. HD. 21.05.1991, 5722/2635** sayılı kararında da bu tutumu sürdürmüş ve 23 aylık bir süreyi uygun görmüştür. (**Karahasan**, s.254).

bunun için de somut olaydaki türden bir inşaat sözleşmesinde makul bir yüklenicinin hangi süre içinde temel üstü iznini alması gerektiğinin belirlenmesidir. Meselâ bu olayda 4 aylık bir sürenin uygun bir süre olduğu sonucuna varılırsa, teslim borcunun 40. ayda ifa edilmesi gerektiği ortaya çıkacaktır. Bu aşamada yapılması gereken ikinci iş, bu sürenin geri kalanının, inşaatın tamamlanması için yeterli olup olmadığının tespitidir. Eğer geri kalan sürenin inşaatın tamamlanması için yeterli olduğu kabul edilirse, iş sahibi BK. m.358/I hükmüne başvuramayacak, aksi hâlde başvurabilecektir.

Bu hükme göre iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesinin koşulu inşaatın getirildiği seviye itibariyle zamanında tamamlanmasının bütün tahminlere göre olanaksız görülmesidir. İnşaatın sözleşmede belirlenen tarihte tamamlanmasının olanaksız olması, iki durumun tespitini zorunlu kılar. Bunlardan ilki, iş sahibinin temerrüt hükümlerine başvurmak istediği tarihte inşaatın getirildiği seviyenin (geri kalan işin) yüzdeler olarak belirlenmesidir. İkinci olarak ise geri kalan sürenin, kalan işin tamamlanabilmesi için yeterli olup olmadığının belirlenmesi gerekir<sup>1276</sup>.

Geri kalan sürenin yeterli olup olmadığının belirlenmesine ilişkin esasları incelemeyen önce belirtilmesi gereken husus, anılan hükümde geçen “*iş muayyen zamanda bitirmesine imkân vermeyecek derecede olursa*” biçimindeki ifadenin, borcun ortadan kalkmasına neden olan sonraki imkânsızlıkla (BK. m.20) bir ilişkisinin olmadığıdır. Diğer bir ifadeyle, kalan işin zamanında tamamlanmasının bütün tahminlere göre imkânsız olması, borcu sona erdiren teknik anlamdaki imkânsızlıkla karıştırılmamalıdır. Çünkü borcu sona erdiren imkânsızlıkta, inşaatın tamamlanmasının imkânsızlaşması sadece teslim tarihiyle sınırlı değildir. Objektif ve mutlak anlamda inşaatın tamamlanması imkânsızlaşmışsa, Borçlar Kanununun 358. maddesi değil, imkânsızlığa ilişkin 370 ve 371. maddeler uygulama alanı bulacaktır.

Geri kalan sürenin inşaatın tamamlanması için yeterli olup olmadığının belirlenmesinde, somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak ortalama makul bir yüklenicinin ortalama bir çalışma temposuyla inşaatı tamamlayabilmesi için ne kadar bir süreye ihtiyacı bulunduğunun belirlenmesi gerekir<sup>1277</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanabilmesi için gereken sürenin belirlenmesinde, somut olaydaki yüklenicinin kapasitesi de dikkate alınarak ortalama bir alet edevat ve iş gücüyle inşaatı tamamlayabileceği sürenin esas alınması gerekir<sup>1278</sup>. Geri kalan işin bu

<sup>1276</sup> Bak. **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:28; **Walter** (Mehrkosten), s.142; **Trümpy-Jäger**, s.143.

<sup>1277</sup> Bu görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.236, no:138 ve özellikle s.248, no:183; **Öz** (Dönme), s.61; **Altaş** (BK. m.358), s.104. **15. HD. 07.05.2007, 161/3059** (YKD. 2008/3, s.478)

<sup>1278</sup> Fakat somut olaydaki yüklenicinin mevcut çalışma hızı, bu konuda bir ölçü olarak kabul edilmemelidir [**Öz** (Dönme), s.61]. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin sürenin geçmiş kısmındaki çalışma hızının, işin aynı hızda çalışmayla zamanında tamamlanamayacağını belirlemede kullanılması doğru değildir. Buna göre meselâ 10 aylık bir teslim süresi olan işte, yüklenicinin ilk 5 ay sadece %40'lık bir iş üretmesi durumunda, matematiksel bir hesaplama, 10. ayın sonunda %80'lik iş üretileceği ve bu nedenle hükmün uygulanmasının mümkün olduğu derhâl kabul edilmemelidir.



şekilde belirlenen ortalama bir çalışma temposuyla zamanında tamamlanması bütün tahminlere göre açıkça olanaksız olarak nitelenebiliyorsa, iş sahibinin temerrütten doğan hakları kullanabileceği kabul edilmelidir. Meselâ beş katlı bir binanın anahtar teslimi konusundaki bir inşaat sözleşmesinde, yapının 36 ay içinde tamamlanması gerektiği kararlaştırılmış 26. aya gelmesine rağmen inşaatın sadece %25'lik kısmı yapılabilmişse, inşaatın geri kalan 10 aylık süre içinde ortalama çalışma temposuyla tamamlanıp tamamlanamayacağı araştırılmalıdır. Geri kalan 10 aylık sürenin, geri kalan %75'lik iş için ortalama çalışma temposuyla çalışmayla inşaatın tamamlanabilmesi için yeterli olmadığı açıkça ortaya çıktığında<sup>1279</sup>, 358/I hükmünün uygulanabileceği kabul edilmelidir.

Bir görüşe göre, inşaatın tamamlanabileceği sürenin belirlenmesinde, somut olayın bütün koşulları dikkate alındığında **ortalama** bir çalışma hızı esas alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, bütün inşaat süresinden, inşaatın ortalama bir işgücü ve tempoyla çalışma sayesinde tamamlanabileceği sürenin çıkarılmasıyla bulunan zamana kadar inşaata başlamayan yükleniciye karşı, Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası hükmüne başvurulabilir<sup>1280</sup>. Bu görüşte yüklenicinin, ortalamanın üzerinde bir çalışma temposuyla (mesel gece gündüz çalışarak) inşaatı tamamlayabileceğini, bu nedenle de BK. m.358/I hükmünün koşullarının doğurmadığını ileri sürmesi yerinde değildir.

Fakat kanaatimce kabul edilmesi gereken diğer bir görüş<sup>1281</sup> gereğince, iş sahibinin geri kalan sürenin yeterli olmaması nedenine dayanarak anılan hükme başvurabilmesi için, hükümde geçen "*bütün tahminlere nazaran*" biçimindeki ifadeden yola çıkılması gerekir. Çünkü bu hüküm dikkate alındığında, ortalama bir çalışma için gereken sürenin geri kalmasının yeterli olmadığı, bunun ötesinde bütün tahminlere göre geri kalan sürenin açıkça yeterli olmadığına anlaşılması gerektiği ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle sadece tamamlanma / teslim için bir vadenin veya sürenin kararlaştırılması durumunda, iş sahibinin, geri kalan sürenin yeterli olmaması nedenine dayanarak anılan hükme başvurabilmesi için, geri kalan sürenin bütün tahminlere göre yeterli olmadığına açıkça ortaya çıkması gerekecektir. Böyle bir durumun tespitinden

---

**15. HD. 21.04.1993, E. 1992/3812, K. 1993/1871:** "Sözleşme uyarınca inşaatın tamamlanması için davalı yükleniciye 12 ay süre tanınmış olup, bu haliyle teslim tarihi 25.1.1991 olduğu halde dava tarihi olan 19.12.1990 tarihinde yapılmış olan işin henüz bodrum seviyesinde olduğu yapılan delil tespitiyle sabittir. Kalan iki aydan az sürede işin tamamlanamayacağı bilirkişice beyan edilmiş, mahkemece yapılan keşif sonucu alınan 23.12.1991 günlü raporda da geçen 10 ay 16 gün süre içerisinde yapılan göre işin kalan sürede bitirilemeyeceği kesin olarak bildirilmiştir. ... davalı yüklenicinin bu edimini kararlaştırılan sürede yerine getiremeyeceği açık olup BK.nun 358. maddesince arsa sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir..." (www.kazanci.com.tr).

<sup>1279</sup> Sürenin yeterli olmadığına açıkça belirlenmesi gerekir. Buna göre geri kalan sürenin 10 ay, fakat inşaatın 11 ayda tamamlanabileceği ortaya çıkmışsa, bu açıklığın bulunmadığı kabul edilebilir. Bu nedenle bu koşulun bulunup bulunmadığının tespitinde Medenî Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kurallarından yararlanılması gerekir. Bak. **Öz** (Dönme), s.61.

<sup>1280</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.236, no:136 vd.

<sup>1281</sup> **Chavanne**, no:116 vd. [**Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.236, no:138'den naklen].

sonra, yüklenici çalışma temposunu hayatın olağan akışının çok üzerinde bir seviyeye çıkararak inşaatı zamanında tamamlayabileceğini ileri sürememelidir<sup>1282</sup>.

Aynı şekilde yüklenicinin inşaatı zamanında tamamlayamayacak ekonomik duruma düşmüş (meselâ yüklenicinin bütün malvarlığının haczedilmiş) olması durumunda, bu koşulun gerçekleştiği kabul edilebilir<sup>1283</sup>.

Doktrinde ileri sürülen ve inşaatın seviyesinden çok, yüklenicinin aktivitesine bakılarak yapılan değerlendirmeler çalışmamızda benimsenmemiştir. Buna göre, 358/I hükmünün uygulanması bakımından esas olan husus, geri kalan işin, zamanında tamamlanamayacak kadar çok olmasıdır. Yoksa bu koşul oluşmamasına rağmen, yüklenicinin geri kalan işi zamanında tamamlayamayacak ölçüde eksik bir alet ve işgücüyle inşaatı sürdürmesi hâlinde anılan hüküm uygulama alanı bulamaz<sup>1284</sup>.

Yüklenicinin ciddi ve kesin biçimde inşaatı yarıda bırakması ve devam etmeme iradesini açık veya örtülü biçimde ortaya koyması durumunda, geri kalan sürenin yeterli olup olmadığının belirlenmesine gerek olmadan, iş sahibinin doğrudan BK. m.358/I hükmüne başvurabileceği kabul edilmektedir<sup>1285</sup>. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin ciddi ve kesin olarak inşaatı tamamlamayacağını, meselâ inşaat alanını kesin olarak terk etmek veya sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmek yoluyla ortaya koyması hâlinde, artık geri kalan sürenin yeteri olup olmadığının belirlenmesine gerek olmaksızın iş sahibinin 358/I hükmüne başvurabileceği kabul edilmelidir. Bu durumda seçimlik hakların kullanılması için, yükleniciye bir ek süre vermeye de gerek yoktur.

İnşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken tarihin belirli vade biçiminde kararlaştırılması durumunda, inşaatın geri kalan süre içinde ortalama bir çalışma temposuyla tamamlanamayacağı açıkça ortaya çıktığında, iş sahibinin 358/I hükmüne başvurabilmesi için herhangi bir ihtarda bulunmasına gerek yoktur<sup>1286</sup>. Diğer bir ifadeyle inşaatın tamamlanarak teslimi için belirli vade kararlaştırmak suretiyle, ifayı o tarihte istediğini ortaya koyan iş sahibinin, inşaatın seviyesinin, bunun gerçekleşmesi mümkün

---

<sup>1282</sup> Öz (Dönme), s.61.

<sup>1283</sup> Öz (Dönme), s.61.

<sup>1284</sup> Açıkça aksi görüşte: **Gauch** (Fristen und Termine), s.16; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244

<sup>1285</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.191, no:672; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.204, no:22; **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:30; **Brändli**, s.163, dn.10; **Erman** (İnşaat), s.73, 74. Dayınlarlı'ya göre ise bu durumda doğrudan BK. m.106 vd. hükümleri uygulanır. **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.81; **Dayınlarlı** (İstisna Akdinin Ademi İfası), s.85. **Kaplan**'a göre ise (İşin Başkasına Yaptırılması, s.7) bu durumda aynı maddenin ikinci fıkrası uygulanır.

**Öz**'e göre (Dönme, s.158) ise, yapma borçlarında borçlunun ifa etmeme iradesini ortaya koyması ifa imkânsızlığı doğurur. Bu durumda da iş sahibi derhâl BK. m.96 gereğince müspet zararının tazminini talep edebilir. Bu yönde: **Kurşat**, s.766.

<sup>1286</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.248, no:183; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:21; **Dürr**, s.44; **Bögli**, s.249, dn.128.

Aksi görüşte: **Schenker** (Schuldnerverzug), s.37, no:99, 100; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.85; **Altaş** (BK. m.358), s.104.

olamayacak ölçüde geri kalması hâlinde, ihtara gerek olmaksızın 358. maddenin birinci fıkrasına başvuruyla kabul edilmelidir<sup>1287</sup>.

İş sahibinin bu durumda BK. m.358/1 hükmüne başvurabilmesi için kural olarak yükleniciye uygun bir ek süre vermesi gerekir<sup>1288</sup>. Bu durumda ek sürenin neye ilişkin olacağı ve ölçüsü özel olarak incelenmelidir<sup>1289</sup>. Kanaatimce kabul edilmesi gereken bir görüşe göre, ek süre verildiği tarihte inşaatın kalan kısmının, hızlı bir biçimde tamamlanabileceği bir sürenin verilmesi gerekir. Bu sürenin uzunluğunun belirlenmesinde, genel olarak kabul edilen esaslar uygulanır. Fakat burada kanaatimce bir fark vardır. Meselâ sadece teslim tarihi kararlaştırılan bir inşaat sözleşmesinde, 36 aylık sürenin 30. ayında inşaatın %50 seviyesinde bulunması nedeniyle geri kalan sürede inşaatın tamamlanamayacağı anlaşıldığında 358/1'in uygulanmasının mümkün olduğu ortaya çıkacaktır. Bu durumda uygun ek süre verilmesine ilişkin esaslar gereğince belirlenen ek sürenin yükleniciye verilmesi gerekir. Bu olayda uygun ek süre, ek süre verildiği tarihteki koşullara bakılarak verilir. Meselâ bu olayda uygun ek sürenin 8 ay olduğu anlaşılırsa, iş sahibinin toplam 8 ay içinde inşaatın tamamlanarak teslimini talep etmesi mümkündür. Bu durumda gerçekte 2 aylık ek süre verilmiş sayılır<sup>1290</sup>.

Bu durumda ek süre, inşaatın tamamlanması için verileceğinden, ek sürenin uzunluğunun belirlenmesinde, geri kalan işin tamamlanabileceği makul bir sürenin esas alınması gerekir.

Fakat inşaatın geri kalanının ortalama bir çalışmayla tamamlanamayacağını ortaya çıkması anında, yüklenici inşaatı fiilen ara vermişse, iş sahibi yükleniciye inşaatı yeniden başlaması için de kısa bir ek süre verebilir. Yüklenicinin bu ek süre içinde inşaatı başlatmaması suretiyle ifa etmeme iradesini ortaya koyması durumunda, artık iş sahibinin aynen ifadan vazgeçebileceği kabul edilmelidir. Aynı şekilde inşaatı hiç başlatmamışsa, iş sahibi inşaatı başlanması için de uygun bir süre verebilmelidir. Bu süre içinde inşaatı başlatmazsa iş sahibi sözleşmeden dönme hakkına sahiptir<sup>1291</sup>.

**Seliçi**'ne göre, inşaatın zamanında tamamlanması olanağı bulunan bir aşamada bile, iş sahibi yüklenicinin yetersiz bir alet, iş gücü ve teçhizatla inşaatı

<sup>1287</sup> *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.236, no:136.

<sup>1288</sup> *von Büren* (OR BT), s.146; *Gautschi*, s.256, no:5a; *Pedrazzini*, s.511; *Honsell* (OR BT), s.277; *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.85. Aksi görüşte: *Öz* (Dönme), s.62; *Erman* (İnşaat), s.74; *Yavuz* (Özel Hükümler), s.471; *Altaş* (BK. m.358), s.105. Bu yazarlara göre, inşaatın bütün tahminlere göre zamanında tamamlanamayacağı ortaya çıkarsa, iş sahibi sözleşmeden dönmek için ek süre vermek zorunda değildir. Kanaatimce bu görüşün kabulü mümkün değildir. Çünkü bu görüşün kabulü hâlinde meselâ inşaatın geri kalanının hızlı bir çalışmayla 2 ayda tamamlanabileceği bir olayda teslim 10 gün kala iş sahibi BK. m.358/1'e göre sözleşmeden dönmek isterse ek süre vermeyecek, fakat teslim borcunun muaccel olmasından sonra dönmek için ise ek süre vermek zorunda kalacaktır. Bu ise, BK. m.106'nın amacına tamamen aykırı bir sonuca neden olur.

<sup>1289</sup> Karş. *Koller* (BernKomm Art. 363 – 366), s.222, no:85 ve s.248, no:183.

<sup>1290</sup> Bu görüşte: *Seliçi* (Müteahhidin Sorumluluğu), s.85. Farklı bir görüş için bak. *Gautschi*, s.256, no:5a.

<sup>1291</sup> *Altaş* (BK. m.358), s.101.

sürdürmesi hâlinde, uygun bir ek süre vererek, bunların inşaatın zamanında tamamlanmasına uygun bir seviyeye çıkarılmasını talep edebilmelidir. Bu ek süre içinde de buna uygun davranılmazsa, inşaatın objektif olarak zamanında tamamlanması imkân dâhilinde olsa bile, iş sahibi aynen ifadan vazgeçebilmelidir<sup>1292</sup>. Kanaatimce bu görüşün kabul edilmesi, inşaat sözleşmesinin sonuç borcu olma özelliğine aykırıdır. Çünkü inşaatın zamanında tamamlanmasının mümkün olduğu bir aşamada, inşaatın fiilen olması gereken seviyenin gerisinde kalması da söz konusu değilse, iş sahibinin, yükleniciye müdahale etmesi doğru olmaz.

BK. m.107 hükümlerinin uygulama alanı bulabileceği hâllerde, artık ek süre verilmesine gerek olmaksızın seçimlik hakların derhâl kullanılabilmesi kabul edilmelidir<sup>1293</sup>. Buna göre ilk olarak kesin vadenin kararlaştırılması durumunda, inşaatın bütün tahminlere göre belirlenen tarihte tamamlanamayacağı açıkça ortaya çıkarsa, artık iş sahibi herhangi bir ek süreye gerek olmaksızın teslim süresinin dolmasından önce aynen ifadan vazgeçebilir.

İkinci olarak, ek sürenin yararsız olacağı anlaşılması durumunda da ek süreye gerek yoktur. Buna göre, yüklenicinin ciddi ve kesin biçimde inşaatı yarıda bırakması ve devam etmeme iradesini açık veya örtülü biçimde ortaya koyması durumunda ek sürenin yararsız olacağı kabul edilmelidir<sup>1294</sup>.

Son olarak ise, ek süre vermesinin dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenememesi durumunda da iş sahibi derhal seçimlik haklarını kullanabilecektir. Buna göre inşaatın seviyesinin çok geri kalmış olması nedeniyle, dürüstlük kuralları gereğince bu kadar uzun bir ek süre vermesinin iş sahibinden beklenemediği hâllerde, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın derhal (muacceliyetten önce) aynen ifadan vazgeçebilir. Meselâ 30 aylık süresi olan bir inşaatı, 28. ay itibarıyla inşaatın sadece yarısı tamamlanabilmiş ve geri kalan işin hızlı bir çalışmayla yaklaşık 8 ayda tamamlanabileceği ortaya çıkmışsa, 358/1 hükmünden yararlanmak isteyen iş sahibinin, 28. ay itibarıyla yükleniciye 8 ay ek süre vermesi gerekir. Bu 8 ayın, ilk iki ayı normal sürenin içine denk geldiği için, gerçekte iş sahibi 6 aylık bir ek süre vermiş olacaktır. İşte bu aşamada 30 aylık bir inşaatı, 6 aylık ek süre vermesinin, dürüstlük kuralları gereğince iş sahibinden beklenip beklenemeyeceği incelenmelidir. Böyle bir değerlendirme yapılırken, somut olayın bütün koşulları ve özellikle de gecikmeye neden olayın ortaya çıkmasında yüklenicinin kusuru ve inşaatın geldiği seviye dikkate alınmalıdır. Bu değerlendirme sonunda, iş sahibinin 6 aylık ek süre vermesinin

<sup>1292</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.85.

<sup>1293</sup> Bu görüşte: **Gautschi**, s.257, no:5b; **Bär**, s.36; **Dürr**, s.44; **Pedrazzini**, s.512; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.68; **Öz** (Dönme), s.57.

<sup>1294</sup> **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:30; **Brändli**, s.163, dn.10; **Erman** (İnşaat), s.74. **Öz**'e göre bu durumda borcun ifasının imkânsızlaştığı kabul edilmeli ve iş sahibinin ek süreye gerek olmaksızın derhal müspet zararının tazminini talep edebileceği kabul edilmelidir. **Öz** (Dönme), s.52.

dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenemeyeceği sonucuna varılabilirse, iş sahibi ek süreye gerek olmaksızın 28. ayda aynen ifadan vazgeçebilecektir.

## 2. BK. m.358/I Hükümünün Hem Başlama Hem de Tamamlanma / Teslim Tarihi Belli Olan İnşaat Sözleşmelerinde Uygulanması

İnşaat sözleşmesiyle hem inşaat başlama tarihinin, hem de inşaatın tamamlanarak teslim edilmesi gereken tarihin belirlenmiş olması durumunda, 358/I hükümünün uygulanmasında inşaat başlamada gecikme ile başlanmış inşaatın ilerlemesindeki gecikme ayrımı yapılmalıdır.

### a. İnşaat Başlamada Gecikme (BK. m.358/I, 1. Seçimlik Koşul)

Büyük çaplı inşaat sözleşmelerinde, genellikle işe başlamaya ilişkin tarih yer alır<sup>1295</sup>. Sözleşmelerdeki bu belirleme, vade veya süre belirleme biçiminde farklı şekillerde yapılabilir<sup>1296</sup>. Buna göre, işe başlanması için meselâ 15 Ocak gibi açık bir tarih kararlaştırılabilir. Veya meselâ iş sahibinin yapacağı ihbardan<sup>1297</sup>, arsanın veya malzemelerin yükleniciye tesliminden, arsa üzerindeki yapıda bulunan kiracının tahliyesinden, komşu taşınmazla olan sınır ihtilâfının giderilmesinden veya inşaat izninin alınmasından sonra belli bir süre içinde (İsviçre ve Alman uygulamasında genellikle 12 gün<sup>1298</sup>) yüklenicinin inşaat başlaması gerektiği kararlaştırılmış olabilir.

Burada dikkat edilmesi gereken, ilgili hükümlerle inşaat başlanması gereken tarihin mi düzenlendiği, yoksa sadece inşaat süresinin işlemeye başlayacağı anın mı kararlaştırıldığıdır<sup>1299</sup>. Diğer bir ifadeyle, bu tip hükümlerin bulunduğu inşaat sözleşmelerinde anılan hükümlerin inşaat fiilen başlanmasına mı, yoksa sadece inşaatın teslim süresinin işlemeye başlamasına mı ilişkin olduğunun belirlenmesi zorunludur. Çünkü bu tip kayıtlar birçok sözleşmede, fiilen inşaat başlanmasına değil, teslim süresinin hesaplanmasına ilişkindir<sup>1300</sup>. Meselâ yüklenicinin, sözleşmeden itibaren üç ay içinde inşaat başlayacağı ve başlamadan itibaren 36 ay içinde inşaatı tamamlayarak teslim edeceğinin kararlaştırıldığı sözleşme birinciye; fakat yapının, inşaat izninin alınmasından itibaren 36 ay içinde teslim edileceğine ilişkin hüküm ise ikinciye örnektir. Birincide belirlenen tarihte (üç ay içinde) inşaat başlanmaması

<sup>1295</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.369, no:639; **Kaplan** (Süre Uzatımı), s.380.

<sup>1296</sup> Karş. **Vygen / Schubert / Lang**, s.22; **Schraner**, s.164, no:6; **Gauch** (Fristen und Termine), s.8; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.228, no:104 vd.

<sup>1297</sup> İş sahibinin bildirimde bulunma zamanı sözleşmede belirlenmemişse, iş sahibinin dürüstlük kurallarına uygun bir süre içinde bildirimde bulunması gerekir **Zeltner**, s.36, no:93.

<sup>1298</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.18, no:32; **Gauch** (Fristen und Termine), s.8.

<sup>1299</sup> **Gauch** da bu hususa dikkat çekmektedir. **Gauch** (Fristen und Termine), s.8. Bu ayrımı dikkate almayan bir bakış açısı için bak. **Henninger** (Bauverzögerung), s.241.

<sup>1300</sup> Bu nedenle kanaatimce bu tip kayıtlardan aksi açıkça anlaşılıyorsa, kural olarak ikinci ihtimalin, yani inşaat başlanmasının sadece teslim tarihinin belirlenmesinde kullanılacağı kabul edilmelidir. Diğer bir ifadeyle, inşaat sözleşmelerinde yer alan ve inşaatın, ileride gerçekleşecek belli bir olaydan belli bir süre sonra tamamlanarak teslim edileceğinin kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde, kural olarak yüklenicinin inşaat derhal (belirlenen tarihte) başlaması talep edilemez.

hâlinde iş sahibi uygun bir ek süre vererek 358. maddenin birinci fıkrasına başvurabilirken; ikincide ise bu hakkını inşaatın zamanında tamamlanma olanağının bütün tahminlere göre ortadan kalkmasına kadar kullanamaz. Çünkü birinci ihtimalde, yüklenicinin inşaatı başlatması gereken tarih açıkça kararlaştırılmış sayılır. Buna rağmen bu tarihte inşaatı başlatmayan yüklenici hakkında 358/I hükmünün uygulanması mümkündür. **Vygen / Schubert / Lang**'a göre<sup>1301</sup>, bu tip kayıtlar genellikle inşaatı başlatması gereken zamanı belirtir ve bu tarihte inşaatı başlatmaması durumunda iş sahibi temerrütten doğan haklarını kullanabilir.

İnşaatı başlatması gereken zamanın, yüklenici tarafından ileride gerçekleşecek belli bir faaliyete (olaya) bağlanması durumunda, iş sahibinin bir talebine bağlı olmaksızın<sup>1302</sup> yüklenicinin inşaatı başlatması gerekir. Meselâ uygulamada yüklenicinin öncelikle inşaat iznini alıp inşaatı başlatması gerektiği kararlaştırılmaktadır. Yasal olarak iş sahibince alınması gerekli olmasına rağmen, genellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenici, iş sahibince verilen temsil yetkisi gereğince inşaat iznini almayı da üstlenmektedir. Bu gibi durumlarda inşaat izninin yüklenici tarafından alınmasına rağmen inşaatı başlatmaması hâlinde, iş sahibi herhangi bir ihtarla gerek olmaksızın 358. maddenin birinci fıkrasına başvurabilir<sup>1303</sup>.

Aynı şekilde sözleşmeyle yüklenici tarafından alınmasının kararlaştırılmasına rağmen, inşaat izninin alınmasının haksız yere geciktirilmesi hâlinde de, iş sahibi 358. maddenin birinci fıkrası hükmüne başvurabilir. Bu ihtimal daha çok, sözleşmede inşaat izninin alınacağı sürenin belirlenmesi hâlinde gündeme gelir. Meselâ bazı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin 3 ay içinde inşaat iznini alacağı kararlaştırılmaktadır. Bu durumlarda ilgili iznin alınması, iş sahibinin riziko alanı dışında doğan bir sebeple gecikirse, iş sahibi 358/I hükmüne başvurabilir. Fakat birçok sözleşmede yüklenicinin izni alması gereken tarih belirlenmemektedir. Bu gibi durumlarda, inşaat izninin makul ve iyi niyetli bir yüklenici tarafından alınabileceği ortalama sürenin, iş sahibinin riziko alanı dışından kaynaklanan bir sebeple geçmesi üzerine, iş sahibi vereceği uygun bir sürenin ardından 358/I hükmüne başvurabilir<sup>1304</sup>.

<sup>1301</sup> **Vygen / Schubert / Lang**, s.18, no:32.

<sup>1302</sup> Meselâ inşaatı, yüklenici tarafından alınacak olan inşaat izni üzerine başlatılması kararlaştırılan sözleşmelerde, bu iznin alınmasına rağmen inşaatı başlatmayan yüklenicinin, inşaatı başlatmamasının borca aykırı bir davranış sayılması için iş sahibinden ihtar beklemesi hakkaniyete uygun düşmez. Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.238, no:143.

<sup>1303</sup> Bu sonuca varılabilmesi için, inşaat izninin alınması üzerine, yüklenicinin inşaatı başlatmasının zorunlu olduğunun kararlaştırılması gerekir. Diğer bir ifadeyle, inşaat izninin alınması tarihi, inşaatı başlatma zorunluluğunu değil, sadece inşaat süresinin işlemeye başlaması için kabul edilmişse, yüklenici, inşaatın zamanında tamamlanabileceği sürenin, toplam süreden çıkarılmasıyla bulunan tarihe kadar inşaatı başlatmayı geciktirebilir.

<sup>1304</sup> **15. HD. 06.11.2002, 3513/4971**: "... sözleşmede inşaat ruhsatının hangi tarihe kadar alınacağı ... düzenlenmemiştir. Ayrıca ... davalı yüklenicinin ilgili mercilere gerekli başvuruları yaptığı, inşaat ruhsatı alımı için gayret sarfettiği, uygulama imar planında önceleri otopark yeri olan arsanın ... belediyesince konut alanına çevrildiği ve bu planın onanmak üzere ... Büyükşehir Belediyesine gönderildiği, Büyükşehir Belediyesince zemin etütleri yapıldıktan sonra değerlendirme yapılacağına dosyaya

Yüklenicinin inşaatı başlatması gereken tarihin belirli vade veya süre olarak belirlenmesi durumunda, söz konusu tarih, yüklenicinin inşaatı başlatması gereken son tarihi belirtir<sup>1305</sup>. Yüklenici bu süre dolmadan inşaatı başlatmakla yükümlüdür. Bu durumlarda yüklenicinin işe başlamaması hâlinde iş sahibi, herhangi bir ihtara gerek olmaksızın, doğrudan işe başlaması için yükleniciye uygun bir ek süre verebilir<sup>1306</sup>. Bu ek süre inşaatı başlatması için verileceğinden, genellikle somut olayın özelliklerine göre, bir iki günlük kısa bir süre olarak belirlenebilir<sup>1307</sup>. Fakat Borçlar Kanununun 107. maddesinde düzenlenen durumlarda, iş sahibinin ek süre vermesi gerekmez.

İnşaatı zamanında başlatmaması nedenine dayanılarak 358/I hükmünün uygulanabilmesi için Kanunun ifadesiyle yüklenicinin “işe zamanında başlatma”ması gerekir. Buna göre, iş sahibinin temerrütten doğan haklarını kullanabilmesi için, bu hakların kullanıldığı anda, yüklenicinin hâla işe başlamamış olması zorunludur. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin geç de olsa işe başlamış bulunması, iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı vermeyecektir.

İnşaatı başlatma, mutlaka inşaatı fiziksel olarak başlatmasını –meselâ temelin kazılmaya başlatmasını– gerektirmez. Bu nedenle işe başlatma kavramı, somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Meselâ planın hazırlanması ve inşaat izninin alınmasını da üstlenmiş olan bir yüklenicinin, işe başlaması gereken tarihte plan hazırlamak ve izin almak için gereken işlere başlaması da işe başlatma olarak değerlendirilmelidir<sup>1308</sup>. Fakat kanaatimce inşaatı fiziksel olarak başlatmaması nedeniyle iş sahibinin 358/I hükmüne başvurmak istemesi durumunda, iş sahibinin bu

---

*bildirildiği görülmektedir. Şu halde ... feshin iyiniyetle bağdaşır yanı yoktur.” Altaş (BK. m.358), s.101, dn.16.*

**15. HD. 06.10.2003, 1390/4548:** “... Taraflar arasında akdedilen ... kat karşılığı inşaat sözleşmesinde, arsa sahiplerine ait 30 ve 31 no'lu parsellerin tevhidinden sonra, imar durumuna uygun proje çizileceği, ruhsat alındıktan itibaren de 25 ay içinde anahtar teslimi inşaatın tamamlanacağı kararlaştırılmıştır... Her ne kadar sözleşmede, ruhsat alımı için bir süre öngörülmemiş ise de, yukarıda açıklandığı üzere, davalılar harç ödemediklerinden yaklaşık 1 yıl sonra imar durumu alınabilmiştir. 2 yıla yakın bir süre geçmesine karşı henüz ruhsat alınmamış, yargılama aşamasında dahi alınmış değildir. Bütün bu olgular birlikte değerlendirildiğinde davalı yüklenicilerin temerrütlerinin varlığı ortadadır. Sözleşme tarihine göre 4 yıla yakın süre geçmiştir. Arsa sahiplerinin tahammül süreleri fazlasıyla aşılmıştır. Yüklenicilerin kendilerine tanınan hakkı kötüye kullanmaları iyiniyetle bağdaşmaz (MK.2.md). Gecikmenin haklı ve makul bir nedeni yoktur. Tamamen davalıların kusuruna dayalıdır. O halde fesih davacı arsa sahiplerinin haklı olduklarının kabulüyle sözleşmenin feshi yerine yazılı gerekçelerle davanın reddi olmamıştır...” (www.kazanci.com.tr).

<sup>1305</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.16; **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:15; **Schenker** (Schuldnerverzug), s.38, no:101; **Altaş** (BK. m.358), s.100.

<sup>1306</sup> **Henninger** (Bauverzögerung), s.244.

<sup>1307</sup> **Koller** (Ersatzvornahme), s.8.

<sup>1308</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.228, no:105; **Becker**, s.607; **Karahasan**, s.241; **Altaş** (BK. m.358), s.101. Karş. **Vygen / Schubert / Lang**, s.19, no:33.

Fakat bu tür yükümlülükler de içeren bir inşaat sözleşmesinde, meselâ sözleşmenin yapılmasından sonra üç ay içinde ilk kazmanın vurulması gerektiği de kararlaştırılmışsa, kanaatimce artık inşaatın fiziken başlamasına ilişkin bu süreye uyulmaması durumunda, işe başlatmaması nedeniyle değil; 358. maddenin birinci fıkrasındaki ikinci seçimlik koşul olan, işin sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesi sebebine dayanılarak sözleşmeden dönülebilir, yeter ki yüklenici plan hazırlamak, izin almak gibi işlere başlamış olsun. Fakat yüklenici bu tarihte plan hazırlama ve izin işlerine bile başlamamışsa, artık iş sahibi, ilk seçimlik koşul gereğince sözleşmeden dönebilecektir.

durumu meselâ bir delil tespiti yoluyla kanıtlanmasının ardından; yüklenicinin meselâ planın çizilmesi ve inşaat izninin alınması gibi işlere başladığını ileri sürerek, 358/l hükmünün koşullarının oluşmadığını ileri sürmesi durumunda, bunu ispat yükü yükleniciye ait olmalıdır.

Yargıtay'a göre 358/l gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, işe başlama tarihi açıkça kararlaştırılsa ve yüklenici bu tarihte işe başlamasa bile, işin zamanında tamamlanma olanağı bulunduğu sürece iş sahibi sözleşmeden dönemez<sup>1309</sup>. Yüksek Mahkemenin bu kararlarındaki temel düşünce, inşaat sözleşmesinin bir sonuç sözleşmesi olmasıdır. Buna göre yapının teslim tarihinde tamamlanarak teslim edilmesinin sonuç sözleşmesi niteliğinden doğduğu göz önünde tutulduğunda, yüklenicinin işe başlamada gecikmesinin, sözleşmeden dönme için yeterli olmayacağı, ayrıca bu gecikmenin teslimi de tehlikeye sokacak derecede ilerlemiş olması gerektiği Yüksek Mahkemece kabul edilmektedir<sup>1310</sup>.

<sup>1309</sup> Bu yönde: **15 HD. 18.09.1973, 15/54**: "... işe başlama ve bitiş tarihlerinin açıkça tespit edilmiş olduğu bir sözleşmede, müteahhidin işe geç başlamış olması, tayin edilen tarihte işi bitirmek imkânı olduğu sürece, iş sahibine sözleşmeyi fesih hakkı vermez." [**Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.67. Bu karar için ayrıca bak. **Erman** (İnşaat), s.70, dn.41; **Karahasan**, s.247]. Bu yönde: **15. HD, 26.12.1974, 898/1922 [Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.83, dn.121. Bu karar için ayrıca bak. **Karahasan**, s.247]. Yargıtay bu görüşünde o kadar ileri gitmiştir ki meselâ, yüklenicinin sözleşmeden itibaren 1 ay içinde proje onayını yaptıracağı, bu tarihten itibaren 2 ay içinde inşaata başlanacağı kararlaştırılan bir sözleşmede, bu sürelerin geçmesine rağmen inşaata başlanmadığı bir olayda, yine de geri kalan sürenin yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. **15. HD. 08.05.1984, 1341/1611 (Karahasan**, s.251).

Ayrıca bak. **Ergezen**, s.45, dn.86. Bu sonuca yazarın ifadelerinde, bu uygulamayı tasvip ettiği anlaşılmaktadır. **Ergezen**, s.63. Bu görüşte: **Aral**, s.355; **Karahasan**, s.244; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.112.

**Öz**'e göre de (Dönme, s.609), inşaatın teslim süresinin işlemeye başlaması yüklenicinin belli bir davranışına, meselâ inşaat iznini almasına bağlanmış ve yüklenici ek süreye rağmen bu davranışı gerçekleştirmemişse, iş sahibi BK. m.358/l'e başvurabilir. Fakat hem inşaata başlama, hem de teslim tarihi açıkça kararlaştırılan inşaat sözleşmelerinde ise, inşaatın zamanında tamamlanması mümkün ise, belirlenen tarihte inşaata başlanmaması, BK. m.358/l hükmünün uygulaması için yeterli olmaz. Fakat yazar bu görüşünü, şu şekilde yumuşatmıştır: "*İş sahibinin çalışmalarına bu (belirlenen) tarihte başlanmasında özel çıkarı bulunduğu veya söz konusu gecikme yüzünden somut olayda müteahhide olan güvenin esaslı şekilde sarsıldığını söylemenin mümkün olduğu durumlarda, işin zamanında bitmesi mümkün olsa bile sözleşmeden dönülebilir.*" Fakat yazara göre, bu sonuca durumda bile yüklenici, inşaata belirlenen tarihte başlanmamasına rağmen, inşaatın zamanında tamamlanmasının mümkün olduğunu ispat ederek, BK. m.358/l'in uygulanmasına engel olabilir. Karş. **Öz** (İnşaat), s.117, 120.

Aksi yönde: **15. HD. 28.09.1977, 1619/1738** (www.kazanci.com.tr). Bu sonuca kararda Yargıtay, örtülü olarak hem tamamlama hem de teslim tarihi belli olan bir işte, verilen ek süreye rağmen işe başlanmaması durumunda, iş sahibinin BK. m.358/l hükmüne başvurabileceğini haklı olarak kabul etmiştir.

<sup>1310</sup> Bu konudaki farklı bir görüş, doktrinde **Öz** tarafından ileri sürülmüştür. Yazara göre hem başlama, hem de tamamlama tarihi belli olan işlerde inşaata zamanında başlanmaması durumunda yüklenicinin, geri kalan sürenin inşaatın zamanında tamamlanması için yeterli olduğunu kanıtlayamaması durumunda, iş sahibi sözleşmeden dönebilecektir. Diğer bir ifadeyle bu görüşün sonucu ispat yükünün, iş sahibinden yükleniciye geçmesidir. **Öz** (Dönme), s.60. Bu görüşte: **Erman** (İnşaat), s.74, dn.58. Kanaatimce bu görüş yerinde değildir. Çünkü işe başlama ve tamamlama tarihinin sözleşmeye konulmasıyla iş sahibi, işe başlanmasına ilişkin menfaatini açık bir biçimde dile getirmişken, buna rağmen anılan görüşteki gibi, bazı durumlarda sözleşmeden dönme hakkının ortadan kaldırılmasının haklı bir nedeni ve hukukî temeli bulunmamaktadır.



Fakat doktrindeki hâkim görüş ise aksi yöndedir<sup>1311</sup>. Kanaatimce de kabul edilmesi gereken bu görüş gereğince, yüklenicinin inşaaata başlamasının belirli vadeye bağlanması, fakat buna rağmen yüklenicinin zamanında inşaaata başlamaması durumunda, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için, inşaatın zamanında tamamlanması olanağının ortadan kalkması gerekmez. Sözleşmede belirlenen işe başlama tarihinde işe başlanmaması durumunda, işin zamanında tamamlanması olanağının ortadan kalkması gerekmez. Bunun aksinin kabulü hâlinde, 358. maddenin birinci fıkrasındaki “*müteahhit, işe zamanında başlamaz*”sa biçimindeki ibarenin hiçbir anlamı kalmazdı.

Buna göre işe başlama tarihinin belirli vade biçiminde kararlaştırılmış olmasına rağmen yüklenicinin işe zamanında başlamaması hâlinde iş sahibi uygun bir ek süre<sup>1312</sup> vererek sözleşmeden dönebilmelidir<sup>1313</sup>. Çünkü bu durumda iş sahibi, işe başlama tarihini açıkça sözleşmeye koydurmak suretiyle, zamanında işe başlanmasına ilişkin menfaatini açıkça ortaya koymuştur. Bu nedenle, artık yüklenicinin işe zamanında başlamamasının, işin zamanında tamamlanmasını tehlikeye sokup sokmadığının araştırılmasına gerek görülmemelidir.

Yüklenicinin, verilen ek süre içinde inşaaata başlaması durumunda BK. m.358/I hükmü, artık koşulları varsa diğer seçimlik koşullar bakımından uygulanabilir<sup>1314</sup>.

#### **b. Başlanmış İnşaatın Yapımındaki Gecikme (BK. m.358/I, 2. Seçimlik Koşul)**

Hem başlama, hem de bitiş tarihi belli olan inşaat sözleşmelerinde, inşaatın yürütülmesinde gecikme iki biçimde ortaya çıkabilir. Bunlardan ilki yukarıda incelenen, inşaatın belirlenen tarihte tamamlanamayacak ölçüde geri kalmasıdır.

İkinci durum ise, inşaatın belli bir tarihte bulunması gereken seviyenin gerisinde olmasıdır. Bunun incelenmesinde, inşaatın belli tarihlerde gelmesi gereken seviyeler için ara vadelerin kararlaştırılmış olup olmamasına göre ikili bir ayırım yapılması gerekir.

Fakat bu ayrıma geçmeden bir hususun yeniden vurgulanmasında yarar görmekteyiz. Çalışmamızda savunulduğu gibi, iş sahibinin inşaatın yürütülmesinde gecikme olduğundan bahisle BK. m.358/I hükmüne başvurabilmesi, inşaatın belli bir tarihteki seviyesinin, olması gerekenin gerisinde bulunmasını gerektirir. Diğer bir ifadeyle, inşaatın yapımındaki gecikme daima pasif bir duruma (inşaat seviyesine) ilişkindir. Bu nedenle inşaat seviyesini doğrudan dikkate almayan ve yüklenicinin diğer

<sup>1311</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:670; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.247, no:178; Örtülü olarak: **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:15 vd.

<sup>1312</sup> Burada ek süre inşaaata başlanması için verileceğinden, bunun 3–5 günlük kısa bir süre olması mümkündür. Bu yönde: **Weber** (BernKomm Art. 97 – 109), s.505, no:70.

<sup>1313</sup> Fakat Borçlar Kanununun 107. maddesinde düzenlenen durumlarda, iş sahibinin ek süre vermesi gerekmez.

<sup>1314</sup> **Öz** (Dönme), s.57.

bazı borca aykırı davranışları durumunda da BK. m.358/I hükmünün uygulanabileceğini kabul eden hâkim görüş, çalışmamızda benimsenmemiştir.

#### aa. Başlama ve Bitiş Tarihleri Belli Olan İşlerde Ara Vadelerin De Kararlaştırılmış Olması Hâlinde

Borçlar Kanununun 358/I hükmündeki ikinci seçimlik koşulun uygulanması, sözleşmede, inşaatın teslim tarihinden önceki dönemlerde belli seviyelere gelmesinin kararlaştırılmış olması hâlinde mümkündür<sup>1315</sup>. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak inşaatın ilerlemesini yavaşlatması, öncelikle inşaatın yapım hızının sözleşmeyle kararlaştırılmış olmasını gerektirir. Meselâ beş katlı bir binanın yapımına ilişkin bir inşaat sözleşmesinde, altıncı ayın sonunda kaba inşaatın bitmesinin, on ikinci ayda ince sıvaların tamamlanmasının gerektiği ve on sekizinci ayda ise inşaatın tamamlanmış olarak teslim edilmesinin kararlaştırılmasında bu tür bir durum söz konusudur.

İnşaatın tamamlanmasından önceki dönemde işin belli seviyelerinin, belli zamanlarda tamamlanmasına ilişkin bu sözleşme hükümleri, uygulamada ara vade (Zwischenfristen, Zwischentermin) olarak anılmaktadır<sup>1316</sup>. Bu ara vadeler, ya işin yüzdelik olarak belli bir seviyeye gelmesine ya da işin belli kısımlarının bu ara vadelerde tamamlanmasına / başlanmasına / teslimine yönelik olabilir. Meselâ iki şehir arasına yapılan bir otoyolda, her ay %10 bir ilerlemenin sağlanarak, yolun on ayda tamamlanması gerektiği kararlaştırılabileceği gibi, iki şehir arasında bulunan belli ilçeler arasındaki yol kısımlarının belli tarihlerde tamamlanması gerektiği de kararlaştırılabilir<sup>1317</sup>.

Genellikle büyük inşaat işlerinde bir inşaat ilerleme planı (Terminplan, Bauzeitplan, Bauprogram) yapılır<sup>1318</sup>. Bu planda, işin belli kısımlarının belli zamanlarda tamamlanması gerektiği belirtilir. Bu sayede iş sahibi bir yandan işin genel ilerleyişini ve zamanında tamamlanmasını denetleyebilirken, diğer yandan da yan yükleniciler tarafından işin organizasyonunun yapılmasında bundan yararlanır. İnşaat

<sup>1315</sup> Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.186, no:653; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.215, no:60 ve s.248, no:185; **Bühler** (Werkvertrag), s.152, no:20; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1995, no:10; **Dürr**, s.45; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241; **Huber/Schwendener** (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander), s.471; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.256; **Erman** (İnşaat), s.71, dn.42.

<sup>1316</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.8; **Bühler** (Werkvertrag), s.149, no:6; **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.256; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.253, no:203 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.152, no:22 ve s.149, no:6; **Henninger** (Bauverzögerung), s.241. Eserin kısım kısım teslim edileceğinin kararlaştırıldığı durumlarda (Teillieferungstermin), söz konusu borca aykırılık da BK. m.358/I'in uygulanmasını sağlayabilir. Karş. **Gauch** (Werkvertrag), s.197, no:691; **Gauch** (Fristen und Termine), s.8 ve özellikle s.18.

<sup>1317</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.215, no:61 ve 62.

<sup>1318</sup> **Bühler** (Werkvertrag), s.152, no:21 ve s.149, no:6; **Vygen / Schubert / Lang**, s.3, no:2.

Bu tür programlarda genellikle sözleşmesel süre içinde işin belli dönemlerde gelmesi gereken seviyelere ilişkin bilgiler (meselâ 3 ayda temel atılması, 6 ayda kaba inşaatın bitmesi gibi) yer alır. Bu konuda bak. **Gauch** (Werkvertrag), s.186, no:653 vd; **Gehrer** (Bauvertägen), s.111.

sözleşmesinin akdedilmesinden sonra yüklenicinin hazırlayıp iş sahibine sunduğu bu belgede yer alan süreye ilişkin kayıtların kural olarak aksi kararlaştırılmadıkça bağlayıcı olmadığı, bunların işin planlanması ve iş sahibinin denetim hakkının kullanılması için hazırlandığı kabul edilmektedir<sup>1319</sup>. Fakat inşaat sözleşmesinde bu yönde bir hüküm bulunması koşuluyla, inşaat programının bağlayıcı olduğu da kararlaştırılabilir. Aynı şekilde bu tür inşaat ilerleme planları, sözleşmenin eki niteliğindeyse bağlayıcı nitelik kazanır. Fakat Yapı İşleri Genel Şartnamesinin “İş Programı” kenar başlıklı 18. maddesinde ise yüklenicinin, idarece onaylanmış iş programına aynen uymak zorunda olduğu belirtilmiştir. İş programı, anılan şartname bakımından bağlayıcı bir nitelik taşır<sup>1320</sup>.

Bağlayıcılık kazanan ara vade veya inşaat ilerleme planına aykırı davranış, diğer bir ifadeyle, sözleşmedeki ara vadede tamamlanması gereken işin henüz tamamlanmamış olması durumunda, iş sahibi Borçlar Kanununun 366. maddesinin birinci fıkrasına başvurabilecektir<sup>1321</sup>. Bu durumda ayrıca inşaatın tamamının geri kalan süre içinde tamamlanma olanağının ortadan kalkması gerekmez<sup>1322</sup>.

Ara vadelerin belirli vade niteliği taşıması durumunda, yüklenicinin ihtarına gerek yoktur<sup>1323</sup>. Fakat kural olarak uygun bir ek sürenin verilmemesi gerekir<sup>1324</sup>. Verilen bu ek süre içinde de inşaat olması gereken seviyeye ulaşmazsa, inşaatın zamanında tamamlanması olanaksız hale gelmese bile iş sahibi derhal sözleşmeden dönebilir<sup>1325</sup>.

#### **bb. Başlama ve Bitiş Tarihleri Belli Olan İşlerde Ara Vadelerin Kararlaştırılmamış Olması Hâlinde**

Tamamlama / teslim tarihi belli olan işlerde, istisnai olarak inşaata başlama tarihinin de belirlenmiş olması durumunda (ara vade kararlaştırılmamışsa), 358/1 hükmünün hangi aşamada uygulanabileceği özel olarak incelenmelidir. Bu durumda temel bir soru ortaya çıkmaktadır: Herhangi bir ara vade olmaksızın, sadece inşaata başlama ve bitiş tarihlerinin kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin, 358/1

<sup>1319</sup> Bu yönde: **Gauch** (Werkvertrag), s.186, no:655; **Gauch** (Fristen und Termine), s.10; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.229, no:107; **Henninger** (Bauverzögerung), s.242; **Frank**, s.89. Bu husus İsviçre’de uygulanan standart sözleşme koşullarının (SIA-Norm 118) 93. maddesinde açıkça belirtilmiştir (Das Bauprogramm ... enthält ungefähr Angaben) bak. **Schumacher** (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156), s.291; **Gehrer** (Bauvertägen), s.111. Bu yönde bir hüküm, FIDIC standart kurallarında da bulunmaktadır. Bak. **Frank**, s.189, 190.

Bunların bağlayıcılık kazanması için, inşaat sözleşmesinde bu tür ara vadelerin açıkça düzenlenmeleri veya sözleşmede bu plana atıf yapılarak, bunun sözleşmenin parçası hâline gelmesi sağlanmalıdır. Bak. **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:23, 24 ve s.149, no:6.

<sup>1320</sup> **Erman** (İnşaat), s.71, dn.42.

<sup>1321</sup> **Gauch** (Fristen und Termine), s.16; **Henninger** (Bauverzögerung), s.244.

<sup>1322</sup> Aksi görüşte: **Öz** (Dönme), s.60.

<sup>1323</sup> **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.526, no:21.

<sup>1324</sup> Bu ek sürenin neye ilişkin olacağı konusunda bir alt başlıktaki açıklamalara bakınız.

<sup>1325</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.190, no:670.

hükmüne başvurabilmesi için, geri kalan sürenin inşaatın zamanında tamamlanabilmesi için yeterli olmadığına anlaşılması zorunlu mudur? Yoksa inşaatın zamanında tamamlanabilmesi mümkün olan bazı istisnai hâllerde de bu hüküm uygulanabilir mi?

İnşaata başlama ve teslim tarihlerinin açıkça kararlaştırıldığı inşaat sözleşmelerinde 358/l hükmünün uygulanabilmesi için, inşaata belirlenen tarihte başlanmamasının yeterli olmadığını, bunun yanında geri kalan sürenin inşaatın tamamlanabilmesi için yetersiz olmasını arayan Yargıtay kararları gereğince, bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle Yargıtay'a göre tamamlama / teslim tarihi kararlaştırılan işlerde, 358/l hükmü, sadece üçüncü seçimlik koşulun gerçekleşmesi kaydıyla uygulanabilir<sup>1326</sup>r.

Fakat kanaatimce bu konuda farklı bir değerlendirmenin yapılması gerekir. Meselâ 1 Ocak tarihinde başlanması gereken inşaatın 30 Ekim tarihinde tamamlanarak teslimi kararlaştırılmışsa, inşaata başlanmasının ve 1 aylık bir çalışmanın ardından, yüklenicinin inşaatı durdurması ve 4 ay hiç çalışmaması hâlinde, 358/l hükmünün uygulanabilmesi için geri kalan sürenin yetersiz olması gerektiğinin aranması her zaman doğru ve menfaatler dengesine uygun değildir<sup>1327</sup>. Çünkü aksi görüşün kabulü ve böyle bir olayda geri kalan sürenin (örnekte 5 ayın) yeterli olduğunun kanıtlanması hâlinde, iş sahibi 358/l hükmüne başvuramayacaktır. Bu ise, başlangıç ve bitiş tarihlerinin kararlaştırıldığı sözleşmeler ile sadece bitiş tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmeler arasında 358/l'in uygulanması bakımından hiçbir farkın kalmaması sonucunu doğurur.

Kanaatimce bu tip sözleşmelerde tarafların farazî iradelerinin değerlendirilmesi gerekir. Çünkü inşaatın başlangıç ve bitiş tarihlerinin açıkça ortaya konulmasının bir anlamı vardır. Bu tip sözleşmelerde tarafların farazi iradelerinin, belirlenen tarihte inşaata başlanması ve sürenin sonunda inşaatın tamamlanması kaydıyla, yüklenicinin sürekli olarak ortalama bir tempoda çalışması yönünde olduğu kabul edilmelidir<sup>1328</sup>. Diğer bir ifadeyle, yüklenicinin inşaat süresi içinde ortalama bir iş temposuyla çalışarak, her ay belli bir miktarda ilerleme kaydetmesi gerektiği kabul edilmelidir. Bu durumda inşaatın belli bir tarihteki seviyesinin, örtülü olarak ara vade kararlaştırılmış gibi, o tarihte bulunması gereken seviyenin açıkça gerisinde olması, inşaatın ilerlemesinde gecikme olarak nitelendirilmelidir. Meselâ yukarıdaki örnekte, Ocak ayının ilk günü başlanması gereken bir inşaatın, Ekim ayının sonunda (10 ay) tamamlanarak teslimi

<sup>1326</sup> **Altaş** (BK. m.358, s.102) da bu görüştedir. Yazara göre meselâ “*bir bahçeye artezyen kuyusu vurarak su çıkaracak olan kişinin bazı günler gelmemesi, geldiği günlerde de yarım gün çalışması nedeniyle kuyuyu zamanında yetiştiremeyecek olması halinde*” iş sahibi “*iş görme faaliyetlerinin yavaş yürümesi veya ertelenmesi*” sebebine dayanarak sözleşmeden dönebilir.

<sup>1327</sup> Karş. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.249, no:186.

<sup>1328</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.248, no:185. Yazarın da kanaatimce haklı olarak belirttiği gibi, 358/l hükmünde göçen “*mukavele şartlarına muhalif olarak*” biçimindeki ifade, “*borca aykırı olarak*” biçiminde anlaşılmalıdır.

kararlaştırılmışsa, artık tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin her ay ortalama olarak % 10'luk bir ilerleme kaydetmesi gerektiği yönünde olduğu kabul edilmelidir. Bu durumda yüklenicinin, sürenin yarısı olan 5. ayın sonunda ortalama olarak inşaatın %50'sini tamamlamış olması gerekirken, inşaatın henüz sadece % 10'unu tamamlayabilmiş olması hâlinde, artık iş sahibinin temerrüt hükümlerinden erken yararlanma hakkını kullanabileceği kabul edilebilir. Bu durumda kanaatimce artık geri kalan sürenin yeterli olup olmadığı araştırılmamalıdır.

Bu sonuca varılabilmesi için, inşaat seviyesinin çok açık bir biçimde ortalamanın gerisinde kalması gerekir. Çünkü tarafımızca benimsenen bu sonuçta, tarafların farazi iradeleri ve ortalama tempo dikkate alındığı için, ara vadelerin kararlaştırılmasında olduğu gibi kesin bir değerlendirme yapılması mümkün değildir. Buna göre yukarıdaki örnekte 5. ayın sonundaki seviyenin ortalama olarak %50 olmasının gerekmesine rağmen, bunun %40 civarında olduğu bir olayda, artık bu koşulun gerçekleşmediği kabul edilebilir. Bu konuda kesin bir ölçünün benimsenmesi mümkün değildir. Somut olayın özellikleri, inşaatın niteliği, menfaat dengeleri, yüklenicinin içinde bulunduğu sübjektif durum ve inşaatın bulunduğu seviyeye etki eden faktörlerin değerlendirilmesi sonucu, mevcut seviyenin açıkça olması gerekenden geride olduğu sonucuna varıldığında, 358/I hükmü uygulanabilmelidir. Yine belirtelim ki bu durumda geri kalan sürenin yetersiz olup olmaması artık incelenmemelidir.

Bu durumda iş sahibinin BK. m.358/I hükmüne başvurabilmesi için öncelikle yükleniciden inşaat seviyesini ortalamaya çıkarmasını talep etmeli ve bunun için uygun bir ek süre vermelidir<sup>1329</sup>. Bu ek süre, borca aykırı gecikmenin giderilebileceği bir süre olmalıdır. Meselâ yukarıdaki örnekte iş sahibi, 10 aylık sürenin 5. ayında %10'luk bir iş üreten yükleniciye, meselâ iki aylık bir süre verip, inşaatı 7. ayın sonunda ortalama olarak %70'lik seviyeye çıkarmasını talep edebilmelidir. Bu durumda iş sahibi, inşaatın seviyesi 7. ayın sonunda %70'lik seviyenin gerisinde kalmışsa, aynen ifadan vazgeçebilecektir.

Kanaatimce bu olayda iş sahibi, inşaatın tamamlanması için de ek süre verebilir<sup>1330</sup>. Doğal olarak bu durumda ek sürenin, bunu uygun bir uzunlukta olması gerekir. Meselâ yukarıdaki örnekte 9. ayda inşaatın %50'si tamamlanmışsa iş sahibi inşaatın geri kalanının tamamlanması için 9. ayda meselâ 4 aylık bir ek süre verebilir. Bu durumda, 13. ayın sonunda inşaat tamamlanarak teslim edilmemişse, iş sahibi aynen ifadan vazgeçebilecektir<sup>1331</sup>.

<sup>1329</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.267, no:256 vd. Benzer görüşte: **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.84; **Öz** (Inşaat), s.119. Inşaatın tamamlanması için ek süre verilmesi gerektiği görüşünde: **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.89.

<sup>1330</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.84.

<sup>1331</sup> **Öz** (Inşaat), s.119.

Hem teslim tarihi hem de inşaat başlama tarihi belli olan işlerde, ayrıca ara vadelerin de kararlaştırılmış olması hâlinde, artık yukarıdaki gibi farazi bir değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Bu durumda inşaatın seviyesinin, ara vadelerin gerisinde kalması hâlinde, 358. maddenin ikinci koşulunun gerçekleştiği kabul edilmelidir. Geri kalma durumunun bu hâlde çok açık olmasına da gerek yoktur. Meselâ ara vadede kaba inşaatın tamamlanması gerekiyor, fakat bu tarihte kaba inşaatın %95'lik kısmı tamamlanmışsa, iş sahibi yine erken temerrüt hükümlerine başvurabilmelidir.

### **C. Yapının Tamamlanarak Teslim Edilmesi Gereken Tarihin Sözleşmeyle Belirlenmemiş Olması Hâlinde BK. m.358/I Hükümünün Uygulanması**

Yapının tamamlanarak teslim edilmesi gereken tarihin belirlenmediği inşaat sözleşmelerinde 358/I hükümünün uygulanması bakımından, inşaatın yapımına başlamada gecikme ile başlamış inşaatın ilerlemesindeki gecikme olarak ikili bir ayırım yapılması gerekir.

#### **1. İnşaat Başlamada Gecikme (BK. m.358/I, 1. Seçimlik Koşul)**

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına göre, teslim borcunun muaccel olmasından önce iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği ilk hâl, kanunun ifadesine göre yüklenicinin inşaat zamanında başlamamasıdır. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin, inşaat başlamak zorunda olmasına rağmen, inşaatın yapımına henüz başlamaması hâlinde iş sahibi Borçlar Kanununun 358/I hükmüne göre kural olarak inşaat başlanması için uygun (kısa) bir ek süre vererek, temerrütten doğan haklarını kullanabilir.

İşe başlama tarihinin belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin zamanında işe başlamaması hâlinde, iş sahibi BK. m.358/I hükmüne başvurabilir. Fakat tamamlanma tarihi kararlaştırılmamış bulunan inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin işe başlaması gereken zaman, sözleşmeyle en azından belirli vade biçiminde belirlenmemişse<sup>1332</sup>, Borçlar Kanununun 74. maddesi gereğince iş sahibi somut olayın özellikleri aksini gerektirmiyorsa<sup>1333</sup> inşaat derhal başlanmasını talep

<sup>1332</sup> Tamamlama / teslim tarihi belli olan işlerde, inşaat başlama tarihi kararlaştırılmamışsa, yüklenicinin, zamanında tamamlanma mümkün olduğu sürece inşaat başlamakla yükümlü olmadığı kabul edilmektedir.

<sup>1333</sup> Somut olayın özelliklerinden ve tarafların farazî iradelerinden, derhal işe başlama kuralının aksi anlaşılabiliriyorsa, yüklenicinin işe derhal başlaması gerekmez. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.227, no:102 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:16; **Pedrazzini**, s.511; **Zeltner**, s.36, no:92; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.470.

Meselâ boş bir arsaya yapılacak bir yapının inşasını taahhüt bir yüklenicinin, sözleşmede aksi belirtilmemişse işe derhal başlaması gerekir. Fakat meselâ kapı pencere işini üstlenen yüklenicinin işe başlayabilmesi için, öncelikle binanın kaba inşaatının tamamlanmış olması ve sıvaların bitirilmiş olması gerekir. Böyle bir durumda ise, yüklenicinin işe derhal başlaması söz konusu olmayacaktır. Aynı şekilde inşaat iznini iş sahibinin alacağı hâllerde, henüz bu izin alınmadan yüklenicinin işe başlaması düşünülemez. Buna diğer bir örnek ise, yüklenicinin sözleşme yapıldığı sırada başka bir işi yapıyor olması ve yüklenicinin bu durumunun iş sahibince açıkça bilinmesidir. **Koller** (BernKomm Art. 363 –

(ihtar) edebilir<sup>1334</sup>. İş sahibinin işe başlanmasına yönelik talebinin (ihtarın) sonuçsuz kalması üzerine, iş sahibi inşaat başlanması için uygun bir ek süre vererek BK. m.358/I hükmüne başvurabilir<sup>1335</sup>.

## 2. Başlanmış İnşaatın Yürütülmesinde Gecikme (BK. m.358/I, 2. Seçimlik Koşul)

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına göre, teslim borcunun muaccel olmasından önce iş sahibinin temerrüt hükümlerinden yararlanabileceği ikinci hâl, kanunun ifadesine göre yüklenicinin borca aykırı olarak işi tehir etmesi, inşaatın yapımını geciktirmesidir. İnşaatın tamamlanarak teslimi gereken tarihin belirlenmediği inşaat sözleşmelerinde, inşaat başlanmasından sonra, BK. m.358/I hükmünün nasıl uygulanabileceği özel olarak incelenmelidir<sup>1336</sup>.

İnşaat sözleşmesinde tamamlanma veya teslim ilişkine herhangi bir süre veya vade kararlaştırılmamışsa, artık tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin inşaat başlaması gereken tarihin ardından ara vermeksizin, ortalama bir iş gücü ve tempoyla

---

366), s.372, no:656. Bu durumda tarafların farazi iradelerine göre, yüklenicinin elindeki işi bitirdikten hemen sonra işe başlaması gerektiği kabul edilebilir. Benzer bir durum, içinde bulunulan mevsime ilişkin olarak **Gautschi** tarafından belirtilmiştir. Sözleşmenin yapıldığı mevsim, inşaat için uygun değilse, inşaat başlanması borcu, bu engelin ortadan kalkması üzerine muaccel olacaktır. Yine inşaat başlanması için yaklaşık bir tarihin kararlaştırılmış olması durumunda, tarafların farazi iradelerinin, inşaat derhal başlanmaması yönünde olduğu kabul edilmelidir **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.229, no:108.

Somut olayın özelliklerinin derhâl işe başlanmasını gerektirmediği hâllerde, ihtarın gerekli olup olmadığı, ayrıca incelenmelidir. Bu konuda bak. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.372, no:657. Buna göre bazı hâllerde yükleniciden, işe başlamasının talep edilmesi, diğer bir ifadeyle ihtar gerekebilir. Aksi görüşteki **Öz**'e göre (Dönme, s.56) ihtar hiçbir zaman gerekmez. Meselâ inşaat iznini iş sahibinin alacağı bir olayda, yüklenicinin ancak iş sahibinin ihtarı üzerine işe başlaması gerekir. Fakat sözleşme sırasında yüklenicinin başka bir işi yaptığı iş sahibince biliniyor ve bu sebeple tarafların farazi iradelerine uygun olarak yüklenicinin elindeki işin tamamlanmasından sonra bu işe başlanması gereken hâllerde, yüklenicinin iş sahibinden ihtar beklemesi işin niteliğine uygun düşmez. Aynı sonuç inşaat başlanmasının yaklaşık olarak belirlenmesi hâlinde de geçerlidir. Bu nedenle bu tür durumlarda, iş sahibinin ihtarı bulunmasa bile işe başlanması gerekir.

<sup>1334</sup> **Gautschi**, s.252, no:4a; **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.270, no:80; **Bögli**, s.249, dn.128; **Pedrazzini**, s.511; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.72; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.37; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.470; **Altaş** (BK. m.358), s.100. Fakat doktrinde, inşaat sözleşmelerinin geniş zamana yayılmış yapısı ve edimin kapsamı gereğince, bu hükümde geçen “*derhal*” ibaresinin, “*uygun bir hazırlık süresinin ardından derhal*” (Reaktionszeit) biçiminde anlaşılması gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür. **Weber** (BernKomm Art. 68 – 96), s.272, no:85 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.152, no:19; **von Tuhr / Escher**, s.51; **Gauch** (Werkvertrag), s.191, no:673 vd; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.231, no:115; **Erman** (İnşaat), s.71; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.82; **Olgaç**, s.460.

<sup>1335</sup> İhtar ile ek süre verme işleminin birlikte yapılabileceği gözden kaçırılmamalıdır. **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.72; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.82.

**Öz**'ün de haklı olarak belirttiği gibi (Dönme, s.56) iş sahibi bu durumda dilerse inşaat başlanması için değil, inşaatın tamamlanması için de buna uygun bir süre verebilir. Bu durumda iş sahibi BK. m.358/I hükmüne, ancak inşaatın verilen sürenin sonunda tamamlanamayacağı ortaya çıkınca başvurabilir.

**Kaplan**'a göre (İşin Başkasına Yaptırılması, s.7), bu durumda BK. m.358/I değil, doğrudan BK. m.106 vd hükümleri uygulanır.

<sup>1336</sup> Sadece inşaat başlama tarihi belli olan sözleşmeler ile ne başlama ne de bitiş tarihi belli olan sözleşmeler arasında, BK. m.358/I'in 2. seçimlik koşulu bakımından hiçbir fark yoktur.

çalışması ve böyle bir temponun sonunda inşaatı tamamlayarak teslim etmesi gerektiği yönünde olduğu kabul edilmelidir<sup>1337</sup>.

Buna göre, yüklenicinin ara vermeksizin ortalama bir alet edevat ve iş gücüyle çalışarak, inşaatı ortalama bir sürenin sonunda tamamlamalıdır. Ortalama çalışma temposunun belirlenmesinde somut olayın bütün özellikleri meselâ işin âciliyeti, yüklenicinin çalışma kapasitesi, işin niteliği ve arazinin yapısı dikkate alınmalıdır. Yüklenicinin bu biçimde belirlenen çalışma temposundan geride kalması hâlinde 358/l hükmü uygulanabilecektir.

Yüklenicinin inşaatı belli bir süre ara vermesi veya inşaatı yetersiz bir işgücü ve alet edevat tahsis etmesi durumunda iş sahibi 358. maddenin birinci fıkrasına başvurabilir<sup>1338</sup>. Fakat burada belirtilmesi gereken husus, inşaat seviyesinin yine de dikkate alınması gereğidir. Diğer bir ifadeyle, başlangıçta ortalama temponun üzerinde bir hızla çalışan yüklenicinin, daha sonra işi yavaşlatmak veya tamamen durdurmak yoluyla bu tasarruf ettiği zamanı kullanabileceği kabul edilmelidir. Buna göre objektif olarak inşaatın ortalama bir tempoda çalışma sonucu tamamlanabileceği sürenin belirlenmesi yoluyla, belli bir tarihte inşaatın bulunması gereken seviyenin tespiti gerekir. İşte bu noktada, yüklenicinin işbu seviyenin gerisinde kalması, BK. m.358/l hükmünün uygulanmasını sağlayabilir. Kanaatimce bu durumda da başlama ve bitiş tarihleri belli olmakla birlikte, ara vadelerin kararlaştırılmadığı inşaat sözleşmelerine ilişkin esasların uygulanması yerinde olacaktır.

Tamamlama / teslim tarihi belli olmayan bir sözleşmede inşaatın seviyesi, olması gerekenin gerisinde kalmışsa, iş sahibi uygun bir ek süre vererek bunun giderilmesi talep edebilir<sup>1339</sup>. Bu ek sürenin neye ilişkin olacağı özel olarak incelenmesi gerekir. **Gautschi**'ye göre bu ek süre, inşaatın fiilen geri kalanının tamamlanmasına ilişkin olmalıdır<sup>1340</sup>. Bu nedenle yazara göre ek süre, ihtar tarihi itibarıyla geri kalan işin tamamlanabileceği uygun bir süre olmalıdır. İhtar yapıncaya kadar olan gecikme ise, iş sahibinin omuzlarına yüklenir. Meselâ yazarın bu görüşünün kabul edilmesi durumunda, ortalama olarak 40 ayda tamamlanabilecek olan bir inşaatın, 20 ayda sadece %10'luk bir kısmı tamamlanmışsa, iş sahibi geri kalan işin tamamlanması için bir ek süre verecek, inşaat bu tarihe kadar tamamlanmazsa seçimlik haklarını kullanabilecek, fakat süre dolana kadar bir müdahalede bulunamayacaktır.

<sup>1337</sup> **Gautschi**, s.253, no:4b; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.216, no:63 vd. ve s.249, no:186; **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.72; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.83; **Öz** (Dönme), s.57; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.470; **Uçar** (Ayıba Karşı Tekeffül), s.113.

<sup>1338</sup> **Gautschi**, s.253, no:4b; **Bühler** (Werkvertrag), s.153, no:27. Karş. **Vygen / Schubert / Lang**, s.59, no:82.

<sup>1339</sup> **Tandoğan** (ÖBİ C.II), s.72; **Erman** (İnşaat), s.70, dn.40; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.84.

<sup>1340</sup> **Gautschi**, s.253, no:4b.



**Seliçi**'ne göre ise iş sahibi, yükleniciye çalışma temposunu uygun bir seviyeye çıkarması için de süre verebilir<sup>1341</sup>. Bu durumda iş sahibi, daha kısa bir süre içinde seçimlik haklarını kullanabilecektir.

Kanaatimce bu konuda kabul edilmesi gereken hakkaniyete en uygun yol, doktrinde **Koller** tarafından benimsenen görüştür. Buna göre her ne kadar inşaat sözleşmesinde inşaatın tamamlanma veya teslimine ilişkin herhangi bir süre veya vade kararlaştırılmamışsa da, tarafların farazi iradelerinin, yüklenicinin inşaatı başlaması gereken tarihin ardından ara vermeksizin, ortalama bir iş gücü ve tempoyla çalışması ve böyle bir temponun sonunda inşaatı tamamlayarak teslim etmesi gerektiği yönünde olduğu kabul edilmelidir<sup>1342</sup>. Bunun sonucu olarak, inşaatın tamamlanarak teslimi borcu, ortalama bir sürenin sonunda muaccel olacak, bu tarihte teslim gerçekleşmezse, iş sahibinin ihtarı üzerine yüklenici temerrüde düşecektir. Meselâ ortalama olarak 20 ayda tamamlanabileceği kabul edilebilen bir inşaatın, bu tarihte tamamlanmaması üzerine, iş sahibi meselâ 21. ayda ihtar yoluyla yükleniciyi temerrüde düşürüp, temerrütten doğan haklarını kullanabilecektir. Bu durumda temerrüt tarihinden sonrası için gecikme tazminatı talep edebilir. Bu sonuca varılmasında inşaat seviyesinin hiçbir önemi yoktur. Tek esas, muacceliyete ve ihtara rağmen inşaatın tamamlanarak teslim edilmemesidir.

BK. m.358/1 ise, iş sahibine anılan bu genel temerrüt hükümlerinden erken yararlanma hakkı tanımıştır. Bu nedenle yapılacak yorum, hiçbir zaman temerrüt hükümlerinden daha geç yararlanma sonucunu doğurmamalıdır. Zira Gautschi'nin görüşü, böyle bir sonucu doğurmaktadır. Bu nedenle kanaatimce meselâ ortalama olarak 20 ayda tamamlanabileceği kabul edilebilen bir inşaatı, 10. ay itibariyle inşaatın sadece %10'u yapılmışsa, iş sahibi bu durumda, ilk olarak meselâ 2 aylık bir ek süre vererek, 12. ayın sonunda inşaatın ortalama olarak %60'lık bir seviyeye getirilmesini talep edebilmelidir. Bu durumda inşaat seviyesi bu noktaya ulaşmazsa, iş sahibi 12. ayın sonunda aynen ifadan vazgeçebilmelidir. İkinci olarak iş sahibi, inşaatın geri kalanının tamamlanması için de ek süre verebilir. Bu durumda geri kalan işin tamamlanması için gereken ortalama sürenin sonunda inşaat tamamlanmazsa, iş sahibi aynen ifadan vazgeçebilir.

Fakat istisnai olarak yüklenici inşaatı ara vermişse, yüklenicinin ifa iradesinin bulunup bulunmadığının belirlenmesi için, yükleniciye yeniden inşaatı başlaması için kısa bir ek süre de verilebilir<sup>1343</sup>. Bu ek sürenin sonunda yüklenici ifa iradesini ortaya koyacak biçimde inşaatı başlamazsa, iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilmelidir.

<sup>1341</sup> **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.84; **Öz** (Dönme), s.58; **Öz** (İnşaat), s.119.

<sup>1342</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.216, no:63 vd. ve s.249, no:186.

<sup>1343</sup> **Öz** (İnşaat), s.119.

## II. HUKUKÎ KOŞUL: MADDİ KOŞULUN DOĞUMUNUN İŞ SAHİBİNİN RİZİKO ALANINDAN KAYNAKLANMAMASI

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasının anlaşılması zor biçimde kaleme alınan hükmüne göre, iş sahibinin borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere muacceliyetten önce başvurabilmesinin diğer bir koşulu, söz konusu olan gecikmenin iş sahibinin riziko alanından kaynaklanmamasıdır<sup>1344</sup>. Hükümde geçen *iş sahibinin kusuru olmaksızın vâki olan teeħhür* biçimindeki ifadenin, fıkranın tamamı için de geçerli olup olmadığı açıkça anlaşılammaktadır. Fakat doktrinde haklı olarak belirtildiği gibi, gerek işe zamanında başlanmamasının; gerek işin sözleşmeye aykırı olarak geciktirilmesinin; gerekse de işin zamanında tamamlanma olanağı kalmayacak derecede geri kalmasının, 358. maddenin birinci fıkrasının uygulanmasını sağlayabilmesi için, bu durumların sebebinin, iş sahibinin hâkimiyet ve riziko alanından kaynaklanmamış olması gerekir. İnşaatın seviyesinin, olması gerekenin gerisinde kalmasına, iş sahibinin riziko alanından doğan etkenler neden olmuşsa, artık yüklenicinin borca aykırı davranışından söz edilemeyecektir.

Borçlu temerrüdünün koşullarından biri, borçlunun kusurlu olmasa bile, en azından objektif olarak borca aykırı bir davranışının varlığıdır<sup>1345</sup>. Borçlunun objektif olarak borca aykırı bir davranışı bulunmuyorsa, borçlu temerrüdü söz konusu olamaz. Aynı kural, Borçlar Kanununun 358. maddesi için de geçerlidir. Bu nedenle, inşaat seviyesinin olması gerekenin gerisinde kalması, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerden kaynaklanıyorsa, artık iş sahibi ilgili hükme başvuramayacaktır.

Kanun koyucu bu koşulu belirtmek için "*iş sahibinin kusuru olmaksızın*" ifadesini kullanmıştır. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi, bu ifade gecikmenin iş sahibinin riziko alanından kaynaklanmaması gerektiği biçiminde anlaşılmalıdır<sup>1346</sup>. Buna göre inşaat seviyesinin geri kalması, iş sahibinin hâkimiyet ve riziko alanından doğan bir sebepten kaynaklanmamalıdır, yoksa bu durumun ortaya çıkmasında iş sahibinin kusurlu olması gerekmez<sup>1347</sup>.

Çalışmamızda, inşaatın yapımının iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerden gecikmesi hâlinde teslim süresinin de buna paralel olarak uzayacağı kabul edildiğinden, aynı sonuç, meselâ ara vadeler bakımından da geçerlidir. Bunun sonucu olarak da inşaatın, belirlenen ara vade olması gereken seviyeye ulaşmamış olmasına rağmen, iş sahibi BK. m.358/l'in hukukî koşulunun gerçekleşmemesi nedeniyle bu

<sup>1344</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.238, no:148 vd; **Bühler** (Werkvertrag), s.151, no:14 ve s.155, no:32; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.81; **Erman** (İnşaat), s.71; **Öz** (Dönme), s.53; **Ergezen**, s.59; **Altaş** (BK. m.358), s.99.

<sup>1345</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.246, no:177; **Bühler** (Werkvertrag), s.150, no:14; **Altaş** (BK. m.358), s.98.

<sup>1346</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.193, no:679; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.239, no:149; **Bühler** (Werkvertrag), s.154, no:31; **Erman** (İnşaat), s.71.

<sup>1347</sup> **Öz** (Dönme), s.53.

hükme başvuramayacaktır. Bu nedenle, ikinci bölümde inşaat süresinin uzaması başlığı altındaki açıklamalar, BK. m.358/I hükmünün uygulanması bakımından da aynen geçerlidir.

### III. DİĞER KOŞULLAR

İnşaatın tamamlanarak teslimi borcu muaccel olmuşsa, kanaatimce artık bu hüküm doğrudan uygulanamaz<sup>1348</sup>. Çünkü bu hüküm, iş sahibine teslim borcunun muaccel olmasından önceki dönemde belli koşulların gerçekleşmesi kaydıyla istisnai olarak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurma hakkı vermektedir. Fakat teslim borcunun muaccel olmasından sonra, artık doğrudan borçlu temerrüdüne ilişkin Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanacaktır<sup>1349</sup>.

Ayrıca belirtelim ki, yüklenicinin inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun muaccel olmasından önce iş sahibine bazı haklar veren bu hüküm, hiçbir zaman iş sahibinin aleyhine yorumlanamamalıdır. Diğer bir ifadeyle, bu hüküm iş sahibine bazı ek haklar sağlamakta, yoksa onu bu hükme başvurmaya zorlamamaktadır<sup>1350</sup>. Buna göre borcun muacceliyetinden önce, söz konusu hükmün koşullarının doğmasına rağmen, iş sahibinin teslim borcunun muacceliyeti beklemesi ve bunun ardından genel hükümlere göre yüklenicinin temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurusu, iş sahibinin aleyhine bir sonuç doğurmaz. Meselâ iş sahibinin inşaatın seviyesindeki gecikmeye rağmen, ilgili hükme başvurmaması, kanaatimce hiçbir zaman iş sahibinin söz konusu gecikmeye rıza göstermesi olarak yorumlanamamalıdır<sup>1351</sup>.

Bunun yanında inşaatın tamamlanarak teslimi borcunun ifasının, imkânsızlaşmaması da gerekir.

<sup>1348</sup> Aksi görüşteki **Koller**'e göre, iş sahibi, inşaatın teslimi borcunun muaccel olmasından sonraki dönemde Borçlar Kanununun 358/I hükmüne de genel temerrüt hükümleri yanında başvurabilir. Yazar bu görüşünü şu örnekle açıklamaktadır: Meselâ 1 Nisanda teslimi gereken esere, bu tarihin geçmiş olmasına rağmen henüz hiç başlanmamışsa, iş sahibi Borçlar Kanununun genel temerrüt hükümlerine başvurabileceği gibi, yazara göre işe başlaması için yükleniciye ek süre verilmesi yoluyla Borçlar Kanununun 358/I hükmüne de başvurabilir. **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.218, no:72, 73. Kanaatimce böyle bir durumda, iş sahibinin ek süre vermeksizin temerrütten doğan haklarını kullanabileceğinin kabulü yoluyla, iş sahibinin daha lehine bir sonuca varılması da mümkündür.

<sup>1349</sup> Bu nedenle BK. m.358/I ile 106 – 108 hükümleri arasındaki ilişki, inşaatın tamamlanmış olup olmamasına değil, teslim borcunun muaccel olup olmamasına bağlıdır. Aksi görüşte: **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s.525, no:19; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.214, no:59 vd. Yazarlara göre, teslim borcunun muacceliyetine bağlı olmaksızın inşaatın tamamlanmasındaki gecikmelerde BK. m.358/I, teslimdeki gecikmelerde ise BK. m.106–108 hükümleri uygulanır.

<sup>1350</sup> **Gauch** (Werkvertrag), s.541, no:2057; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.98, no:310; **Zindel/Pulver/BaslerKomm**, s.1993, no:2; **Bögli**, s.249, no:126. Fakat bu yazarlarca, iş sahibinin derhal müdahale etmeyip, teslim tarihi beklemesinin bazı durumlarda ona kusur olarak yükletilebileceği de ileri sürülmüştür. Karş. **Öz** (Dönme), s.59.

<sup>1351</sup> Aksi görüşte: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.237, no:140; **Öz** (Dönme), s.61; **Ergezen**, s.63. Yazarlar hangi durumda böyle bir sonuca varılabileceğini açıklamamaktadırlar. Bu görüşte: **Dirican**, s.99

## § 15. HUKUKİ SONUÇLARI

### I. GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında, koşulları gerçekleşince iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği belirtilmiştir. Bu hüküm, iş sahibinin sadece sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğunu anlamaya uygun bir biçimde kaleme alınmıştır<sup>1352</sup>. Fakat bu çalışmada inşaatın yapımındaki gecikme durumunda iş sahibinin Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası gereğince sahip olduğu hakların dönmeyle sınırlı olmadığı ve bu hükmün hâkim görüşe uygun olarak, Borçlar Kanununun borçlu temerrüdüne ilişkin hükümler yoluyla tamamlanması gerektiği savunulduğundan, alacaklının, temerrüde düşmüş borçluya karşı sahip olduğu hakların, niteliğine uyduğu ölçüde iş sahibine de tanınması gerektiği kabul edilmiştir<sup>1353</sup>.

Genel olarak borçlu temerrüdünde alacaklının ilk hakkı, edimin aynen ifası ve borçlunun temerrütte kusursuz olduğunu kanıtlayamaması hâlinde, geç ifa nedeniyle doğan zararının giderilmesinin istenmesidir. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, eser sözleşmesinin sonuç borcu doğuran yapısına uygun olarak, yapının tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesidir. Borçlunun aslî edim yükümlülüğünü muacceliyete rağmen ifa etmemesi, borçlu temerrüdünü doğurur. Bu nedenle borcun muacceliyetinden önce borçlu temerrüdünden söz edilemez. Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasında ise, yüklenicinin aslî edim yükümlülüğünün muaccel olmasından önce, bazı durumlarda yüklenicinin teslim borcunun muaccel olacağı tarihte temerrüde düşeceğinin kabul edildiği (varsayıldığı) görülmektedir. İşte bu durumlarda iş sahibinin sahip olduğu haklar kanaatimce kural olarak aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi ile sözleşmeden dönülmesidir. İş sahibi kural olarak gecikme tazminatı talep edememelidir<sup>1354</sup>. Çünkü inşaat sözleşmesinde iş sahibinin talep hakkı, ancak teslim borcunun muaccel olmasından sonra doğmaktadır. Bu borcun muaccel olmasından önce, iş sahibinin aynen ifaya yönelik bir talep hakkı bulunmamaktadır. Meselâ 20 aylık süresi olan bir inşaat sözleşmesinde, 10. ayda inşaatın %50'sinin tamamlanmış olmasının gerektiği kararlaştırılmış, fakat bu tarihte inşaat seviyesi sadece %20'lik bir seviyede kalmışsa, iş sahibi gecikme tazminatı talep edememelidir. Fakat kanaatimce iş sahibi, inşaatın kararlaştırılan seviyenin gerisinde olması nedeniyle bir maddi zarara

<sup>1352</sup> **Bühler** (Werkvertrag), s.155, no:33; **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.219, no:77.

<sup>1353</sup> Aksi görüşteki **Öz**'e göre, anılan hükmün borçlu temerrüdüyle bir ilişkisi olmadığından, borçlu temerrüdüne ilişkin diğer hakların bu hükmeye dâhil edilmesi yerinde değildir. **Öz** (Dönme), s.48.

Farklı bir görüşü savunan **Gautsch**'ye göre, yüklenici inşaatı hiç başlamamışsa, iş sahibi BK. m.106 – 108'de yer alan hakların tamamını kullanabileceken, yüklenicinin inşaatı başlaması durumunda ise, sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. (s.248, no:2a).

<sup>1354</sup> **Öz** (Dönme), s.50. Fakat doktrinde, 358/1'in bu özelliği dikkate alınmaksızın, gecikme tazminatı talep edilebileceği de bazı yazarlarca hatalı olarak ifade edilmiştir. Bak. **Henninger** (Bauverzögerung), s.245; **Erman** (İnşaat), s.75.

uğramışsa, yüklenicinin kusurlu olması ve zarar ile gecikme arasında uygun illiyet bağının bulunması hâlinde, bazı istisnaî durumlarda gecikme tazminatı talep edebilmelidir<sup>1355</sup>. Burada kabul edilen gecikme tazminatı, inşaatın tesliminin gecikmesinden doğan zarar değil, inşaatın kararlaştırılan ara vadede kararlaştırılan seviyede olmamasından doğan zarardır. Meselâ yukarıdaki örnekte, 10. ayda inşaatın %50'lik seviyeye ulaşmaması nedeniyle iş sahibi somut bir zarara uğradığını kanıtlayabilirse<sup>1356</sup>, yüklenicinin kusursuz olduğunu kanıtlayamaması koşuluyla, iş sahibi bu zararının tazminini talep edebilmelidir.

Aynı şekilde inşaatın ara vadede kararlaştırılan seviyeye ulaşmaması hâlinde yüklenicinin cezai şart ödeyeceğinin kararlaştırılması da mümkündür<sup>1357</sup>. Bu durumda iş sahibi, ara vadeye uyulmaması nedeniyle, sözleşmedeki ifaya ekli cezai şart niteliğindeki bu alacağı talep edebilir.

Bunun yanında, doktrinde inşaatın yapımındaki gecikme durumunda (muacceliyetten önce), yüklenicinin kusurlu bulunması koşuluyla eserin zarar görmesinden sorumlu olduğu da iddia edilmektedir<sup>1358</sup>. Kanaatimce 358/I hükmünün uygulandığı durumlarda, BK. m.102'nin uygulanma olanağı yoktur. Çünkü teslim kadar hasar riski zaten yüklenicidedir. Bu nedenle anılan hüküm konumuz için özel bir anlam taşımaz.

BK. m.358/I hükmünün uygulama alanı bulunduğu durumlarda, iş sahibinin BK. m.97 gereğince inşaatın devamının diğer bir yükleniciye verilmesini talep edip edemeyeceği ise ayrıca incelenmelidir. Kanaatimce iş sahibinin BK. m.358/I'in uygulama koşullarının gerçekleşmesi durumunda, öncelikle uygun bir ek süre vererek, ardından bu sürenin dolması üzerine, mahkemenin izniyle, masrafları ve rizikosu yükleniciye ait olmak üzere, inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlatılmasını talep edebileceğinin kabulü gerekir<sup>1359</sup>. Böyle bir sonucun kabul edilmemesinin haklı bir gerekçesi yoktur.

Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrası gereğince iş sahibi, yükleniciye kural olarak uygun bir ek süre verir ve bu ek süre içinde borca aykırılık

<sup>1355</sup> Bu yönde: **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.219, no:76. Karş. **Gauch/Aeppli/Stöckli**, s.323.

<sup>1356</sup> Meselâ iş sahibi, inşaatın ara vadelerde olması gereken seviyenin gerisinde kalması nedeniyle, alacağı kredi faizinin yükselmesi durumunda, ortaya çıkan zararının tazminini, uygun illiyet bağı bulunması kaydıyla talep edebilecektir.

<sup>1357</sup> **Koller** (Konventionalstrafe), s.45, no:153; **Gauch** (Fristen und Termine), s.21.

<sup>1358</sup> **Henninger** (Bauverzögerung), s.245.

<sup>1359</sup> **Koller** (BernKomm Art. 363 – 366), s.201, no:6 ve s.222, no:87; **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.5 ve özellikle s.42, no:1.97; **Tandoğan** (ÖB C.II), s.70; **Yavuz** (Özel Hükümler), s.471; **Erman** (İnşaat), s.77; **Seliçi** (Müteahhidin Sorumluluğu), s.81; **Dayınlarlı** (Temerrüt), s.87. **Niklaus**'a göre bu durumda hâkimden izin almaya bile gerek olmaksızın inşaatın üçüncü bir kişiye tamamlatılması mümkündür. Yeter ki yükleniciye verilen ek süre içinde iş tamamlanmasın. **Niklaus** (Ersatzvornahme), s.42, no:1.97. Aksi görüşteki **Öz**'e göre, bu durumda anılan hükmün uygulanması mümkün değildir [**Öz** (Dönme), s.51].

(gecikme, inşaat seviyesinin geriliği) giderilmezse, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının giderilmesini isteme veya sözleşmeden dönerek menfi zararının giderilmesini isteme haklarına kavuşur<sup>1360</sup>. Fakat bu hakların, 358. maddenin birinci fıkrasına uygulanması bazı sorunları da beraberinde getirir. Bu nedenle aşağıda, özellikle bu hakların nasıl uygulanabileceği üzerinde durulacaktır.

Bunlara geçmeden önce belirtilmesi gereken nokta ise, iş sahibinin BK. m.358/I hükmüne başvuru koşullarının gerçekleşmiş (ve hatta bu amaçla verilen ek sürenin bile geçmiş) olması durumunda, iş sahibinin seçimlik haklarını derhal kullanmayarak, teslim borcunun muacceliyeti bekleyip doğrudan borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurmasının mümkün olduğudur<sup>1361</sup>.

## II. AYNEN İFADAN VAZGEÇİLEREK MÜSPET ZARARIN TAZMİNİNİN TALEP EDİLMESİ

İş sahibi ek sürenin dolması üzerine veya ek süre verilmesine gerek olmayan hâllerde, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep edebilir<sup>1362</sup>. Müspet zarar, ifa edilmeyen edemin değeri (konumuz bakımından inşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanma masrafları) ile inşaatın tamamlanabileceği sürenin sonuna kadar gerçekleşen gecikme tazminatından (cezai şarttan) oluşur.

Tarafların hukukî durumu, iş sahibinin mübadele ve fark teorileri arasında yapacağı seçime bağlı olarak değişecektir. Bu sonuçlar genel olarak, yüklenicinin temerrüdü üzerine doğan haklarla aynıdır. Fakat 358/I hükmünün uygulanması durumunda teslim borcunun henüz muaccel olmadığı dikkate alınarak, bazı farklı sonuçlara varılması gerekir. Bu fark, gecikme tazminatının talep edilebileceği döneme ilişkindir.

Üçüncü bölümde ayrıntısıyla belirtildiği gibi, aynen ifadan vazgeçen iş sahibi, yüklenicinin temerrüdünün doğumu ile inşaatın diğer bir yükleniciye tamamlanabileceği sürenin sonuna kadar geçen dönem için uğradığı gecikme zararının tazminini talep edebilir. Cezai şart talebi de aynı dönemi kapsar. Fakat 358/I bakımından aynen ifadan vazgeçme çoğunlukla teslim borcunun muaccel olmasından önce gerçekleşeceğinden, gecikme tazminatının ancak teslim borcunun muaccel olduğu tarihten sonrası için talep

<sup>1360</sup> *Koller* (Ersatzvornahme), s.8; *Henninger* (Bauverzögerung), s.243.

<sup>1361</sup> *Öz* (Dönme), s.56.

<sup>1362</sup> *Gauch* (Fristen und Termine), s.17; *Henninger* (Bauverzögerung), s.244; *Yavuz* (Özel Hükümler), s.471; *Erman* (İnşaat), s.75; *Dayınlarlı* (Temerrüt), s.86; *Olgaç*, s.460. Yargıtay da bir kararında bu sonucu kabul etmiştir. TD. 06.04.1971, 508/2747 [*Tandoğan* (ÖBİ C.II), s.69, dn.130].

Aksi görüşteki *Gautschî*'ye göre, yüklenici inşaatı hiç başlamamışsa, iş sahibi müspet zararın tazmini ile dönme arasında bir seçimlik hakka sahip olacak, fakat yüklenici inşaatı başlamışsa, iş sahibi sadece sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. *Gautschî*, s.248, no:2a. *Tandoğan* (ÖBİ C.II), s.69'da *Gautschî*'nin bu görüşünü paylaştığını örtülü olarak açıklamıştır. Bu görüşte: *Şenocak*, s.212, dn.194. *Öz*'e göre ise, BK. m.358/I hükmünün borçlu temerrüdü ile bir ilişkisi bulunmadığından, iş sahibinin sahip olduğu tek hak sözleşmeden dönmedir. *Öz* (Dönme), s.47.

edilebilmesi mümkün olacaktır<sup>1363</sup>. Meselâ, iş sahibinin teslim tarihine 6 ay kala BK. m.358/I hükmüne uygun olarak aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini talep ettiği bir olayda, inşaatın geri kalanının ancak 16 ayda tamamlanabileceği ortaya çıkarsa, iş sahibi sadece, 10 aylık süre için gecikme tazminatı talep edebilir. Çünkü iş sahibinin gecikme zararı, ancak sözleşmedeki teslim süresinin dolmasıyla ortaya çıkabilir.

### III. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

BK. m.358/I hükmünün uygulanma koşulları gerçekleşince iş sahibi teslim süresinin dolmasını beklemeksizin sözleşmeden dönebilir. Bu hükme göre sözleşmeden dönme, genel olarak yüklenicinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeden dönmeden hiçbir farklılık göstermez. Bu nedenle, üçüncü bölümde sözleşmeden dönme için yapılan değerlendirmelerin tamamı, bu kısım için de geçerlidir.

---

<sup>1363</sup> Karş. *Gauch/Aepli/Stöckli*, s.323; *Erman* (İnşaat), s.77.

## SONUÇ

### *BİRİNCİ BÖLÜM*

#### *GENEL OLARAK İNŞAAT SÖZLEŞMESİ*

ve

#### *İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE TESLİM KAVRAMI*

**§ 1. I.** İnşaat sözleşmesi, yüklenicinin, taşınmaz bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek iş sahibine bir bedel karşılığında teslim etmeyi üstlendiği eser sözleşmesi türüdür. Bu nedenle inşaat sözleşmelerine Borçlar Kanunu hükümleri doğrudan uygulanır. Fakat karma bir nitelik taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde ise, kıyas ve yaratma teorisi gereğince, eser ve satış vaadi sözleşmesine ilişkin hükümler ancak niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanabilir.

**II.** İnşaat sözleşmesi bir sonuç sözleşmesidir. Sözleşmedeki sonuç ise, yüklenicinin taşınmazı tamamlayarak iş sahibine teslim etmesidir. İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğünün, taşınmaza bağlı bir yapıyı meydana getirme ve bunu iş sahibine teslim etme biçiminde kombine bir yapıdan oluşur.

Yüklenicinin inşaatı oluşturma borcu, sıradan bir iş görme borcu değildir. Bu, belli bir sonucu sağlamaya yönelik nitelikli bir borçtur ve teslim borcuyla birlikte yüklenicinin edim yükümlülüğünün bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, sonuç olan teslimin gerçekleşmemesi durumunda, yüklenicinin edimini yerine getirmediği kabul edilir.

Yüklenicinin üstlendiği edim, belli bir sonucu sağlamaya yönelik bir yapma borcudur. Bu nedenle yüklenicinin bir aktivitede bulunması sonucun sağlanması bakımından bir araçtır. Bu, aslî edim yükümlülüğünün bir parçasıdır. Yoksa yüklenicinin bir aktivitede bulunması başlı başına aslî edim yükümlülüğünü oluşturmaz.

**III.** İnşaat sözleşmesinde yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü, inşaatın zamanında ve sözleşmeye uygun (ayıpsız ve eksiksiz) olarak tamamlanarak iş sahibine teslimidir. Sonuç borcu niteliğindeki bu yükümlülüğün hiç ifa edilmemesi, yüklenicinin temerrüdünü doğurur. Fakat bu yükümlülük ifa edilmekle birlikte gereği gibi ifa edilmemişse, meselâ inşaat geç teslim edilmiş veya zamanında teslim edilmekle birlikte inşaat ayıplıysa, iş sahibi gereği gibi ifa etmemeye ilişkin hükümler gereğince yükleniciye başvurabilecektir.

Yüklenicinin kanundan doğan bir yan edim yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Fakat sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince yükleniciye bazı yan edim yükümlülüklerinin yüklenmesi mümkündür.



İş sahibinin asli edim yükümlülüğü, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünün karşılığı olan bedel ödeme borcudur. İş sahibinin bu asli edim yükümlülüğü dışında bazı borçları daha vardır. Bunların başında, yüklenicinin inşaatı sözleşmeye uygun olarak yapabilmesi için üzerine düşen hazırlık fiillerini gereği gibi yapmak gelir. Arsanın yükleniciye teslimi, inşaat ruhsatının alınması, inşaat planının hazırlanarak yükleniciye teslimi, yüklenicinin gerekli idari izinleri alabilmesi için iş sahibince verilmesi gereken yetki belgesinin (vekâletnamenin) verilmesi ve malzemenin seçimi iş sahibince yapılacaksa, bu seçimin yapılması gibi fiiller, bu kapsamda değerlendirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından, inşaatın tamamlanarak teslim edilmesine kadar geçen dönemde, yüklenicinin ifaya yönelik davranışlarını destekleyen ve bunun gerçekleşmesini sağlayan, iş sahibince gerçekleştirilmesi gereken ve katılma yükümlülüğü veya işbirliği yükümlülüğü olarak nitelendirilen fiiller teknik anlamda birer külfet değil, yan yükümlülüktür.

İş sahibinin edimin ifasına katılmasının bir yan yükümlülük olduğu kabul edilebilen hâllerde, bunun aynen ifası talep edilemez. İş sahibinin bu yan yükümlülüğüne aykırı davranması durumunda yüklenici, bu sebepten doğan zararının tazminini talep edebileceği gibi, BK. m.94 gereğince sözleşmeyi sona erdirerek, BK. m.369 ve 370 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu, bütün müspet zararının tazminini talep edebilir.

**IV. İnşaat sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi kurar.** İnşaatın tamamlanmasının belli bir süreyi gerektirmesi veya bedelin yükleniciye kısım kısım ödenmesi, bu ilişkiye sürekli borç ilişkisi niteliği vermez.

**§ 2. I. Teslim, tamamlanan eserin, iş sahibinin anlayabileceği bir ifa iradesiyle, iş sahibinin fiilî hâkimiyet alanına geçirilmesidir.**

**II. İnşaat sözleşmesinde, yapının iş sahibinin hâkimiyet alanında inşa edilmesi nedeniyle hukukî anlamda teslim, yüklenici tarafından işin tamamlandığının ifa iradesiyle açık veya örtülü olarak iş sahibine bildirilmesiyle gerçekleşir.**

İş sahibi kural olarak henüz tamamlanmamış veya eksik bir eseri ifa olarak kabul etmekle yükümlü değildir. Fakat iş sahibinin yapıyı ifa olarak kabul etmediğini ileri sürerek, ifaya engel olması, ancak dürüstlük kuralları gereğince eserin olduğu hâlde teslim alınmasının kendisinden beklenemediği hâllerde mümkündür.

İnşaatın, tesellümden kaçınmayı haklı gösterecek derecede ayıplı veya eksik olması hâlinde, yapının tamamlandığının yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmesi üzerine, iş sahibi bunu ifa olarak kabul etmediğini işin niteliğine uygun kısa bir süre içinde bildirme hakkına sahiptir. İş sahibinin bu süre içinde sessiz kalması veya yapıyı bu hâliyle ifa olarak kabul ettiğini örtülü olarak açıklaması durumunda, artık teslimin gerçekleştiği kabul edilir.

Eseri ifa olarak kabul etmeme hakkı bulunan hâllerde, iş sahibi bu iradesini açıklarsa, eser teslim edilmemiş sayılır ve bu durumda hiç ifa etmemeye ilişkin hükümler uygulanmaya devam eder. Fakat iş sahibi böyle bir eseri ifa olarak kabul ettiğini açık veya örtülü olarak açıklarsa, artık eserdeki ayıplar için ayıptan sorumluluğa ilişkin hükümlere, eksiklikler için ise BK. m.96 ve devamı hükümlerine başvurulabilir.

Yapının tamamlanmamış (eksik) olması inşaat sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmeyle üstlendiği veya hukuken bağlayıcı iş değişikliği ve ilave işlerin bir kısmını hiç yapmamış olmasıdır. Bir yapıda çok küçük ve önemsiz olarak nitelendirilebilen eksikliklerde, iş sahibinin teslimi reddetme hakkı yoktur. Bu tür eksikliği bulunan yapılarda teslim, yüklenicinin ifa iradesiyle birlikte kendiliğinden gerçekleşir. Fakat yapıdaki eksiklik çok büyük ve önemli türdense, artık yüklenicinin ifa iradesin bulunmadığı ve bu nedenle teslimin gerçekleşmediği kabul edilir. Orta derecede önemli eksikliklerde ise teslim, ancak iş sahibinin bu eseri ifa olarak kabul etmediğini uygun bir süre içinde açıklamamasına bağlıdır.

Hukuken tamamlanmamış bir yapının teslim edilmesi durumunda iş sahibi, öncelikle eksikliğin aynen ifasını ve gecikmeden doğan zararının tazminini veya ek süreye gerek olmaksızın, ayıptan doğan hakların kıyas yoluyla uygulanması sonucu, eksikliğin giderilebilmesi için gereken uygun miktardaki para oranında bedelde indirim hakkını kullanabilir. Bedelde indirim hakkının kullanılması, yüklenicinin kusuruna bağlı değildir. Bedelde indirim tutarı, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, arsa sahibine kalacak olan bağımsız bölümlerin ve ortak alanların tamamlanabilmesi için gereken tutarı kapsmalıdır. Bu durumda iş sahibi ayrıca, yüklenicinin kusursuz oluşunu kanıtlayamaması koşuluyla, inşaatın tamamlanabileceği sürenin sonuna kadar geçecek dönem için gecikme tazminatı da talep edebilir.

**III. Aksi kararlaştırılmamışsa iş sahibinin bedel borcu teslimle birlikte muaccel olur.** Yapının eksik veya ayıplı olması, bedelin muaccel olmasını önlemez. Fakat iş sahibi ayıbın giderilmesini veya eksikliğin tamamlanmasını talep ederse, bunlar tamamlanana kadar, uygun miktardaki bedel için ödemezlik def'ini kullanabilir.

İş sahibi bedelde indirim hakkını kullanırsa, bedel düşeceği için ödemezlik def'ine kural olarak yer yoktur.

## ***İKİNCİ BÖLÜM***

### ***YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜN KOŞULLARI***

**§ 3. I. İnşaat sözleşmesinde teslim borcunun muacceliyeti, tamamlanmış yapının tesliminin talep edilebileceği tarihi gösterir.**

Teslim borcunun e zaman muaccel olacağı sözleşmede belirtilmemişse, bu borcun ortalama bir inşaat süresinin sonunda muaccel olacağı kabul edilmelidir.

**II.** Gerek sözleşmeyle, gerekse de ortalama bir çalışma hızına göre belirlenen teslim süresi, sonradan ortaya çıkan bazı sebeplerle uzayabilir. İnşaat süresinin uzaması, teslim borcunun muacceliyetini de öteler.

**III.** İnşaatın zamanında tamamlanarak teslimi, iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle mümkün olamazsa, inşaat süresi de una uygun olarak uzar.

İnşaat süresinin uzamasının koşulları şunlardır:

İnşaat Süresinin İşlemeye Başlaması,

İnşaatın olağan sürede tamamlanarak teslim edilememesi,

İnşaatın olağan sürede tamamlanarak teslim edilememiş olmasının, iş sahibinin hâkimiyet alanından doğan sebeplerden veya mücbir sebeplerden kaynaklanması,

Yüklenicinin Çalışma Temposunu Arttırarak, İnşaatı Olağan Teslim Süresinde Tamamlama Yükümlülüğünün Bulunmaması,

Yüklenicinin İnşaatın Olağan Süresinde Tamamlanarak Teslim Edilememe Tehlikesi Gecikmeksizin İş Sahibine Bildirmesi,

Yüklenicinin Bazı Davranışlarıyla, Gecikme Tehlikesini Üstlenmemiş Sayılması.

**IV.** İnşaat süresinin uzaması, sözleşmeyle farklı biçimde düzenlenebilir. Meselâ normalde sürenin uzayacağı kabul edilen hâllerde, sürenin uzamayacağı veya aksinin kararlaştırılması kural olarak geçerlidir.

**§ 4.** Yüklenicinin temerrüdü, muacceliyete rağmen inşaatın tamamlanarak teslim edilememesidir. Buna göre ifa etmeme, inşaatın tamamlanmamasını veya tamamlanmakla birlikte teslim edilmemesini ifade eder.

**§ 5. I.** İnşaat yapılacak olan arsanın iş sahibinin mülkiyetinde olması nedeniyle, inşaat sözleşmesinde imkânsızlık, sadece inşaatın tamamlanmasına yönelik olabilir.

**II.** Yeniden inşası mümkün olan bir inşaatın teslimden önce hasara uğraması veya yok olması, kural olarak yüklenicinin borcunu sona erdirmez. Yüklenici inşaatı yeniden yapmakla yükümlüdür.

**III.** Yüklenicinin inşaatı tamamlamama iradesini açıkça ortaya koyması, yüklenicinin kişiliğinin önemli olmadığı inşaat sözleşmelerinde imkânsızlığa neden olmaz.

**§ 6. I.** İhtar, alacaklının edimi ifasını belli bir tarihte talep ettiğine ilişkin hukuki işlem benzeri bir irade açıklamasıdır.

II. İnşaatın tamamlanarak teslimi için belirli veya kesin vade kararlaştırılmışsa yüklenicinin temerrüde düşmesi için ihtara gerek yoktur.

İnşaatın tamamlanacağı tarihin, yüklenicinin ileride gerçekleştireceği belli bir fiilden (meselâ temel üstü izninin alınması), belli bir süre sonra (meselâ 36 ay sonra) muaccel olacağına kararlaştırıldığı inşaat sözleşmeleri, belirli vadeli hukuki işlem niteliği taşır. Bu nedenle temerrüt için ihtara gerek yoktur.

İnşaatın devamının iş sahibinin riziko alanından doğan sebeplerle belli bir süre durması nedeniyle inşaat süresinin uzayacağı kabul edilen hâllerde, uzayan bu süre belirli vade olma niteliğini korur. Yüklenicinin temerrüdü için ihtar aranmaz.

Yüklenici, inşaata tamamlamayacağını ciddi ve kesin bir biçimde açıklamışsa, yüklenicinin temerrüdü için ihtara gerek yoktur.

**§ 7.** Yüklenici bir defî hakkına dayanarak edimi ifadan kaçınıyorsa, borcu ifa etmeme yüklenici bakımından hukuka uygun sayılacağından, yüklenici temerrüde düşmeyecektir.

## **ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**

### **YÜKLENİCİNİN TESLİMDE TEMERRÜDÜNÜN SONUÇLARI**

**§ 8.** I. Mutlak kesin vade kararlaştırılmadıkça, yüklenicinin temerrüdü, tarafların edim yükümlülüklerini etkilemez. İş sahibi aynen ifayı talep edebileceği gibi, yüklenicinin aynen ifa yükümlülüğü de devam eder. Haklı bir sebep olmaksızın yüklenicinin edimi ifasına engel olması, iş sahibini alacaklı temerrüdüne düşürür.

İş sahibi, yüklenicinin temerrüdü üzerine, inşaatın başka bir yükleniciye tamamlatılması için BK. m.97 gereğince mahkemeye başvurabilir. Bu durumda mahkeme, inşaatın tamamlanabilmesi için gereken masrafların yükleniciden peşin olarak alınmasına hükmedebilir. Bu hükme başvuru için aynen ifa yükümlülüğünün devam etmesi gerekir. Yüklenicinin kusuru ise gerekmez. Ayrıca aynen ifa yönünde bir ilama da gerek yoktur.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi hem kendisine kalacak bağımsız bölümlerin, hem de ortak alanların tamamlanma masraflarını bu kapsamda talep edebilir. Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, ortak alanlardaki eksikliklerin giderilme masrafları sadece arsa sahibinin arsa payı oranında talep edilebilir.

Hukuki anlamda teslim, iş sahibinin bu masraflarla inşaatı tamamlaması üzerine gerçekleşir ve yüklenicinin bedel alacağı ancak bu tarihte muaccel olur.

Yüklenicinin temerrüdünün oluşması üzerine iş sahibinin, mahkemeden izin almaksızın inşaatı kendiliğinden tamamlaması, aynen ifadan vazgeçilmesi anlamına gelmediği sürece, edimin iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle imkânsızlaşması olarak yorumlanmalıdır. Bu durumda Borçlar Kanununun 370. maddesi uygulama alanı bulur. Fakat bu durumda her ne kadar edimin ifası iş sahibinin kusuruyla imkânsızlaşmış olsa da, somut olaya göre mahkeme, iş sahibini, yüklenicinin müspet zararını giderme yükümlülüğünden kısmen veya tamamen muaf tutabilmelidir. Fakat (BK. m.106–108 gereğince) aynen ifadan vazgeçme koşulları oluşmuşsa, iş sahibinin mahkemeden izin almaksızın inşaatı kendiliğinden tamamlaması/tamamlatması, örtülü olarak aynen ifadan vazgeçme anlamına geleceğinden, bu aşamada ortaya çıkacak hukuki sonuç, yapılan masrafların tazminat olarak talep edilmesidir.

**II.** İş sahibi, yapının zamanında tamamlanarak teslim edilememiş olması durumunda, bu sebeple uğradığı zararın tazminini, yüklenicinin kusursuz olduğunu kanıtlayamaması koşuluyla talep edebilir.

İş sahibi, temerrüdün doğumu ile teslim arasındaki döneme ilişkin gecikme zararının tazminini talep edebilir. Fakat yüklenicinin temerrüdünün, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi nedeniyle ortadan kalkması hâlinde, iş sahibi temerrüdün doğumu ile alacaklı temerrüdünün doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edebilir. Yüklenicinin temerrüdünün, yüklenicinin ödemezlik def'ine dayanarak inşaatı durdurması nedeniyle sona ermesi hâlinde, iş sahibi temerrüdün doğumu ile inşaatı durdurulmasını haklı kılan sebebin doğduğu tarih arasındaki dönem için gecikme tazminatı talep edebilir. Ödemezlik def'inin koşullarının ortadan kalkması, herhangi bir ihtara gerek olmaksızın yüklenici temerrüdünü yeniden doğurur. Diğer bir ifadeyle yüklenicinin temerrüdünü sona erdiren ödemezlik def'i koşulları ortadan kalkınca (aynı sonuç alacaklı temerrüdü için de geçerlidir) yüklenici hiçbir ihtara gerek kalmaksızın yeniden temerrüde düşecektir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi gecikme tazminatı talep ettiği bağımsız bölümü, yüklenicinin temerrüdünün sona ermesinden önce üçüncü bir kişiye devretmişse, iş sahibi sadece bu devir tarihine kadar geçen dönem için gecikme tazminatı talep edebilir.

Temerrüdün ortaya çıkması üzerine iş sahibinin uzun süre bekleyerek gecikme zararının artmasına neden olması, MK. m.2 veya zararın artmasını önleme külfetine aykırı sayılamaz.

**III.** Cezai şart borçlunun borca aykırı bir davranışını gerektirir. Fakat inşaat sözleşmesinde hangi borca aykırılık için cezai şart kararlaştırıldığı özel olarak incelenmelidir. Şüphe hâlinde borçlunun yararına yorum yapılması ve cezai şartın teslimine kadar (ayıbın veya eksikliğin giderilmesine kadar değil) istenebileceği kabul edilmelidir.

Cezai şarta temerrüt faizi talep edilebilmesi için, bu amaçla ihtara gerek yoktur.

İnşaat sözleşmesinde, inşaatın zamanında teslim edilmemesi durumunda, aylık belli bir miktarda para ödeneceğinin kararlaştırıldığı bütün sözleşme hükümleri, aksi açıkça belirtilmedikçe cezai şart (götürü tazminat değil) sayılmalıdır.

**IV. İnşaat sözleşmesinde eserin hasarına, teslimine kadar yüklenici katlanır.**

**§ 9. I.** Yüklenicinin temerrüde düşmesi üzerine iş sahibi, aynen ifa ve gecikme tazminatı isteme hakkının yanında, aynen ifadan vazgeçme hakkına da sahiptir. Aynen ifadan vazgeçen alacaklı, diğer bir seçimlik hakka sahip olacaktır: müspet zararın tazmini veya sözleşmeden dönme. Alacaklının müspet zararın tazminini tercih etmesi durumunda, yine bir seçim yapması gerekecektir: müspet zararın fark teorisine göre hesaplanması veya mübadele (değişim) teorisine göre hesaplanması.

Bu haklar arasında, hukukî sonuçları itibariyle çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle alacaklının hangi hakkını kullandığının açık ve kesin olarak anlaşılabilmesi gerekir. İş sahibinin açıkça sözleşmeden döndüğünü veya ülkemizdeki uygulama gereğince feshettiğini bildirmiş olması, her zaman dönme hakkının kullanıldığını göstermez. Çünkü açıkça dönme (fesih) hakkını kullanan iş sahibinin, bunun yanında müspet zararının tazminini talep etmesi ve özellikle yükleniciye daha önce verdiklerini geri talep etmemesi hâlinde, iş sahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararının tazminini talep ettiği kabul edilebilir. İş sahibinin asıl iradesi genellikle, hukukî olmayan bir tabirle yüklenicinin işten el çektirilerek, gecikme tazminatının veya sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın talep edilmesidir. Bu nedenlerle iş sahibinin açıkça sözleşmeyi feshettiğini açıklaması hâlinde bile, iş sahibinin gerçek iradesinin ve yüklenicinin yeni güven teorisi anlamında yapacağı yorumun dikkatli ve özenli olarak değerlendirilmesi gerekir.

**II.** İş sahibinin aynen ifadan vazgeçebilmesi için, yükleniciye kural olarak geri alan işin tamamlanabileceği uygun bir ek süre vermesi gerekir. Ek süre verilmesinin yararsız olacağı, kesin vadenin kararlaştırıldığı veya iş sahibinin ek süre vermesinin dürüstlük kuralları gereğince kendisinden beklenmeyen hâllerde iş sahibi, ek süre vermek zorunda değildir.

Ek süre verilen hallerde veya ek süre verilmesine gerek olmayan hâllerde iş sahibi, yüklenici ifa iradesini ortaya koyana kadar aynen ifadan vazgeçebilir. Çünkü ek sürenin dolması üzerine meselâ aradan geçen uzun süre boyunca inşaat alanına hiç uğramamış bulunan yüklenicinin, aynen ifadan derhal vazgeçilmediğini ileri sürmesi dürüstlük kurallarına aykırıdır.

**§ 10. I.** İnşaat sözleşmesinde aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesi, kural olarak inşaatın tamamlanması talebinden, henüz ifa edilmemiş edimlerden vazgeçilmesi anlamı taşır. Diğer bir ifadeyle aynen ifadan vazgeçme, inşaata başlanmamışsa artık başlanmamasını; başlanmışsa olduğu noktada

birakılmasını sağlar. Böylece iş sahibi artık inşaatı diğer bir yükleniciye tamamlatma imkânına kavuşur.

Aynen ifadan vazgeçilmesi, sadece yerine getirilmemiş bütün edimleri kapsar.

Aynen ifadan vazgeçilmesi, yüklenicinin inşaatı tamamlama biçimindeki borcunu kesin olarak ortadan kaldırır. Bunun yerine, iş sahibinin müspet zararını tazmin borcu doğar. Fakat iş sahibinin asli edim yükümlülüğünün devam edip etmediği, iş sahibinin mübadele ve fark teorileri arasında yapacağı seçime bağlı olarak değişecektir.

**II.** Aynen ifadan vazgeçilerek müspet zararın tazmininin talep edilmesinde, ifa edilmeyen edimin değerinden sorumluluk kusura bağlı değilken, gecikme zararından sorumluluk yüklenicinin kusursuz olduğunu kanıtlayamamış olmasına bağlıdır.

İş sahibinin, müspet zararının mübadele teorisine göre tazminini talep etmesi durumunda yüklenici, bedelin tamamının kendisine verilmesini talep edebilirken, iş sahibi de inşaatın tamamlanması için gereken bütün masrafların ve gecikme zararının tazminini talep edilir. İş sahibinin gecikme zararı, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla, iş sahibinin uygun bir yüklenici bulabileceği makul bir sürenin sonundan başlayan inşaatın ortalama tamamlama süresinin sonuna kadar talep edilebilir. İş sahibi bu durumda ayrıca ifaya ekli cezai şartı da aynı dönem için talep edebilir.

Fark teorisinin tercih edilmesi durumunda ise, yüklenici yaptığı işin bedelini talep edebilir. Bedel hiç belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse, yüklenicinin kısmi bedel alacağı, aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın mevcut durumuna getirilmesi için yapılan masraflar ve yüklenicinin emeği dikkate alınarak belirlenir (BK. m.366). Götürü bedel kararlaştırılan hâllerde ise, inşaatın geri kalanının tamamlanabilmesi için gereken masrafların, götürü bedelden düşülmesi sonucu bulunan tutar, yüklenicinin kısmi bedel alacağını verecektir. Bu durumda iş sahibi zararı, çoğunlukla sadece gecikme tazminatından ibaret olacaktır. Fakat inşaatın seviyesinin çok düşük olduğu meselâ %0 olduğu bir olayda iş sahibi, sözleşmedeki götürü bedelle, aynen ifadan vazgeçme tarihindeki ortalama bedel arasındaki farkı da müspet zararın bir unsuru olarak talep edebilir.

Fark teorisinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine uygulanmasında da aynı ilkelerden yararlanılması gerekir. Bu sözleşme tipi Kanunda düzenlenmediğinden, Borçlar Kanununun eser ve taşınmaz satış (satış vaadi) sözleşmelerine ilişkin hükümler, ancak işin niteliğine uyduğu ölçüde, somut olayın özellikleri ve menfaat dengesi dikkate alınarak kıyas yoluyla uygulanabilir. Bu nedenle, Kanundaki hükümlerin uygulanmasında somut olay adaletinin sağlanması açısından mahkemenin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmelidir. Kanunun temel ilkelerine bağlı kalınması kaydıyla, yasal hükümlerin uygulanmasında belli ölçüde esneklik

sağlanabilmeli, hatta bazı durumlarda işin niteliğine ve menfaatler dengesine uygun karar verilebilmesi için, hukuk yaratma yöntemi bile uygulanabilmelidir.

Bu nedenle söz konusu sözleşme için vardığımız sonuçların değerlendirilmesinde, bu ilkelerin dikkate alınması gerekir. Buna göre, bu sözleşmede iş sahibinin müspet zararının fark teorisine göre tazmini talep edildiğinde, öncelikle aynen ifadan vazgeçme tarihi itibarıyla inşaatın (iş sahibine kalacak olan bağımsız bölümler ile ortak alanların) tamamlanabilmesi için gereken masrafların ve iş sahibinin gecikme tazminatının (varsa fiili zarar ve yoksun kalınan kazancının) da belirlenmesi gerekir. Bu kalemlerin toplamının, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölümlerin (mevcut yarım hâliyle) aynen ifadan vazgeçme tarihindeki değerinden düşülmesi suretiyle, yükleniciye verilecek olan bağımsız bölüm sayısı belirlenmelidir.

**§ 11. I.** Sözleşmeden dönme, henüz ifa edilmemiş edimleri sona erdirir, daha önce ifa edilmiş edimler için ise iade borcu doğurur.

**II.** Sözleşmeden dönme üzerine, tarafların aldıklarını aynen geri vermeleri gerekir. Fakat inşaat sözleşmesinde yüklenicinin edimi bir yapma borcu niteliğinde olduğundan ve inşaat yapılan taşınmaz iş sahibinin mülkiyetinde bulunduğundan, yapılan inşaat, bütünleyici parça kuralı gereğince iş sahibinin mülkiyetine geçecektir. İnşaatın sökülüp iş sahibine aynen iadesinin mümkün olduğu istisnai durumlar hariç, iş sahibinin inşaatın değerini iade etmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle iş sahibinin iade borcu, kural olarak para borcu niteliği taşıyacaktır.

İnşaatın sözleşmeye uygun olarak tamamlanması durumunda yükleniciye verilecek olan bedelin hiç belirlenmediği veya sadece yaklaşık olarak belirlendiği inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönmesi hâlinde, yarım inşaatın değeri, yapılan işin niteliği, kalitesi ve yüklenicinin masrafları dikkate alınarak, sözleşmeden dönme tarihindeki piyasa koşulları gereğince belirlenir (BK. m.366). İnşasına başlanmış bulunan yapının değeri belirlenirken, iş sahibinin yarım inşaatı mevcut hâline getirilmesi için diğer bir yükleniciye ödemesi gereken bedelin dikkate alınması gerekir. Bu nedenle bu bedelin içine, yüklenicinin kâr payı da dâhil olacaktır. Çünkü dönmenin amacı, sözleşme gereğince taraflar arasında ortaya çıkan malvarlığı kaymalarını gidermektir. Bu yapılırken, yüklenicinin kusuruyla temerrüde düşüp düşmemesinin hiçbir önemi yoktur. Yüklenicinin kusuru, iade edilecek edimlerin belirlenmesinde değil, tazminat borcunun doğup doğmamasında belirlenir. Bu nedenlerle, yüklenicinin temerrüde düşmesi durumunda iş sahibinin iade borcunun miktarının yüklenicinin kusuruna bağlı olarak farklı biçimde belirlenmesini kabul eden görüşlerin benimsenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmıştır.

Götürü bedelli inşaat sözleşmelerinde, götürü olarak belirlenmiş olan bedelin yarım inşaatın değerinin belirlenmesinde dikkate alınması zorunludur. Tarafların karşı edim olarak belirlediği miktarın, iade edilecek edimin objektif değerine uygun olduğu



kabul edilmelidir. Bu nedenle inşaatın yapılmış olan kısmının değerinin belirlenmesinde, yapılan işin, mevcut hâliyle toplam iş içindeki yüzdelik oranı bulunmalıdır. Buna göre, yapılan yarım işin mevcut hâliyle toplam işin yüzde kaçını oluşturduğu belirlenmeli ve bu oran, sözleşmedeki götürü bedele uygulanarak yüklenicinin toplam alacağı belirlenmelidir.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin bedel borcu, sözleşmenin başında belirlenmiş olduğundan, bu tip sözleşmelerin götürü bedelli sözleşme niteliği taşıdığı kabul edilmektedir. Bu nedenle, götürü bedelli inşaat sözleşmeleri için kabul edilen esasların, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından da geçerli olması gerekir. Bu tip sözleşmelerde iş sahibinin iade borcunun miktarının belirlenmesinde, öncelikle, sözleşmeden dönme tarihi itibarıyla, yükleniciye kalacak olan bağımsız bölümlerin (veya arsa paylarının) mevcut (yarım) hâlleriyle taşıdığı piyasa değerinin belirlenmesi gerekir. Bu değer belirlenmesinden sonra, yapılması gereken ikinci iş, iş sahibine kalacak olan ve ortak alanların tamamlanma oranının belirlenerek, bu oranın toplam bedele uygulanmasıdır. Yapılacak bu hesap sonucunda, iş sahibinin iade borcunun miktarı belirlenecektir.

Yüklenici ise, sözleşmeden dönme üzerine aldığı bedeli aynen iade etmekle yükümlüdür. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde kabul ettiğimiz aynı etkili dönme görüşü gereğince, iş sahibi daha önce yükleniciye devrettiği arsa paylarını, açacağı istihkak davasıyla geri alacaktır.

Fakat inşaatın seviyesinin çok ilerlemesi gibi sebeplerle, yüklenicinin bedel alacağının para olarak değil de arsa payı olarak iadesi gerektiği sonucuna varılabilen istisnai durumlarda, yüklenici yaptığı işin karşılığını arsa payı olarak alabilecektir.

İş sahibinin menfi zararının belirlenmesinde, özellikle günümüzdeki serbest piyasa koşulları gereğince, iş sahibinin dönülen sözleşmenin kurulduğu sırada başka bir yükleniciden somut bir teklif aldığını kanıtlanmasının beklenmemesi gerekir. Bu nedenle, dönülen sözleşmenin kurulduğu tarihteki ortalama piyasa rayiç bedelleri ile dönme tarihindeki fark, iş sahibinin menfi zararı olarak tazmin ettirilebilmelidir.

**III.** İnşaat sözleşmesinin bölünebilen kısımlardan oluştuğu hallerde, yüklenici bir kısmın ifasında temerrüde düşerse, iş sahibi temerrütten doğan haklarını sadece temerrüde düşülmemiş kısım için kullanabilir.

**IV.** Doktrindeki hâkim görüş gereğince, sözleşmeden dönme durumunda, yüklenicinin alacağı, sadece malzeme ve işçilik tutarına bakılarak belirlenir. Çalışmamızda kabul etmediğimiz bu anlayışın kabulü hâlinde, inşaatın seviyesinin çok ilerlemiş olması durumunda yükleniciye sadece malzeme ve işçilik bedelinin verilmesinin hakkaniyete aykırı olup olmayacağı tartışması başlamış ve bazı

yazarlarca, bunun önlenmesi için feshin ileriye etkili olması tarzında bir yöntem önerilmiştir.

**V.** Yargıtay'a göre arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi yaklaşık olarak %90 ve daha üzeri bir seviyeye ulaşırsa, artık bu durumda sözleşmeden dönme değil, fesih söz konusu olur. Bunun sonucu olarak da iş sahibi, inşaatın tamamlanma masrafları ile bütün müspet zararını karşılayan bağımsız bölümü elinde tutarak, geri kalan bağımsız bölümleri yükleniciye vermekle yükümlü olacaktır.

Görüldüğü gibi bu uygulama aslında aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın fark teorisine göre tazmininden başka bir şey değildir. Bu sonucun kabul edilmesinde hakkaniyete aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Fakat Yargıtay'ın genel yaklaşımına göre, inşaat seviyesi %90'ın altındaysa, dönme söz konusu olacak ve yüklenici sadece malzeme ve işçilik giderlerini almakla yetinecektir. Çalışmamızda bu esas benimsenmemiştir.

**§ 12. I.** İş sahibi sözleşmeden dönmenin koşulları oluşmamasına rağmen sözleşmeden döndüğünü veya uygulamada görüldüğü gibi feshettiğini açıklarsa, bu beyanın BK. m.369 gereğince sözleşmenin feshi olduğu ve bu durumda iş sahibinin, yüklenicinin bütün müspet zararını karşılamakla yükümlü olduğu kabul edilmektedir.

**II.** İş sahibi sözleşmenin devam ettiği dönemde bazı bağımsız bölümleri üçüncü kişilere devrederse, bu üçüncü kişi temerrütten doğan hakları da temlik aldığını ayrıca kanıtlayamazsa, yüklenici sadece devredene karşı sorumlu olacaktır.

**III.** Sözleşmeden dönme durumunda, yükleniciye devredilen arsa paylarının iadesi Yargıtay'a göre istihkak davası niteliğindedir. Çünkü yüksek mahkeme, yükleniciden aynı hak kazanan kişilerin bile korunmayacağını kabul etmektedir. Çalışmamızda vardığımız sonuçlara göre, Yargıtay'ın bu uygulaması yerinde değildir.

Uygulamada iki kez tapu harcı ödenmemesi amacıyla arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde iş sahibi yükleniciye bağımsız bölümün satışı için vekâletname vermekte ve yüklenici bu vekâletnameyle taşınmazı satmaktadır. Yargıtay'a göre sözleşmeden dönme durumunda iş sahibi bu tapu kaydının da iptalini talep edebilir. Fakat çalışmamızda vardığımız sonuçlara göre, bu durumda temsil yetkisinin soyutluğu ilkesi gereğince, iş sahibi, bu arsa paylarının kendi adına tescilini talep edememelidir.

Aynı şekilde iş sahibi doğrudan tapuya giderek bağımsız bölümü yüklenicinin gösterdiği bir kişiye devrederse, Yargıtay'a göre bu durumda iş sahibi tapu iptal davası açamaz. Çalışmada vardığımız sonuçlara göre bu durumda iş sahibi tarafından üçüncü kişiye yapılan satışın hukuki sebebi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi değildir. Bu sözleşmeden doğan borcun ifası sadece bir saik niteliği taşır. Bu nedenle Yargıtay'ın yaklaşımı yerindedir.

Arsa payı yüklenici adına kaydedilmemişse, Yargıtay'a göre yüklenicinin bu arsa payı için üçüncü kişilere yaptığı hukuki işlemler alacağın temlik sayılır. Bu durumda alacağı temlik alan, doğrudan (borcun muaccel olması üzerine) arsa sahibine başvurabilir.

Fakat aynı hakkı devir borcu doğuran sözleşmelerin geçerliliği resmi şekle tabi olduğundan, bu temlikin de resmi biçimde yapılması gerekir.

**IV.** İnşaat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın değerine göre sulh veya asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Fakat arsa sahibinin konut olarak kullanmak amacıyla arsası üzerine tek katlı bir ev yaptırması durumunda bu işlemin tüketici işlemi olduğu ve tüketici mahkemesinin görevli olduğu da kabul edilmelidir.

İş sahibinin taleplerinde zamanaşımı süreleri, BK. m.126/IV gereğince yüklenicinin ağır kusurlu olması durumunda 10 yıl, diğer hâllerde 5 yıldır. Yüklenicinin bütün talepleri ise 5 yıllık zamanaşımı süresine bağlıdır.

## **DÖRDÜNCÜ BÖLÜM**

### **YÜKLENİCİNİN TEMERRÜDÜNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİN İNŞAATI TESLİM BORCUNUN MUACCEL OLMASINDAN ÖNCEKİ DÖNEMDE UYGULANMASI**

**(BK. m.358/I)**

**§ 13.** Borçlar Kanununun 358. maddesinin birinci fıkrasına göre, iş sahibi yüklenicinin işe zamanında başlamaması, işi yavaş yürütmesi veya işi zamanında tamamlayamayacağı ortaya çıkarsa sözleşmeden dönebilir. Bu hükümde düzenlenen hak, iş sahibinin temerrüt hükümlerinde erken yararlanmasıdır. Bu nedenle b hükümdeki boşlukların, temerrüde ilişkin hükümlerle doldurulması gerekir.

**§ 14. I.** İş sahibinin BK. m.358/I hükmüne başvurabilmesinin temel koşulu, belli bir tarihte olması gereken seviyenin gerisinde kalmasıdır. Bu hüküm, inşaatın seviyesiyle ilgilidir. Yüklenicinin aktif durumu, inşaat seviyesi geri kalmadığı sürece bu hükme başvuru hakkı sağlamaz.

Sadece teslim tarihi belli olan işlerde iş sahibinin bu hükme başvurusu, inşaatın belirlenen tarihte tamamlanamayacak kadar geri kalmasına bağlıdır.

Hem teslim hem de işe başlama tarihi belli olan işlerde ise, yüklenici işe zamanında başlamazsa, iş sahibi bu hükme başvurabilir. Bu durumda, geri kalan sürenin yeterli olup olmadığı incelenmez.

Sadece başlama tarihi belli olan işlerde, inşaat başladıktan sonra yüklenicinin işe ara vermesi veya işi ortalama hızın altında yürütmesi durumunda iş sahibi bu hükme başvurabilir.

II. İş sahibinin BK. m.358/I hükmüne başvurması, İnşaatın olması gereken seviyenin altında kalmasının yanında, bunun iş sahibinin riziko alanından kaynaklanmamış olmasına da bağlıdır

III. Bu koşulların yanında, bazı durumlarda ihtar ve ek süre verilmesi de gerekmektedir.

**§ 15.** BK. m.358/I yüklenicinin teslim borcunun muaccel olmasından önce uygulanacağından, temerrüdün sonuçlarının bu duruma uyarlanması gerekir. Buna göre gecikme zararının tazmini, ancak inşaatın üçüncü kişiye tamamlatılabileceği sürenin, ilk sözleşmedeki muacceliyeti aşın kısmı için mümkündür.

İş sahibi, sadece dönme değil, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini de talep edebilir.

## **KAYNAKÇA**

**Acocella**, Domenico: “*Der Bauzivilprozess im Überblick*” (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.265–296)

**Aday, Nejat**: Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000

**Aeppli, Viktor**: “Art. 114–126 OR” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.323–334) (Art. 114–126)

**Aeppli, Viktor**: “*Garantien und Bürgschaften – das Allgemeine und das Bauspezifische*” (Schweizerische Beurechtstagung 2005, Freiburg 2005, s.89–113) (Garantien und Bürgschaften)

**Aeppli, Viktor**: “*Zur Rechtsnatur des Totalunternehmervertrages*” (BR. 2000/2, s.46–49) (Totalunternehmervertrag)

**Akıncı, Ziya**: Milletlerarası Özel Hukukta İnşaat Sözleşmeleri, İzmir 1996

**Akkanat, Halil**: “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü” (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1–49) (Temerrüt)

**Akkanat, Halil**: “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat*” (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.63–76) (Fazla İnşaat)

**Akkanat, Halil**: Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996 (Borcun İfa Edilememesi)

**Akkayan Yıldırım, Ayça**: “*Cezai Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme*”(İÜHFM, 2003/1–2, s.357–414) (Cezai Şart)

**Akkayan Yıldırım, Ayça**: “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri*” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.49–86) (Kat Karşılığı İnşaat)

**Albaş, Hakan**: Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m.105), Ankara 2004

**Altaş, Hüseyin**: “*İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. mad.358)*” (Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s.98–110) (BK. m.358)

**Altaş, Hüseyin**: “*İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Yaklaşık Ücretin Aşırı Aşılması Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK. mad.366 ve 367)*” (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.71–84) (Yaklaşık Ücret)

- Altaş, Hüseyin:** Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK. m.368), Ankara 2002 (Eserin Telef Olması)
- Altaş, Hüseyin:** Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998 (Şekle Aykırılık)
- Aral, Fahrettin:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003
- Arıkan, Mustafa:** “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki” (SÜHFD, 2005/1, s.129–155)
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, B.2, İstanbul 2004
- Atalay, Oğuz:** Medenî Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı, İzmir 2001
- Bähler, Katja:** Das Verhältnis von Sachgewährleistungs- und allgemeinem Leistungsstörungenrecht, Diss. Basel 2005
- Bär, Roger:** Das Fixgeschäft, Diss. Zürich 1956
- Barth, Hans Rudolf:** Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Diss. Aarau 1958
- Basler Kommentar** zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art. 1–529 OR, 3.Auflage, Basel 2003 (Yazar Adı/Basler Komm)
- Baygın, Cem:** Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları, İstanbul 1997
- Becker, Herman:** İsviçre Medenî Kanunu Şerhi, Borçlar Hukuku, II. Bölüm, Çeşitli Sözleşme İlişkileri, Madde: 184 – 551, Çev. Suat Dura, Bern 1934
- Berti, V. Stephen:** “Zu den allgemeinen Bestimmungen über die Verjährung, Art. 127–142 OR” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.335–342)
- Bischoff, Jacques:** Vertragsrisiko und *clausula rebus sic statibus*, Diss. Zürich 1983
- Bögli, Roman:** Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag – Zeitpunkt und Voraussetzungen, Diss. Bern 1996
- Brändli, Roger:** “Wichtige baurechtliche Werträge – Rechtsnatur und praktische Relevanz der Einordnung” (Neue und alte Fragen der zum Privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2004, s.155–195)
- Briner, Hans:** “Das Baugrundrisiko” (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.225–264)
- Brox, Hans:** Die Einrede des Nichterfüllten Vertrages beim Kauf, Köln 1948

**Brunner, Hans:** “Unvorhergesehenes beim Bauen” (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.213–224) (Unvorhergesehenes)

**Brunner, Hans-Ulrich:** Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Diss. Freiburg 1991

**Bucher, Eugen / Buz, Vedat:** “Mağdur Edilen Alıcı, Türk/İsviçre Borçlar Kanununun İki Özelliğinin Eleştirisi: Muayene ve İhbar Külfeti (Art.201 OR; BK. m.198), BK. m.202/II (Art. 205/II OR)’ye Göre Dönme Yerine Bedel İndirimine Karar Verilmesinin Masraflara İlişkin Sonuçları” (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.145–178)

**Bucher, Eugen:** “Schuldverhältnis des BGB: ein Terminus – drei Begriffe” (Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s.93–139) (Schuldverhältnis)

**Bucher, Eugen:** Obligationenrecht Besonderer Teil, 3.Aufl. Zürich 1988 (OR BT)

**Bucher, Eugen:** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988 (OR AT)

**Burcuoğlu, Haluk:** “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler” (Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.283 – 332) (Ayıba Karşı Tekeffül)

**Buz, Vedat:** “Das ius variandi des Gläubigers bei Verzug des Schuldners – BGE 123 III 16 ff.” (recht, 1997/5, s.197–202) (ius variandi)

**Buz, Vedat:** “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması” (AÜSBFD. 1994/1-2, Prof. Dr. İlhan Öztrak’a Armağan, s.23-40) (Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması)

**Buz, Vedat:** “İş Sahibinin BK. m.369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi” (BATİDER, 2001/2, s.209–263) (BK. m.369)

**Buz, Vedat:** Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998 (Dönme)

**Buz, Vedat:** Medenî Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Yenilik Doğuran)

**Bühler, Alfred:** “Von der Bewislast im Bauprozess” (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.289 – 338) (Beweislast)

**Bühler, Theodor:** “Der Werkvertrag” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.407–420) (Symposium)

- Bühler, Theodor:** “Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und geltenden Obligationenrecht” (Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumschrift, Freiburg 1982, s.143–178) (Haft- und Reugeld)
- Bühler, Theodor:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V – Das Obligationenrecht, Teilband V 2d – Der Werkvertrag Art. 363 – 379 OR. Zürich 1998 (Werkvertrag)
- Bydlinski, Franz:** “Zessionverbot und Vertragsauslegung” (Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, s.121–140)
- Campi, Andreas / von Büren, Christian:** Bauen in der Schweiz, Handbuch für Architekten und Ingenieure, Basel 2005
- Cavelti, Urs Josef:** “Die Expertise im Bauprozess” (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.297–308)
- Chapuis, Olivier:** “Die Haftung wegen Ausbleibens der Erfüllung im Sinne von Art. 97 Abs. 1 OR: ein Begriff im Wandel” (AJP, 2005/6, s.653–667)
- Christodoulou, Phoebus:** Vom Zeitelement im Schuldrecht, Diss. Hamburg 1968
- Dayınlarlı, Kemal:** “İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları” (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Ankara 1986, s.47–95) (İstisna Akdinin Ademi İfası)
- Dayınlarlı, Kemal:** Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, B.II, Ankara 2000 (Alacağın Temliki)
- Dayınlarlı, Kemal:** İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, B.2, Ankara 1993 (Temerrüt)
- De Feo, Raniero Addorisio:** Die Fälligkeit von Vertragsvorderungen, Diss. Zürich 2001
- Dirican, Gökhan:** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007
- Dirikkan, Hanife:** “Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar” (DEÜHFD. 2002/1, s.39–73)
- Dural, Mustafa:** Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976
- Dürr, Carl:** Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983
- Egli, Anton:** “Der General- und der Totalunternehmer” (Schweizerische Beurechtstagung 1991, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1991, s.65–92) (General- und Totalunternehmer)



**Egli, Anton:** “Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes” (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.85–102) (Mängel)

**Ehrat, Felix R.:** Der Rücktritt vom Vertrag nach Art. 107 Abs. 2 OR in Verbindung mit Art. 109 OR, Diss. Zürich 1990

**Ehrensperger, Thomas:** Strukturen und Verletzungen von Obligenheiten im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2004

**Ekinci, Hüseyin:** “Cezai Şart İlişkisinde Kusur Sorunu” (Terazi, 2007/8, s.21–28)

**Enders, Christian:** Gleichlauf von VOB/B und BGB Bauvertrag unter besonderer Berücksichtigung des Vergütungsrecht, Diss. Freiburg 1984

**Engin, Baki İlkay:** Alacağı Temlik Edenin Garanti Sorumluluğu, Ankara 2002

**Erdin, Reto:** Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art.373 Abs. 2 OR, Diss. Bern 1997

**Eren, Fikret:** “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara 1996, s.49–58) (İnşaat Sözleşmeleri)

**Eren, Fikret:** “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara 1996, s.63–86) (Müteahhidin Borçları)

**Eren, Fikret:** “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermes” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara 1996, s.89–103) (İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi)

**Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8, İstanbul 2003 (Genel Hükümler)

**Ergezen, Muaz:** İstisna Szöleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007

**Erman, Hasan:** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, 2. Baskı, İstanbul 2007 (İnşaat)

**Erman, Hasan:** İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. m.365/2), İstanbul 1979 (Beklenilmeyen Hâller)

**Ernst, Wolfgang:** “Die kaufrechtliche Gewährleistung nach der Teilrevision das Obligationenrechts” (Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s.255–295)

**Ertaş, Şeref:** “Bir Sözleşmenin Haklı ve Haksız Feshinin Hukuki Sonuçları” (Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.391–399) (Fesih)

**Ertaş, Şeref:** “*Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri*” (Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsnel’e Armağan, İzmir 2001, s.79–92) (Hak ve Borçların Devri)

**Ertaş, Şeref:** Eşya Hukuku, B.6, Ankara 2005 (Eşya Hukuku)

**Erzurumluoğlu, Erzan:** Türk – İsviçre Borçlar Hukukuna Sistemine Göre Borçluya Yüklenebilen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara 1970

**Fellmann, Walter / Müller, Karin:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI – Das Obligationenrecht, 2. Abteilung – Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 8. Teilband – Die einfache Gesellschaft, Art. 530 – 544 OR. Bern 2006

**Fellmann, Walter:** “*Die Ersatzvornahme nach Art.98 Abs.1 OR – «Vollstreckungstheori» oder «Erfüllungstheorie»*” (recht, 1993/4, s.109–118) (Ersatzvornahme)

**Fellmann, Walter:** “*Die Haftung des Architekten und Ingenieurs für Werkmängel*” (Haftung für Werkmängel, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.77–120) (Haftung des Architekten)

**Fellmann, Walter:** “*Fehlerhaftes Leistungsverzeichnis*” (SIA – Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2000, s.91–118) (Leistungsverzeichnis)

**Fellmann, Walter:** “*Haftung für falsche Kostenschätzung*” (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.211–243) (Kostenschätzung)

**Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, B.2, İstanbul 1976 (Genel Hükümler)

**Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin:** Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C.I, B.4, İstanbul 1980 (ÖBİ)

**Fischer, Thomas:** Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz, Diss. Zürich 1998

**Frank, Gregor:** Die Haftung für Sachmängel und Verzug bei Bau- und Anlagenveträgen, Diss. Berlin 1989

**Früh, Andreas:** Die ‘Sowieso-Kosten’, Diss. Düsseldorf 1991

**Fuhrer, Stephan:** “*Versicherung von Bauschäden – System und Praxisfragen*” (Schweizerische Beurechtstagung 2005, Freiburg 2005, s.171–203)

**Gauch, Peter / Aepli, Viktor / Stöckli, Hubert:** Präjudizienbuch zum OR, 6.Auf. Zürich 2006

**Gauch, Peter / Schluep, Walter R. / Schmid, Jörg / Rey, Heinz:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, B.II, 8. Aufl., Zürich 2003

**Gauch, Peter:** *“Auslegung, Ergänzung und Anpassung schuldrechtlicher Verträge”* (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.209–244) (Auslegung)

**Gauch, Peter:** *“Bauen: Ein rechtliches Abenteuer”* (Schweizerische Baurechtstagung Freiburg 2001, Tagungsunterlagen, s.1–28) (Bauen)

**Gauch, Peter:** *“Das öffentliche Beschaffungsrecht der Schweiz Ein Beitrag zum neuen Vergaberecht”* (recht, 5/97 s.165–181) (Vergaberecht)

**Gauch, Peter:** *“Das unerschöpfliche Vertragsrecht”* (Schweizerische Beurechtstagung 1999, Band I: Gesamtveranstaltungen, Freiburg 1999, s.1–37) (Vertragsrecht)

**Gauch, Peter:** *“Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts”* (Festschrift für Horst LOCHER, Düsseldorf 1990, s.35–51) (Rücktritt des Bestellers)

**Gauch, Peter:** *“Die Bauleitung – Ihr Verhältnis zum Bauherrn und Unternehmer”* (Schweizerische Beurechtstagung 1985, Tagungsunterlagen Band I, Freiburg 1985, s.1–24) (Bauleitung)

**Gauch, Peter:** *“Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung – Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts”* (recht, 1987/1, s.24–28) (Ersatzvornahme)

**Gauch, Peter:** *“Die praktische Gestaltung der Bauverträge”* (Baurechtstagung, Freiburg 1993, s.2–26) (Bauverträge)

**Gauch, Peter:** *“Die Verbesserung des mangelhaften Werkes durch einen Dritten”* (BR. 1982/2, s.34–36) (Verbesserung)

**Gauch, Peter:** *“Die Vergütung von Bauleistungen”* (Schweizerische Beurechtstagung 1987, Tagungsunterlagen Band I, Freiburg 1987, s.1–23) (Vergütung)

**Gauch, Peter:** *“Fristen und Termine – Die Bauzeit im Werkvertrag”* (Freiburger Baurechtstagung 1995, Freiburg 1995, s.2–25) (Fristen und Termine)

**Gauch, Peter:** *“Grundstückkauf mit Bauleistungspflicht und zahlreiche Fragen zur Mängelhaftung”* (BR. 1993, s.38–43) (Grundstückkauf)

**Gauch, Peter:** *“Probleme von und mit Subunternehmern – Ein Beitrag zum Privaten Baurecht”* (Freiheit und Verantwortung im Recht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz, Zürich 1982, s.151–178) (Subunternehmer)

**Gauch, Peter:** *“Wirkung des Rücktritts und Verjährung des Rückforderungsanspruchs bei Schuldnerverzug (Anerkennung der Umwandlungstheorie), Bemerkungen zu BGE 114 II 152 ff.”* (recht, 1989/4, s.122–128) (Wirkung des Rücktritts)

**Gauch, Peter:** *Der Werkvertrag*, 4.Aufl. Zürich 1996 (Werkvertrag)

**Gauch, Peter:** *System der Beendigung von Dauerverträgen*, Diss. Freiburg 1968 (Dauerverträgen)

**Gautschi, Georg:** *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI – Das Obligationenrecht, 2. Abteilung – Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband – Der Werkvertrag Art. 363 – 379* Bern 1967

**Gehrer, Leo R.:** *“Bauherr und Unternehmer – Herren des Bauvertrages? Von der (Un-) Freiheit, Bauverträge zu gestalten”* (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.179–212) (Freiheit)

**Gehrer, Leo R.:** *“Die Gestaltung von Architekturverträgen – Praktische Hinweise”* (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.75–189) (Architekturverträge)

**Gehrer, Leo R.:** *“Die Verhandlung und Gestaltung von Bauverträgen”* (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.69–126) (Bauverträgen)

**Gehrer, Leo R.:** *“Vom Recht des Bauherrn, den Werklohn bei Mängeln des (Bau-) Werkes zurückzubehalten”* (SJZ. 1981/19, s.304–307) (den Werklohn zurückzubehalten)

**Ginter, Petra:** *Verhältnis der Sachgewährleistung nach Art. 197 ff. OR zu den Rechtsbehelfen in Art. 97 ff. OR*, Diss. Zürich 2005

**Glasl, Daniel G.:** *“Zur Wirkung des Rücktritts – eine Replik”* (ZSR, 1991, s.265-282) (Wirkung des Rücktritts)

**Glasl, Daniel G.:** *Die Rückabwicklung im Obligationenrecht*, Diss. Zürich 1992 (Rückabwicklung)

**Glättli, Elisabeth:** *“Zum Schadenersatzanspruch bei Rücktritt – eine These zu den Gläubigerbehelfen bei Leistungsstörungen in zweiseitigen Verträgen”* (SJZ, 1997/93, s.233–243) (Schadenersatzanspruch bei Rücktritt)

**Glättli, Elisabeth:** *Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs.1 und 107 Abs.2 OR*, Diss. Zürich 1998 (Schadenersatz wegen Nichterfüllung)

**Gökyayla, Kadir Emre:** *“Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu”* (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2002/1, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s.785–805)

**Grieder, Thomas:** “Die unsorgfältige Unsorgfalt, Ein Beitrag zur Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragswidrigkeit und Verschulden” (AJP, 2002/8, s.959–967) (Unsorgfalt)

**Grieder, Thomas:** Vertragswürdigkeit und objektivierte Fahrlässigkeit, Diss. Zürich 2002 (Vertragswürdigkeit)

**Guhl, Theo / Koller, Alfred / Schnyder, Anton K. / Druey, Jean Nicolas:** Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auf. Zürich 2000

**Gümüş, Mustafa Alper:** “Kısmi İfa” (Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.603–631)

**Günay, Cevdet İlhan:** Cezaî Şart (BK. m.158–161), Ankara 2002

**Günel, Mustafa Cahit:** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.411–433)

**Gürpınar, Damla:** Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006

**Hager, Günter:** “Der Werkmängel: Begriff und Abgrenzungen” (Haftung für Werkmängel, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.33–47) (Werkmängel)

**Hager, Günter:** “Instrumente zur Vermeidung und Beilegung von Konflikten im Industrieanlagenbau” (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.275–288)

**Hänni, Peter:** “Verhindertes Bauen – Vom Gebrauch und Missbrauch des öffentlichen Baurechts” (Schweizerische Beurechtstagung 1993, Band I: Gesamtveranstaltungen, Freiburg 1993, s.41–58) (Verhindertes Bauen)

**Hartmann, Stefan:** Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Habil. Zürich 2005 (Rückabwicklung)

**Havutçu, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir 1995

**Heiermann, Wolfgang:** “Das Bauvertragsrecht der Bundesrepublik Deutschland” (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.331–340) (Bauvertragsrecht)

**Henninger, Anton:** “Bauverzögerung und ihre Folgen” (Schweizerische Beurechtstagung 2005, Freiburg 2005, s.237–267) (Bauverzögerung)

**Henninger, Anton:** “Das Europäische Baurecht” (Schweizerische Beurechtstagung 1991, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1991, s.44–63) (Europäische Baurecht)

**Higi, Peter:** *“Einseitige Vertragsänderungen – eine normale Anomalie?”* (Gauchs Welt – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s.439–448) (Einseitige Vertragsänderungen)

**Honegger, Eduard:** Über das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926

**Honsell, Heinrich:** *“Tradition und Zession – kausal oder abstrakt?”* (Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s.349–372) (Zession)

**Honsell, Heinrich:** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, 8. Aufl. Bern 2006 (OR BT)

**Huber, Felix / Schwendener, Niklaus:** Der Generalunternehmervertrag des Verbands Schweizerischer Generalunternehmer, 2. Aufl. Zürich 2005

**Huguenin, Claire:** Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2004 (OR AT)

**Hürlimann, Roland / Heer, Hans:** *“Preise, Leistungsverzeichnis und Kalkulation”* (Schweizerische Beurechtstagung 1999, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1999, s.1–25)

**Hürlimann, Roland:** *“Der Experte – Schlüsselfigur des Bauprozesses”* (In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, s.129–153) (Der Experte)

**Hürlimann, Roland:** *“Koordination komplexer Bauverträge – was die Praxis lehrt”* (Schweizerische Beurechtstagung 2005, Freiburg 2005, s.205–219) (Koordination)

**İnal, Tamer:** Borca Aykırılık ve Sonuçları, İstanbul 2004

**İnceoğlu, M. Murat:** *“İfanın Hukuki Niteliği ve Borçlunun Edime Uygun Eyleminin İfa Teşkil Edip Etmeyeceği Sorunu”* (AÜHFHD, 2005/4, 80. Yıl Armağanı, s.149–182)

**Jakobs, H. H.:** *“Die Abnahme beim Werkvertrag”* (AcP. 1983, s.145–188)

**Jauch-Stolz, Monika:** *“Kosten-Garantie für Planer”* (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.191–210) (Kosten-Garantie)

**Jermann, Philipp:** Die Ausübung der Gläubigerrechte im Falle eines gültigen Leistungsverzichts nach Art. 107 Abs. 2 OR: Zeitpunkt und Wiederrufbarkeit, Diss. Bamberg 2003

**Kaneti, Selim:** Akdin İfa Edilmediği Def'i, İstanbul 1962 (Def'i)

**Kaneti, Selim:** Hukukî İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul 1972 (Tahvil)

**Kapellmann, Susanne:** “Der Schaden des Auftraggebers bei Verzug des Auftragnehmers mit Fertigstellung des Mietobjekts” (BauR. 1997/1, s.48–54)

**Kaplan, İbrahim:** “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları” (BATİDER, 1985/I, s.5–11) (İşin Başkasına Yaptırılması)

**Kaplan, İbrahim:** “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları” (İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, 18 – 29 Mart 1996, BATİDER Yayını, Ankara 1996, s.107–171) (Ücret)

**Kaplan, İbrahim:** “İnşaatın Teslim Süresinde Gecikmeler ve Müteahhide Süre Uzatımı Verilmesini Gerektiren Durumlar” (Av. Dr. Feruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.377–393) (Süre Uzatımı)

**Karahasan, Mustafa Reşit:** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.2, İstanbul 2002

**Kartal, Bilal:** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993

**Kayıhan, Şaban:** Türk Hukukunda Acentelik Sözleşmesi, B.2, Ankara 2003

**Keller, Max / Schöbi, Christian:** Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3.Aufl. Basel 1988

**Kılıçoğlu, Ahmet:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, Ankara 2004 (Genel Hükümler)

**Klauser, Peter:** Die werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichtserfüllungsfolgen, Diss. Zürich 1973

**Knellwolf, Markus:** “Zur Wirkung des Rücktrittes” (ZSR, 1990/109, s.389–413)

**Kocaağa, Köksal:** “İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart mı Yoksa Götürü Tazminat mıdır?” (TBBD, 2008/74, s.149–157) (Götürü Tazminat)

**Kocaağa, Köksal:** “Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin BK. m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar” (DEÜHFD. 2004/I, s.177–201) (BK. m.358/II)

**Kocaağa, Köksal:** Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart (BK. m.158–161), Ankara 2003 (Cezaî Şart)

**Kocayusufoğlu, Necip / Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona / Arpacı, Abdülkadir:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.3, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 1994

**Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Türk Medenî Hukukunda Gayrimenkul Satış Vaadi, İstanbul 1959

**Koç, Nevzat / Aydoğdu, Murat:** Borçlar Özel Hukuku Pratik Çalışmaları ve Sınav Soruları, B.2, İzmir 2007

**Koç, Nevzat:** İsviçre – Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992

**Koller, Alfred:** “*Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen*” (AJP, 1999/12, s.1518–1521) (Vorbehaltserfordernis)

**Koller, Alfred:** “*Die Verbindung von teleologischer Reduktion und Analogie, dargestellt am Beispiel von Art. 102 Abs. 1 und 2 OR*” (Privatrecht und Methode, Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel 2004, s.517–530) (Verbindung)

**Koller, Alfred:** “*Die Verzichtfolgen i.S.v. Art. 107 Abs. 2 OR und deren Abänderung durch Vertrag*” (Haftung aus Vertrag, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.1–25) (Verzichtfolgen)

**Koller, Alfred:** “*Gläubigerrechte im Falle eines Leistungsverzichts nach Art.107 Abs.2 OR – Bemerkungen zu BGE 123 III 16 ff.*” (ZSR, 1997/116, s.495–507) (Gläubigerrechte)

**Koller, Alfred:** “*Grundzüge der Haftung für positive Vertragsverletzungen*” (AJP, 1992/12, s.483–500) (positive Vertragsverletzungen)

**Koller, Alfred:** “*Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe)*” (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.1–67) (Konventionalstrafe)

**Koller, Alfred:** “*Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme*” (Haftung für Werkmängel, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.1–31) (Ersatzvornahme)

**Koller, Alfred:** “*Mängelrechte und die Frage ihrer Abtretbarkeit*” (SIA – Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2000, s.1–46) (Abtretbarkeit)

**Koller, Alfred:** “*Solidarische Haftung von Architekt und Ingenieur mit anderen Baubeteiligten – Ausgewählte Fragen anhand ausgewählter Entschiede*” (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.1–12) (Solidarische Haftung)

**Koller, Alfred:** “*Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werks, Das Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag*” (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.1–178) (Nachbesserungsrecht im Bauwerkvertrag)



**Koller, Alfred:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI – Das Obligationenrecht, 2. Abteilung – Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Der Werkvertrag Art. 363 – 366, Bern 1998 (BernKomm Art. 363 – 366)

**Koller, Alfred:** Nachbesserungs Recht im Werkvertrag, 2. Auflage, Zürich 1995

**Koller, Alfred:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Grundriss des allgemeinen Schuldrechts ohne Deliktsrecht, Erfüllung und Nichterfüllung der Obligationen, Bern 2006 (OR AT)

**Koller, Jo:** Der “Untergang des Werkes” nach Art. 376 OR, Diss. Winterthur 1983 (Koller Jo)

**Koller, Stefan:** Vom gewandelten Werkvertrag: Rechtsstellung der Parteien nach rechtswirksamer Auflösung, Diss. St. Gallen 2002 (Koller Stefan)

**Kolly, Gilbert:** “Die Forderungen des Bestellers aus Wandelung und auf Nachbesserung bei Konkurs des Unternehmers” (In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, s.79–88)

Kommentar zur SIA-Norm 118 Art. 38 – 156 (Ausgabe 1977/1991), Hrsg. Gauch, Peter, Zürich 1992 [Atıf şekli: Yazar adı (SIA-Norm 118 Art. 38 – 156)]

**Kuntalp, Erden:** Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971

**Kurşat, Zekeriya:** “İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi Üzerindeki Etkisi” (Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s.751–777)

**Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.6, C.I, İstanbul 2001 (C.I)

**Kuru, Baki:** Hukuk Muhakemeleri Usulü, B.6, C.VI, İstanbul 2001 (C.VI)

**Kutlu Gürsel, Meltem:** “Belediyenin veya Belediye Şirketinin Kat Karşılığı İnşaat İhalesinin ve Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Rejim Konusunda Bir Değerlendirme” (İzBD. 2008/1, s.135–157)

**Lemp, Paul:** Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939

**Lenzlinger-Gadient, Annette:** Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag, Diss. Zürich 1994

**Lüchinger, Niklaus:** Schadenersatz im Vertragsrecht, Diss. Freiburg 1999

**Mabillard, Ramon:** “Rechtsnatur, anwendbare Gesetzbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe” (AJP, 2005/5, s.547–559)

**Malinvaud, Philippe:** “İnşa Edilecek Taşınmaz Satımı Sözleşmesinde Alıcının Korunması” (Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, Çev. Helvacı, Serap, s.185–199)

**Meub, Michael M.:** “*Borçlar Hukuku Reformu: Yeni İstisna Sözleşmesi Hukuku*” (BATİDER, 2002/4, s.29-41, Çev. Demir, Mehmet)

**Molitor, Erich:** Die Kündigung, 2.Aufl. Mannheim 1951

**Müller-Chen, Markus:** Folgen der Vertragsverletzung, Habil. Zürich 1999

**Müller-Stoy, Walter:** Schadenersatz für verlorene Chancen, Diss. Freiburg 1973 (Verlorene Chancen)

**Neuenschwander, Markus:** Die Schlechterfüllung, Diss. Bern 1971

**Nicklisch, Fritz:** “*Ansprüche des Subunternehmers bei Projektänderungen und –störungen aus juristischer Sicht*” (Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandgeschäft, Heidelberger Kollequium Technoloji und Recht, Hrsg. Nicklisch, Fritz, Heidelberg 1986, s.109–122) (Projektänderungen)

**Nicklisch, Fritz:** “*Die Rolle des Subunternehmers im Rahmen des Gesamtprojekts aus juristischer Sicht*” (Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandgeschäft, Heidelberger Kollequium Technoloji und Recht, Hrsg. Nicklisch, Heidelberg 1986, Fritz, s.29–43) (Die Rolle des Subunternehmers)

**Nicklisch, Fritz:** “*Empfiehl sich eine Neukonzeption des Werkvertragsrecht? – unter besonderer Berücksichtigung komplexer Langzeitverträge –*” (JZ. 1984/17, s.757–771) (JZ. 1984/17)

**Nicklisch, Fritz:** “*Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrianlagenvertrag*” (BB. 1979/11, s.533–543) (BB. 1979/11)

**Niklaus, Jürg:** Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR., Diss. Bern 1999 (Ersatzvornahme)

**Niquille-Eberle, Martha:** “*Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten*” (Neue und alte Fragen der zum Privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2004, s.63–116)

**Nomer, Haluk N.:** Beklenen Haklar Üzerindeki Tasarrufların Hukukî Sonuçları, İstanbul 2002

**Oğuzman, Kemal / Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.4, İstanbul 2005

**Oğuzman, Kemal:** “*Dürüstlük Kuralına (MK. m.2) Başvurma Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi*” (Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.407–415)

**Olgaç, Senai:** İstisna Akdi, İstanbul 1966

**Ozanoğlu, Hasan Seçkin:** “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Mütcaahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları” (GÜHFD. 1999/1–2, s.60-

**Önen, Turgut:** Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Hahiyetteki Hükümler, Ankara 1975

**Öz, Turgut:** “Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Olan Aynî Haklara Etkisi ve Klâsik Dönme Kuramı ile Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi” (MHAD. 1979–80–81/16, s.131–172) (Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme)

**Öz, Turgut:** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2006 (İnşaat)

**Öz, Turgut:** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989 (Dönme)

**Özbudak, Coşkun:** “Tüketici Mahkemelerinin Görevine İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Bir İnceleme” (Terazi, 2007/15, s.65–71)

**Öztürk, Gülay:** “Satış Vaadi Sözleşmesinden Doğan Borç İlişkisi (I)” (YD. 1997/4, s.520–538)

**Özyörük, Sezer:** İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 1988

**Pedrazzini, Mario M.:** Schweizerisches Privatrecht, Siebenter Band, Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Linenzvertrag, Basel 1977

**Pekcanitez, Hakan / Atalay, Oğuz / Özekes, Muhammet:** Medenî Usül Hukuku, B.4, Ankara 2005

**Perini, Flavio A. E.:** Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung, Diss. Zürich 1994

**Peters, Frank:** “Schadenersatz wegen Nichterfüllung und Verzug beim gegenseitigen Vertrag” (NJW, 1979/14, s.688–692)

**Piotet, Paul:** “Akdin Feshinden Sonra Edimlerin İadesi” (Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.917–924)

**Polydor – Werner, Susanne:** Rückabwicklung und Aufrechterhaltung fehlerhafter Dauerschuldverträge, Diss. Zürich 1988

**Rampini, Corrado:** Die nachträgliche Leistungerschwerung, Diss. Bern 2003

**Reisoğlu, Sefa:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18.B. İstanbul 2006

**Riemer, Hans Michael:** “Konventionalstrafen in Gestalt von Verfall- oder Vervirkungsklauseln” (Hundert Jahre Schweizerisches Obligationenrecht, Jubiläumschrift, Freiburg 1982, s.443–452) (Konventionalstrafen)

**Rimle, Alois:** Der erfüllte Schuldvertrag, Diss. Freiburg 1995

**Rumo-Jungo, Alexandra:** “Entwicklungen zu Art. 8 ZGB” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.40–60)

**Schenker, Franz:** “Der Architekt (Ingenieur) als Hilfsperson des Bauherrn im Verhältnis zum Unternehmer” (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.13–31) (Hilfsperson)

**Schenker, Franz:** “Die rechtzeitige und die verspätete Erfüllung von Verbindlichkeiten” (recht, 1989/2, s.47–53) (verspätete Erfüllung)

**Schenker, Franz:** “Gedanken zur relativen Minderungsmethode” (In Sachen Baurecht, zum 50. Geburtstag von Peter Gauch, Freiburg 1989, s.89–99) (relativen Minderungsmethode)

**Schenker, Franz:** “Schadensberechnung im Verzugsrecht” (Haftung aus Vertrag, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.27–41) (Schadensberechnung)

**Schenker, Franz:** Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Freiburg 1988 (Schuldnerverzug)

**Scherrer, Erwin:** “Wer bezahlt Bestellungenänderungen des Architekten? Die Tragweite von Art. 33 SIA-Norm 118” (SIA – Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2000, s.75–90) (Bestellungsänderungen)

**Scherrer, Erwin:** Nebenunternehmer beim Bauen, Diss. Freiburg 1994 (Nebenunternehmer)

**Schmid, Jörg:** “Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht” (Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag, Bern 2005, s.605–632) (Ersatzvornahme)

**Schmid, Jörg:** “Die Folgen der Nichterfüllung” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.301–322) (Nichterfüllung)

**Schmid, Jörg:** “Die Geschäftsführung ohne Auftrag” (Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Symposium zum Schweizerischen Privatrecht, Zürich 2001, s.421–434) (Geschäftsführung)

**Schraner, Marius:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V – Das Obligationenrecht, Teilband V 1e – Die Erfüllung der Obligationen Art. 68 – 96 OR. Zürich 2000

**Schubiger, Alfred:** Verhältnis der Sachgewährleistung zu den Folgen der Nichterfüllung oder nicht gehörigen Erfüllung, OR. 197 ff – OR. 97 ff., Diss. Bern 1957

**Schulin, Hermann:** “*Das Baukonsortium*” (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.175–197) (Baukonsortium)

**Schulin, Hermann:** “*Schuldnerrechte bei vertragswidrigem Verhalten des Gläubigers, insbesondere bei Dienstleistungsoptionen*” (Haftung aus Vertrag, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.75–98) (Schuldnerrechte)

**Schumacher, Rainer:** “*Der Unternehmer und seine Rechnungen – Rechnunstellung, Bezahlung und Nachforderung*” (Schweizerische Beurechtstagung 1997, Band II: Wahlveranstaltungen, Freiburg 1997, s.2–29) (Rechnungen)

**Schumacher, Rainer:** Die Vergütung im Bauwerkvertrag, Freiburg 1998 (Vergütung)

**Schweizerisches Obligationenrecht, Handkommentar,** Herausgeber: Kostkiewicz, Jolanta Kren / Bertschinger, Urs / Schwander, Ivo, Zürich 2002 [Atıf şekli: Yazar adı (Kostkiewicz/Bertschinger/Schwander)]

**Schwenzer, Ingeborg:** “*Beschränkung und Modifikation der vertraglichen Haftung*” (Haftung aus Vertrag, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.99–126) (Beschränkung und Modifikation)

**Schwenzer, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2006 (OR AT)

**Seibert, Ulrich:** Erfüllung durch finale Leistungsbewirkung, Diss. Hamburg 1982

**Seliçi, Özer:** “*Kesin Vadeli İşlemler*” (MHAD. 1968/3, s.92–107) (Kesin Vade)

**Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976 (Sürekli Borç İlişkileri)

**Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978 (Müteahhidin Sorumluluğu)

**Selimoğlu, Y. Engin:** “*Eser Sözleşmesi ve Karamlar*” (Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s.685–693)

**Serozan, Rona:** “*Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü*” (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara 2004, s.195–207) (Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi)

**Serozan, Rona:** “*Taşınır Eşya Mülkiyetinin Devrinde: Aynı Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu*” (Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.397–412) (Tasarruf Sözleşmesi)

**Serozan, Rona:** “*Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku*” (IÜHFM, 2000/1–2, s.231–248) (Alman İfa Engelleri Hukuku)

- Serozan, Rona:** Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975 (Dönme)
- Simmen, Robert:** Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Diss. Bern 1981
- Sinniger, Richard:** “Der Starkniederschlag und seine Auswirkung auf Bauplanung und Ausführung” (BR. 1993/3, s.83–86)
- Spyrig, Eugen:** “Zur Kausalität der Abtretung” (SJZ. 2000/96, s.7–9)
- Stotz, Felix:** Die Leistungspflicht und Mängelhaftung des Unternehmers im Werkvertrag, Diss. Bern 1989
- Stöckli, Hubert:** “Private Baunormung – ein Strefzug” (Schweizerische Beurechtstagung 2005, Freiburg 2005, s.1–31) (Private Baunormung)
- Stöckli, Hubert:** “Schaden und Schadenersatz beim Bauen” (Schweizerische Beurechtstagung 2003, Freiburg 2003, s.7–38) (Schaden)
- Sungurbey, İsmet:** “Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Müteahhidin Ölümüyle Sona Ermesi” (Medenî Hukuk Sorunları, C.IV, İstanbul 1980, s.457–496 ve eki s.627–640) (MHS, C.IV)
- Sungurbey, İsmet:** “Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt)” (YHD. 1982/II, s.173–194) (YHD. 1982/II)
- Sungurbey, İsmet:** “Taşınmaz Satış Vaadi Alacaklısının Üçüncü Kişiye Danışıklı Danışıklı (Mavuzaalı) Geçirimi İspatlayarak Taşınmazın Mülkiyetinin Kendisine Verilmesini İsteyebilmesi” (Medenî Hukuk Eleştirileri, C.III, İstanbul 1971, s.120–123) (MHE, C.III)
- Sungurbey, İsmet:** “Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II / III’ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Son Yazısı Üstüne Notlar” (YHD. 1982/VI, s.749–764) (YHD. 1982/VI)
- Sungurbey, İsmet:** “Yapıt Sözleşmesinde Bozukluklara İlişkin BK. 360, II / III’ün Örneksime Yoluyla Borçlu Direnmesine de Uygulanması Görüşüne Karşı Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Son Kararı Üstüne Notlar” (YHD. 1983/I, s.13–33) (YHD. 1983/I)
- Sungurbey, İsmet:** “Yapıt Sözleşmesinin Bir Türü Olan İnşaat Sözleşmelerinde İsmarlananın, Kusuruyla İş Zamanında Bitiremeyerek Direnmeye Düşmesi Yüzünden Sözleşmenin İsmarlayanca Bozulması Durumunda, Uyuşmazlığın Kural Olarak BY.

106/108 Çerçevesinde Çözümlemesi Gerekeceği, Ancak Olayın Niteliği ve Özelliğinin Haklı Gösterdiği Durumlarda MY. 2'deki İlke Gözetilerek Sözleşmenin Bozulmasının İleriye Etkili Sonuç Doğuracağı Yolundaki 25.01.1984 gün, 3/1 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu Kararı Üstüne Birkaç Not" (YHD. 1984/VI, s.781–795) (YHD. 1984/VI)

**Sungurbey, İsmet:** Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi, İstanbul 1963 (Kişisel Haklar)

**Suter, Esther:** Rechtsnatur und Rechtsfolgen des Vertragsrücktritts im Zusammenhang mit dem Schuldnerverzug, Diss. Zürich 1991

**Şener, Oruç Hami:** Faktoring'de Borçlunun Hukuki Durumu ve Özellikle Temlikin Sözleşmeyle Yasaklanması, Ankara 2005

**Şenocak, Zarife:** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002

**Tandoğan, Haluk:** "Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler" (BATİDER, 1981/1, s.1–49) (BATİDER, 1981/1)

**Tandoğan, Haluk:** "Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu (Zorunlu Yanıt)" (YHD. 1982/IV, s.493–499) (YHD. 1982/IV)

**Tandoğan, Haluk:** "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkalarına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)" (BATİDER, 1986/3–4, s.57–89) (Yardımcı Kişi)

**Tandoğan, Haluk:** "İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Dogan Hakların Zamanaşımı" (BATİDER, 1982/3, s.1–11) (BATİDER, 1982/3)

**Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.I/1, B.6, Ankara 1988 (ÖBİ C.I/1)

**Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, B.2, Ankara 1982 (ÖBİ C.II)

**Tandoğan, Haluk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara 1961 (Mesuliyet)

**Tausky, Robert:** "Die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde" (Bau- und Bauprozessrecht: Ausgewählte Fragen, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1996, s.177–224)

**Tausky, Robert:** "Wesen und Rechtsnatur von Architekten- und Ingenieurverträgen" (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.5–21) (Architekten- und Ingenieurverträgen)

**Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993

**Trachsel, Heribert:** “Nachtragsforderungen” (7. St. Galler Baurechtstagung 2006, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2006, s.105–144) (Nachtragsforderungen)

**Trachsel, Heribert:** “Sowieso-Kosten” (Neue und alte Fragen der zum Privaten Baurecht, St. Galler Baurechtstagung 2004, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2004, s.117–153) (Sowieso-Kosten)

**Trachsel, Heribert:** Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln – Die Alleinverantwortlichkeit (Art.369 OR) und geteilte Gewährleistung, Diss. Bern 2000 (Verantwortlichkeit des Bestellers)

**Trümpy, Daniel:** “Die Abnahme des Bauwerkes nach der SIA-Norm 118” (SIA – Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2000, s.47–73) (SIA-Norm)

**Trümpy, Daniel:** “Die Abnahme und Genehmigung von Bauwerken” (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.103–117). Bu makale için ayrıca bak. (Schwerpunkte im Bauvertragsrecht, Herausgeber: Martin Lendi, Daniel Trümpy, Zürich 1989, s.29–45) (Abnahme und Genehmigung)

**Trümpy-Jäger, Eveline:** “Vorzeitige Beendigung von Bauwerkverträgen” (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.137–152) Bu makale için ayrıca bak. (Schwerpunkte im Bauvertragsrecht, Herausgeber: Martin Lendi, Daniel Trümpy, Zürich 1989, s.47–67)

**Tschütscher, Klaus:** “Verjährung der Mängelrechte im Bauwerkvertragsrecht” (Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1994, s.225–273) (Verjährung im Bauwerkvertragsrecht)

**Tschütscher, Klaus:** Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Diss. Bern 1996 (Verjährung der Mängelrechte)

**Tunçomağ, Kemal:** Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963 (Cezaî Şart)

**Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, C.I, Genel Hükümler, B.6, İstanbul 1976 (Genel Hükümler)

**Tunçomağ, Kenan:** Türk Borçlar Hukuku, C.II, Özel Borç İlişkileri, B.3, İstanbul 1977 (ÖBİ)

**Tutumlu, Mehmet Akif:** “Taşınmaz (Konut) Davalarının Tüketici Mahkemesinde Görülmesinin Koşulları” (Terazi, 2006/1, s.41–48) (Tüketici Mahkemesi)

**Tutumlu, Mehmet Akif:** Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, B.2, Ankara 2001 (Zamanaşımı)



**Uçar, Ayhan:** “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları” (AÜEHFD, 2001/1–4, s.513–555) (Teslim)

**Uçar, Ayhan:** İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003 (Ayıba Karşı Tekeffül)

**Ulrich, Simon:** “Rechtsfragen bei vorzeitiger Auflösung eines Architektur- oder Ingenieurvertrages” (Recht der Architekten und Ingenieure, St. Galler Baurechtstagung 2002, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2002, s.33–73)

**Üçer, Mehmet:** Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007

**Üstündağ, Saim:** Tapu Kütüğünün Tashihi Davası, İstanbul 1959

**Vanoli, Italo:** Die ausserordentlichen Umstände im Bauvertragsverhältnis, Diss. Bern 1945

**von Büren, Bruno:** Schweizerisches Obligationenrecht – Allgemeiner Teil, Zürich 1964 (OR AT)

**von Büren, Bruno:** Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, Zürich 1972 (OR BT)

**von der Crone, Hans Caspar:** “Zession: kausal oder abstrakt?” (SJZ. 1997/93, s.249–260)

**von Tuhr, Andreas / Escher, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B.II, 3.Aufl. Zürich 1974

**von Tuhr, Andreas / Peter, Hans:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B.I, 3.Aufl. Zürich 1979

**Vygen, Klaus / Schubert, Eberhard / Lang, Andreas:** Bauverzögerung und Leistungsänderung, 4. Auflage, Düsseldorf 2002

**Walter, Hans Peter:** “Abgrenzung von Verschulden und Vertragsverletzung bei Dienstleistungsobligationen” (Haftung aus Vertrag, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.43–73) (Verschulden und Vertragsverletzung)

**Walter, Max:** “Mehrkosten infolge Verzögerungen in der Bauabwicklung” (SIA – Norm 118, St. Galler Baurechtstagung 2000, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2000, s.119–156) (Mehrkosten)

**Weber, Rolf H.:** “Vertragsaufhebung bei Leistungsstörungen – Rechtsnatur und Rechtsfolgen, zur neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 109 II 30 und 114 II 157” (ZBJV, 1991, s.634–647) (Vertragsaufhebung)

**Weber, Rolf, H.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI – Das Obligationenrecht, 1. Abteilung – Allgemeine Bestimmungen, 4. Teilband – Die Erfüllung der Obligation Art. 68 – 96, 2. Auf. Bern 2005 (BernKomm Art. 68 – 96)

**Weber, Rolf, H.:** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band VI – Das Obligationenrecht, 1. Abteilung – Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband – Die Folgen der Nichterfüllung Art. 97 – 109, Bern 2000 (BernKomm Art. 97 – 109)

**Wehrli, Thomas:** Die vertragliche Abtretung von Forderungen, Diss. Bern 1993

**Welser, Irene:** *“Die Allein- und Mitverantwortlichkeit des Bauherrn für Baumängel”* (Haftung für Werkmängel, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 1998, s.49–75) (Verantwortlichkeit des Bauherrn)

**Welser, Irene:** *“Mängel von Baustoff und Baugrund”* (7. St. Galler Baurechtstagung 2006, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2006, s.1–27) (Baustoff und Baugrund)

**Welser, Rudolf:** *“Die Schlechterfüllung der Nachbesserungsschuld”* (7. St. Galler Baurechtstagung 2006, Herausgegeben: Alfred Koller, St. Gallen 2006, s.81–103) (Nachbesserungsschuld)

**Wendler, Wolf-Dieter:** *“Haftung und Haftungsbegrenzung im internationalen Anlagengeschäft und ihre Auswirkungen auf Subunternehmer”* (Der Subunternehmer bei Bau- und Anlagenverträgen im In- und Auslandgeschäft, Heidelberger Kollequium Technoloji und Recht, Hrsg. Nicklisch, Fritz, Heidelberg 1986, s.47–75) (Wendler Haftung)

**Widmer, Christian:** *“Die massgeblichen Leistungen im General – unternehmer – Vertrag”* (Das private Baurecht der Schweiz, Herausgeber: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s.119–136)

**Wiegand, Wolfgang:** *“Die Leistungsstörungen – Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung”* (recht, 1983/4, s.118–131) (recht, 1983/4)

**Wiegand, Wolfgang:** *“Die Leistungsstörungen – Teil 2: Verzug und Schlechterfüllung”* (recht, 1984/1, s.13–22) (recht, 1984/1)

**Wiegand, Wolfgang:** *“Zur Rückabwicklung gescheiterter Verträge”* (Gauchs Welt – Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s.709–722) (Rückabwicklung)

**Yalman, Süleyman:** *“Edime Uygun İfa Kuralının İstisnaları”* (Prof. Dr. Halil Cin'e Selçuk Üniversitesinde 10. Hizmet Yılı Armağanı, Konya 1995, s.495–512)

**Yavuz, Cevdet:** *“Yargıtay Kararları Işığında Alıcının Satılanın Ayıpları Sebebiyle Sözleşmeden Dönmesi ve Hükümleri”* (Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004, s.117–143) (Dönme)

**Yavuz, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.6, İstanbul 2002 (Özel Hükümler)

**Yılmaz, Ejder:** “Müteahhidin Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hakkını Üçüncü Kişiyeye Devretmesinde Uygulanması Gereken Şekil” (TNBD. 1995/88, s.8) (Şekil)

**Yılmaz, Halil:** Borçların İfasında İhtirazî Kayıt İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara 2002

**Zeltner, Urs:** Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, Diss. Freiburg 1993

**Zevkliler, Aydın / Aydoğdu, Murat:** Tüketicinin Korunması Hukuku, B.3, Ankara 2004

**Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe / Albaş, Hakan / Acabey, Mehmet Beşir / Serdar, İlknur / Gürpınar, Damla:** Medenî Hukuk Pratik Çalışmaları, B.6, Ankara 2006 (Zevkliler Pratik)

**Zevkliler, Aydın / Havutçu, Ayşe:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.9, İstanbul 2007