

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

DOKTORA TEZİ

**ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN
BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ**

AZMİ ARDIÇ

2502080243

TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. HALİL AKKANAT

İSTANBUL, 2016



T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



DOKTORA
TEZ ONAYI

ÖĞRENCİNİN;

Adı ve Soyadı : AZMİ ARDIÇ Numarası : 2502080243
Anabilim Dalı / Anasanat Dalı / Programı : ÖZEL HUKUK Danışmanı : PROF.DR.HALİL AKKANAT
Tez Savunma Tarihi : 02.12.2016 Saati : 10:00
Tez Başlığı : ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN BİRLİKTE HAKEKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TEZ SAVUNMA SINAVI, İÜ Lisansüstü Eğitim-Öğretim Yönetmeliği'nin 50. Maddesi uyarınca yapılmış, sorulan sorulara alınan cevaplar sonunda adayın tezinin KABULÜNE OYBİRLİĞİ / OYÇOKLUĞUYLA karar verilmiştir.

JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.HALİL AKKANAT		Kabul
2- PROF.DR.MUZAFFER ŞEKER		Kabul
3- PROF.DR.SUAT SARI		Suat Sarı Kabul
4- PROF.DR.ZAFER ZEYTİN		Mazeretli
5- DOÇ.DR.BİLGEHAN ÇETİNER		Bilgehan Çetiner Kabul

YEDEK JÜRİ ÜYESİ	İMZA	KANAATİ (KABUL / RED / DÜZELTME)
1- PROF.DR.M. TUFAN ÖĞÜZ		
2- PROF.DR.FARUK ACAR		Kabul

ÖZ

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

AZMİ ARDIÇ

Bu doktora tezinde, eser sözleşmesinden doğan eserin meydana getirilmesi borcunun ifasında ‘iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü’nün incelenmesi amaçlanmıştır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ‘hukuki niteliği ve sözleşmeden doğan eserin meydana getirilmesi borcunun ifasına etkisi’ incelenmiştir. Ayrıca önemli birlikte hareket etme yükümlülükleri, kavramsal olarak tanımlanmış, edim içeriği ve hukuki niteliği ortaya koyulmaya çalışılmıştır. Nihayet, iş sahibi tarafından ‘birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali’ değerlendirilmiştir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç, gereği gibi veya zamanında ifa etmediği takdirde uygulama alanı bulan hükümler ve olası hukuki sonuçlar açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar Sözcükler: Eser sözleşmesi, İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü, İş Sahibinin İşbirliği Borcu, Eser Sözleşmesinin İfasında İş Sahibinin Sorumluluğu

ABSTRACT

THE RESBONSIBILITY TO ACTING TOGETHER OF THE OWNER IN THEFULFILLMENT OF THE CONSTRUCTION CONTRACT

AZMİ ARDIÇ

The purpose of this dissertation is, to analyse the responsibility of acting together of the owner in the fulfillment of the construction contract. In this study, impact of the responsibility to act together of the business owner, on the legal characteristic and the impact of the execution of the agreement will be investigated. Additionally, serious cases of the responsibility for acting together, will be defined conceptually, the content of act and legal character will be expressed in this dissertation. Ultimately, the violation of the owner's responsibility to act together will be evaluated. The clauses for the cases, of non fulfillment, non fairly fulfillment or non promptly fulfillment of the owner's responsibility, will be clarified in terms of probable legal conclusions.

Keywords: Construction Contract, The Responsibility To Act Together Of Owner, Cooperation Of Owner, Responsibility Of The Owner During The Fullfillment Of The Construction Contract.

ÖNSÖZ

‘‘Eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü’’ isimli doktora çalışmamızda, yüklenici tarafından eser meydana getirilmesinde, borcun ifasına iş sahibinin fiili ve hukuki etkisi incelenmiştir. Bu bağlamda öncelikle iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramsal açıdan tanımlanmış ve hukuki niteliği tartışılmıştır. Meydana getirilmesi uzun zaman alan, kapsamlı ve çok bileşenli eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulan önemli nitelikte birlikte hareket etme yükümlülüklerinin edim içeriği ve hukuki nitelikleri açıklanmaya çalışılmıştır. Nihayet iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal ettiği, diğer deyişle yükümlülüğünü hiç, zamanında veya gereği gibi ifa etmediği durumlarda ortaya çıkan hukuki sonuçlar ve iş sahibinin sorumluluğu tartışılmıştır.

Konunun doktora tezi olarak belirlenmesi ve tezin hazırlanması sürecinde çok büyük paya sahip olan, değerli görüş ve teşvikleriyle bana sürekli destek olan, Türk Alman Üniversitesi Rektörü ve İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Halil Akkanat’a içtenlikle minnet ve şükranlarımı sunarım. Ayrıca fikir teatisinde bulunduğum İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin akademik mensuplarına teşekkür ederim.

Bu çalışmanın bir kısmı, Tübitak’ın sağlamış olduğu destek ile Mannheim Üniversitesi İktisat ve Hukuk Fakültesi’nde gerçekleştirilmiştir. Buradaki çalışmam esnasında kürsü olanaklarını nazik bir üslupta ve cömertçe kullanımına sunan Uluslararası Özel Hukuk ve Mukayaseli Hukuk kürsüsünün başkanı Sayın Prof. Dr. Jochen Taupitz’e ve kürsü çalışanları değerli meslektaşlarıma içtenlikle teşekkür ederim. Ayrıca yurtdışında yapmış olduğum çalışmalar için Tübitak’a da sağlamış olduğu destek için teşekkür ederim.

Tez sürecinde bana destek olan sevgili aileme ve dostlarıma çok teşekkür ederim. Av. Dr. iur. Vedat Ali Aydın’a, Av. Ülkü Ece Mansurgüler’e, Doç. Dr. Bilgehan Çetiner’e, Dr. Elif Cenkeri’ye ve Ömer Kargin’e ayrıca teşekkür ederim.

İstanbul, 2016

Azmi ARDIÇ

İÇİNDEKİLER

ÖZ.....	iii
ABSTRACT	iv
ÖNSÖZ.....	v
KISALTMALAR LİSTESİ	xvi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI, NİTELİĞİ VE KAVRAMSAL SINIFLANDIRILMASI İLE ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ BORCU ARASINDAKİ İLİŞKİSİ

I. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	11
II. YÜKLENİCİNİN ESERİ MEYDANA GETİRME BORCU	12
III. ESER SÖZLEŞMESİNİN DİĞER İŞGÖRME SÖZLEŞMELERİNDEN AYRILMASI	14
IV. ANİ EDİMLİ BORÇ-SÜREKLİ EDİMLİ BORÇ İLİŞKİSİ NİTELEMESİ BAKIMINDAN ESER SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ	16
A. Ani Edimli Borç İlişkisi Görüşü.....	16
B. Sürekli Edimli Borç İlişkisi Görüşü	17
C. Karma Görüş.....	19
D. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	20
V. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ İLE ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ BORCU ARASINDAKİ İLİŞKİ	22
VI. EDİM KAVRAMI, TANIMI VE TASNİFİ.....	26
A. Genel Olarak.....	26
B. Birincil Edim Yükümü-İkincil (Tali) Edim Yükümü.....	27
C. Asli Edim Yükümü-Yan Edim Yükümü	27
D. Diğer Davranış Yükümleri	29
VII. KÜLFET İLE BORÇ AYRIMI VE TESPİT EDİLMESİ	32
VIII. YAPMA, VERME VE YAPMAMA NİTELİĞİ AÇISINDAN EDİMLERİN TANIMLANMASI VE TASNİFİ	35
A. Genel Olarak.....	35

B. Verme Borcu.....	35
C. Yapma Borcu	36
D. Yapmama Borcu	38
IX. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	38
A. Birlikte Hareket Etmenin Yüküm Olarak Nitelendirilmesi.....	40
1. Asli Edim Yükümü-Yan Edim Yükümü	42
2. Diğer Davranış Yükümü (weitere Verhaltenspflichten)	45
3. Koruma Yükümü.....	47
B. Birlikte Hareket Etmenin Külfet Olarak Nitelendirilmesi.....	49
C. Muhtelif Yazarların Gerekçeli Görüşleri.....	53
1. Müller Foel'un Görüşü.....	53
2. Nicklisch'in Görüşü	54
3. Zeltner'in Görüşü	55
4. Gauch'un Görüşü	56
D. Mahkeme İçtihatlarında Durum	57
1. Alman Federal Mahkemesi'nin Görüşü	57
2. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü	59
3. Yargıtay'ın Görüşü.....	59
E. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz	61
X. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAKLARI	67
A. Sözleşme Hükmüne Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü	68
B. Kanunun Açık Hükmüne Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü.....	70
C. Dürüstlük Kuralına Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü .	71

İKİNCİ BÖLÜM

ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ BAKIMINDAN ÖNEMLİ BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. SÖZLEŞME KONUSU ESERİN DETAYLARININ BELİRLENMESİ.....	74
A. Uygulama ve Gerekçesi.....	74
B. Detaylandırma ve Sipariş Değişikliği Arasındaki Fark.....	76

C. Edim İçeriği	78
D. Eserin Detaylandırılması	79
E. Hukuki Nitelik	80
II. ESERE İLİŞKİN PROJE, ŞARTNAME VE UYGULAMA TALİMATLARININ VERİLMESİ.....	83
A. Edim İçeriği	83
B. İş Sahibinin Görevlendirdiği Mimar veya Müşavirlerin TBK m. 116 anlamında Yardımcı Kişi Olarak Değerlendirilmesi.....	85
C. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ve Türkiye Uygulamasındaki İstisna	86
D. Hukuki Nitelik.....	86
III. ESERİN MEYDANA GETİRİLECEĞİ İŞYERİNİN (ARSANIN) TESLİMİ.....	89
A. Hukuken Teslim	91
B. Fiilen Teslim.....	93
C. Hukuki Nitelik	95
IV. ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ İÇİN GEREKLİ MALZEMELERİ TEMİN ETME	97
A. Genel Olarak.....	97
B. Edim İçeriği	98
C. Hukuki Nitelik.....	100
V. İNŞAAT İŞLERİNDE YAPI RUHSATI VE DİĞER İZİNLERİN TEMİN EDİLMESİ	103
A. Ruhsat ve İzinlerin Alınması	104
B. Vekâletname ve Muvafakatname Verilmesi	106
C. Hukuki Nitelik	108
VI. ESERİN MEYDANA GETİRİLME SÜRECİNİ TAKİP VE KONTROL ETME ..	111
A. Genel Olarak.....	111
B. Edim İçeriği	112
C. Hukuki Nitelik.....	114
VII. MUHTELİF YÜKLENİCİLER ARASINDA KOORDİNASYONUN SAĞLANMASI	115

A. Edim İçeriği	116
1. Zamansal Planlama ve Koordinasyon	118
2. Teknik Koordinasyon	118
B. Hukuki Nitelik	119
VIII. ÖN YÜKLENİCİLERİN EDİMLERİNİN GEREĞİNE UYGUN OLARAK HAZIR EDİLMESİ/TAMAMLANMIŞ OLMASI	121
A. Genel Olarak.....	121
B. Alman Hukukunda Durum	122
C. İsviçre/Türk Hukukunda Durum	124
D. Hukuki Nitelik.....	127
IX. MEYDANA GETİRİLEN ESERİN TESLİM ALINMASI.....	129
A. Genel Olarak.....	129
B. Eserin Teslimi için Gerekli Koşullar.....	130
1. Eserin Tamamlanmış Olması	130
2. Eserin İş sahibinin Zilyetliğine/Tasarrufuna Geçmesi	132
C. Eseri Teslimin Hukuki Sonuçları	134
1. Hasarın Geçmesi	134
2. Yüklenicinin Ücrete Hak Kazanması	135
3. Gözden Geçirme ve Bildirim Süresinin İşlemeye Başlaması	136
4. Ayıp Yönünden Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması.....	136
5. Ayıp Yönünden İspat Yükünün Tersine Dönmesi	136
6. Cezai Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması	137
7. Tazminat Karşılığı Fesih Hakkının Ortadan Kalkması	137
D. Eseri Teslim Almanın Hukuki Niteliği	137
X. TESLİM ALINAN ESERİN GÖZDEN GEÇİRİLMESİ VE AYIPLARIN BİLDİRİLMESİ	140
A. Teslim Alınan Eserin Gözden Geçirilmesi.....	140
B. Ayıpların Bildirilmesi.....	143
C. Eserin Kabulü	146
D. Hukuki Nitelik.....	148
XI. YÜKLENİCİYİ OLASI ZARARLARDAN KORUMA	149

A. Genel Olarak.....	149
B. Edim İçeriği	150
C. Hukuki Nitelik.....	152
XII. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜKLERİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE ARA SONUÇ.....	154

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HIÇ YERİNE GETİRİLMESMESİ	160
A. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlali	160
1. Genel Olarak	160
2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlalinde Uygulanacak Hükümler.....	162
B. Eserin Meydana Getirilmesinde Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlali Nedeniyle İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdü	163
1. Genel Olarak Alacaklının Temerrüdü	163
2. Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdü	164
3. İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünde Alacaklı Temerrüdünün Şartları	165
a. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfa Edilmemesi	165
b. İş Sahibinin Kusurlu Olması Gerekli Değildir	166
c. Yüklenicinin İhtarı ve Süre Verilmesi.....	167
d. Sürenin Gerekli Olmadığı Durumlar	168
4. Hiç İfa Etmeme Halinde Temerrüdün Sonuçları.....	170
a. Yüklenicinin Temerrüdü İhtimalinin Ortadan Kalkması	171
b. TBK m. 106 ve m. 483/1'e Hükmüne göre Hasarın Geçmesi .	174
(1) Genel Olarak.....	174
(2) İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünü İhlali Nedeniyle Hasarın Geçmesi.....	176

(3) İstisna: İş Sahibi Açısından Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması.....	178
c. İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdünde Bulunması Halinde Yüklenicinin Hakları	180
d. Eser Sözleşmelerinde İlke Olarak Uygulanamaz Hükümler	181
(1) Borcun İfası ile Gecikme Sebebiyle Tazminat	181
(2) Edimin İfasından Vazgeçilerek Müspet Zarar Talebi.....	182
e. Eser Sözleşmelerinde Uygulanabilir Hükümler: Sözleşmeden Dönme/Sözleşmenin Feshi	184
(1) Yüklenicinin Sözleşmeden Dönme Hakkı- (TBK m. 125/II, Alt. 3 Hükümü)	184
i. Hukuki Niteliği ve Uygulanabilirliği	184
ii. Hukuki Sonuçları ve Tasfiye İlişkisi.....	185
(2) Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetme Hakkı- (TBK m.126 Alt. 2 Hükümü).....	189
i. TBK m. 126 Hükümü öncesi ve Yargıtay Uygulaması	189
ii. TBK m. 126 Hükümünün Hukuki Niteliği ve Uygulanabilirliği.....	191
iii. Hukuki Sonuçları ve Tasfiye İlişkisi.....	196
(3) Yüklenicinin Sözleşmeden Dönmemesi/Sözleşmeyi Feshetmemesi Nedeniyle Tazminatta İndirime Gidilmesi - TBK m. 52-	198
(4) Yüklenicinin Tazminat Talebi ve Hukuki Dayanaklar.....	199
i. Genel Olarak	199
ii. Tazminat Talebinin Kabul Edilmesinin Gerekçesi	201
iii. Tazminat Talebinin Koşulları	203
iv. Menfi Zarar Talebi	206
v. Müspet Zarar Talebi	207
C. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlalinde İfa Davası	210
1. Genel Olarak	210
2. Dava Hakkı Talebinin Gerekçesi	212

3. Dava Hakkının Tanınmasında –Özellikle Uygulamadan- Doğan Güçlükler	213
4. İş ve İşlemin Hukuki Niteliğine Göre Yapılan Değerlendirmeler	214
5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	215
D. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde İfa Davası.....	218
1. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Synallgma ve Yüklenicinin Kanuni Modelden Ayrılan Özel Nitelikteki Edim Menfaati.....	218
2. Aynen İfa Talebi.....	222
a. Genel Olarak.....	222
b. Verme Borçlarında	223
c. Yapma Borçlarında.....	224
d. Yapmama Borçlarında.....	225
3. TBK m. 113 Hükmünde Öngörülen Nama İfa.....	226
a. Genel Olarak.....	226
b. Nama İfanın Hukuki Niteliği.....	228
(1) İfa Görüşü	228
(2) Cebri İcra Görüşü	229
(3) Tazminat Görüşü	229
(4) İkame Değer Görüşü.....	230
(5) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz.....	230
c. Nama İfanın Şartları	233
(1) Borçlunun Edimini İfa Etmemesi	233
(2) Nama İfası Kabil Bir Edimin Mevcut Olması	233
i. Yapma Borçlarında Durum	234
ii. Verme Borçlarında Durum.....	236
iii. Yapmama Borçlarında Durum	238
(3) Edimin İfasının Talep Edilebilir Durumda Olması	240
d. Nama İfanın Hukuki Sonuçları	242
(1) Alacaklının Borcu İfa Etme Hakkının Doğması.....	242
(2) Tahakkuk Edecek Masrafların Borçluya Ait Olması	243

(3) Edim Hasarının Borçluya Ait Olması.....	244
E. İş sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfasından Kesin ve Nihai Olarak İmtina Etmesi TBK m. 484 anlamında değerlendirilebilir mi?	244
F. Tamamlanan Eserin Teslim Alınmaması Nedeniyle İş Sahibinin Temerrüdü	246
1. Genel Olarak	246
2. Taşınır Eserin Teslim Alınmasında İş Sahibinin Temerrüdü.....	248
3. Taşınmaz Eserin Teslim Alınmasında İş Sahibinin Temerrüdü... 252	
II. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN GEÇ İFA EDİLMESİ	255
A. Genel Olarak.....	255
B. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinin Şartları ve Hükümleri	257
C. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinin Sonuçları.....	257
1. İlave Süre Verilmesi	257
2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinden Doğan Maliyet Artışı Nedeniyle İlave Ücret Talebi	260
a. Genel Olarak.....	260
b. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinden Doğan İlave Maliyet	261
c. Maliyet Artışı ve Tazminat Kavramları	265
d. Değere Göre Bedel Belirlendiği Durumlarda İlave Ücret.....	266
e. Götürü Bedel Belirlendiği Durumlarda İlave Ücret	268
(1) İlave Ücret Talebinin Gerekçesi	268
(2) Alacaklının Temerrüdü Hükümleri.....	270
(3) Vekâletsiz İş Görme Hükümleri	272
(4) Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri	272
(5) Sözleşme	273
(6) İlave Maliyet Talep Edilebilmesi için Yüklenicinin Sorumluluğu	275

3. İş Sahibinin Tazminat Sorumluluğu.....	276
a. Genel Olarak.....	276
b. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı.....	277
c. Tazminat Talebinin Şartları	279
(1) Borca Aykırı Kusurlu Bir Davranış.....	280
(2) Borca Aykırı Davranış ile Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı	280
(3) Zarar.....	281
III. BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN KÖTÜ İFASI.....	283
A. Eserin Ayıplı Olarak Meydana Getirilmesinde İş Sahibinin Sorumluluğunun Hukuki Koşulları ve Sonuçları	283
1. Yasal Dayanakların Takdimi ve Uygulama Alanlarının Tespiti ..	283
2. İş Sahibinden Kaynaklanan Sebep Eserin Ayıplı Meydana Getirilmesi: (TBK m. 472/2 ve TBK m. 476 Hükümleri).....	286
a. Ayıplı İfadan İş Sahibinin Sorumlu Olması: Hüküm İçeriği....	286
b. İş Sahibinin Hatalı Talimatı	288
c. Eserin Meydana Getirilmesinde İş Sahibinin Sağladığı veya Kullanılmasını Talep Ettiği Malzeme.....	290
d. Ön Yüklenici veya Yan Yükleniciden Kaynaklanan Ayıplar ..	291
e. Önkoşul: Yüklenicinin İş Sahibini Uyarması.....	293
f. İstisna: Yüklenicinin Uyarı Yapmaksızın Sorumluluktan Kurtulması	298
g. İş Sahibinden Kaynaklanan Sebep Eserin Ayıplı Meydana Getirilmesinin Hukuki Sonuçları: (TBK m. 472/3 ve TBK m. 476).....	300
h. İş Sahibi ve Yüklenicinin Birlikte Sorumlu Olduğu Ayıplar...	303
B. Meydana Getirilmekte Olan Eserin Hasar Ve Zıyaında İş sahibinin Sorumluluğu: (TBK m. 483/2)	304
1. Genel Olarak	304
2. Eserin Yok Olması ile İfanın İmkânsızlaşması Arasındaki Fark .	306
3. Eserin Yok Olması ve Ayıplı Hale Gelmesi Arasındaki Fark	307

4. İş Sahibinin Sorumluluğu Bakımından Hüküm İçeriği.....	307
5. Önkoşul: Yüklenicinin İş Sahibini Uyarması ve Yüklenici Açısından Diğer Koşullar	310
6. İstisna: Eserin Yok Olmasında İş Sahibinin ve Yüklenicinin Birlikte Sorumluluğu	311
7. Hukuki Sonuçlar.....	312
C. Yüklenicinin Ayıplı İfa Nedeniyle Uğradığı Zararın Tazmini	314
1. Kavramsal Açıklama (Kötü İfa, Gereği Gibi İfa Etmeme, Sözleşmenin Müspet İhlali).....	314
2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfasında Kötü İfa Olarak Değerlendirilen Başlıca Borca Aykırılık Durumları	316
3. Kötü İfa (Gereği Gibi İfa Etmeme) Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu	318
D. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlali Yoluyula İş Sahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması: (TBK m. 485).....	320
1. Genel Olarak	320
2. TBK m. 485'in Temel Uygulama Şartları.....	321
a. Eserin Meydana Getirilmesinin İmkânsızlaşması	321
b. Yüklenicinin Herhangi Bir Kusurunun Olmaması.....	322
c. Yüklenicinin Borçlu Temerrüdünde Olmaması	323
3. TBK m. 485 Hükümünün Sonucu.....	324
a. Sözleşmenin Ortadan Kalkması ve Yapılan İşin Değerinin İstenilmesi.....	324
b. İş Sahibinin Kusuru Halinde Tazminat Sorumluluğu	325
GENEL SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	327
KAYNAKÇA	341
ÖZ GEÇMİŞ.....	386

KISALTMALAR LİSTESİ

Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
a.e./a.g.e	: aynı eser/adı geçen eser
Alt./alt.	: Alternatif
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
AT.	: Allgemeiner Teil
BauR	: Zeitschrift für deutsches Baurecht
BB	: Betriebs-Berater
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes In Zivilsachen, amtliche Sammlung
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
BRT	: Baurechtstagung
CU	: Computer und Recht
D.	: Daire
E.	: Esas
FS	: Festschrift
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
JuS	: Juristische Schulung
K.	: Karar
m.	: Madde
N.	: Kenar numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZBau	: Neue Zeitschrift für Baurecht
OR	: Obligationenrecht
s.	: Sayfa

SIA-Norm 118	: Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, herausgegeben von Schweizerische Ingenieur-und Architektenverein
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
VOB/B	: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
Vor.	: Vorbemerkung
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
ZfBR	: Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch

GİRİŞ

I. Hukuki Mesele ve Konunun Takdimi

Bu çalışmanın konusu, eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüdür. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramı¹, sözleşmenin kurulması ile meydana getirilmesi üstlenilen eserin iş sahibine teslim edilmesi anına kadar yüklenici tarafından borcun ifa edilmesinin desteklenmesi, mümkün kılınması ve iş sahibinin arzuları doğrultusunda şekillendirilmesine dair bütün işlem ve eylemleri kapsar². Sözleşmenin kurulmasından önce yahut sözleşmenin son bulmasından sonraki işlem ve eylemler, bu kapsamda değerlendirilmez. Yüklenicinin ifayı gereğine uygun biçimde gerçekleştirilebilmesi için çoğu kez iş sahibinin yüklenici ile birlikte hareket etmesi zorunludur³. Bu anlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün kapsamı, yüklenicinin borcunu ifa etmesine katkıda bulunmaktadır. İş sahibinin bu yükümlülüğü aynı zamanda yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun da sınırını belirlemektedir. Eserin meydana getirilmesi bakımından birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bir işlem yahut eylemin ifasının zorunlu olduğu durumlarda, iş sahibi işin gereğini ifadan kaçındığı için, yüklenici, sözleşmeden doğan borcunu ifa edemese dahi borca aykırı davranmış olmaz.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü genellikle eserin meydana getirilmesine bizzat ve doğrudan katkı şeklinde tezahür etmez. İş sahibi, yüklenicinin sözleşme gereği eseri meydana getirmesi için gerekli koşulları oluşturur; vaki engellerin bertaraf edilmesini sağlar; gerekli bilgileri verir; gerekli ruhsatları bizzat alır yahut alınmasını sağlar⁴; eserin meydana getirilmesine ilişkin talimatları verir. Bu şekilde eserin meydana getirilmesi sürecini etkiler ve/veya belirler. Bu bağlamda,

¹ Türk Hukuk Doktrininde birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramı yerine, işbirliği yapma yükümü terimi de kullanılmaktadır. Bkz. Nevzat Koç, **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Ankara 1992, s. 129 ve 274.

² Urs Zeltner, **Die Mitwirkung des Bauherrn bei Erstellung des Bauwerkes**, Freiburg, 1993, N. 30.

³ Andreas von Tuhr/Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II**, Zürih 1974, s. 69.

⁴ Bu bağlamda üçüncü bir kişi veyahut doğrudan yüklenici yetkilendirilebilir.

inşaat sözleşmelerinde yapı ruhsatının alınması; arsanın tahsisi; yapı alanına giriş ve kullanım hakkının sağlanması; gerekli su, elektrik v.s olanakların kullanımının tahsis edilmesi; gerekli proje ve bilgilerin verilmesi; muhtelif yükleniciler arasındaki işbirliği ve koordinasyonun sağlanması örnek kabilinden olmak üzere birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

İş sahibinin eser meydana getirilirken birlikte hareket etmek suretiyle işe katılımı, her sözleşmenin niteliğine ve somut olayın koşullarına göre değişmektedir. Bununla beraber, işin karmaşıklığı, büyüklüğü ve sürenin uzunluğu arttıkça, iş sahibinin ifa sürecine dâhil olmasının yoğunluğu artmaktadır. İş sahibi, yüklenici ve alt yüklenici gibi farklı kurumları kullanmak suretiyle birlikte hareket etmeye ilişkin esasları belirleyebilir. Sözleşmeye konu eserin meydana getirilmesine katılan taraflar, sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün koşullarını belirleyebilirler.

Türk Borçlar Kanununda eser sözleşmesi hükümleri ve kurumsal sistematığı incelendiğinde ilke olarak synallagma içerisinde bulunan ‘*eserin meydana getirilmesi borcu karşılığında ücret talep edilmesi*’ asli edim yükümlerinin açıkça tanımlandığı tespit edilmektedir. Buna karşılık diğer hususların ve bu arada asli edimin ifasını olanaklı kılan yan edim yükümü ve/veya yan yüküm (diğer davranış yükümü) niteliğindeki iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün açıkça düzenlenmediği görülmektedir⁵. Bu yaklaşımın temelinde yatan tarihsel dogmatik gerekçe, tarafların borçlarının kesin olarak birbirinden ayrıldığı ve her bir tarafın borcunu diğer tarafın etkisinin dışında müstakilen ifa ettiği varsayımına dayanmaktadır⁶. Bu dogmatik yaklaşım, 20. Yüzyılın başlarında geçerli olan özgürlükçü düşünce anlayışı ışığında ve Borçlar Kanununda eser sözleşmesinin düzenlenmesinde daha ziyade esas alınan zanaatkârlık faaliyetleri bakımından isabetliydi.

⁵ Türk Borçlar Kanununun mehzamını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununda eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü düzenlenmemiştir. Buna karşılık Alman hukukunda § 642-644 BGB’de açık bir düzenleme yer almaktadır.

⁶ Christian Hartmann, **Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers – Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen-**, Berlin, 1997, s. 15.

Günümüzde eser sözleşmesinin konusunu çoğunlukla iş sahibinin münferit talepleri doğrultusunda karmaşık, farklı nitelikte muhtelif edimlerin toplamından oluşan ve meydana getirilmesi uzun zaman alan kapsamlı projeler⁷ oluşturmaktadır. Bu anlamda havaalanı, kara ve demir yolları, baraj ve santraller, maden alanları, karma kullanımlı inşaatlar gibi büyük yapı projeleri ve gemicilik, uzay ve havacılık alanlarındaki karmaşık teknik imalatlar örnek kabilinden sayılabilir. Bu nevi borçları konu edinen hukuki ilişkiler bakımından kanunda tanımlanan eser sözleşmesi hükümlerinin taraf menfaatlerini dengeleyebilmekteki yeterliliği tartışılmalıdır. Eser sözleşmesinde iş görme ediminin alacaklısı konumunda bulunan iş sahibinin sözleşmeye göre talebinin genelde özellikli nitelikte olması; eserin meydana getirilmesine ilişkin ifa sürecinde iş sahibinin değişen taleplerinin dikkate alınması; ifa sürecindeki hukuki ve teknik gereklilikler nedeniyle iş sahibinin meseleye dâhil olmasının zorunluluğu gibi durumlar dikkate alındığında, geçen yüzyılın başında geçerli olan dogmatik gerekçelendirmeye dayalı teorik çerçevenin eser sözleşmesi pratiğinde birebir karşılık bulmadığı görülmektedir.

Yüklenicinin sözleşmeye göre kararlaştırılan eseri meydana getirebilmesi, sadece kendi fiili ve hukuki etki alanında bulunan ve bu nedenle kendi ihtiyarındaki unsurlara bağlı olmanın ötesinde ve fakat çoğu zaman iş sahibinin fiili ve hukuki etki alanındaki unsurlarla ilgilidir. Bu bağlamda iş sahibi, çoğu zaman kanunda düzenlenmemiş olmanın ötesinde sözleşmede dahi taraflarca açıkça tanımlanmayan teknik detaylarda birlikte hareket etmek, yoğun, nitelikli ve kapsamlı bir işbirliğinde bulunmak⁹ ve adeta yüklenicinin edimini ifa edebilmesi için kendi fiili ve hukuki etki alanında bulunan koşulları, yüklenicinin borcunu ifa etmesine elverişli hale getirmek durumundadır.

⁷ Fritz Nicklisch, "Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag", (**Betriebsberater**) **BB 1979**, s. 536.

⁹ Torsten Schwarze, "Auswirkungen der bauvertraglichen Kooperationverpflichtung", **Baurecht (BauR)** **6/2004** s. 896: Her ne kadar BGB iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü kanunda açıkça düzenlemiş bulunsa da Alman Federal Mahkemesi, birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini, dogmatik ve hukuki gerekçelendirmesini açıkça tanımlamak ve bu surette sınırlamaktan ziyade, bu işbirliğinin borcun ifası bakımından evvelemerde zorunlu olduğunu varsaymak suretiyle içtihadını oluşturmuştur. Bkz. BGHZ 95, 128; BGHZ 11, 80; BGHZ 50, 175; BGHZ 179, 55; Ayrıca Federal Mahkemenin görüşünün detaylı değerlendirmesi için bkz. I. Bölüm IX. D. 1.

Eser sözleşmesinde diğer temlik borcu doğuran sözleşmelerde olduğu gibi sadece sözleşmenin kurulması esnasında sözleşme konusunu teşkil eden edimlerin mevcudiyeti ve karşılıklılığı söz konusu değildir. Sözleşmenin akdedilmesinden sonra yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi süreci nedeniyle “kreatif” bir edim söz konusudur ki bu edim, eser sözleşmesinde edim içeriğini belirler¹⁰. Sözleşmenin tipik edimini teşkil eden yüklenici tarafından bir eserin meydana getirilmesi borcunun pratik açıdan çok büyük önemi vardır. Zira TBK m. 483/1 uyarınca eserin iş sahibi tarafından teslim alınmasına kadar sözleşmenin ifası safhasındaki tipik risklere yüklenici katlanmak durumundadır¹¹; ki bu husus kimi durumlarda yükleniciyi, herhangi bir ilave ücret talep etme hakkına sahip olmaksızın, eseri yeniden meydana getirme sorumluluğu ile karşı karşıya bırakabilir. Daha açık ifadeyle TBK m. 483 gereği eser sözleşmesinde edim hasarına ilke olarak yüklenici katlanmak durumundadır.

Eser sözleşmelerinin en geniş uygulama alanlarından birini inşaat sözleşmeleri oluşturmaktadır. İnşaat sözleşmeleri müteahhidin karşı taraftan alacağı ücret karşılığında inşaatın tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹². Eserin meydana getirilmesinde planlamacı, uygulamacı ve denetleyici olarak birçok farklı kişi görev almaktadır¹³. Günümüzde özellikle büyük ve kapsamlı inşaat projelerinde muhtelif ve çok sayıda yüklenici gerekli iş bölümü ekseninde kendi alanlarına dair noktalarda görev alır¹⁴. Her bir yüklenici bir bütün oluşturan projenin gerçekleştirilmesinde kendi taahhüdü kapsamındaki kısmi edimleri belirli bir sıra, zaman ve örgütlenme düzeni içerisinde ifa eder¹⁵. Çoğu kez bir yüklenicinin kendi borcunu ifa edebilmesi, öncelikle inşaat projesinin belirli bir altyapıya kavuşturulmasına, diğer borçlu ya da yüklenicilerin

¹⁰ Marcus Daniel Strunk, **Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags –Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Annahmeverzug und ihrer historischen Entwicklung-**, Bonn 2008, s. 1.

¹¹ Strunk, **a.g.e.**, s. 1.

¹² Sezer Özyörük, **İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borlar Kanununun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları**, İstanbul 1988, s.1

¹³ Fritz Nicklisch, “Arbeitsteilung und Risikoverteilung im Werkvertragsrecht”, **Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag**, Heidelberg, 2000, s. 713.

¹⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 20.

¹⁵ Halil Akkanat, **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul 2000, s. 1.

edimlerini zamanında ve gereğine uygun olarak yerine getirmesine bağlıdır¹⁶. Genellikle birbirinden hukukten bağımsız bu yükleniciler, farklı sözleşmeler ile edimlerini eş zamanlı veya birbiri ardına ifa ederler¹⁷. Söz gelimi, temel altı işlemlerinin yapılması için öncelikle hafriyatın alınmış olması; duvar ve cephe işlerinin yapılabilmesi için öncelikle karkas yapının inşa edilmiş olması gerekir. Her bir yüklenicinin kendi edimini ifa edebilmesi için gerekli koşulların oluşturulması ve bu bağlamda muhtelif yükleniciler arasındaki eşgüdüm ve yapısal uyumun sağlanması iş sahibinin yükümlülüğü kapsamındadır¹⁸. Bu borçlu veya yüklenicilerin edimlerini zamanında ve gereğine uygun olarak ifa etmemelerinin hukuki sonuçlarına iş sahibi katlanmak durumundadır. Uygulamada bu riski minimize etmek¹⁹ için iş sahibince tecrübeli ve işin ehli uzmanlar yönetici²⁰, danışman sıfatıyla sürece dâhil edilmek suretiyle görevlendirilmiş olsalar bile, bu kişilerin iş ve eylemlerinden TBK m. 116 uyarınca iş sahibinin sorumluluğu devam etmektedir.

Yüklenicinin sözleşme ile borçlandığı edimi, iş sahibinden kaynaklanan veya onun fiili ya da hukuki etki alanından doğan bir sebeple kararlaştırılan zamanda ifa edememesi, kendisi açısından ciddi maliyet artışlarına neden olabilir. Zira edimin ifası için gerekli malzemelerdeki fiyat artışları, ilgili iş için personelin tahsis edilen zamanda çalıştırılmaması nedeniyle oluşan ilave giderler ve en önemlisi zaman kaybı gibi unsurlar büyük bütçeli yapı işlerinde yüklenicilerin mahvına kadar varabilecek ağır ekonomik sonuçlara neden olabilir. Diğer taraftan yüklenicinin piyasadaki marka algısı ve değeri, başarıyla gerçekleştirmiş olduğu projelere göre piyasanın aktörlerince takdir edildiğinden ve buna göre müteakip işleri alma ihtimali belirlendiğinden, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle taahhüt edilen edimin

¹⁶ Strunk, **a.g.e.**, s. 2.

¹⁷ Richard Riedl, "Einige Fragen der Risikozurechnung bei Bauverträgen im Verhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer sowie bei verschiedenen Unternehmereinsatzformen", **Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag**, Wiesbaden und Berlin, s. 269.

¹⁸ Akkanat, **Taşeronluk Sözleşmesi**, s. 22.

¹⁹ M. Eckart Putzier, "Pro und Contra Pauschalpreisvertrag", **Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 115: Uygulamada bu riski olabildiğince bertaraf etmek için başvurulan en yaygın yöntem, işin tamamının genel yüklenici sözleşmesi (Generalunternehmervertrag) ile tek bir yükleniciye ihale edilmesidir.

²⁰ Büyük projelerde consulting management olarak tarif edilen yönetici müşavirlik şirketleri görev almaktadır.

vadesinde ve başarıyla ifa edilememesi, yüklenicinin ekonomik varlığı kapsamında mütalaa edilen marka değerinin düşmesine de neden olur. Ayrıca yüklenicinin kamu ihalelerine katılma yeterliliği, müteahhitlik karnesine göre belirlenir. Müteahhitlik karnesi, fiilen ve başarı ile gerçekleştirilen iş bitirmeye göre yükseldiğinden işin (eserin meydana getirilmesi borcunun) fiilen ifa edilmesinde yüklenicinin şirket değeri kapsamında değerlendirilen korunmaya değer bir hukuki menfaati vardır.

Yüklenici, sözleşme gereği kararlaştırılan eseri meydana getirmek suretiyle iş sahibine teslim ettiği takdirde ve ilke olarak teslim anında kararlaştırılan ücreti talep etme hakkına sahiptir²¹. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereğine uygun olarak ifa etmemesi nedeniyle eserin meydana getirilmesi geciktikçe, yüklenicinin karşı edimi olan ücreti talep edebilme vadesi de gecikmektedir. Diğer taraftan TBK m.480 uyarınca götürü ücretin belirlenmesi nedeniyle ilave ücretin talep edilemediği durumlarda, eserin öngörülenden daha sonraki bir zaman/maliyet biriminde meydana getirilmesi, maliyet artışına neden olmakta ve yüklenicinin daha az kâr ve hatta belki zarar etmesine neden olabilmektedir.

Sözleşmenin akdedilmesinden eserin iş sahibine teslimine kadar sözleşme konusu eserin meydana getirilmesine ilişkin bütün riskler yüklenicinin üzerinde olmasına rağmen, sözleşmeden doğan borcun gereği gibi ifası için yüklenici bu süreçte, iş sahibinin işbirliğine, teknik ifadeyle birlikte hareket etmesine ihtiyaç duyar²². Eserin meydana getirilmesinde iş sahibinin bu belirleyici fonksiyonu aynı zamanda yüklenicinin eseri imal etme yükümlülüğü ve bu “*yükümlülüğün sınırlanması*” bakımından belirleyici bir önem arz eder. Eserin meydana getirilmesi sürecinde işin ilerlemesinin/borcun ifasının *münhasıran* iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bir işlem veya eylemi gerekli kıldığı durumlarda eserin meydana getirilmesi yükümlülüğünü belirleyen sınır aşılmak suretiyle yüklenicinin sorumluluk alanının dışına çıkarılır. Hatta bununla beraber, belirli koşullar altında iş sahibi, yükleniciye karşı sorumlu olmak durumunda kalabilir.

²¹ Uygulamada özellikle kapsamlı ve uzun süreli projelerde kısmi ifalar karşılığında kısmi ödeme yapılması yöntemi uygulanmaktadır.

²² Strunk, **a.g.e.**,s. 2.

Bu çalışmada, birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramı ele alınarak eser sözleşmesinde esasında alacaklı konumunda olan iş sahibinin eserin meydana getirilmesindeki etkisi ve hukuki sorumluluğu tespit edilmektedir. Muhtemelen Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi hükümlerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü açık bir hüküm ile düzenlenmediğinden olsa gerek, bu konu şimdiye kadar Türk öğretisinde monografik düzeyde akademik bir çalışmaya konu olmadığı gibi Borçlar Hukuku alanında yazılan çoğu sistematik eserde müstakil bir başlıkta ele alınmamıştır. Eser sözleşmesi uygulamasında ihtilafların tespiti ve çözümü açısından bu derece önemli bir konunun daha önce monografik düzeyde incelenmemiş olması, konunun doktora tezi olarak çalışılmasına karar verilmesinde etkili olmuştur.

Çoğu zaman isabetli soruların sorulması, meselenin tespiti ve çözümü bakımından belirleyicidir. Bu çalışma ile aşağıdaki sorulara hukuk teorisi açısından gerekçelendirilebilir ve tatminkar yanıtlar aranarak eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki ilkeleri tespit edilmeye çalışılmış ve bu sayede uygulamada rastlanılan hukuki ihtilafların çözümüne naçizane katkı sağlanması amaçlanmıştır. Çalışmanın gerekçesi ve gerekliliği aşağıdaki sorulara verilecek yanıtlardadır. Buna göre, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki çerçevesi nedir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki karakteri ve niteliği nedir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü teknik anlamda külfet ya da borç olarak hangi somut görünümde ve hangi uygulama koşulları altında ortaya çıkmaktadır? Eser sözleşmesi uygulaması dikkate alındığında önemli nitelikteki birlikte hareket etme yükümleri nelerdir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüne riayet etmemesinin hüküm ve sonuçları nelerdir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle eseri meydana getirme maliyetinin artması ya da imkânsız hale gelmesi halinde hukuki sonuçlar nelerdir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle eserin ayıplı imal edilmesinin hüküm ve sonuçları nelerdir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesinin borçlunun eseri meydana getirme yükümlülüğüne ve karşı edimi talep etme hakkına tesiri nedir? İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle oluşacak edim hasarına hangi koşullar altında hangi taraf katlanır? İş sahibinin birlikte hareket etme

yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle doğabilecek tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağı ve niteliği nedir? Yüklenici hangi koşullar altında tazminat talep edebilir? Tazminatın belirlenmesi hangi esaslara göre yapılacak ve miktarı nasıl tespit edilecektir? İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifasından kaçınması durumunda yüklenici aynen ifa ya da nama ifayı talep edebilir mi? Yüklenici hangi koşullar altında sözleşmeden dönebilir yahut sözleşmeyi feshedebilir? Yüklenici tarafından sözleşmenin feshi yahut sözleşmeden dönülmesinin hukuki sonuçları nelerdir?

II. Yöntem

Eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü konusundaki bu çalışma, üç ‘‘Bölüm’’ ve bir ‘‘Sonuç’’ kısmından oluşmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün söz konusu olduğu eser sözleşmesi, yüklenici ve iş sahibi kavramları kısaca açıklanmıştır. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gündeme gelmesi açısından özel önemde olan yüklenicinin eseri meydana getirme borcu ve bu borcun niteliği açıklanmıştır. Bu bağlamda özellikle ifası uzun zaman alan karmaşık yapı eserlerini konu edinen eser sözleşmelerinin hukuki niteliği izah edilmiştir. Ardından borç, edim, yüküm, külfet kavramları açıklanarak birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu kapsamda birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin tespiti açısından doktrinde ileri sürülen görüşlere, Alman ve İsviçre Federal Mahkemesi ile Yargıtay’ın içtihatlarına yer verilmiş ve nihayetinde şahsi kanaatimiz ifade edilmiştir. Bu açıklamalardan sonra birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki dayanakları açıklanmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde kanunda yer alan veya uygulama tarafından geliştirilen ve kuramsal açıdan birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen iş ve işlemler tanımlanarak edim içerikleri açıklanmıştır. Çalışma kapsamında bütün birlikte hareket etme yükümlülerinin tespiti ve açıklanması olanaklı olmadığından, uygulamada en çok görülen türleri çalışma kapsamında değerlendirilmiştir. Bu bölümde ayrıca ilgili birlikte hareket etme yükümünün sözleşme ilişkisi bağlamında farklı görünüm ve hukuki niteliği izah edilmiştir.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde uygulama alanı bulacak hükümler ve uygulama şartları açıklanmıştır. Bu bölüm, birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ifa edilmemesi; geç ifa edilmesi ve kötü ifa edilmesi ana başlıkları altında ele alınmış, her bir borca aykırılık durumunda uygulanacak hükümler ve hukuki sonuçlar izah edilmiştir. Birlikte hareket etme yükümlülüğü hiç ifa edilmediği takdirde, ilke olarak alacaklının temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacağından bu kurum, uygulama şartları ile birlikte açıklanmıştır. Yüklenicinin bu durumda sözleşmeden dönmesi ya da sözleşmeyi feshedebilme hakları açıklandıktan sonra talep edebileceği ilave ücret ve/veya tazminatın hukuki gerekçesi ve kapsamı açıklanmıştır. İstisnaen ve belirli şartlar altında birlikte hareket etme yükümlülüğünün nama ifası talep edilebileceğinden birlikte hareket etme yükümlülüğü açısından bu kurumun uygulama şartları açıklanmıştır. Ayrıca bu bölümde birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin TBK m. 484 anlamında sözleşmenin feshi olarak değerlendirilebileceği incelenmiştir.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesi ana başlığı altında geç ifa dolayısıyla yüklenicinin ilave zaman ve ücret talebinin şartları açıklanmıştır. Bu kapsamda ilave ücret talebinin dayanağını teşkil eden kurumlar incelenmiştir.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün kötü ifası ana başlığı altında muhtelif kötü ifa hallerinde uygulama alanı bulacak hükümler açıklanmıştır. Öncelikle eserin ayıplı meydana getirilmesinde iş sahibinin sorumluluğunun hukuki koşulları ve sonuçları incelenmiştir. Ardından birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali durumunda eserin hasar ve ziyanda iş sahibinin sorumluluğu incelenmiştir. Bu bölümde ayrıca birlikte hareket etme yükümlülüğünün kötü ifası nedeniyle yüklenicide meydana gelen zararın tazmini talep şartları açıklanmıştır. Nihayet bu bölümde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlali nedeniyle ifanın imkansızlaşması incelenmiştir. Çalışma sırasında varılan sonuç ve kanaatlere, Genel Değerlendirme ve Sonuç kısmında ayrıca yer verilmiştir.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, bugüne değin Türk Öğreti ve Yargısı tarafından kurumsal ve sistematik bir çerçevede ele alınmadığından hukuk düzenimizin mensubu olduğu Kıta Avrupası hukuk düzenleri

ve özellikle Alman¹ ve İsviçre hukuk düzenleri bu çalışma kapsamında belirgin bir şekilde dikkate alınmıştır. Zira gerek hukuk kurallarının yorumlanmasında gerekse kanun boşluğu/yorum boşluğunun doldurulmasında klasik unsurların yanında mukayeseli hukuk önemli bir işlevi yerine getirebilir. Bu bağlamda yabancı hukuk düzenlerinin kuralları ile ilgili öğreti ve yargısal içtihatları dikkate almak gerekir².

¹ Alman Hukuk Sisteminde § 642-644 BGB hükümlerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü açıkça düzenlendiğinden çalışmada Alman Hukukunda geliştirilen ilkeler olabildiğince dikkate alınacaktır.

² Demian Stauber, **Die Rechtsfolgen des Glaebigerverzugs**, Bern 2009, s. 10.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ DAYANAĞI, NİTELİĞİ VE KAVRAMSAL SINIFLANDIRILMASI İLE ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ BORCU ARASINDAKİ İLİŞKİSİ

I. Eser Sözleşmesinin Tanımı ve Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 355-371'nci ve yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 470-486'ncı maddelerinde düzenlenmiştir¹. TBK m. 470 eser sözleşmesini², yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlamaktadır. Bu bağlamda yüklenici, eser sözleşmesinin konusu olan şeyi meydana getirmeyi ve iş sahibine teslim etmeyi üstlenen kişi ya da kuruluştur³. Eser sözleşmesi, hukuken geçerlilik açısından, ilke olarak, herhangi bir şekil şartına tabi değildir⁴. Öğreti de, eser sözleşmesinin yasal tanımıyla uyumlu bir şekilde ve kısaca, eser sözleşmesini, müteahhidin, iş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında bir eser meydana getirerek teslim etmeyi üstlendiği bir sözleşme olarak tanımlamaktadır⁵. Bu tanım İsviçre Borçlar Kanunu'nun 363. Maddesinde yer alan

¹ Müteakip açıklamalarda ilke olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu esas alınacaktır. Mahkeme kararları 818 sayılı Borçlar Kanununa göre verildiği takdirde karar orijinaline dokunulmayacak, 818 sayılı kanundaki madde numaraları BK kısaltmasından sonra yazılacaktır.

² Kanuni bir tabir olarak 'eser' kavramı, 6098 sayılı TBK ile getirilen bir yeniliktir. 818 sayılı BK'da 'İstisna' kavramı kullanılmıştır. İstisna arapça kökenli bir kelime olup, sanat ve maharet ile emek harçayarak bir şeyi meydana getirmeyi ifade etmektedir. Bkz. Senai Olgaç, **İstisna Akdi**, Ankara 1977, s.1; Ahmet Akgündüz/Halil Cin, **Türk Hukuk Tarihi**, C. 2, İstanbul 1990, s. 254 vd.

³ Senai Olgaç, **Türk Borçlar Kanunu Akdin Muhtelif Nevileri**, C. 2, Ankara 1997, s. 1035.

⁴ Efrail Aydemir, **Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku**, Adalet Yayınevi, Ankara 2009, s. 143; Oğuzhan Ardic/Emel Ersol, **Borçlar Hukuku**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 176; Rifat Akbıyıklı, **İnşaat Sözleşmeleri, Esasları ve Uygulamaları**, İstanbul 2009, s. 7.

⁵ Emre Gökyayla, **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul, 2009, s. 4; Serkan Ayan, **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara, 2008, s. 23; İhsan Erdoğan, "İstisna

eser sözleşmesi tarifi ile paralellik arz etmektedir⁶. Eser sözleşmesi, detaylandırılmadan kaçınılarak sadece esaslı unsurlarıyla Türk Borçlar Kanununda tanımlanan tipik bir sözleşmedir. Eser sözleşmesinin muhtelif konulara göre uygulamadaki görünümü birçok yönüyle farklılık arz etmektedir⁷. Bu husus, eser sözleşmesine ilişkin uygulamada, Yargı ve Öğretinin hukuki değerlendirme ve yaklaşımlarının önemini ve belirleyiciliğini arttırmaktadır⁸.

Taraflarca bağitlanan sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olup olmadığı ve bu nedenle ilgili hükümlerin uygulama alanı bulup bulmayacağı sözleşme içeriği dikkate alınmak suretiyle yapılacak yorumla belirlenir⁹. Bu nedenle tarafların yanlışlıkla veya kasıtlı sözleşmeyi eser sözleşmesinden farklı olarak tanımlamalarına rağmen, yargıç tarafından re'sen yapılacak değerlendirmede sözleşme, eser sözleşmesi hukuki karakterinde olduğu tespit edilirse, eser sözleşmesi hükümleri öncelikle uygulama alanı bulur¹⁰. Elbette taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında diğer sözleşme ve kurumlara ait hükümlerin uygulanmasını kararlaştırma hakkına sahiptirler.

II. Yüklenicinin Eseri Meydana Getirme Borcu

En temel tanımıyla eser sözleşmesi, bir tarafın verdiği semen karşılığında diğer tarafın bir şeyin imalini üstlendiği sözleşmedir¹¹. Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümü, sözleşme ile borçlanılan eserin meydana getirilmesidir¹². Meydana getirme kavramı, yeni bir şey imal etme, değiştirme,

Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”, **SÜHFD, Ocak-Haziran 1990, Cilt 3, Sayı 1**, s. 135; İbrahim Kaplan, “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, **BATİDER**, Cilt XIII-Sayı 1 Haziran 1985, s. 5 vd.; Alper Gümüş, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2**, İstanbul 2012, s. 1; Hüseyin Avni Göktürk, **Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri**, Ankara 1951, s. 311.

⁶ Kemal Dayınlarlı, **İstisna Aktinin Âdemi İfasi İle İlgili Yargıtay Kararları**, Ankara 1986, s.2

⁷ Harmut Oetker/Felix, Maultzsch, **Vertragliche Schuldverhältnisse**, 3. Auflage, Heidelberg 2007, s. 411.

⁸ Gauch, Werkvertrag, N. 1.

⁹ Gauch, Werkvertrag, N. 12.

¹⁰ Gauch, Werkvertrag, N. 12.

¹¹ Hasan Seçkin Ozanoğlu, “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GHFD, C.III, s.1-2, Haziran-Aralık 1999**, s.65.

¹² Torsten Schwarze, **Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrecht**, Berlin 2003, s. 10.

onarım kavramlarını da içerir¹³. Yüklenici tarafından meydana getirilecek eserin nitelikleri sözleşmede kararlaştırılmaktadır. Buna karşılık iş sahibinin asli edim yükümü, bedel ödeme borcudur¹⁴. Taraflar arasında akdedilen ve eserin meydana getirilmesinin üstlenildiği sözleşmede karşı edim olarak bedel ödenmesi öngörülmediği takdirde, bu iş görme sözleşmesi isimsiz sözleşme olarak TBK m. 502 hükmünde öngörülen göre vekâlet hükümlerine tabi olur¹⁵.

Sözleşmenin konusunu oluşturan eser kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda öğreti ve uygulamada önceleri muhtelif tartışmalar yapılmıştır. Farklı görüşler olmakla birlikte¹⁶, genellikle kabul edildiği üzere belirli bir *edim sonucunun* taahhüt edilmiş olması şartına bağlı olarak, taşınabilir veya taşınamaz nitelikteki maddi varlığı olan nesnelere¹⁷ kadar maddi varlığı olmayan¹⁸ teknik, mimari¹⁹, sanatsal veya bilimsel *edim sonucunu* konu edinen borçların da eser sözleşmesine konu olabileceği kabul edilmektedir²⁰.

Eser sözleşmesinden doğan borcun ifasında her ne kadar iş görme edimi yüklenicinin bir eylemi olarak tezahür etse de, sözleşmenin konusu açısından belirleyici olan, yüklenicinin veya onun görevlendireceği kişilerin salt iş görme faaliyetinden çok bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi olanaklı

¹³ Lütfü Dalamanlı, **Borçlar Hukuku Davaları**, Eda Matbaacılık, Ankara, 1988, s. 306; Seza Reisoglu, **Hizmet Akdi, Mahiyeti Unsurları-Hükümleri**, Ankara, 1968, s. 57.

¹⁴ Enis Torun, ‘İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması Ve Sonuçları’, **Yargıtay Dergisi**, C. 8, S. 3-4, Temmuz-1982, s. 410-427, s. 414; Haluk Tandoğan, ‘İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırıldılması’, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara 1970, s. 311 vd.; Nihat Yavuz, **Eser ve Hizmet Sözleşmesi, Eski ve Yeni Türk Borçlar Kanununun Getirdikleri**, İstanbul 2011, s. 3 vd.; Yaşar Engin Selimoğlu, **İstisna (Eser) Sözleşmesi**, Ankara 2010, s. 1.

¹⁵ Muaz Ergezen, **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 35; Efrail Aydemir, **a.g.e.**, s. 183.

¹⁶ Muhtelif görüş ve tartışmalar için bkz. Cevdet Yavuz, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2009, s. 492 vd.

¹⁷ Leyla Müjde Kurt, **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara 2012, s. 27.

¹⁸ Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, **Basler Kommentar Obligationenrecht I**, 5. Baskı, Basel 2011, Vor. Art. 363-379, N. 3; Sendi Yakuppur, **Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul 2009, s.9; Songül Usta, ‘Eser Sözleşmesinin Konusu, Özellikleri ve Tarafları’, **İBD.**, C. 84, S. 6, Y. 2010, s.3523.

¹⁹ İbrahim Kaplan, **Türk- İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara 1988, s. 38; Nazif Kaçak, **Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 222 vd.

²⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor. Art. 363-379, N. 1; Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat-İmar- İhale Hukuku**, İstanbul 1997, s. 64 vd.; Orhan Cevdet Kural, **Açıklamalı İlmî ve Kazai İçtihatlı İnşaat Hukuku**, Ankara, 1983, s. 261.

olan neticedir²¹. Borçlanılan eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin borcu, *belirli bir edim neticesinin ortaya koyulmasını da içerecek şekilde nitelikli bir iş görme eylemidir*²². Yüklenici, sözleşme gereği sadece belli bir zaman diliminde belirli bir iş görmeyi değil, bunun neticesinde bir eser meydana getirmeyi, yani belli bir sonucu, üstlenmektedir²³. Bu doğrultuda eser sözleşmesinin, karakteristik edimini, yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu oluşturmaktadır.

III. Eser Sözleşmesinin Diğer İşgörme Sözleşmelerinden Ayrılması

Hukuk uygulamasında eser sözleşmesi, tipik bir iş görme sözleşmesi olarak değerlendirilmektedir. Vekâlet sözleşmesinde vekilin borcu, belirli bir edim sonucu değil, belirli bir sonuca yönelik özenli faaliyette bulunmakla sınırlıdır²⁴. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu salt hizmet sunumundan ibaret olmayıp, sözleşme ile borçlanılan edim neticesinin ortaya koyulmasını da kapsamaktadır²⁵. Ancak bu anlamda, eser sözleşmesinin temel niteliğini, edim neticesinin fizikiliği değil, yüklenicinin taahhüdü belirler²⁶. Hatta bu bağlamda öteden beri vekâlet sözleşmesinin konusunu oluşturan hekimlik mesleği ve bu bağlamda ve özellikle estetik amaçlı olarak vücuda tıbbi müdahale edilmesini konu edinen sözleşmeler²⁷, tıpta son yıllarda meydana gelen gelişmeler dolayısıyla eser sözleşmesine konu olabilmektedir²⁸. Zira tıp biliminin, teknolojinin ve uygulamada yararlanılan teknik

²¹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 491; Turgut Uygur, **Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri**, C. 5. Ankara 1993, s. 652 vd., Filiz Yavuz İpekyüz, **Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi**, İstanbul 2006, s.60; Nafiz Erdem, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları**, Özel Hükümler, Adana 1990, s.3; Cem Dinar, ‘‘Borçlar Kanunundaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi İle Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar’’, **YÜHFD.**, C.V, S.1, Y.2008, s.46; Fatih Bilgili, ‘‘Yükleme ve Boşaltma İşlerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu-Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme’’, **Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan**, C.II, İstanbul 2007, s.1753 vd.

²² Gauch, **Werkvertrag**, N.18; temelde aynı doğrultuda bkz.: Rifat Akbıyıklı, **a.g.e.**, s. 7; İlker Hasan Duman, **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2005, s. 30.

²³ Aydın Zevkliler, **Özel Borç İlişkileri**, Ankara 2008, 10. Bası, s. 304.

²⁴ Zekeriya Kürşat, ‘‘Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirilmenin Hükümü’’, **İÜHFİM.**, C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 146-147.

²⁵ Gauch, **Werkvertrag**, N. 18; BGE 127 III 329; BGE 98 II 302; BGE 59 II 263.

²⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor. Art. 363-379, N. 4.

²⁷ Aral, **a.g.e.**, 330; Yavuz, **a.g.e.**, s. 494.

²⁸ Yargıtay 13.HD. 05.04.1993 T. 131 E. 2741 K.

araçların gelişmesi, hekimin bazı müdahalelerde edim sonucunu taahhüt edebilmesine olanak tanımaktadır²⁹.

Yüklenici, taahhüt ettiği edim neticesinin (eserin meydana getirilmesi) riskini taşımaktadır³⁰. Nesnel sonuç sorumluluğunun bir gereği olarak yüklenici TBK m. 474 ve 475'e göre meydana getirmiş olduğu eserin ayıplı olmamasından sorumludur. Bu yönüyle yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğu³¹, eser sözleşmesini, hizmet sözleşmesinden ayırmaktadır³². Yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğu, eser sözleşmesinin belirleyici temel ilkesini ve borç içeriğini oluşturmaktadır. Nesnel sonuç sorumluluğunun bir sonucu olarak yüklenici, sözleşmenin kurulmasından ifasına kadar eserin meydana getirilmesine ilişkin tipik riskleri üstlenmektedir³³.

Yüklenicinin eser sözleşmesinden doğan karşı alacağı, yani ücreti talep hakkı, TBK. m 481 gereği ilke olarak meydana getirilen eserin iş sahibine teslimi anında muaccel olmaktadır. Emredici nitelikte olmayan bu hüküm daha ziyade küçük el işleri bakımından geçerlidir. Kapsamlı yapı eserlerinin meydana getirilmesini konu edinen sözleşmelerde bu hükmün uygulama alanı fiilen yoktur. Zira yüklenici, meydana getirilmesi ayları belki yılları alacak bir yapı eserinin finansal maliyetine ve bunun ancak nihai ücrete hak kazanmak yoluyla iadesi riskine girmek istemez. Uygulamada genellikle, gerçekleştirilen iş ve imalatlar esas alınarak birer aylık periyotlarla geçici hak edişler düzenlenmekte ve buna göre kısmi ödemeler yapılmaktadır.

Eser sözleşmesi, nesnel sonuç sorumluluğunun söz konusu olduğu tipik bir sözleşme olup, bu yönüyle öznel özen sorumluluğunun olduğu hizmet sözleşmesi³⁴ ile objektif özen sorumluluğunun olduğu vekâlet sözleşmesinden de ayrılmaktadır. Diğer bir deyişle, yüklenicinin iş görme faaliyetinin belirli bir edim sonucunun ortaya çıkmasını sağlamaya yönelik olması sadece eser sözleşmesine ilişkin bir

²⁹ Merter Özay, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara 2006, s.47-48.

³⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor. Art. 363-379, N. 4.

³¹ Strunk, **a.g.e.**, s. 1.

³² Strunk, **a.g.e.**,s. 1.

³³ Strunk, **a.g.e.**, s.2.

³⁴ Hizmet sözleşmesinde belirleyici unsur, işçinin belirli bir zaman süresi içerisinde emeğini işverene tahsis etmesidir. Bkz. Şakir Berki, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, Sevinç Matbaası, Ankara 1973, s. 143.

özellik olup, eser sözleşmesini, diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran en belirleyici kıstastır³⁵. Keza bu unsur, eser sözleşmesini tipik nitelikli sürekli borç ilişkisi doğuran bir sözleşme olmaktan çıkarmakta ve sürekli sözleşmelerde uygulanan salt sürenin geçmesi ile ya da süreli fesih yoluyla sözleşmenin olağan yolla sona erdirilmesi imkânlarının uygulanamaması neticesini doğurmaktadır. Eserin imal edilmesi süresinin uzun bir zaman dilimini kapsamaması da bu durumu değiştirmemektedir.

IV. Ani Edimli Borç-Sürekli Edimli Borç İlişkisi Nitelemesi Bakımından Eser Sözleşmesininin Hukuki Niteliği

A. Ani Edimli Borç İlişkisi Görüşü

Bir sözleşmede alacaklının ifadan elde etmeyi umduğu menfaatin sürece yayılması hali, sözleşmenin sürekli veya ani edimli olmak bakımından hukuki niteliğini belirler. Gerek sözleşmenin ifası safhasında gerekse muhtemel bir ihlalde uygulanacak hükümler, sözleşmenin bu niteliğine göre belirlenmekte ve taraflar açısından hukuki sonuçlar değişiklik arz etmektedir.

Hâkim görüşe göre eser sözleşmesi ani edimli borç ilişkisi doğurmaktadır³⁶. Bu görüşe göre, yüklenici nesnel sonuç sorumluluğu altında borcunu taahhüt etmekte ve iş sahibi ifaya olan çıkarına bir anda kavuşmaktadır. Yüklenicinin eserin tesliminden önce eserin meydana getirilmesi açısından gerçekleştirdiği iş görme faaliyetinin iş sahibinin ifadan temin edeceği menfaati bakımından herhangi bir önemi yoktur. İş sahibinin ifaya olan çıkarı teslim anında gerçekleşir³⁷. Eser

³⁵ Aydın Zevkliler/ Ayşe Havutçu, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 2007, s. 304.

³⁶ Georg Gautschi, **Berner Kommentar Art. 363-379 OR Der Werkvertrag, Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse**. 3. Teilband, Bern 1967, Art. 377 N. 1 a.; Gauch, **Werkvertrag**, N. 9; Yaşar Engin Selimoğlu, "Eser Sözleşmesi ve Kavramlar", **Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Ankara 1999, s.686; Haluk Tandoğan, "Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler", **BATİDER, C.11, S. 1, Y. 1981**, s. 28-49; Mehmet Ali Canavcı, **Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.15.

³⁷ Wolfgang Voit, "Der antizipierte Vertragsbruch und seine Auswirkungen im Baurecht", **Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, München 2010. s. 226.

sözleşmesinde, teslimden önceki ifa sürecinin uzun bir zaman gerektirmesi, sözleşmeyi sürekli borç ilişkisi haline getirmez³⁸. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin yükümlülükleri, asli edim borcu olan eserin teslim borcunun ifası için hazırlık faaliyetleri olup, yüklenicinin belirleyici edimi, eserin teslim edilmesi borcudur³⁹. Esasında bu ifa süreci, ifaya hazırlık sürecidir. İfaya hazırlık sürecinin zamana yayılmış olması unsurunu esas alınarak eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi olarak tanımlanmamalıdır. İş sahibi sözleşme ile kararlaştırılan esere kavuşmadığı takdirde, ifaya hazırlık sürecinde sarf edilen emeğe rağmen borç ifa edilmemiş kabul edilir. Eser sözleşmesinde ifa, ifaya hazırlık sürecinde sarf edilen emekle değil, teslim ile gerçekleşir. Eser sözleşmesinde sürekli borç ilişkisine özgü bazı hükümlerin mevcudiyeti eser sözleşmesini sürekli borç ilişkisi haline getirmez. Bu görüşe göre özetle eser sözleşmesi, eserin sözleşme şartlarına uygun bir biçimde tamamlanarak teslim edilmesini öngörmesi nedeniyle ani edimli bir sözleşmedir⁴⁰.

B. Sürekli Edimli Borç İlişkisi Görüşü

Bu görüşe göre, sözleşme konusu eserin niteliğine bağlı olarak çoğu eser sözleşmesi sürekli edimler içeren sözleşmelere benzeyen bir nitelik arz eder⁴¹. Buna göre iş sahibinin ifaya olan çıkarı zamana yaygın olduğu durumlarda sürekli borç ilişkisinden bahsetmek gerekir. Eser sözleşmesinde belirleyici unsur, eserin meydana getirilmesine ilişkin iş görme unsurudur. İş görme edimi, niteliği gereği zamana yayılmış olduğundan eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi niteliğindedir⁴². Özellikle aynı nitelikte inşaat imalatını konu edinen sözleşmelerde bu durum geçerlidir. Söz gelimi yüklenicinin yol yapımını üstlendiği sözleşmelerde yüklenici borcunu ifa

³⁸ Voit, **a.g.e.**, s. 226; Hasan Erman, **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 9.

³⁹ Zekeriya Kürşat, "İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkileri", **Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY'a Armağan**, İstanbul, 2004, s.753.

⁴⁰ Selimoğlu, **Faruk EREM'e Armağan**, s. 686.

⁴¹ Pierre Tercier, **Les Contracts Speciaux**, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Editions, Zürich 1995, N. 3286 ve 3418; Ayça Akkayan Yıldırım, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri", **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, (s.49-86),s. 61-62.

⁴² Tercier, **a.g.e.**, N. 3418; Akgün Bilir, **İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akitleri) Fesih**, Ankara 1994, s.112; Bilal Kartal; **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Ankara, 1993, s. 156; Hasan Erman, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, **İBD 1984, C. 58**, s. 209 vd., s. 212; Erman, **(BK365/2)**, s. 10-11.

ettikçe iş sahibi ifa menfaatine kavuşmaktadır. Her ne kadar eser sözleşmesinde yüklenici belirli bir sonucu taahhüt ediyorsa da bu taahhüt aynı zamanda bu sonucun meydana getirilmesine yönelik olarak iş görme ediminin de gerçekleştirileceğini içermektedir. Yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin görece uzun bir zaman gerektiren nitelikli iş görme faaliyetini, edimin dışında değerlendirmek ve sadece edimi hazırlayıcı faaliyetler olarak tanımlamak isabetli değildir⁴³. İş sahibinin ücret ödeme borcu sadece meydana getirilen eserin karşılığı değil, aynı zamanda eserin meydana getirilmesi için gerçekleştirilen iş görme ediminin de sonucudur. Sözleşmenin ani edimli borç ilişkisi olarak tanımlanması ile sürekli edimli borç ilişkisi olarak tanımlanması, özellikle sözleşmenin sona ermesi bakımından büyük önem arz eder. Ani edimli borç içeren sözleşmeden dönmede ifa öncesi duruma geri dönülmesi amaçlanır. Bunu sürekli edimli borç içeren sözleşmelerde uygulamaya çalışmak sakınca doğurur⁴⁴. Zira edimin ifa edildiği ana kadar geçen zaman diliminde alacaklının sözleşmeden beklediği çıkar gerçekleşmiş olur⁴⁵.

Eser sözleşmesi ile ilgili birçok hüküm, niteliği gereği sürekli borç ilişkisine özgü kural mahiyetindedir⁴⁶. TBK m. 475/1 hükmüne göre önemsiz ayıplarda sözleşmeden dönmek yerine sadece bedelden indirim istenmesi; TBK m. 482 hükmüne göre keşif bedelinin aşılması nedeniyle iş sahibi tarafından sözleşmenin feshedilebilmesi; TBK m. 484 hükmüne göre sözleşme ile kararlaştırılan eser meydana getirilmeden iş sahibi tarafından sözleşmenin tam tazminat karşılığında feshedilmesi⁴⁷; TBK m. 485 hükmüne göre iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması sürekli borç ilişkisine özgü kurallar niteliğindedir. Bu gerekçelerle eser sözleşmesi, sürekli edimli sözleşmelerden kabul edilmekte ve eser sözleşmesine sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelere ait hükümlerin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.

⁴³ Turgut Öz, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989, s. 16 ve 21.

⁴⁴ Özer Seliçi, **Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1976, s. 102 vd.

⁴⁵ Seliçi, **a.g.e.**, s. 210 vd.

⁴⁶ Öz, **a.g.e.**, s. 21: eser sözleşmesinde kabul edilmiş sürekli borç ilişkisine ilişkin kuralların istisnai hükümler olması nedeniyle dar yorumlanması gerektiği kanaatindedir.

⁴⁷ Aksi görüşte, Vedat Buz, "İş sahibinin BK m.369'a göre Eser Sözleşmesini Feshi", **BATİDER, 2001, Cilt XXI, S. 2**, s.221: Bu hüküm dikkate alınarak eser sözleşmesi sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmez. Bu hüküm sadece sözleşmenin feshi durumunda tasfiye tekniği bakımından sürekli borç ilişkilerine dair tekniğin uygulandığını gösterir.

C. Karma Görüş

Bu görüşe göre eser sözleşmesi, yüklenicinin teslim borcu esas alındığında ani edimli sözleşme; iş görme borcu esas alındığında sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme niteliğindedir⁴⁸. Bu tanımlamadan hareketle eserin teslimine ilişkin ihtilaflarda ani edimli borç ilişkisi kurallarının; iş görme borcuna ilişkin ihtilaflarda sürekli borç ilişkisine ilişkin kuralların uygulanması isabetli olur⁴⁹. Dikkatle incelendiğinde eser sözleşmesine ilişkin hükümler, hem ani edimli hem sürekli edimli borç ilişkisinin özelliklerini taşımaktadır ve bu sebeple eser sözleşmesinde her iki tipin bir arada olduğunu kabul etmek gerekir⁵⁰. Bu bağlamda yüklenicinin ediminin zamana yayılmış olduğu eser sözleşmelerinde özellikle sözleşmenin sona ermesinde meselenin tabiatı nazar-ı itibare alındığında hakkaniyetin gereği olarak sürekli borç ilişkisine ilişkin kuralların uygulanması gereklidir⁵¹. Yargıtay 25.01.1984 Tarih 1983/3 E. 1984/1 K. Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında eser sözleşmesinin hukuki niteliğini tanımlamış ve karma görüşü benimsemiştir. Buna göre: Yargıtay, iş görme sözleşmesi niteliğinde olan istisna sözleşmelerinin, kural olarak ani edimli sözleşme niteliğinde olmakla beraber, uzun zaman sürecinde ifa edilmeleri nedeniyle sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da inşaat sözleşmelerinde dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay, Türk hukukunda eser sözleşmesi pratiğini belirleyen içtihat niteliğindeki bu kararı ile eserin meydana getirilmesi sürecinde yüklenicinin durumu da göz önüne alınarak hakkaniyete uygun düştüğü ölçüde sürekli borç ilişkilerine uygulanan hükümlerin de dikkate alınabileceğini tespit ederek somut olay adaletini sağlamak için bir orta yol tespit etmeye çalışmıştır⁵². Yargıtay, bu kararında, inşaat sözleşmelerini geçici- sürekli karmaşık yapısından dolayı karma bir sözleşme olarak görmektedir. Yargıtay, arsa

⁴⁸ Hasan Erman, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2007, s. 8, 9.

⁴⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 322 vd.

⁵⁰ İsmet Sungurbey, **Medeni Hukuk Sorunları, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Ölümüyle Sona Ermesi**, C. 4, 1989, İstanbul, s. 466 vd.

⁵¹ İsmet Sungurbey, “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Zorunlu Bir Yanıt, **YHD, C. 5, S. 2, 1982**, s. 173 vd.

⁵² Yıldırım, A. **a.g.e.**, s. 62.

payı karşılığı inşaat sözleşmelerini ‘geçici-sürekli-karmaşığı’ olarak tanımlamaktadır.

D. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Eser sözleşmesinde karşılıklı edimlerin değişimi ilişkisi, bir yönüyle sözleşmenin sürekli veya ani edimli olmak bakımından hukuki niteliğini belirlemektedir. Gerek sözleşmenin ifası safhasında gerekse muhtemel bir ihlalde uygulanacak hükümler, sözleşmenin bu niteliğine göre belirlenmekte ve hukuki sonuçlar değişiklik arz etmektedir.

818 Sayılı Borçlar Kanunu hazırlanırken eser sözleşmelerinin konusunu teşkil edecek borçlar daha ziyade zanaatkârlık ölçeğinde olduğundan kanunun temel aldığı farazi model, günümüzün eser sözleşmesi pratiği ile çoğu zaman örtüşmemektedir. Zira bir yandan yüzyılın başlarında eser sözleşmesinin konusunu oluşturan nesnelere, günümüz kitlesel üretim ve tüketim toplumunda artık satım ve hatta tüketici satımının konusunu oluşturmaktadırlar. Diğer yandan bilim ve teknolojinin gelişmesi ile beraber çok karmaşık nitelikli eserler, ancak uzun bir zaman dilimi içerisinde ve çoğu kez birçok aktörün ve faktörün etkinliği ile meydana getirilebilmektedir. Özellikle kapsamlı yapıların inşasını konu edinen eser sözleşmeleri genellikle karmaşık ve zorlu bir süreci beraberinde getirir⁵³.

Yukarıda kısaca açıklanan ve kanuni modelden farklılık arz eden bu unsurlara rağmen eser sözleşmesinde yüklenicinin bir eser meydana getirmesi ve teslim etmesi şeklinde tezahür eden borçlarının ifası, ilke olarak zaman içinde tamamlanan bir ifaya yönelik değildir⁵⁴. Bu nedenle eser sözleşmesini, kategorik olarak sürekli⁵⁵ bir borç ilişkisi doğuran sözleşme olarak tanımlamak mümkün değildir⁵⁶. Eser sözleşmesi, ilke olarak ani edimli borç doğuran bir sözleşmedir. Sürekli sözleşmelerde uygulanan salt sürenin geçmesi ile ya da süreli olağan fesih yoluyla

⁵³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 20.

⁵⁴ Wolfgang Meurer, ‘Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien-Konsequenzen für die Baupraxis’, **Die Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 15/2001**, s. 852.

⁵⁵ Daha önceleri Öğreti’de bu yönde görüşler ileri sürülmüşse de bu görüşler aşılmıştır. Bkz. Erman, **(BK m. 356/2)**, s.10; Özyörük, **a.g.e.**, s. 60 vd.

⁵⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor. Art. 363-379, N. 13.

sözleşmenin sona erdirilmesi imkânlarının uygulanamaması, eser sözleşmesinin bir edim sonucunun taahhüt edilmesini içeren hukuki tabiatının neticesidir⁵⁷. Eserin imal edilmesi süresinin uzun bir zaman dilimini kapsamaması bu durumu değiştirmemektedir.

Bazı eser sözleşmelerinde edimlerin karşılıklı değişimi için eserin meydana getirilmesi süreci çoğu zaman aylar ve hatta yılları alabilir⁵⁸. Eserin meydana getirilmesi süreci, her biri aylar alabilecek hazırlık; ifa ve teslim süreçlerinden oluşmaktadır⁵⁹. Bu nedenle kanuni modelin öngördüğü karşılıklı edimlerin ani değişimi çoğu zaman pratikte karşılık bulmaz⁶⁰. Sözleşmenin konusunu oluşturan eserin meydana getirilmesi süreci, şekli ve kapsamından ötürü, taraflar uzun bir süre karşılıklı bağımlılık ilişkisi içerisinde bulunurlar⁶¹. Bu tür sözleşmeler için ‘‘uzun süreli sözleşme’’ kavramı kullanılmaktadır⁶². Bu tür sözleşmeler, ani edimleri içeren klasik eser sözleşmeleri ile sürekli borç ilişkisi içeren kira sözleşmesi arasında konumlandırılmalıdır⁶³. Ancak vurgulamak gerekir ki, burada yüklenicinin borcu, sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi zamana göre değil; tanımlanan edimin kapsam ve niteliğine göre belirlenmektedir⁶⁴. Sözleşme konusunun niteliğinden ötürü uzun süreli sözleşme olarak tanımlanabilecek eser sözleşmelerinde somut durumun şartları gerektirdiği takdirde sürekli borç doğuran sözleşme kuralları dürüstlük kuralına binaen uygulama alanı bulabilir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün belirleyici önem arz ettiği sözleşmeler ise daha ziyade eserin meydana getirilmesinin görece uzun zaman aldığı; birden çok yüklenicinin etkin olduğu; spesifik ve karmaşık konuları içeren sözleşmelerdir. Söz gelimi, büyük ve karmaşık yapıların ya da fabrikaların inşası veya işletilmesi; kapsamlı teknik imalatlar, maden ocağı işletmesi gibi taahhütleri içeren eser sözleşmeleri örnek kabilinden sayılabilir. Bu tez çalışması kapsamında,

⁵⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 9; BGE 98 II 302; BGE 129 III 608.

⁵⁸ Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

⁵⁹ Meurer, **MDR 2001**, s. 852.

⁶⁰ Elmar Lenzen, ‘‘Ansprüche gegen den Besteller, dem Mitwirkungspflichten unmöglich werden’’, **BauR 1997**, s. 213

⁶¹ Meurer, **MDR 2001**, s. 852.

⁶² Almanca’da Langzeitvertrag terimi kullanılmaktadır.

⁶³ Nicklisch, **BB 1979**, s. 538.

⁶⁴ Nicklisch, **BB 1979**, s. 538.

aksi belirtilmediği sürece, ilke olarak meydana getirilmesi uzun zaman alan, büyük, muhtelif bileşenli ve karmaşık taahhütleri içeren eser sözleşmeleri model olarak göz önünde bulundurulacaktır.

V. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü ile Eserin Meydana Getirilmesi Borcu Arasındaki İlişki

İş sahibine karşı eserin meydana getirilmesi borcunu üstlenen yüklenici, borcun ifası sürecinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüne riayet ederek üzerine düşen iş ve işlemleri ifa etmesine ihtiyaç duyar⁶⁵. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu yüklenicinin müstakil sorumluluğunu esas alan soyut bir düzenleme öngörüp eserin imal edilmek suretiyle iş sahibinin teslimine kadar mevcut riskleri ilke olarak yükleniciye bıraksa da iş sahibinin işbirliği olmaksızın borcu ifa edilebilecek bir eser sözleşmesi neredeyse yok gibidir⁶⁶. Yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun olarak ayıpsız ve vaktinde meydana getirebilmesi, iş sahibinin zamanında ve gereğine uygun bir şekilde birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesine bağlıdır⁶⁷.

Eserin meydana getirilmesi safhasında iş sahibinin etkin olmasının birçok sebebi vardır. Örnek kabilinden saymak gerekirse, eserin genellikle iş sahibinin hukuki ve fiili alanında meydana getirilmesi⁶⁸; özellikle meydana getirilmesi uzun zaman alan karmaşık yapıların inşasını konu edinen eser sözleşmelerinde işin projelendirilmesi ile uygulanmasını konu edinen birbirinden nispeten ayrı safhaların bulunması; eserin meydana getirilmesinde birbirinden bağımsız birden çok yüklenicinin işe dâhil edilmesi sayılabilir⁶⁹. Genellikle işin projelendirmesini yapan mimar veya mühendisler iş sahibinin ifa yardımcısı sıfatıyla yüklenicinin eserin

⁶⁵ Franz Jürgen Saecker/Roland Rixecker/Harmut Oetker, **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4 Schuldrecht-Besonderer Teil II- §§ 611-704**, 6. Auflage, München 2012, § 642 N. 1; Roland Hürlimann, "Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn", **Gauch's Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, Zürich, 2004, s. 817.

⁶⁶ Strunk, **a.g.e.**, s.2.

⁶⁷ Gerhard Hoffmann, "Die rechtliche Einordnung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim Bauvertrag", **Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag**, Düsseldorf 1997, s. 217.

⁶⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 25.

⁶⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 23.

meydana getirilmesi borcunu ifa ederken süreci yönetmektedirler⁷⁰. Bu anlamda mimar, yükleniciye karşı iş sahibinin finansal, teknik ve hukuki açıdan menfaatlerini korumakta, adeta onun teknik gözetleyicisi gibi hareket etmektedir⁷¹. Bu suretle mimar, yüklenicinin borcunu ifa etmesini kolaylaştırmaktadır⁷². Mimar tarafından tasarlanan projeye ilişkin bilgilerin işin uygulayıcısı konumunda olan yükleniciye verilmesi ve izah edilmesi gerekmektedir⁷³. Bu durum da iş sahibinin birlikte hareket etmesini gerekli kılmaktadır⁷⁴.

Sözleşme yahut işin tabiatına göre yüklenicinin borcu kapsamında bulunmayan ve iş sahibince ifası gerekli bir iş ya da işlemin tesisi olmaksızın eser sözleşmesinde kararlaştırılan nitelik ve nicelikteki eserin yüklenici tarafından öngörülen zamanda meydana getirilmesi olanaksızdır⁷⁵. Yüklenici tarafından borcun ifa edilmesi, evveleminde iş sahibinin bunu mümkün kılan bir hareketine bağlı olabilir⁷⁶. Eserin meydana getirilebilmesi iş sahibi tarafından ifa edilecek belirli iş ve işlemlere bağlı olduğu durumlarda birlikte hareket etme yükümlülüğünden bahsedilir⁷⁷. Bu yönüyle birlikte hareket etme yükümlülüğü eserin meydana getirilmesinde belirleyici önemdedir⁷⁸. Örneğin taşınmazın inşasını konu edinen bir eser sözleşmesinde yapı ruhsatının temin edilmesi, eserin meydana getirilmesinde uygulanacak plan ve projelerin yükleniciye teslim edilmesi, eserin meydana getirileceği arsanın yükleniciye teslim edilmesi, arsanın hukuken ve fiilen inşaat yapmaya elverişli bir şekilde olması, eserin meydana getirileceği alanlara

⁷⁰ Max Schmalzl, "Die Auswirkung des § 278 BGB im Verhaeltnis des Bauherrn zu den anderen Baubeteiligten", **Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990**, Düsseldorf, 1990, s. 225.

⁷¹ Anke Leineweber, "Sachwalterpflichten des Architekten beim gestörten Bauablauf", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, s. 477.

⁷² Gerd Motzke, "Der Planervertrag-Beauftragung, Abwicklung, Abrechnung zwischen BGB und HOAI", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, s. 639.

⁷³ Mathias Preussner, "Die Pflicht zur Kooperation- und ihre Grenzen", **Festschrift für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 79.

⁷⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 26.

⁷⁵ Nicklisch, **BB 1979**, s. 533.

⁷⁶ Horst Locher/Ulrich Locher, **Das Private Baurecht**, München 2012, N. 131.

⁷⁷ Frank Peters/Florian Jacoby, **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 2: Recht der Schuldverhaeltnisse, Werkvertragsrecht**, 15. Neubearbeitung 2013 Berlin, § 642, N. 7.

⁷⁸ Frank Peters, "Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags", **NZBau 2011/11**, s. 643.

yüklenicinin erişiminin sağlanması bu anlamda birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir⁷⁹.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlerinin neler olduğu açıkça yazılı olmasa da hem aktif nitelikli hem de kaçınma nitelikli iş ve işlemler⁸⁰ bu kapsamda değerlendirilir. Yeter ki eserin meydana getirilmesi açısından gerekli olsunlar⁸¹. Söz gelimi, tadilat veya inşaaya ilişkin bir eser sözleşmesinde yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi, öncelikle borcun ifa edileceği taşınmaza girebilmesini gerektirir. Bu ise ancak iş sahibinin bir eylemi ile mümkündür.

Yüklenici, iş sahibinin vaktinde işbirliği yapmaması nedeniyle sözleşmeden doğan borcunu yerine getirme olanağından yoksun kalabileceği gibi; iş sahibinin, birlikte hareket etme yükümlülüğünü işin tabiatının gerektirdiği nitelik ve kalitede⁸² yerine getirmemesi nedeniyle de sözleşmeden doğan borcunu süresinde veya süresi geçtikten sonra dahi tümüyle ifa edemeyebilir⁸³.

İş sahibinin ifa ile yükümlü olduğu birlikte hareket etme yükümlülüğünün niteliği ve kapsamı; yüklenicinin kısmi, genel yahut total yüklenici olup olmamasına göre belirlenecektir. Zira buna göre, yüklenici ile iş sahibinin sorumluluğunun kapsamı ve bu anlamda eserin meydana getirilmesindeki etki alanları tayin edilecektir⁸⁴. Türk Borçlar Kanununda yer alan eser sözleşmesi kurumunun düzenlenişi ve konseptinin aksine; iş sahibi sadece eseri sipariş edip meydana getirildikten sonra teslim almak suretiyle borcunu ödememektedir. Özellikle karmaşık ve uzun sürede inşa edilen yapılarda, eserin meydana getirilmesi son derece dinamik bir süreçtir⁸⁵. Bu süreç eserin planlanması ile başlamakta ve gerekli edimlerin ifası ile tamamlanmaktadır. Eserin gerçekleştirilmesine dair proje ile somut

⁷⁹ Türk Hukuk Doktrininde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bu tür işlem ve eylemler, eserin meydana getirilmesine ilişkin hazırlık eylemleri olarak da tanımlanmaktadır. Bkz. İlker Hasan Duman, **a.g.e.** s. 131; Mustafa Reşit Kasahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İkinci Cilt**, İstanbul 2002, s. 474; Mehmet Üçer, **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, s. 51 vd.; Kemal Dayınlarlı, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü**, Ankara 2008, s. 196 vd.; Koç, **a.g.e.**, s. 135-136.

⁸⁰ BGH NJW 2000, s. 1338.

⁸¹ BGH NJW 2003, s. 1602.

⁸² Strunk, **a.g.e.**, s. 3.

⁸³ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N.1.

⁸⁴ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

⁸⁵ Stefan Leupertz, ‘Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertrag’, **BauR 12/2010**, s. 1999.

sonucu birbirinden ayıran pratik gerçeklik söz konusudur⁸⁶. Bu hususun önemi, özellikle birden fazla ve birbirinden bağımsız yüklenicinin etkin olduğu ve iş sahibinin usulüne uygun ve vakitli işbirliği ile bunlar arasındaki koordinasyonu sağlamanın gerekli⁸⁷ olduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır⁸⁸. Bu bağlamda iş sahibi işin ifasında mühendis, mimar, yönetici gibi diğer yüklenicileri yardımcı personel olarak işin içine katar⁸⁹. Özellikle karmaşık yapıları konu edinen eser sözleşmelerinde borcun ifası sürecinin uzunluğu nedeniyle yüklenici, hemen hemen bütün aşamalarda iş sahibinin birlikte hareket etmek suretiyle eserin sözleşmede öngörülen ve iş sahibinin beklediği niteliklere uygun olarak meydana getirilmesine katkı sağlmasına ihtiyaç duyar⁹⁰. Eser sözleşmesinin ifa sürecindeki bu hususiyet nedeniyledir ki iş sahibi, yüklenici tarafından eser meydana getirilirken muhtelif hususlara müdahil konumundadır⁹¹. Bu doğrultuda eser sözleşmesinde taraflar sözleşmesinin kurulmasından itibaren karşılıklı olarak işbirliği içerisinde hareket etmekle yükümlüdürler⁹².

Diğer taraftan yüklenici tarafından eserin vaktinde ve ayıpsız olarak meydana getirilmesi, sadece yükleniciden kaynaklanan sebeplere bağlı değildir⁹³. Sözleşme ile kararlaştırılan eseri müstakil olarak ve nesnel sonuç sorumluluğu altında meydana getirmekle yükümlü olan yüklenici açısından iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü eserin meydana getirilmesi sürecinde oluşabilecek aksaklıkların giderilmesini sağlayacak bir düzelticidir⁹⁴. Bu durum eser sözleşmesinin tabiatından kaynaklanır. Zira sözleşme gereği kararlaştırılan eser, iş sahibinin taleplerine göre ve özel olarak imal edilir⁹⁵. Bu nedenle, eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibinin, eserin niteliklerine ilişkin talimatlarını beyan etmesi gerekecektir.

⁸⁶ Stefan Leupertz, ‘‘Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht’’, **Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, München 2010, s. 139.

⁸⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 27.

⁸⁸ Srunck, **a.g.e.**, s. 2; BGHZ 95, 128,132.

⁸⁹ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

⁹⁰ Hans Prütting/Gerhard Wegen/Gerd Weinreich, **BGB Kommentar**, 4. Baskı Köln 2009, § 642 N. 1.

⁹¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 21.

⁹² Rolf Kniffka, ‘‘Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags’’, **Jahrbuch Baurecht 2000**, s. 1 vd.

⁹³ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N. 1.

⁹⁴ Prütting/Wegen/Weichreich, **BGB Kommentar** § 642, N.1.

⁹⁵ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 1.

Özellikle uzun sürede meydana getirilen karmaşık yapıları konu edinen eser sözleşmelerinin finansal maliyetlerinin yüksekliği ve bu bağlamda sözleşme konusu eserin olabildiğince iş sahibinin arzularına uygun şekilde meydana getirilmesindeki yüksek menfaati, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecinde etkin olmasının diğer bir sebebidir⁹⁶.

VI. Edim Kavramı, Tanımı ve Tasnifi

A. Genel Olarak

Yükümlülük kavramı, borç ilişkisinin gereği olarak borçlunun borcunu tam ve gereği gibi ifa etmesi için yerine getirmek zorunda olduğu her davranışı ifade eder⁹⁷. Türk Borçlar Hukuku sistematüğinde yükümlülük kavramının özünü, edim kavramı ve bu kavramdan doğan edim menfaati oluşturmaktadır. Ancak Türk Borçlar Kanununda edim kavramı tanımlanmamıştır. BGB § 241/II hükmüne göre borçlunun bir yapma veya yapmama davranışından ibaret olduğu genellikle kabul edilmektedir⁹⁸. Hukuk teorisi anlamında edim, alacaklının borçludan talep edebileceği ya da borçlunun alacaklı yararına yerine getirmek zorunda olduğu ve içerğini verme, yapma ve yapmama şeklindeki davranışların oluşturduğu borcun konusunu ifade etmektedir⁹⁹. Öğretide edimin bir malvarlığı değeri taşımasının zorunlu olmadığı, ancak hukuken tanınmaya elverişli bir menfaatin varlığının zorunlu olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰. Bir davranışın edim olarak nitelendirilebilmesi için edim davranışının anlamlı olması, diğer deyişle bir amaca yönelmiş olması gerekir¹⁰¹. Bu bağlamda edim davranışı, alacaklı açısından gerçek bir avantaj

⁹⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 24.

⁹⁷ Seyfullah Ediz, **Medeni hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993, s. 315 vd..

⁹⁸ Nejat Aday, **Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları**, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 149; Ingeborg Schwenzer, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, 4. Baskı, Bern 2006, N. 4. 12 vd.

⁹⁹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14. Baskı, Ankara 2015, s. 96; Rona Serozan, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, İstanbul 2014, s. 9.

¹⁰⁰ Eyüp İpek, **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlı Hukuki Sonuçlar**, İstanbul 2016, s. 24 vd.

¹⁰¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 96.

sağlamalıdır. Genel nitelikteki bu tanımlamanın aksine edim yükümleri muhtelif kıstaslara göre farklı tasniflere tabi tutulmuştur.

B. Birincil Edim Yükümü-İkincil (Tali) Edim Yükümü

Öncelikle edim yükümleri, birincil edim yükümleri ve ikincil edim yükümleri olmak üzere bir tasnife tabi tutulur. Birincil edim yükümleri, genellikle bir sözleşme ilişkisinden doğar ve sözleşmenin esas ve birinci derecede amacını oluşturur. Diğer deyişle bu yükümlerin ifası, sözleşmenin temel amacını oluşturur¹⁰³. Borç ilişkisinin sonraki aşamalarında ve genellikle birincil edim yükümlerinin ihlali sonucunda ortaya çıkan edim yükümlerine ikincil (tali) edim yükümleri denilmektedir¹⁰⁵. Birincil edim yükümlülüğü kural olarak borç ilişkisi ile birlikte doğarken, tali edim yükümlülüğü daha ileriki safhada asli edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi ve özellikle kusurlu ifa imkânsızlığı, gereği gibi ifa etmeme, temerrüt gibi hallerin ortaya çıkması ile doğar. Bu gibi durumlarda gündeme gelen tali edim yükümlülüğü niteliğindeki tazminat yükümlülüğü, yeni bir edim yükümlülüğü olmayıp, asıl borç ilişkisine dayanan tali (ikincil) bir edim yükümlülüğüdür¹⁰⁶.

C. Asli Edim Yükümü-Yan Edim Yükümü

Birincil edim yükümleri, asli edim yükümü olabileceği gibi yan edim yükümü de olabilir. Borç ilişkisinin doğrudan doğruya meydana getirdiği hukuki ilişkiye özelliğini veya hukuki tipini veren, adeta karakterini belirleyen, edim yükümlerine, asli edim yükümleri denir¹⁰⁷. Bu yönüyle sözleşme ilişkisinin hukuki niteliğini belirlerler. Bu belirleyiciliğin doğal hukuki sonucu olarak da borcun ihlalinde uygulanacak hükümleri belirlerler. Asli edim yükümleri, borç ilişkisinde mündemiç olan diğer yükümlerden bağımsız olarak doğrudan doğruya ifa davasına konu

¹⁰³ Andreas Furrer/Markus Müller-Chen, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich-Basel-Genf 2008, s. 25.

¹⁰⁵ Furrer/Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 25.

¹⁰⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 31.

¹⁰⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 31; Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil**, 14. Auflage, München 1987; Schwenger, **a.g.e.**, N. 4. 21; Josef Esser/Eike Schmidt, **Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil**, Bremen 1984, s. 87.

olabilirler¹⁰⁸. Karşılıklı sözleşmelerde synallagmaya esas teşkil eden borçlar, asli edim yükümleridir. Bu nedenle tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde asli edim yükümlerinin ihlali, TBK m. 123 vd. düzenlenen temerrüt hükümlerinin uygulanmasına olanak verir.

Yan edim yükümleri de birincil edim yükümleri gibi karşı tarafın, alacaklının edim menfaatinin eksiksiz olarak gerçekleşmesine dolaylı olarak hizmet eden davranışlardır¹⁰⁹. Bu nitelikleri ile alacaklının menfaatine oldukları, ona bir avantaj sağladıkları kabul edilmektedir¹¹⁰. Yan edim yükümlülükleri, asli edime göre ikinci derecede bir öneme sahip olsa da, asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip oldukları için borçlu yönünden bir borcun, alacaklı açısından ise alacak hakkının konusunu oluştururlar¹¹¹. Bu nedenle alacaklı, yan edim yükümlülüklerinin asli edim yükümlülüğünden bağımsız olarak ifasını talep ve dava edebilir¹¹². Genel olarak kabul edildiği üzere, asli edim yükümlülüklerinden farklı olarak yan edim yükümlülüklerine aykırı davranış halinde alacaklının, temerrüt hükümlerine göre sözleşme ilişkisini dönme yahut fesih yoluyla sona erdirmesine imkân yoktur¹¹³. Alacaklı edimin gereği gibi ifasını ve/veya TBK m. 112 uyarınca tazminat talebinde bulunabilir¹¹⁴. Ancak yan edim yükümünün sözleşme ilişkisi içerisinde önemi ve ağırlığı asli edim yükümü yönünden de sözleşme ilişkisinin amacına ulaşmasını engellediği durumlarda, sözleşme ilişkisi temerrüt hükümlerine göre dönme veya fesih yoluyla sonlandırılabilir¹¹⁵.

Nihayet vurgulamak gerekir ki, bir edim yükümünün asli edim yükümü mü yoksa yan edim yükümü mü olduğunun tespitinde taraf iradeleri belirleyici önem taşır. Bu bağlamda taraf iradelerinin dürüstlük kuralına göre yorumlanması gerekir.

¹⁰⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 32.

¹⁰⁹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 107; Rona Serozan, ‘‘Culpa in Contrahendo, Akdin Müspet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Ortak Temeli: Edm Yükümlerinden Bağımsız Borç İlişkisi’’, **MHAD.**, Yıl 2, Sayı 3, 1968, s. 108-129, s.118.

¹¹⁰ Aday, **a.g.e.**, s. 149.

¹¹¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 33; Rona Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, İstanbul 2007, s. 304.

¹¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 33.

¹¹³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 34.

¹¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 34; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 304.

¹¹⁵ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 108.

D. Diğer Davranış Yükümlülükleri

Bir borç ilişkisinden asli ve yan edim yükümlülükleri dışında ayrıca bazı yan yükümlülükler (Nebenpflichten) doğar. Doktrinde bu bağlamda farklı isimlendirmeler ve muhtelif tasnifler mevcuttur. Bazı yazarlar sözleşme ilişkisinden doğan asli edim borcu ile kıyaslamasından hareketle “yan yükümlülükler” (Nebenpflichten)¹¹⁶ terimini; bazı yazarlar edimin müstakilen dava edilebilir nitelikte olup olmadığından hareketle “bağımlı yan yükümlülükler” (unselbststaendige Nebenpflichten)¹¹⁷ terimini ve nihayet bazı yazarlar sözleşme ilişkisi içerisindeki fonksiyonu ve içeriğinden hareketle “diğer davranış yükümlülükleri” (weitere Verhaltenspflichten)¹¹⁸ terimini yeğlemektedir. Bu çalışmada *Larenz* tarafından kullanılan diğer davranış yükümlülükleri¹¹⁹ terimini ve onun esas aldığı sınıflandırmaya göre meseleyi açıklamayı uygun buluyoruz. Bu tasnife göre diğer davranış yükümlülükleri ifaya yardımcı yan yükümlülükler ve koruyucu yan yükümlülükler olarak iki kategoride incelenmektedir. Borçlanılan edimle yoğun bağlantısı dikkate alındığında ifaya yardımcı yan yükümlülükler, sözleşmenin amacına uygun olarak tam ve gereği gibi ifasına yönelik yan yükümlülüklerdir¹²⁰. Bunlar özellikle asli edimin ifa hazırlıkları ve ifası esnasında önemli rol oynarlar. Sözleşmenin ifası sürecinde üstlendiği fonksiyon ve edim içeriği dikkate alındığında bunlar da belirli başlıklar altında sınıflandırılabilirler. Bu bağlamda, tipik hazırlama ve sağlama yükümlülükleri; muhafaza yükümlülükleri (Obhutspflichten) ve aydınlatma yükümlülükleri (Aufklärungspflichten) ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin alt başlıkları olarak isimlendirilebilir. Nihayet borçlunun ve

¹¹⁶ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; Hans Merz, **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil**, I. Teilband, Basel 1984, s. 62 vd.

¹¹⁷ Schwenger, **a.g.e.**, N. 4. 24; Theo Gulh/Hans Merz/Alfred Koller, **Das schweizerische Obligationenrecht**, 8. Auflage, Zürich 1991; s. 14.

¹¹⁸ Larenz, **a.g.e.**, s. 10 vd.; Otto Palandt/Peter Bassenge v.d. **Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, BGB Kommentar**, München 2015, Einl. v. § 241.

¹¹⁹ Yan edim yükümlülüklerinin de yan yükümlülüklerden olması ayırımın kapsam ve içeriğini belirlemeyi güçleştirmektedir. Yine bazı yazarların kullandığı bağımlı yan yükümlülükler ifadesi de özellikle koruma yükümlülüklerinin bir asli edime ilişkin olmamaları, hatta asli edim yükümünden bağımsız şekilde de var olabilmeleri nedeniyle söz konusu yan yükümlülükleri tam olarak ifade etmemektedir.

¹²⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 38; Larenz, **a.g.e.**, s. 138.

alacaklının genel nitelikteki işbirliği yükümlülüğü de çoğunlukla ifaya yardımcı yan yükümlülüklerden kabul edilmektedir¹²¹.

Özellikle ifa ihlali hallerinde borç ilişkisinin seyrini belirleyici önemine karşılık, dava edilebilir nitelikteki yan edim yükümlülüğü ile dava edilemez özellikteki ifaya yardımcı yan yükümlülüklerin birbirinden ayırt edilmesi çoğu zaman güçlük arz eder. Yan edim yükümlülüğünde muhataba asıl borç ile sağlanan dışında özel bir yarar sağlamak amaçlanmaktadır. Somut olayda sözleşme, dürüstlük kuralına göre yorumlandığında¹²², ilgili yükümün ifasında alacaklının bağımsız bir ifa menfaati tespit edilebiliyorsa ya da ilgili yüküm karşılıklılık ilişkisini oluşturan unsur niteliğinde ise, yan edim yükümlülüğü söz konusu olup, müstakil olarak ifası talep ve dava edilebilir. Yan edim yükümlülüğü, asli edim yükümlülüğünden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip olduğu için ayrı bir borç/alacak olarak ayrıca ifa davasına da konu olabilmekte iken, diğer davranış yükümlülüklerinden ifaya yardımcı yan yükümlülükler, ifa menfaatinin gerçekleşmesine hizmet eden, bununla birlikte asli edim yükümlülüğüne bağımlı nitelikteki yan yükümlülüklerdendir. İfaya yardımcı yan yükümlülükler bir (asli) borca ilişkin olan ve alacaklıya asıl borç ile amaçlanan özel yararı sağlamayı ve muhafaza etmeyi hedefleyen yan yükümlülüklerdir. Bunların müstakil olarak ifası talep ve dava edilemez¹²³.

Tarafların asli edim yükümlülerinin birbirinden kesin olarak ayrıldığı ve birbirini etkilemediği basit nitelikteki tipik sözleşme ilişkilerinde genellikle ifaya yardımcı yan yükümler, özellikle asli edim yükümlülüklerine bağımlı olmaları nedeniyle, borçlunun bu yükümlülüklerle aykırı davranması halinde alacaklının bağımsız bir ifa davası ile bunların ifasını talep edemeyeceği kabul edilmektedir¹²⁴. Bu yükümlülüklerin ihlali, ancak söz konusu ihlalin edim yükümlülüğünün de tam ve gereği gibi ifa edilmemiş olması sonucunu doğurması halinde ve yine edim yükümlülüğünün ihlali temeline dayalı olarak tazminat davasına konu olabileceği

¹²¹ Merz, **a.g.e.**, s. 68; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 37 ve 38.

¹²² Merz, **a.g.e.**, s. 69; Markus Neuenschwander, **Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht**, Bern 1971, s. 6.

¹²³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 37; Schwenger, **a.g.e.**, N. 4. 24; Hasan Seçkin Ozanoğlu, **Bankacılık İşlemlerinde Bankaların Müşterilerini Aydınlatma Yükümlülüğü**, Ankara 2004, s. 48.

¹²⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 37; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

kabul edilmektedir¹²⁵. Edim yükümlülüğünden bağımsız olarak tazminat davasına konu olabilmeleri mümkün değildir.

Vurgulamak gerekir ki, ifaya yardımcı yan yükümlülüğünün ihlali, karşı tarafın müstakilen korunmaya değer edim menfaatini olumsuz etkilediği girift sözleşme ilişkilerinde bunlar yan edim yükümü olarak tanımlanmak suretiyle aynen ifası talep edilebilecektir. Her münferit olayda sözleşme ile somut olayın bütün unsurları dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde tamamlayıcı- yorumla edimin niteliği belirlenecektir. Örneğin bir tüketici, satın almış olduğu televizyonun kendisine tesliminde paketlenmediği gerekçesiyle ifayı reddetmek suretiyle televizyonun paketlenmiş olarak kendisine teslimini dava edemez, sadece televizyonun paketlenmemiş olması (ifaya yardımcı yan yükümün ihlali) gerekçesiyle borcun gereği gibi ifa edilmediğinden hareketle TBK m. 112 hükmünün uygulama şartları altında tazminat talep edebilir. Buna karşılık, bir tüccar tekrar satmak üzere almış olduğu bir parti 100 adet televizyonun paketlenmemiş olarak teslimini reddetmek suretiyle paketlenmiş olarak teslimini dava edebilir. Keza tipik nitelikte parasal bir ücret karşılığı eser meydana getirilmesini konu edinen bir istisna sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü, ifaya yardımcı yan yüküm niteliğinde tanımlanabilir. Söz gelimi, terzi provaya gelmeyen iş sahibinin provaya gelmesini dava edemez. Ancak işi yapmamak dolayısıyla tasarruf ettiği miktar mahsup edilmek kaydıyla karşı edim niteliğindeki ücreti talep edebilir. Buna karşılık arsa payı satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesinde birlikte hareket etme yükümünün ihlali, çoğu zaman yüklenicinin arsa payının devrini talep hakkına ilişkin biricik nitelikteki karşı edim menfaatine de kavuşmasını olumsuz etkileyeceğinden, eserin meydana getirilmesine ilişkin işbirliği niteliğindeki yapı ruhsatı alınması gibi bir yükümlülüğün aynen ifası veya nama ifası talep edilebilir¹²⁶.

Kanaatimizce münferiden edimden hareketle müstakilen dava edilemez nitelikte ifaya yardımcı yan yüküm ya da müstakilen dava edilebilir nitelikte yan edim yükümü şeklinde kategorik bir tanımlama yapmaktansa, edim içeriği

¹²⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 37; Ozanoğlu, **a.g.e.**, s. 48.

¹²⁶ Türkiye'deki yaygın uygulamasından doğan yüksek önemi nedeniyle bu hususu ilerde daha detaylı olarak incelenmiştir. Bkz. III. Bölüm I. D. Arsa Payı Devir Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde İfa Davası Başlığı.

bağlamında sözleşme ilişkisinin ifasında üstlendiği fonksiyon ve özellikle karşı tarafın edim menfaatine olan etkisine göre her bir somut olaya göre bir değerlendirme yapılması yeğlenmelidir¹²⁷.

Koruyucu yan yükümlülükler veya kısaca koruma yükümlülükleri (Schutzpflichten) ise edimle doğrudan bağlantılı olmayan, alacaklının şahıs ve malvarlığı değerlerinde ifa dolayısıyla doğabilecek zararlardan alacaklının korunmasını amaçlar. Bu yan yükümlülükler, ifa menfaatini değil, alacaklının edim menfaati dışındaki menfaatinin korunmasına hizmet ederler. Bu menfaat alacaklının bütünlük (Integritaetsinteresse/Erhaltungsinteresse) menfaatidir. Koruma yükümlülüğü sözleşme kurulmadan önce sözleşme görüşmeleri esnasında, edimin ifası aşamasında ve hatta sözleşme sona erdikten sonra da doğabilir. Hatta edim yükümlülüğünden bağımsız, sadece koruma yükümlülüğü içeren borç ilişkileri de mevcuttur. Koruma yükümlülüklerinin dayanağı TMK m. 2 hükmünde hukuki altyapısını bulan dürüstlük kuralıdır. Koruma yükümlülüğünün ihlalinde alacaklı bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Hâkim görüş sözleşme öncesi ve sonrası koruma yükümlülüğünün ihlali halinde de tazminat talebinin borcun ihlaline ilişkin TBK m. 112 vd. hükümlerine göre gerçekleşeceği yönündedir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki işlem veya eylemin, somut ilişkinin niteliğine göre yukarıda açıklanan edim türlerinden biri olarak tanımlanması mümkündür. Mezkur edim türleri, bu tasnife göre birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ele alınacaktır¹²⁸.

VII. Külfet ile Borç Ayrımı ve Tespit Edilmesi

Külfet ve yüküm kavramları, borç ilişkisi çerçevesinde ve borç ilişkisinin amacı doğrultusunda üstlendikleri işlemlere göre tanımlanmalıdır. Külfet¹²⁹ ve yüküm (borç) arasında gerek yapısal öğeler, gerekse hukuksal işlev ve amaç bakımından farklılıklar mevcuttur. Bu farklılıklar, her bir kurum bakımından farklı

¹²⁷ Benzer yaklaşımla, Schwenger, **a.g.e.**, N. 4. 24-25.

¹²⁸ Birinci Bölüm IX. A. Birlikte Hareket Etmenin Yüküm Olarak Nitelendirilmesi Başlığı.

¹²⁹ Öğretide külfet kavramı, yükümlenti olarak da ifade edilmektedir.

hukuk kurallarının uygulanmasını gerektirmektedir¹³⁰. Külfet kavramının düzenlenmesinde temel alınan ilke kaynağını dürüstlük kuralında bulan çelişkili davranma yasağıdır. Çelişkili davranış, yetkiye sonradan dayanılmasının ancak kanuna, ahlaka ya da doğruluk kuralına aykırı olması halinde kabul edilemez¹³¹. Külfet kavramının temellendirilmesinde esas alınan bir diğer ilke, kişisel hukuk alanı teorisisidir. Buna göre zararın doğumuna yol açan olgu, kimin egemenlik alanında gerçekleştiyse, rizikoya da ilke olarak onun katlanması gerekir¹³². Casum sentit dominus ilkesinin doğal sonucu bireyin kişisel hak alanının aynı zamanda doğal sorumluluk alanını oluşturduğu ve bundan ötürü de doğal riziko dağılımına temel teşkil ettiği ilkesine dayanır. Dağıtıcı adalet ilkesine bağlı olarak hukuksal egemenlik alanı düşüncesine göre külfetin düzenlenmesindeki temel ilke, külfetle yükümlü kişinin kendi hukuksal egemenlik alanında ortaya çıkan rizikoları kendisinin üstlenmesi gerektiği ilkesine dayanmaktadır¹³³.

Külfet ve borç olgularına bağlanan hukuksal sonuçlardaki farklılık iki farklı olgunun doğasından kaynaklanmaktadır¹³⁴. Külfet kavramının hukuksal açıdan teknik niteliğinin açıklanmasında muhtelif görüşler ortaya çıkmıştır. Menfaatler durumunu esas alan yaklaşıma göre, yükümlü borçluyu alacaklının yararına davranmaya zorlamasına karşılık, külfet söz konusu olduğunda karşı tarafın norma uygun davranmasında alacaklının hiçbir menfaati bulunmamaktadır¹³⁵.

Hukuksal sonuçları esas alan yaklaşıma göre, yükümlü ihlallerinin yükümlüyü borçlu duruma soktuğunu ya da kendisine ilave borçlar yüklediğini, buna karşılık külfet ihlallerinin külfeti ifaya ödevli kişinin alacaklı olmasını engellediğini ya da

¹³⁰ Aday, **a.g.e.**, s. 13 vd.: yazar, mezkur monografide külfet kavramını, tarihsel, hukuki ve dogmatik unsurları ile Öğretideki bütün teori ve görüşleri de değerlendirmek suretiyle esaslı ve derinlemesine bir şekilde ele almaktadır. Yazar, külfet kavramı yerine yükümlü kavramını tercih etmektedir. Biz, Türk öğretisi ve uygulamasında daha yaygın olarak kullanılması ve bu anlamda yükümlü terimine nazaran daha ziyade yerleşmiş olması nedeniyle çalışmamızda külfet terimini yeğliyoruz. Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/ 1**, 5. Bası, İstanbul 1988, s. 155; Yavuz, **a.g.e.**, s. 104 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 45.

¹³¹ Aday, **a.g.e.**, s. 160.

¹³² Aday, **a.g.e.**, s. 164.

¹³³ Aday, **a.g.e.**, s. 168.

¹³⁴ Aday, **a.g.e.**, s. 239.

¹³⁵ Aday, **a.g.e.**, s. 122.

mevcut haklarının azalmasına yol açtığını ileri sürmektedir¹³⁶. Külfet gereği ifa edildiği takdirde, külfet lehtar, ‘*edim*’ olarak nitelendirilebilecek bir menfaat elde etmez¹³⁷. Yükümler ve külfetler işlevleri bakımından farklı hukuksal kurumlardır. *Yükümlere ilişkin hükümlerin tamamı, karşı tarafın edim menfaatinin sağlanmasına yöneliktir*. Edim menfaatinin aynen sağlanması olanaklı olduğu sürece, alacaklının bunu talep etmeye hakkı vardır. Somut durumda işin tabiatı nedeniyle ve yükümün üstlendiği fonksiyon nedeniyle doğrudan ifanın sağlanması mümkün olamadığı durumlarda, buna en yakın sonucun ortaya çıkarılması amaçlanmıştır. Bu genellikle tazminattır. Buna karşılık külfet olgularının gerçekleştirilmesi doğrudan doğruya ne külfeti ifa etmekle ödevli kimsenin ne de karşı tarafın *edim menfaatinin sağlanmasına hizmet etmektedir*¹³⁸.

Külfetin ihlali ile karşı tarafın edim menfaatinin bir zarara uğraması söz konusu olsa idi, bu durumda bozulan ilişkinin tamirine yönelik yaptırımların devreye girerek ihtilafın giderilmesi, ifanın sağlanması ya da alacaklının yitirdiği edim menfaatinin yerine geçecek bir tazminat talebinin sağlanması yoluyla borç ilişkisinin tasfiye edilmesi gerekcekti. Buna karşılık, külfetin ihlali karşı tarafın edim menfaatine zarar vermediği için karşı tarafa ifa ya da tazminat davası tanınmasına da gerek bulunmamaktadır¹³⁹. İster sözleşmeye ister kanuna dayansın, davranış kuralına uyulması karşı tarafa bir edim menfaati temin ediyorsa, külfet değil yüküm söz konusudur¹⁴⁰. Özetle yüküm ya da külfetin tespitinde, öncelikle edimin niteliğine bakılarak sözleşme ilişkisi içerisindeki fonksiyonu tespit edilmelidir. Görünürde aynı olan bir edim, sözleşme ilişkisi içerisinde üstlendiği işlev nedeniyle külfet niteliğinde olabileceği gibi yüküm niteliğinde de olabilir. Karşı edim menfaati zedelendiği bir durumda edim menfaatinin aynen sağlanması olanaklı olduğu sürece, alacaklının bunu talep etmeye hakkı vardır. Somut durumda işin tabiatı, yükümün üstlendiği fonksiyon itibariyle tecessüs eden hukuki niteliğinden ötürü ifanın sağlanması mümkün olamadığı durumlarda, buna en yakın sonucun ortaya çıkarılması, tazminat

¹³⁶ Aday, **a.g.e.**, s. 124.

¹³⁷ Aday, **a.g.e.**, s. 14.

¹³⁸ Aday, **a.g.e.**, s. 158.

¹³⁹ Aday, **a.g.e.**, s. 153.

¹⁴⁰ Aday, **a.g.e.**, s. 192.

ile edim menfaatinin sağlanması yoluna gidilecektir. Buna karşılık, karşı tarafın edim menfaatinin zedelenmediği bir durumda, külfetin mevcut olduğu tespit edilerek herhangi bir ifa veya tazminat hakkı tanınmayacaktır.

VIII. Yapma, Verme ve Yapmama Niteliği Açısından Edimlerin Tanımlanması ve Tasnifi

A. Genel Olarak

Edim, alacaklının borçludan ifasını talep edebileceği ve borçlunun da alacaklı yararına ifa etmekle yükümlü olduğu belirli ve sınırlı bir davranıştır¹⁴¹. Borçlunun davranış türüne göre edimler olumlu ya da olumsuz nitelikte olmak üzere temelde ikiye ayrılır. Yapma ve verme edimleri olumlu edimleri, yapmama edimleri, olumsuz edimleri oluşturur. Türk hukukunda genel olarak kabul gören sınıflandırmaya göre edimler içerikleri dikkate alındığında verme (dare), yapma (facere) ve yapmama (non facere) borcu olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır¹⁴². Daha ziyade İsviçre’de kabul gören ve Türk hukukunda da taraftar bulan bir başka görüşe göre, edimler yapma borcu ve yapmama borcu olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴³. Bu tanımlamada yapma borcu, hem dar anlamda yapma borçlarını hem de verme borçlarını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır.

B. Verme Borcu

Verme borcu söz konusu olduğunda borçlu edimini bir şey vermek suretiyle yerine getirir. Bu bağlamda borçlu edimini, malvarlığından bir şey vermek suretiyle yerine getirmektedir¹⁴⁴. Verme ve yapma edimleri arasındaki bu ayrım, borçlu yükümlülüğünün sınırlarını tespit etmek bakımından belirleyici niteliktedir. Verme borçlarında borçlu, yargılama safhasında ödeme gücünün yeterli olmadığını iddia ve

¹⁴¹ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2009, s. 5; Serozan, **İfa**, s. 9; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 96; Necip Kocayusufpaşaoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme**, 4. Bası İstanbul 2008, s. 34.

¹⁴² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 6; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

¹⁴³ Schwenger, **a.g.e.**, N. 4.13 vd.; Serozan, **İfa**, s. 13 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 35 vd.

¹⁴⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 106; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 34.

ispat ederek borcun mahkeme hükmüne bağlanmamasını, ilke olarak sağlayamaz¹⁴⁵. Elbette cebri icra safhasında borçlunun ödeme güçsüzlüğüne ilişkin hükümler saklıdır. Hemen vurgulamak gerekir ki yapma ve verme borçları bir arada bulunabilir. Sözleşmenin niteliğine ve ifa edilecek borcun niteliğine göre kimi durumlarda verme borcu kimi durumlarda yapma borcu ağırlık kazanır¹⁴⁶.

C. Yapma Borcu

Öğretide genel olarak kabul edilen görüşe göre, borçlunun bedeni ya da fikri gücü ile yerine getirilecek borçlara yapma borçları adı verilmektedir¹⁴⁷. Öğretide yapma borcuna karşılık olmak üzere işgörme borçları ifadesi de kullanılmaktadır¹⁴⁸. Bu tanımlama doğru, fakat eksiktir. Zira iş görme borçlarının ötesinde, günümüz ticari hayatında neredeyse asli edim yükümleri mertebesinde önem arz etmeye başlayan koruma yükümlülükleri, bilgi ve hesap verme yükümlülükleri gibi yan edim yükümlülüğü niteliğindeki borçlar da yapma borçları kapsamında değerlendirilmektedir. Örnek kabilinden sayacak olursak hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi, yayın sözleşmesi, iş görme borcu doğuran sözleşmelerdendir. Keza sözleşmenin ifa modeline uygun olarak ifa edilebilmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün belirgin olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin eseri meydana getirme borcu, iş görme borcu niteliğindedir¹⁴⁹.

Yapma ve verme borçları arasındaki ayrım, borcun ifasının üçüncü kişi tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği, borçlunun ölümünde edim yükümlülüğünün mirasçılara intikal edip etmeyeceği ve borçlunun iflasında borcun akıbeti bakımından belirleyicidir¹⁵⁰.

Belirleyici önemine karşılık, yapma edimleri bakımından, bunların borçlunun şahsına bağlı olup olmadığının ne şekilde tespit edileceğine ilişkin kesin ve belirgin kıstaslar mevcut değildir. Öğretide iş görme borçlarının kural olarak borçlunun

¹⁴⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 106 vd.

¹⁴⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 107.

¹⁴⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 6; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 105; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 35.

¹⁴⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 109.

¹⁴⁹ Yavuz, **a.g.e.**, s. 558.

¹⁵⁰ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 106 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 36.

şahsına bağlı bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir¹⁵¹. Bu ayrımın, hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi gibi üç farklı temel nitelikte işgörme sözleşmeleri açısından değerlendirildiğinde her zaman isabetli olmadığı görülür. Hizmet sözleşmesinde, borçlu sözleşmeden doğan borcunu ilke olarak şahsen ifa ederken, günümüzde eser sözleşmelerinin konusunu teşkil eden yapı projelerinde yüklenici, üstlendiği eseri meydana getirme borcunu, ilke olarak kendisi ifa etmez. Vekâlet sözleşmelerinde ise, borçlu işin niteliğine göre kimi zaman borcunu şahsen ifa ederken kimi zaman borcu tevkil yetkisine binaen maiyetindeki bir üçüncü kişiye yaptırır. TBK m. 83 hükmüne göre, ” borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa ile yükümlü değildir.” Somut olayın niteliği ve özellikle taraflar arasındaki menfaat dengesi dikkate alındığında, bir edimin alacaklı bakımından borçlu ya da bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi herhangi bir fark yaratmadığı takdirde, edimin şahsa bağlı bir nitelik arz etmediği kabul edilmelidir.

Yapma borçları bakımından bir diğer önem ve özellik arz eden ayrım, edim fiiline yönelik yapma borcu ve edim sonucuna yönelik yapma borcu şeklindedir. Edim fiiline yönelik borçlarda borçlunun borcu, sadece belirli bir davranışın özenli olarak ifası ile yerine getirilmiş olmaktadır. Buna karşılık edim sonucuna yönelik borçlarda sadece edimin ifa edilmesi yeterli olmamakta, ayrıca bir sonucun gerçekleştirilmesi yükümlülüğü de üstlenilmektedir¹⁵². Hizmet ve vekâlet sözleşmelerinden doğan asli edim yükümleri, edim fiiline yönelik borçlara örnek gösterilebilir. Buna karşılık eser sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim yükümü, eserin meydana getirilmek suretiyle iş sahibine teslim edilmesi olduğundan eserin meydana getirilmesine yönelik iş görme borcunun özenli olarak ifa edilmesi yeterli değildir, meydana getirilen eserin nesnel sonuç sorumluluğunun gereği olarak iş sahibine teslim edilmesi gereklidir. Bu durumda edim sonucuna yönelik bir borç söz konusudur.

¹⁵¹ Halil Akkanat, **Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi**, İstanbul 2004, s. 139; Serozan, **İfa**, s. 22; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 105.

¹⁵² Schwenzler, **a.g.e.**, s. 25.

D. Yapmama Borcu

Yapmama borcu söz konusu olduğunda, borçlu, hukuken yapabileceği bir işlemi veya eylemi yapmamayı taahhüt etmektedir. Yapmama borcu sözleşmeden doğabileceği gibi kanundan da doğabilir. Sözleşme ile işçinin rekabet etmeyeceğini taahhüt etmesi ya da ticari temsilcilerinin kanun gereği rekabet etme yasağının bulunması bu bağlamda örnek gösterilebilir.

Yapmama borcu, asli edim niteliğindeki yapma edimine bağlı bir yan borç olarak da mevcut olabilir. Esasında her sözleşme ilişkisi, içeriğinde bir yapmama borcu barındırır. Sözleşmeden doğan borçlarda, tarafların asli edimin ifasının gerçekleşmesini önleyecek veya tehlikeye sokacak bir davranışta bulunmama yükümlülüğü, diğer davranış yükümü (bağımlı yan yüküm) niteliğinde bir yapmama borcudur¹⁵³. Bu tür borçlar, sözleşme ile karşılıklı değişimi borçlanılan edim yükümlerinin amaç ve fonksiyonundan doğar. Eser sözleşmesinden iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi, sözleşmenin ifası ile amaçlanan eserin meydana getirilerek teslim edilmesini çoğu zaman olanaksızlaştırır. Bu gibi durumlarda iş sahibinin birlikte hareket etmeye ilişkin davranışı, yapmama borcunun ihlali niteliğindedir.

IX. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Hukuki Niteliği

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü değerlendirilirken meselenin dogmatik tarihsel arka planının dikkate alınması zorunludur. Yirminci yüzyılın başında etkin olan hukuki ve ekonomik görüş, mutlak özgürlükçülüğü ve mülkiyetçiliği esas almaktaydı. Bu görüşün en önemli temsilcilerinden Kohler'e göre borç, alacaklının malvarlığı kapsamındadır ve bu nedenle üzerinde dilediğince tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir¹⁵⁴. Bu özgürlükçü ve mülkiyetçi anlayış, yüzyılın başından beri hızla değişmeye başlamış, dar ve geniş anlamda borç kavramları ortaya çıkmış¹⁵⁵; şekli özgürlükçülük yaklaşımı yerine daha ziyade sosyal

¹⁵³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 103.

¹⁵⁴ Josef Kohler, "Annahme und Annahmeverzug", **Archiv für Bürgerliches Recht** 13 (1897), s.149, 165.

¹⁵⁵ Hartman, **Mitwirkung**, s. 46.

ilkeleri dikkate alan ve işbirliğine önem veren sorumlu bir yaklaşım geçerli olmaya başlamıştır¹⁵⁶. Bu yeni yaklaşımın en önemli görünümü, geniş manada borç ilişkisi kavramıdır¹⁵⁷. Buna göre geniş manada borç ilişkisi, bütün sözleşen taraflara sorumluluklar yükleyen bir organizma gibidir¹⁵⁸. Hem alacaklı hem de borçlu sözleşme amacına ulaşmak için işbirliğinde bulunmak durumundadır¹⁵⁹. Borç ilişkisi kavramı, dayanağını dürüstlük kuralında bulan ve tarafların asli edim yükümlerinin ötesinde yan ve koruma yükümlerinin de söz konusu olduğu girift bir yapıdır¹⁶⁰.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği, somut yükümlülüğün ifası ve ifa edilmemesine bağlanan yaptırımların belirlenmesi açısından önem arz etmektedir¹⁶¹. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, tezahür ettiği somut durum nedeniyle borç (diğer davranış yükümü veya koruma yükümü) olarak değerlendirilirse, bu halde bu yükümlülüğün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, TBK m. 112 anlamında borca aykırılık oluşturur ve iş sahibinin tazminat sorumluluğunu gerekli kılar. Bu husus, birlikte hareket etme yükümlülüğünün külfet olarak tezahür ettiği durumlardan farkını ortaya koymaktadır. Zira külfetin ihlali ilke olarak tazminat sorumluluğuna neden olmaz. Buna karşılık, yan yüküm veya koruma yükümü olarak borç niteliğindeki iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün külfet ile ortak noktası, bu yükümlülüğün ifasının dava ve cebri icra marifetiyle talep edilmesidir. Nihayet birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş veya işlem, asli edim veya yan edim yükümü olarak değerlendirilirse, bu takdirde hem ifası dava yoluyla talep edilebilir hem de ihlalinde tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülükleri duruma göre külfet, gerçek ve teknik anlamda borç, yan yüküm, yan edim yükümü ve hatta bir görüşe göre belirli özel durumlarda asli edim yükümü

¹⁵⁶ Mathias Schmoeckel, ‘100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe’, *NJW* 1996, s. 1700.

¹⁵⁷ Hartmann, *Mitwirkung*, s. 47.

¹⁵⁸ Christoph Müller-Foell, *Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag*, Berlin 1982, s. 34; Uwe Hüffer, *Leistungsstörungen durch Glaebigerhandeln –Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Glaebigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge-*, Berlin 1976, s. 220.

¹⁵⁹ Jan Scheube, *Die Rechtliche Einordnung der Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag- Obliegenheit oder Pflicht?*, Jena 2004, s. 64.

¹⁶⁰ Franz Wieacker, *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*, Frankfurt a. M. 1975, s. 24.

¹⁶¹ Scheube, *Auftraggebermitwirkung*, s. 65.

olarak değerlendirildiklerinden hukuki niteliğinin belirlenmesi güçlük arz etmektedir¹⁶².

Herhangi bir borcun, niteliği itibarıyla asli edim yükümü mü, yan edim yükümü mü, müstakil olmayan yan yüküm (diğer davranış yükümü) mü yoksa külfet mi olduğu hususu, ilgili kanun hükümleri ile taraflarca akdedilen sözleşmeye göre belirlenir¹⁶³. Somut durumun koşulları elverdiği ölçüde sözleşmenin tamamlayıcı yorumlanması da bu kapsamda değerlendirilir¹⁶⁴. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında sorumlu olduğu iş ve işlemlerin neler olduğu, ilk etapta taraflar arasında bağitlanan sözleşmeye ve ilgili kanun hükümlerine ve akabinde ticari örf'e göre belirlenir¹⁶⁵. Taraflarca akdedilen sözleşmede yer alan hükümler ile bu hükümlerin yorumlanması suretiyle iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki karakteri tespit edilecek ve bu hukuki karaktere göre olası hukuki sonuçlar belirlenecektir. Bu kapsamda somut olayda birlikte hareket etme yükümlülüğü, asli edim yükümü, yan edim yükümü, yan yüküm (diğer davranış yükümü) veya külfet olarak düzenlenmiş olabilir¹⁶⁶.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda Alman ve İsviçre Öğretisinde muazzam bir fikir çeşitliliği mevcuttur. Bu çeşitliliğin temelinde yatan sebep, her bir görüşün kategorik olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünü tanımlama gayretinden doğmaktadır. Aşağıda kısaca bu görüşler takdim edilecektir.

A. Birlikte Hareket Etmenin Yüküm Olarak Nitelendirilmesi

Geniş anlamda borç kavramından, taraflar arasında kurulan borç ilişkisi anlaşılmalıdır. Borç ilişkisi, alacaklı ile borçlu arasında bir veya daha fazla alacak hakkı ile bazı tali hakları ve borçları içeren sürekli bir çerçeve ilişki niteliğinde bir hukuki bağdır. Bu yönüyle borç ilişkisi, dar ve teknik anlamda kullanılan borç

¹⁶² Hoffmann, **a.g.e.**, s. 221.

¹⁶³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 331.

¹⁶⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 331.

¹⁶⁵ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642, N. 11.

¹⁶⁶ Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, **Privates Baurecht, Kommentar zu § § 631 ff.-, BGB**. 2 Auflage, München 2012, § 642 N. 6.

kavramından daha geniştir. Uygulamada borç kavramı ile çoğu kez, dar ve teknik anlamda borç kavramı kastedilir. Buna göre, bir hukuki bağa binaen alacaklı borçludan belirli bir davranışta bulunmasını, diğer deyişle alacak olarak tanımlanan bir edimi yerine getirmesini isteme hakkına sahip olmakta; buna karşı borçlu da söz konusu isteme uygun bir davranışta bulunmak, yani borç olarak tanımlanan bir edimi yerine getirme yükümlülüğü altına girmektedir. Dar anlamda borç kavramı ise, borç ilişkisinden doğan münferit alacak ve borçlardır. Geniş anlamda borçtan bir tek dar anlamda borç doğabileceği gibi bir tarafa ya da her iki tarafa yüklenmiş birden fazla borç da doğabilir. Borcun içeriğini, karşı tarafın edim menfaati ya da nihai olarak edim menfaatinin gerçekleşmesine hizmet eden bir diğer çıkarı ya da yükümlünün özel bir özen göstermesi gereken bir başka menfaati oluşturur¹⁶⁷.

Alman Öğretisinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün dürüstlük kuralından hareketle genel nitelikte ve gerçek anlamda bir borç olarak tanımlanması, önceleri yazarların çoğu tarafından reddedilmekte; sadece münferit¹⁶⁸ ve hatta istisnai¹⁶⁹ durumlarda borç olarak kabul edilmekte; ilke olarak külfet¹⁷⁰ olduğu ileri sürülmekteydi. Alman Öğretisindeki bu kanaat değişmiş, giderek birlikte hareket etme yükümlülüğünün borç olduğu görüşü ağırlık kazanmıştır. Hukuki niteliğin borç olduğu görüşünde olan yazarlar arasında da fikir çeşitliliği mevcuttur. Yazarların çoğu herhangi bir tartışmaya girmeksizin hukuki nitelemeyi *borç*¹⁷¹ olarak yapmaktadır. Kimi yazarlar sözleşmenin ifasının uzun zaman aldığı *kapsamlı yapı projeleri ile endüstriyel tesislerin* inşasını konu edinen sözleşmelerde birlikte

¹⁶⁷ Aday, **a.g.e.**, s. 154.

¹⁶⁸ Peter Schlechtriem, **Schuldrecht Allgemeiner Teil**, 6. Auflage, Tübingen 2005, N. 353.

¹⁶⁹ Karl Kreuzer/Hans Joachim Stehle, "Grundprobleme des Glaebigerverzugs", **JA 1984**, s. 76.

¹⁷⁰ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N. 17; Leupertz, **Mitwirkung**, s. 139; Prütting/Wegen/Weichreich, **BGB Kommentar** § 642 N. 1; § 642 N. 3; Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth, **Kommentar zum Bürgerlichengesetzbuch, Band 2**, 3. Auflage, München 2012, § 642 N. 6.

¹⁷¹ Walter Erman/Hans Christian Schwenker, **Handkommentar BGB**, 12. Auflage (2008) Köln, § 642 N. 2; Hans Teodor Soergel/Wiedemann, **BGB**, 12. Auflage (1990) Stuttgart, Einl. vor § 275 N. 399, 400; Messerschmidt/Voit, **Privates Baurecht**, N. 145; Ulrich Werner/Walter Pastor, **Der Bauprozess**, 15. Auflage, Köln 2015, N. 1770; Gerd Motzke/Günter Bauer/Thomas Seewald, **Prozesse in Bausachen**, 2. Auflage, Baden Baden 2014, § 5 N. 188; Götz von Craushaar, "Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers", **Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag**, Düsseldorf 1999, s. 154; Heiko Fuchs, **Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien**, Düsseldorf 2003, s. 356 vd.; Christian Armbrüster/Elmar Bickert, "Unzulaengliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag", **NZBau 2006/3**, s. 153.

hareket etme yükümlülüğünü borç olarak tanımlamaktadır¹⁷². Kimi yazarlar ise birlikte hareket etme yükümlülüğünün külfet olduğu görüşünü savunmaya devam etmektedirler¹⁷³. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün borç olduğu görüşünde olanlar, dürüstlük kuralından hareketle yan edim yükümü veya yan yüküm (diğer davranış yükümü) görüşünü savunmaktadırlar. Aşağıda bu görüşler kısaca takdim edilecektir.

1. Asli Edim Yükümü-Yan Edim Yükümü

Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin tipini, nitelik ve özelliklerini belirleyen temel borçtur¹⁷⁴. Asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin temel içeriğini, doğrudan doğruya ifası talep edilebilen borcunu oluşturmaktadır¹⁷⁵. Eser sözleşmesinde ilke olarak asli edim yükümü, bir yanda eserin meydana getirilerek teslim edilmesi; diğer tarafta ücretin ödenmesidir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü kapsamında ve TBK m. 26 uyarınca iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında bulunan iş ve işlemleri asli edim yükümü veya yan edim yükümü niteliğinde tanımlayabilirler¹⁷⁶. Sözleşmede bu yükümlülüklerin aynen ifasının talep edilebileceği veyahut ihlalinde tazminat sorumluluğunun doğacağı öngörülebilir.

Uygulamada kapsamlı yapı projelerini konu edinen eser sözleşmelerinde iş sahibinin işbirliği borcu kapsamında hangi iş ve işlemleri tesis edeceği sözleşmede öngörülmektedir. Yargılama süreçlerinin ağır zamansal maliyeti nedeniyle genellikle aynen ifa yerine her bir ihlalde uygulanacak tazminat miktarları cezai şart olarak belirlenmektedir.

İş sahibinin eser sözleşmesi kapsamında ifa edeceği iş ve işlemlerin asli edim yükümü olarak açıkça tanımlandığı, adeta synallagmanın temel ve vazgeçilmez unsuru haline getirildiği durumlarda meselenin çözümü kolaydır. Sözleşmenin

¹⁷² Nicklisch, **BB 1979**, s. 533; Müller-Foell, **a.g.e.**, s. 111; Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 4 ve N. 22.

¹⁷³ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N. 17; Leupertz, **Mitwirkung**, s. 139; Prütting/Wegen/Weichreich, **BGB Kommentar** § 642 N. 3; Bamberger/Roth, **BGB Kommentar**, § 642 N. 6.

¹⁷⁴ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 87; Schwenger, **a.g.e.**, N. 421; Wolfgang Wiegand, "Von der Obligation zum Schuldverhältnis", **recht 1997/3**, s. 91.

¹⁷⁵ Olaf Henss, **Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht**, Frankfurt a. M. 1988, s. 95.

¹⁷⁶ Peters, **NZBau 2011**, s. 645; Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

tanziminde kullanılan ifadeler emir ya da mastar kipinde kullanılmış olabilir. Sözleşmenin tanziminde seçilen kelimelerin ifade kudretinden bağımsız olarak bu nevi bir düzenleme sözleşmede yer aldığı takdirde, TBK m. 26 anlamında gerçek ve teknik anlamda bir borcun öngörüldüğü kabul edilir¹⁷⁷. Teknik anlamda bir borcun neticesi olarak yüklenici, iş sahibinden ifa talep edebilir. İş sahibince ifa edilecek iş veya işlem bu şekilde açıkça tanımlanmadığı durumlarda, sözleşmenin tamamında yer alan hükümlerin tutarlılığından veya sözleşmenin tamamlayıcı yorumu yoluyla bu sonuca varılabilir¹⁷⁸.

Taraflar, sözleşme ile birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen iş ve işlemleri, yan edim yükümü olarak da tanımlamış olabilirler. Yan edim yükümleri, asli edime nazaran ikincil derecede olsa da asli edimden bağımsız bir amaç ve içeriğe sahip olduklarından gerçek ve teknik anlamda bir borç olarak kabul edilirler. Bu nedenle, asli edim yükümünden bağımsız olarak ifası dava edilebileceği gibi ihlalinde tazminat sorumluluğu da doğar¹⁷⁹. Sözleşmeden doğan yan edim yükümlerinin hukuki niteliği gereği, muacceliyet şartları mevcut olduğu takdirde, ifası dava edilebileceği gibi bu talebin ihtiyati tedbir yoluyla uygulanması yoluna da gidilebilir¹⁸⁰.

Eser sözleşmesi pratiğinde asli edim yükümü eserin meydana getirilmesi olduğundan, eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibince ifası lazım gelen iş ve işlemler genellikle yan edim yükümü olarak tanımlanırlar¹⁸¹. Birlikte hareket etme yükümleri hukuki karakterleri itibari ile her ne kadar borç niteliğinde değerlendirilebilir ise de, synallagma içerisinde bulunan asli edim olmadıklarından genelde yan edim yükümü olarak tanımlanırlar¹⁸². Uzun süreli yapı sözleşmelerinde, özellikli yapılarda, endüstriyel tesislerin inşasını konu edinen

¹⁷⁷ Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

¹⁷⁸ Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

¹⁷⁹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 88.

¹⁸⁰ Hoffmann, **a.g.e.**, s. 224.

¹⁸¹ Eser sözleşmesi uygulamasına bakıldığında karşılaşılabilecek çok olanaklı olmasa da çok özel ve istisani içerikteki sözleşme ilişkilerinde taraflar, ilgili birlikte hareket etme yükümünü, ihlalinde uygulanacak hukuki müeyyideleri ile çok detaylı olarak tanımlayarak ve sözleşmedeki karşılıklı menfaat dengesini yansıtan synallagmanın bir unsuru haline getirerek adeta asli edim yükümü mertebesinde konumlandırabilirler.

¹⁸² Hoffmann, **a.g.e.**, s. 224.

sözleşmelerde eserin meydana getirilebilmesi için yüklenici ile iş sahibi arasında, alışlagelen çerçevenin oldukça ötesinde, birbirine sıkı sıkıya bağlı ve yoğun bir işbirliği gereklidir¹⁸³. Bu gibi sözleşmelerde iş sahibinin bizatihi kendisinin ya da ifa yardımcısı konumundaki kimselerin teknik bilgisi, eserin kararlaştırılan vadede ve gereği gibi meydana getirilebilmesi için belirleyici önemdedir¹⁸⁴. Bu nevi sözleşmelerde taraflar birlikte hareket etme yükümlerini gerçek anlamda borç olarak düzenleyebilecekleri gibi somut olaydaki koşullar değerlendirilmek suretiyle sözleşmenin yorumundan da bu sonuca varılabilir¹⁸⁵. Eser sözleşmesinde yüklenicinin yegâne menfaati karşı edim niteliğindeki ücrete hak kazanmaktan ibaret olmayabilir. Yüklenicinin bizatihi eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise¹⁸⁶ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin yorumundan tarafların ilgili birlikte hareket etme yükümünün ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir¹⁸⁷.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün sözleşmede diğer davranış yükümü veya yan edim yükümü olarak düzenlenip düzenlenmediğini her bir somut olayda sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlemek gerekir¹⁸⁸. Bu yorum yapılırken gerektiğinde tarafların farazi iradeleri, dürüstlük kuralı doğrultusunda yorumlanarak sözleşme tamamlanır. Eserin meydana getirilmesi safhasında belirli edimlerin iş sahibince ifa edildiği takdirde ücrete belirli oranda indirimle gidileceğine ilişkin synallagmatik indirim hükümleri sözleşmede yer aldığı takdirde bu nevi sözleşmesel yan edim yükümlerinin mevcut olduğu sonucuna varılabilir¹⁸⁹. Söz gelimi ifa sürecinde lazım gelen elektriğin iş sahibince temin edilmesi karşılığında kararlaştırılan ücrete % 1-2 oranında indirim öngörülmüş olabilir¹⁹⁰. Bu muhteviyata sahip hükümler, ifa edildikleri takdirde iş sahibinin karşı edim borcunda

¹⁸³ Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

¹⁸⁴ Hoffmann, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁸⁵ Hoffmann, **a.g.e.**, s. 225.

¹⁸⁶ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusätzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

¹⁸⁷ Stauber, **a.g.e.**, N. 173.

¹⁸⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345.

¹⁸⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345.

¹⁹⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1320.

bir azalmayı beraberinde getirdiklerinden dolayı olarak sözleşmenin üzerine bina edildiği synallagma içerisinde değerlendirildiğinden yan edim yükümü niteliğindedirler.

Sözleşmede bu konuda açık bir hüküm olmadığı, diğer deyişle boşluk bulunduğu takdirde, sözleşme boşluğu tarafların farazi iradeleri dikkate alınmak suretiyle hâkim tarafından doldurulur. Tarafların farazi iradeleri doğrultusunda sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmak suretiyle iş sahibine yan edim yüküm niteliğinde bir sorumluluk yüklenmesi yoluna gidilirken dikkatli olmak gerekir. Her bir somut olayda sözleşmenin özel içeriği bağlamındaki münhasır niteliği dikkate alınarak tarafların menfaatleri tartıldığında dürüstlük kuralına göre isabetli değerlendirilebildiği takdirde bu yola başvurulabilir¹⁹¹.

2. Diğer Davranış Yükümü (weitere Verhaltenspflichten)

Daha önce ifade edildiğ üzere, bazı yazarlar diğer davranış yükümleri terimi yerine yan yükümler¹⁹² veya bağımlı yan yükümler¹⁹³ terimini yeğlemektedir. Diğer davranış yükümleri, özellikle asli edimin ifa hazırlıkları ve ifası esnasında önemli rol oynarlar. Sözleşmenin ifası sürecinde üstlendiği fonksiyon ve edim içeriği dikkate alındığında bunlar tipik hazırlama ve sağlama yükümlülükleri; muhafaza yükümlülükleri (Obhutspflichten); aydınlatma yükümlülükleri (Aufklärungspflichten); borçlunun ve alacaklının genel nitelikteki işbirliği yükümlülüğü (Mitwirkungspflicht) olarak tanımlanabilirler. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemlerin diğer davranış yükümü niteliğinde olduğu Türk Borçlar Kanununda ve ezcümle eser sözleşmesi hükümlerinde genel bir ilke olarak açıkça öngörülmemiştir. Taraflarca bu konuda açık bir hüküm öngörülmemişse, diğer davranış yükümlülüğünün hukuki dayanağını öncelikle taraflarca akdedilen eser sözleşmesinin bizatihi kendisi oluşturmaktadır¹⁹⁴. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün kanuni dayanağı taraflarca akdedilen sözleşmeye dayanan dürüstlük kuralıdır. Dürüstlük kuralına göre taraflar,

¹⁹¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345 ve 1346.

¹⁹² Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 90; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 31 vd.; İpek E., **a.g.e.**, s. 67 vd.

¹⁹³ Schwenzler, **a.g.e.**, N. 4. 24; Merz, **a.g.e.**, s. 14.

¹⁹⁴ Wiegand, **recht 1997/3**, s. 91.

sözleşme amacını tehlikeye düşürecek davranışlardan kaçınmakla yükümlüdürler. Olumlu olarak ifade edersek, taraflar, sözleşmenin ifasını gerçekleştirmek için üzerlerine düşeni yapmakla yükümlüdürler¹⁹⁵. Bu yükümlülük, doğrudan sözleşmenin ifası ile bu ifadan doğacak menfaate, daha açık bir deyişle edim sonucuna (Leistungsbezogen)¹⁹⁶ ilişkin olduğundan, asli edim yükümü dışındaki yükümlerinin en önemlisidir¹⁹⁷. Diğer davranış yükümlerinin kapsamında sözleşmeden doğan edimin ifasına hazırlık, edimi destekleme ve sağlama kapsamında muhtelif nitelikte yükümlülükler söz konusu olabilir¹⁹⁸. Borçlu ve alacaklı kavramlarının keskin surette ayrı olduğuna ilişkin görüşün aşılmasından ötürü ilke olarak alacaklı/iş sahibi de bu nevi davranış yükümlerinin borçlusuna olabilir¹⁹⁹.

Eserin meydana getirilmesi safhasında iş sahibince ifası lazım gelen bir işlem veya eylemin sadece taraflardan birinin yararına olmayıp, dürüstlük kuralından doğan bir davranış yükümü niteliğinde olup olmadığı yapılacak değerlendirmeye göre belirlenecektir²⁰⁰. Bu değerlendirme, dürüstlük kuralına göre sözleşmenin - gerektiğinde- tamamlayıcı olarak yorumlanması yoluyla gerçekleştirilecektir. Dürüstlük kuralından bu nevi bir yükümlülüğün doğup doğmadığının belirlenmesinde ilgili davranışın sözleşme amacının gerçekleşmesindeki işlevine bakılacaktır²⁰¹. İlgili davranışın sözleşme amacı ve ifasıyla yoğunluğu arttıkça sözleşmenin kurulmasından doğan bir borç olarak tanımlanma niteliği artar. Zira sözleşmenin tarafı sadece kendi borcunu ifa edeceğini taahhüt etmez. Sözleşmeyi kuran taraf aynı zamanda sözleşme amacının gerçekleşmesi ve edimlerin müteakibliyeti için gerekli davranış programına uyacağını da taahhüt eder²⁰³. Taraflar arasındaki sözleşmeden doğan güven ilişkisi gereği bir borcun alacaklısı konumunda bulunan iş sahibi de, borcun ifa edilmesini olanaklı kılmak ve

¹⁹⁵ Palandt-BGB Kommentar, § 242. N. 4 B; Akyol, **Dürüstlük Kuralı**, s. 46.

¹⁹⁶ Wiegand, **recht 1997/3**, s. 91.

¹⁹⁷ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 48.

¹⁹⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 38; Hans Peter Walter, ‘‘Auf dem Weg zum Schuldverhaeltnis’’, **recht 2005**, s. 73.

¹⁹⁹ Walter Erman/Harm Peter Westermann, **Erman BGB Kommentar**, 10. Auflage, Köln 2014, § 242 N. 55.

²⁰⁰ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 49.

²⁰¹ Hans Theodor Sorgel/Wolfgang Siebert, **Soergel-BGB Kommentar**, 12. Auflage, Stuttgart 1990, § 242 N. 164.

²⁰³ Soergel-BGB Kommentar, vor § 275 N. 399, vor § 293 N. 24.

desteklemekle yükümlüdür²⁰⁴. Bu bağlamda birlikte hareket etme yükümlülüğü eserin meydana getirilmesi yoluyla sözleşme amacının gerçekleşmesi bakımından belirleyicidir. Özellikle bu çalışma kapsamında tartışılan birlikte hareket etme yükümlülükleri, sözleşmeden doğan ifa ediminin gerçekleşmesini sağladığından teknik anlamda borç olarak değerlendirilen diğer davranış yükümlülüklerindedir²⁰⁵. İş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlal edilmesi aynı zamanda ve dolaylı olarak edimlerin karşılıklı değişimini engeller²⁰⁶. Bu nedenle sözleşmenin ifası yükümlülüğünden her daim ve doğrudan bir diğer davranış yükümlülüğü doğar ki buna göre alacaklı gerekli davranışı ifa ve/veya işlemi tesis etmek suretiyle birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olur²⁰⁷.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün en belirgin unsuru, borçlunun *edimini ifa edebilmesini elverişli hale getirmesi* hususudur²⁰⁸. Yüklenicinin asli edim yükümü ile bağlantılı olarak alacaklının diğer davranış yükümü kapsamında değerlendirilen ifaya yardımcı nitelikte bir işbirliği yükümü söz konusu olması için gerekli davranışın alacaklı sıfatında bulunan iş sahibinin hukuki veya fiili etki alanında olması gerekir²⁰⁹.

Vurgulamak gerekir ki, diğer davranış yükümlükleri genellikle edim yükümlüklerine bağımlı bir nitelik arz ederler. Bağımsız bir varlığa sahip olmadıklarından müstakil bir ifa davasına konu olmaları olanaklı değildir. Ancak ihlal edildiklerinde tazminat talebine neden olurlar²¹⁰.

3. Koruma Yükümü

Eserin meydana getirilmesini olanaklı kılmaya yönelik iş sahibi tarafından ifası lazım gelen iş ve işlemler genellikle aktif niteliklidir. Ancak belirli koşullar

²⁰⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 349

²⁰⁵ Somut sözleşme ilişkisindeki menfaati durumu ve özellikle karşı edim menfaati dikkate alındığında bu her zaman geçerli değildir. Bu bağlamda özellikle arsa payı satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesinde durum farklıdır. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. Başlığı.

²⁰⁶ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 50.

²⁰⁷ Günther Köpcke, **Typen der positiven Vertragsverletzung**, Stuttgart 1965, s. 70.

²⁰⁸ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 49 vd.

²⁰⁹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 49.

²¹⁰ Schwenger, **a.g.e.**, s. 24.

mevcut olduğu takdirde, birlikte hareket etme yükümlölükleri yukarıdaki başlıkta izah edilen diğer davranış yükümlerinden ziyade koruma yükümleri olarak ortaya çıkabilir. Koruma yükümleri, asli edim yükümlerinin doğrudan ifasına hizmet etmekten ziyade, taraflar arasında kurulan özel hukuki bağ dolayısıyla sözleşmenin diğer tarafını olası zararlardan korumak yoluyla borç ilişkisinin geniş manada amacına hizmet ederler²¹¹. İlke olarak bu yükümlölükler her olayda söz konusu olmaz. Genellikle birlikte hareket etme yükümlölüğünün ihlali, sözleşmenin ifasındaki yarar ile sınırlıdır. Bununla beraber sözleşmenin kurulmasıyla taraflar arasında sosyal bir temas meydana gelmekte ve bu nedenle diğer tarafın hukuki varlıklarına etki etme olanağı artmaktadır. Bu husus, anılan yükümlölüğün dayanağını oluşturmaktadır²¹². Somut olayda birlikte hareket etme yükümlölüğünün ifa edilmemesi, sözleşmenin ifasındaki yararın ötesinde yüklenicinin işletmesel faaliyetine etki ediyor²¹³ ve bu surette ekonomik/hukuki varlıkları olumsuz etkileniyorsa, bu halde birlikte hareket etme yükümlölüğü kapsamında koruma yükümlölüğünden bahsedilir²¹⁴. İş sahibinin zamanında ve somut durumun koşullarına uygun olarak birlikte hareket etmesi, sadece eserin meydana getirilmesi borcu bakımından değil, aynı zamanda yüklenicinin işletmesel koordinasyonu bakımından da belirleyici önemdedir.

Özellikle çok sayıda üretim unsurunun etkinleştirilmesi suretiyle eserin meydana getirilmesi borcunun ifa edilebildiği kapsamlı yapı işlerinde birlikte hareket etme yükümlölüğünün gereği gibi ifa edilmemesi, sürecin aksamasına ve dolaylı olarak yüklenicinin diğer sözleşmelerden doğan taahhütlerini gereği gibi ifa edememesine neden olur. Eserin meydana getirilmesinde iş sahibinin zamanında ve gereği gibi birlikte hareket etmemesi nedeniyle imalat süreci uzayabilir. Bu nedenle yüklenici işin ifasında kullanılan özel bir makine/teçhizatı (tünel kazık sistemi, v.s), taahhütte bulunduğu başka bir sözleşmeden doğan borcunu öngörülen vadede ifa edememesine, nihayetinde cezai şart ya da tazminat ödemek durumunda kalmasına

²¹¹ Bernhard Berger, **Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers**, Dissertation Bern, s. 66.

²¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 39 vd.

²¹³ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 53.

²¹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 39 vd.

neden olur. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde borcun meydana getirilmesinin engellenmesi suretiyle yüklenicinin işletmesel faaliyetinin kilitlendiği bu gibi durumlarda, müstakil nitelikli bir borca aykırılık söz konusudur²¹⁵. Sözleşmenin ifa sürecinin kilitlenmesinden doğan bu etkiler, sözleşmenin doğrudan ifa edilmesi yararı kapsamında değerlendirilmekten ziyade sözleşmenin sıkıntılı ifa sürecinden doğan yüklenicinin dolaylı ve diğer türlü zararları olarak değerlendirilir²¹⁶. Bunlar, yüklenicinin diğer varlıklarının yanında ekonomik varlıklarının da korunması kapsamında değerlendirilir²¹⁷. İş sahibi kendisinden kaynaklanan sebeple yüklenicinin ekonomik varlıklarının zarar görmemesini sağlamak, bu anlamda bütünlük menfaatinin²¹⁸ sağlamak suretiyle onu korumakla yükümlüdür²¹⁹. Zira yüklenici, iş sahibi ile yaptığı sözleşme gereğince borcunu ifa ettiğinden korunmaya değer bir yararı mevcuttur²²⁰. Diğer taraftan bu gibi durumlarda yüklenicinin ekonomik varlıklarının zarar görme ihtimalinin bertaraf edilmesi, çoğunlukla sadece iş sahibinin işlem ve eylemi ile olanaklıdır²²¹.

Davranış yükümü niteliğinde olan koruma yükümlerinin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Taraflar arasında bağtlanan sözleşme ilişkisine ya da doğrudan dürüstlük kuralına dayandıkları görüşleri öne çıkmaktadır²²².

Nihayet koruma yükümleri müstakil bir varlığa sahip olmadıklarından dava yoluyla ifası talep edilemez. Koruma yükümlerinin ihlalinde TBK m. 112 vd. hükümlerine göre tazminat sorumluluğu söz konusu olur²²³.

B. Birlikte Hareket Etmenin Külfet Olarak Nitelendirilmesi

Külfet kavramı sözlük anlamının ötesinde Türk hukukunda teknik bir terimdir²²⁴. Borç ve külfet kavramları yapısal özellikleri itibariyle birbirinden

²¹⁵ Soergel, **BGB-Kommentar**, Vor. § 275 N. 399.

²¹⁶ Hartmann, **a.g.e.**, s. 53.

²¹⁷ Köpcke, **a.g.e.**, s. 79.

²¹⁸ Erhaltungssinteresse/Integritaetsinteresse.

²¹⁹ Heinrich Stoll, ‘‘Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung’’, **AcP 136**, s. 257.

²²⁰ Christoph Oswald, **Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich**, Zürich 1987, s.119.

²²¹ Soergel, **BGB-Kommentar**, § 242 N. 183 vd.

²²² Berger, **a.g.e.**, s. 66.

²²³ Merz, **a.g.e.**, s. 69.

ayrılmaktadır. Külfet kavramı, karşı taraf açısından, *edim menfaati* olarak değerlendirilemeyecek davranış kurallarıdır. Külfet oluşturup oluşturmadığı noktasında tereddüt duyulan olgu, karşı taraf açısından edim menfaati sağlayıp sağlamamasına göre külfet ya da yüküm olarak tanımlanabilecektir²²⁵. Borcun ifa edilmesi, talep sahibinin menfaati gereği iken; külfetin ifası ilke olarak külfetle yükümlü olanın yararınadır²²⁶. Diğer hukuki sonuçlarının yanında borcun ihlali, borçlunun tazminat sorumluluğunu²²⁷ gerektirirken külfetin ihlali, külfetle yükümlü olanın lehine olan haklarından istifade edememesi neticesini doğurur²²⁸. Bu bağlamda külfet, teknik anlamda borç kavramına göre daha düşük yoğunluklu davranış ilkelerini ortaya koyar ki bunların ihlali söz konusu olduğunda mahkeme marifetiyle cebren ifası talep ve dava edilemez²²⁹. Külfetlerin ihlalinde tazminat sorumluluğu dahi doğmadığından dar ve teknik anlamda borç olarak tanımlanabilmeleri olanaklı değildir²³⁰.

Külfet, teknik anlamda borçlandırıcı bir yükümlülük değildir²³¹. Külfetin gereği yerine getirildiği takdirde, külfet lehtarının edim olarak nitelendirilebilecek bir menfaat elde ettiği söylenemez²³². Bunun sonucu olarak külfet, ifayı talep hakkı doğurmaz ve mahkeme ya da diğer hukuki mekanizmalar marifetiyle cebri icrası talep edilemez²³³. Külfetin ihlali, ilke olarak mükellef açısından olumsuz hukuki sonuçlara neden olur ve sözleşmede hak sahibinin (eser sözleşmesinde yüklenicinin) herhangi bir ifa talebi söz konusu olamaz²³⁴. Sadece ifayı, eser sözleşmesinde eserin

²²⁴Thomas Ehrensberger, **Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht**, Dissertation, Zürich 2006. s. 19 vd.

²²⁵Aday, **a.g.e.**, s. 152.

²²⁶Christine Meierhöfer, **Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers und Rechtsfolgen der Verletzung bei Individualsoftwareerstellungsvetraegen**, Hamburg 2012, s. 135.

²²⁷Peter Gauch/Walter René Schlupe, **Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Zürich 1991, N. 101 vd.;

²²⁸Christoph Morgen, **Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im VOB/B-Bauvertrag- Zugleich Darstellung einer Methode der Vertragsauslegung zur Bestimmung der Rechtsnatur der Mitwirkungshandlungen des Bestellers im allgemeinen Werkvertragsrecht**, Berlin 2005, s. 16; Ali Naim İnan/Özge Yüce, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 116.

²²⁹Christian Armbrüster/Elmar Bickert, ‘‘Unzulängliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag‘‘, **NZBau 2006/3**, s. 153.

²³⁰Meierhöfer, **a.g.e.**, s. 135.

²³¹Kniffka, **Kooperationspflichten**, s. 3

²³²Aday, **a.g.e.**, s. 14.

²³³Schwenzer, **a.g.e.**, s. 482.

²³⁴Kapellmann, **NZbau 2011**, s. 194.

meydana getirilmesini, arzu eden taraf, külfetin gereğini yerine getirmelidir. Aksi takdirde ifa talebini kaybeder²³⁵. Külfetler, hukuksal ilişkinin öngörülen olağan akışında sonuçlandırılabilmesi için alacaklı tarafından yerine getirilmesi gerekli olan davranış kurallarıdır²³⁶.

Alman öğretisindeki bazı yazarlara göre iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, külfet olarak nitelendirilmelidir²³⁷. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, sadece alacaklının temerrüdü hükümlerine göre hareket edilmelidir²³⁸. Bu görüşü gerekçelendirilmesinde kullanılan temel argüman, iş sahibinin işgörme borcu niteliğindeki eser sözleşmesinde alacaklı konumunda olması ve BGB § 293 vd. hükümlerinde öngörülen alacaklının temerrüdü için kusurun şart olmadığı hususudur²³⁹. Bundan hareketle alacaklının birlikte hareket etme yükümlülüğünün borç olarak düzenlenemeyeceği sonucuna varılmaktadır²⁴⁰. Alacaklı temerrüdünün kısıtlı hukuki sonuçları dikkate alındığında, yasa koyucu BGB'nin yasalaştığı dönemde etkin olan kusur teorisine rağmen alacaklının temerrüdünü kusur şartına bağlamadığı ileri sürülmüştür. Zira alacaklının temerrüdünün genel hukuki sonuçları arasında borçlunun bütün zararının karşılanmasının söz konusu olmadığı ifade edilmiştir²⁴¹. Ancak külfet görüşündeki yazarların çoğu, Federal Mahkemenin görüşüne paralel olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin somut olayın koşullarına göre aynı zamanda dürüstlük kuralının ihlali anlamına gelebileceğini kabul etmektedirler²⁴².

Birlikte hareket etme yükümlülüğü külfet olarak kabul edildiği takdirde, iş sahibi, yükümlülüğün gereğini ifadan imtina ettiği takdirde dava yoluyla ifası talep edilemeyeceği gibi, yükümlülüğün ihlali nedeniyle doğan zararlar için tazminat da

²³⁵ Aday, **a.g.e.**, s. 147.

²³⁶ Aday, **a.g.e.**, s. 152.

²³⁷ Peters, **NZBau 2011**, s. 642; Meurer, **MDR 15/2001**, s. 850; Leupertz, **BauR 2010**, s. 1999; Oetker/Maultzsch, **a.g.e.**, s. 517; Reiner Schmidt, **Die Obliegenheiten**, Karlsruhe 1953, s. 146 vd.; Bassenge, **Palandt-BGB Kommentar**, § 642 N. 1; Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N. 17

²³⁸ Peters/Jacoby, **Staudingers Kommentar**, § 642 N.18; Schlechtriem, **Schuldrecht AT**, N. 352.

²³⁹ Henss, **a.g.e.**, s. 97 v.d.

²⁴⁰ Schmidt, **a.g.e.**, s. 146 vd.; Wertheimer, **JuS 1993**, s. 646, 650.

²⁴¹ Soergel, **BGB-Kommentar**, Vor. § 293 N. 2.

²⁴² Heinrich Lehmann, Anmerkung BGHZ 11, 80, **JZ 1954**, s. 240 vd.; Heinrich Götz, **Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung-BGHZ 11, 80, Jus 1961**, s. 58; Frank Wertheimer, **Glaublicherverzug im System der Leistungsstörungen, JuS 1993**, s. 650.

talep edilemeyecektir²⁴³. Yüklenicinin bizatihi sözleşmenin ifasında bir menfaati söz konusu değilse, sözleşmedeki hükmü, gerçek ve teknik anlamda bir borç olarak değerlendirmekten ziyade iş sahibinin hakkına kavuşmasını sağlayacak nitelikte bir külfet olarak yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür²⁴⁴. Ancak, külfet olarak yapılacak tanımlamada, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yüklenicinin zarar görmesi durumunda, meselenin tabiatı ve menfaatler dengesine aykırı bir şekilde, tazminat sorumluluğu söz konusu olamayacaktır²⁴⁵. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde eser, sözleşme gereğine uygun olarak meydana getirilemediği durumlarda *sadece* iş sahibinin menfaati haleldar olsaydı, bu takdirde külfet olarak yapılan tanımlama, hukuken isabetli kabul edilebilirdi. Ancak, bu durum en azından ifası uzun zaman alan yapı işlerini içeren eser sözleşmeleri bakımından geçerli değildir. Zira birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali sadece iş sahibinin talep haklarını etkilememektedir. Birçok açıdan yüklenici nezdinde salt sözleşme gereği belirlenen ücretle karşılanamayan zararlara neden olmaktadır²⁴⁶.

Unutulmamalıdır ki alacaklının temerrüdü hükümleri borçluya sadece bir ön koruma sağlar, nihai olarak meseleyi çözmezler²⁴⁷. Ayrıca, külfet tanımlamasında eser sözleşmesinin tabiatından doğan özel hususlar ile eser sözleşmesi kurumu kapsamındaki özel hükümler dikkate alınmamaktadır²⁴⁸. Bu nedenle, eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, diğer borç ilişkilerinde olduğu gibi, sadece alacaklının temerrüdü koşulları altında yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu ifa yükümlülüğünde belirli kolaylıklara kavuşması, meselenin tabiatı ve menfaatler dengesi doğrultusunda tatmin edici bir çözüm olarak kabul edilmemektedir²⁴⁹.

²⁴³ Zeltner, **a.g.e.** N. 340.

²⁴⁴ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 70.

²⁴⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 344.

²⁴⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 342.

²⁴⁷ Müller-Foel, **a.g.e.**, s.66; Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

²⁴⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 341.

²⁴⁹ Strunk, **a.g.e.**, s.5.

C. Muhtelif Yazarların Gerekçeli Görüşleri

Yukarıda açıklandığı gibi iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda öğretide muhtelif görüşler mevcuttur. Alman ve İsviçre Öğretisinde bazı yazarlar, kategorik bir kabulden ziyade görüşlerini diğer yazarlara nazaran daha tafsilatlı olarak gerekçelendirmiş ve çözüm ilkeleri geliştirmeye çalışmışlardır. Aşağıda bu yazarların görüşleri kısaca açıklanmaya çalışılacaktır.

1. Müller Foel'un Görüşü

Müller-Foel'e göre iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü tespit ederken sözleşmenin tipi dikkate alınmalı ve buna göre normatif bir yorum yapılmalıdır²⁵⁰. Sözleşmenin tipi ise tarafların fiili menfaat durumlarına göre oluşmaktadır²⁵¹. Güncel hayatta karşılaşılan küçük nitelikli eser sözleşmelerinde yüklenicinin sözleşmenin fiilen ifa edilmesinde bizatihi menfaati olmadığından bu bağlamdaki eser sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü külfet olarak tanımlanmalıdır²⁵². Büyük yapı projeleri ya da endüstriyel tesislerin inşasını konu edinen kapsamlı eser sözleşmeleri ile sanatsal etkinin/unsurun söz konusu olduğu sözleşmelerde, sözleşmenin fiilen ifa edilmesinde yüklenicinin bizatihi menfaati vardır²⁵³. Yüklenicinin bu menfaati iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü borç olarak tanımlamayı gerekli kılar²⁵⁴. Bu takdirde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü *kanuni* olarak borç kabul edilmelidir²⁵⁵.

Müller-Foel, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin belirlenmesinde tarafların tipik menfaat durumuna binaen sözleşme tipine göre soyut ve normatif bir yorumda bulunmayı önermektedir²⁵⁶. Bu normatif yorum, sözleşmede menfaatlerin tartılması nazar-ı itibarında yapılacak sözleşmesel yoruma

²⁵⁰Müller-Foel'in geliştirdiği bu görüşe: "Vertragstypusentsprechende Norminterpretation" denilmektedir.

²⁵¹ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 112.

²⁵² Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 111.

²⁵³ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 111.

²⁵⁴ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 128.; Karşı görüş için bkz. Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345.

²⁵⁵ Müller-Foel, **a.g.e.**, s.,111.

²⁵⁶ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 128.

göre önceliklidir²⁵⁷. Bununla birlikte Müller-Foel'un görüşüne göre de sözleşme içeriğinin yorumlanması, tarafların tipik menfaat durumunun değerlendirilmesinin temelini oluşturmaktadır²⁵⁸. Müller-Foel'un çözüm önerisi, sadece sözleşmenin tipine göre yapılacak soyut bir değerlendirmeyi esas almakta; sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında yer alan muhtelif iş ve işlemlerin hukuki nitelikleri arasında herhangi bir ayırım yapmamaktadır.

2. Nicklisch'in Görüşü

Nicklisch, kapsamlı yapı ve endüstriyel tesislerin inşasını konu edinen modern eser sözleşmelerinde, BGB'de külfet olarak tanımlanan iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün revize edilmesi gerektiğini düşünmektedir²⁵⁹. Özellikle yapı ve endüstriyel tesislerin inşasını konu edinen kapsamlı eser sözleşmeleri, küçük nitelikli zanaatkârlık faaliyetlerini esas alan kanunda düzenlenen eser sözleşmesi modeline uymamaktadır²⁶⁰. Bu tür sözleşmeler, karmaşık ve uzun süreli sözleşmeler niteliğindedirler²⁶¹. Karmaşık ve uzun süreli eser sözleşmeleri, uzun bir ifa sürecine sahip olmaları; asli edimlerin kesin ve nihai olarak tanımlanmamış olması; ifa sürecinin iş sahibinin taleplerine göre değişkenliği; karmaşık yükümlülükler kataloğu²⁶² barındırmaları ve yoğun bir işbirliğini gerekli kılmaları yönünden kanuni modelde öngörülen ve zanaatkârlık faaliyetlerini esas alan eser sözleşmelerinden farklılık arz etmektedir²⁶³. Bu sözleşmelerin ifa sürecinde yüklenici ve iş sahibi, yoğun ve kapsamlı bir işbirliği sergilemek durumundadırlar²⁶⁴.

Nicklisch'e göre, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında iş ve işlemlerin hukuki niteliği kategorik olarak külfet ya da borç olarak tanımlanamaz. Her bir somut olayda menfaatlerin tartılması yoluyla hukuki

²⁵⁷ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 105.

²⁵⁸ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 105.

²⁵⁹ Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

²⁶⁰ Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

²⁶¹ Nicklisch, **BB 1979**, s.537.

²⁶² Bu kavram ile sözleşmenin ifasında yüklenici tarafından ifa edilecek her bir münferit edimin teknik, nitelik, nicelik, kapsam ve zaman unsuru bakımından detaylarının sözleşmede belirlenmiş olması kastedilmektedir.

²⁶³ Nicklisch, **BB 1979**, s. 538.

²⁶⁴ Nicklisch, **BB 1979**, s. 539.

nitelikleri tespit edilmelidir²⁶⁵. Yüklenici açısından büyük projelerin başarılı bir şekilde ifa edilmesi, müteakip işlerin alınması bakımından referans niteliğindedir²⁶⁶. Sözleşmenin yorumu yoluyla yapılacak tespit, yüklenicinin bizatihi eserin meydana getirilmesindeki menfaati; iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünden imtina etmesindeki menfaatine ağır bastığı durumlarda, birlikte hareket etme yükümlülüğü borç olarak kabul edilmelidir²⁶⁷. Bu gibi durumlarda yüklenicinin menfaati, karşı edim olan ücrete hak kazanılmasının ötesine geçmektedir²⁶⁸. Bu durum, BGB 649'da düzenlenen iş sahibinin tazminat karşılığı sözleşmeyi feshetme yetkisinin kaldırıldığı durumlarda evleviyetle geçerlidir²⁶⁹.

Nicklisch, birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin belirlenmesinde, yüklenicinin bizatihi eserin meydana getirilmesindeki menfaatini esas almaktadır. Nicklisch, birlikte hareket etme yükümlülüklerinin hukuki karakterini tespit ederken Müller-Foel'deki gibi sözleşmenin tipini esas almaktan ziyade yorum yoluyla (§§ 133, 157 BGB) tespit edilecek tarafların menfaatlerini esas almaktadır. Sözleşmenin bizatihi ifa edilmesinde yüklenicinin menfaati söz konusu olduğu sürece, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında münferit ve muhtelif iş ve işlemler arasında herhangi bir nitelik değerlendirilmesi yapılmamakta, hepsi borç olarak kabul edilmektedir.

3. Zeltner'in Görüşü

Zeltner'e göre, iş sahibinin sözleşmeye uygun olarak hareket etmesi, ilke olarak sözleşmeye uygun bir edim sonucunu elde edebilmesinin koşuludur²⁷⁰. İş sahibi bu yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi nedeniyle sözleşmeye göre eserin meydana getirilmesi borcu imkânsızlaşabilir, kısmen veya tamamen meydana getirilen eser yok olabilir²⁷¹. Keza eserin meydana getirilmesi gecikebilir ya da eser ayıplı olarak meydana getirilebilir. İş sahibi eseri bu haliyle kabul etmek, yükleniciye

²⁶⁵ Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

²⁶⁶ Nicklisch, **BB 1979**, s. 540.

²⁶⁷ Nicklisch, **BB 1979**, s. 537.

²⁶⁸ Nicklisch, **BB 1979**, s. 540.

²⁶⁹ Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

²⁷⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 338.

²⁷¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 339.

karşı edim niteliğinde kararlaştırılan ücreti ödemekle yükümlü olduğu gibi, bu durum nedeniyle doğan ilave giderler ile kusurlu olması halinde diğer zararları da karşılamakla yükümlüdür²⁷².

Zeltner'e göre, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemleri gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle doğan zararların tazmin edilebilmesi için bu yükümlülüğün müstakil olmayan yan yüküm olarak tanımlanması gerekir²⁷³. Bu tanımlamaya uygun olarak yüklenici, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlemin gereğini ifa için dava yoluna gidemez²⁷⁴.

4. Gauch'un Görüşü

Gauch, iş sahibinin eserin meydana getirilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüklerinin, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, ilke olarak külfet niteliğinde olduğunu kabul etmektedir²⁷⁵. Hukuki tabiatları²⁷⁶ gereği külfet niteliğinde olan birlikte hareket etme yükümlülükleri açısından yüklenicinin bu bağlamda bir talep hakkı mevcut değildir²⁷⁷. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bir işlem veya eylemi iş sahibi haksız olarak geç ifa ettiği ya da hiç ifa etmediği takdirde, TBK m. 106 vd. düzenlenen alacaklının temerrüdüne düşer²⁷⁸ ve bu müessese kapsamındaki hukuki sonuçlar uygulama alanı bulur. Bu durumda İBK m. 376/1 gereği hasar iş sahibine geçer ve yüklenici açısından borçlunun temerrüdü söz konusu olamaz²⁷⁹.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlemi külfetin ötesinde gerçek ve teknik anlamda bir borç olarak tanımlamak için tarafların bu hususta mutabık olmaları gerekir²⁸⁰. Bu anlaşma sözleşmede açık bir

²⁷² Zeltner, **a.g.e.**, N. 339.

²⁷³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 347.

²⁷⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 346.

²⁷⁵ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1325.

²⁷⁶ Gauch, **a.e.**, N. 1328.

²⁷⁷ Gauch, **a.e.**, N. 1325.

²⁷⁸ Gauch, **a.e.**, N. 1325.

²⁷⁹ Gauch, **a.e.**, N. 1327.

²⁸⁰ Gauch, **a.e.**, N. 1344.

ifadeyle ya da zımnen öngörülmüş olabilir²⁸¹. Böyle bir anlaşmanın taraflarca yapılıp yapılmadığı hususu, sözleşmenin kurulması esnasında tarafların menfaatini de dikkate alan sözleşmenin yorumlanması kurallarına göre belirlenir²⁸². Özellikle uzun süreli sözleşmelerde, eserin meydana getirilmesinde yüklenici bakımından bizatihi özel bir menfaatin söz konusu olduğu, iş sahibi açısından görülebilir nitelikte ise, bu takdirde birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş veya işlemlerin, sözleşmenin kurulması aşamasında tarafların iradelerine göre sadece külfetin ötesinde, yan yüküm oldukları kabul edilebilir²⁸³. Ancak, uzun süreli eser sözleşmeleri veya diğer bazı sözleşmeler açısından evveleminde ve genel nitelikli gerçek bir borcun zımnen kabul edildiği sonucuna varılamaz²⁸⁴. Nihayet Gauch'a göre somut olayda sözleşmenin yorumlanmasından bazı hükümlerin gerçek ve teknik anlamda borç oldukları sonucuna varılabilirken bazıları açısından bu durum geçerli değildir²⁸⁵.

D. Mahkeme İçtihatlarında Durum

1. Alman Federal Mahkemesi'nin Görüşü

Alman Federal Mahkemesi, eski kararlarında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün, gerçek anlamda bir borç olmadığını, bir külfet olduğunu ifade etmekteydi. Ancak, birlikte hareket etme yükümlülüğünün "*geniş anlamda sözleşmeden doğan borç kavramı*"²⁸⁶ içerisinde değerlendirilebileceğini ve iş sahibince kusurlu olarak ihlalinde tazminat sorumluluğunun doğabileceğini belirlemiş idi²⁸⁷. Hukuk dogmatikliği açısından tatminkâr bir şekilde

²⁸¹ Gauch, **a.e.**, N. 1344.

²⁸² Gauch, **a.e.**, N. 1345.

²⁸³ Gauch, **a.e.**, N. 1345.

²⁸⁴ Gauch, **a.e.**, N. 1345.

²⁸⁵ Gauch, **a.e.**, N. 1345 a.

²⁸⁶ Alman Federal Mahkemesine göre "*geniş anlamda borç kavramı, sadece asli ve yan yükümleri; yan edim yükümleri (hazırlayıcı nitelikte), koruma ve aydınlatma yükümleri ile bildirme yükümlerini değil; aynı zamanda alacaklı külfetlerini (Gläubigerobliegenheiten) de kapsamaktadır.*"

²⁸⁷ BGHZ 11, 80, 83; ayrıca bkz. Frank Peters, "*Die Vergütung des Unternehmers in den Fällen der §§ 643, 645, 650 BGB*", **Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990**, Düsseldorf, 1990, s. 206.

gereçeklendirilmeyen ve külfet ile borç kavramı arasındaki teknik ayrımı²⁸⁸ kaldıran²⁸⁹ bu yaklaşım beraberinde şu sonucu getirmektedir²⁹⁰. Hem birlikte hareket etme yükümlülüklerinin hukuki niteliği külfettir²⁹¹; hem de kusurlu olarak ihlal edildikleri takdirde borcun ihlalinde olduğu gibi tazminat sorumluluğu doğar²⁹². Birlikte hareket etme yükümlülükleri borçlanılmadığı için müstakil olarak dava konusu edilemez; ancak *kusurlu* olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali tazminat sorumluluğuna neden olabilir²⁹³. Federal Mahkeme daha sonraki kararlarında bu görüşünü kısmen değiştirmiş ve külfet olarak tanımladığı birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin aynı zamanda *dürüstlük kuralına* aykırılık teşkil edecek şekilde *sözleşmenin müspet ihlalini*²⁹⁴ oluşturabileceğine kanaat getirmiştir²⁹⁵. Federal Mahkeme daha sonraki içtihatlarında külfet veya borç gibi teknik kavramları kullanmaktan ziyade birlikte hareket etme eylemleri (*Mitwirkungshandlungen*) ifadesini kullanmayı yeğlemiştir. Federal Mahkeme 2008 yılında verdiği büyük tartışma yaratan ilke kararında birlikte hareket etme yükümlülüklerinin *hukuki niteliğini* tanımlamış, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, *külfet* olduğunu ifade etmiştir²⁹⁶. Kararın yankıları ve yarattığı tartışmalar devam etmektedir²⁹⁷.

Özetle Federal Mahkeme, külfet olarak tanımladığı birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalini, sözleşmeden doğan borçların geniş manada ihlali olarak nitelendirmekte ve sözleşmenin müspet ihlalinden hareketle sözleşme amacının tehlikeye düşürülmesi kurumunun koşulları altında tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir²⁹⁸.

²⁸⁸ Klaus Dieter Kapellmann, ‘‘Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, § VI VOB/B-Vertragspflichten und keine Obliegenheiten’’, **NZBau 2011/4**, s. 197: Tertium non datur: Ya borçtur ya borç değildir. İkisi aynı anda olamaz.

²⁸⁹ Heinrich Lehman, **a.g.e.**, **JZ 1954**, s. 240.

²⁹⁰ Morgen, **a.g.e.**, s. 62 ve 63; Hartmann, **Mitwirkung**, s. 41.

²⁹¹ BGHZ 50, 175, 179.

²⁹² Morgen, **a.g.e.**, s. 63.

²⁹³ BGHZ 11, 80, 83.

²⁹⁴ Sözleşmenin müspet ihlali kavramı ve açıklaması için bkz. III. Bölüm III. C. 1. Başlığı.

²⁹⁵ BGHZ 11, 80, 89; RGZ 104, 15; RGZ 152, 119.

²⁹⁶ BGHZ 179, 55; BGHZ 50, 175.

²⁹⁷ Kapellmann, **NZBau 2011/4**, s. 193.

²⁹⁸ BGHZ 11,80, 83; 50, 175, 177; BGH NJW 1990,3008 v.d.

2. İsviçre Federal Mahkemesi'nin Görüşü

İsviçre Federal Mahkemesi, eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü bütün unsurları ve hukuki sonuçları ile değerlendirdiği ilke kararları henüz mevcut değildir. Konuya ilişkin çok az sayıda kararında İsviçre Federal Mahkemesi konuya kısmen değinmiştir. Buna göre İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ''...iş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü, sözleşimi borcun ifası için gerekli işbirliğini, ihlal ettiği takdirde İBK Art. 91 ve 96 gereği sözleşmeyi feshedebilir. Sözleşmenin feshedilmesi, İBK Art. 107 ve 109 hükümlerine tabidir. Sözleşme feshedilmeden önce ilke olarak iş sahibine bir süre tanınması gerekmektedir...''²⁹⁹ tespitiyle meseleyi kısaca özetleyerek birlikte hareket etme yükümlülüğün ihlalinin alacaklının temerrüdü hükümlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini tespit etmiştir. İsviçre Federal Mahkemesi bir başka kararında ''...iş sahibinin üzerine düşen hazırlık hareketlerini yapmayarak sözleşmenin ifasını engellediği takdirde, yüklenicinin İBK Art. 95'e göre sözleşmeden dönebileceğini...''³⁰⁰ ifade etmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi, eser sözleşmesinde birlikte hareket etme yükümlülüğünün *hukuki niteliğini, hukuki dayanağını ve olası hukuki sonuçlarını* ilke kararlarında henüz tartışmamıştır. Bu nedenle Mahkemenin görüşüne ilişkin daha detaylı bir değerlendirme yapma olanağı şimdilik mevcut değildir.

3. Yargıtay'ın Görüşü

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesi kurumunda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü genel nitelikte bir hüküm olarak öngörülmemiştir. Bu yasal altyapı dolayısıyla olsa gerek Yargıtay kararlarında açıkça birlikte hareket etme yükümlülüğünden bahsetmemiştir. Yargıtay kararlarında ilke olarak *alacaklının temerrüdü* kavramından hareket edilmektedir. Yargıtay bir kararında³⁰¹, eser sözleşmesinde, yüklenicinin borcunu ifa etmek istemesine rağmen, iş sahibinin olumsuz tutumu nedeniyle borç ifa edilemez ise, yüklenicinin alacaklının

²⁹⁹ BGer. 4A_603/2009, (bundesgerichtshof.de).

³⁰⁰ BGE 136 III 178, (bundesgerichtshof.de).

³⁰¹ YHGK. 12.2.1986 T. 1986/15-42 E., 1986/134 K., (www.kazanci.com)

temerrüdüne dayanarak iş sahibini temerrüde düşürebileceğini belirtmiştir. Buna göre, yüklenici, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere dayanarak (BK. 94 ve 106) sözleşmeyi feshedebilecek, uğradığı menfi zararın tazminini talep edebilecektir.

Yargıtay bir başka kararında *borç* kavramından hareket etmiştir³⁰² ve doğrudan *borçlunun temerrüdü* kurumunu uygulamıştır. Mahkemenin hükmüne göre: sözleşme tarafları kendilerine düşen karşılıklı hak ve borçlar yükleyen eser sözleşmesinde yer alan kurallara riayet etmek ve edimlerini süresinde gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Davaya konu olayda iş sahibi, iş yerlerini yükleniciye teslim etmemiş, bunun üzerine yüklenici iş sahibine ihtar çekerek üç günlük süre vermiştir. Buna rağmen iş sahibi sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmemiştir. İş sahibi, mütemerrit duruma düşmüştür. Kararda, BK m. 98/son ve 106. maddeleri uyarınca sözleşmeyi tek taraflı ihlal eden iş sahibinin haksız fiillerinden kaynaklanan sorumluluğu düzenleyen hükümlerin kıyasen uygulanması ile yükleniciye karşı sorumlu olduğu belirtilmiştir. Kararın devamında, yükleniciye iş vermektan kaçınan ve kusurlu bulunduğu saptanan iş sahibinin, yüklenicinin, bu yüzden uğradığı zararını ödemekle yükümlü olduğu ifade edilmiştir.

Yargıtay bir başka kararında alacaklının ya da borçlunun temerrüdü kavramına değinmemiş, doğrudan *dürüstlük kuralına* dayanmıştır. Yargıtay kararına göre³⁰³, eser sözleşmesi, taraflarına edim ve borçlar yüklemektedir. Konu olayda, iş sahibi kendi hukuk alanına giren bir uyuşmazlık nedeni ile yeri teslim edememiş ve yüklenici de sözleşme süresi geçtikten sonra sözleşme fiyatları ile bağlı olmadığını ihtaren karşı tarafa bildirmiştir. Ardından olay yargıya intikal etmiştir. Yargıtay, gereken dikkat ve özeni göstermenin sözleşme taraflarından beklenen bir davranış olduğunu belirtmiştir.

Yukarıda arz edilen kararlardan anlaşılacağı üzere Yargıtay birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemlerin hukuki niteliğini *borç* olarak değerlendirmekte; yüklenicinin borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden

³⁰² Y. 15. HD. 8.3.1976 T. 5037 E., 973 K., (www.kazanci.com).

³⁰³ Y. 15. HD. 5.3.1979 T. ve 357 E., 421 K., (www.kazanci.com).

dönebileceğini ve hatta iş sahibi *kusurlu* olduğu takdirde *tazminat* talep edilebileceğini kabul etmektedir.

Yargıtay başka bir dikkat çekici *arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine* ilişkin kararında³⁰⁴, yüklenicinin edimini ifa edebilmesi için öncelikli olarak arsa sahibinin yer teslimini yapması gerektiğini, *öncelikli edim* olarak arsayı teslim *yükümlülüğünü* yerine getirmeyen arsa sahibinin *temerrüde*³⁰⁵ düştüğünü, arsayı teslim etme yükümlülüğünü yerine getirmeyen arsa sahibinin yükleniciden edimin ifasını isteyemeyeceğini, sözleşmenin taraflarından birinin ediminin ifasında temerrüde düştüğü takdirde, diğer tarafın Borçlar Yasası'nın 106. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan birini kullanabileceğine karar vermiştir. Kararın devamında yüklenicinin BK md. 106/II'ye göre sözleşmenin *aynen ifasını*, diğer deyişle gecikmiş ifanın aynen yerine getirilmesini isteyebileceği vurgulanmıştır.

Kararların değerlendirilmesinden vardığımız genel neticeye göre, Yargıtay birlikte hareket etme yükümlülüğünü, ilke olarak alacaklının temerrüdü (818 Sayılı BK m.94 ve 106) hükümlerine ve oradan yapılan atıfla ya da somut olayın özel durumuna binaen doğrudan borçlunun temerrüdü (818 Sayılı BK m. 98/son ve 106) hükümlerine veya doğrudan dürüstlük kuralına (TMK m.2) dayandırmaktadır. Yargıtay, somut durumda arsa payı satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesi söz konusu olduğu takdirde, doğrudan borçlu temerrüdü hükümlerine de dayanmaktadır.

E. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Öncelikle tespit etmek gerekir ki eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi ancak iş sahibi ve yüklenici arasında bir işbirliği mevcut olduğu takdirde olanaklıdır. Bu gerçek, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü doğurmaktadır³⁰⁶. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün *hukuki karakterine* göre olası bir ihlal durumunda hukuki sonuçlar belirlenecektir. Bu yükümlülük külfet olarak tanımlandığı takdirde, tabii olduğu hukuki sonuçlar ile

³⁰⁴ Y. 15 HD. 05.05.2004 T., 2003/5372 E. ve 2004/2508 K., (www.kazanci.com).

³⁰⁵ Kararda açıkça alacaklının temerrüdü ifadesi kullanılmamış olsa da "BK md. 90" ibaresi yer aldığından alacaklının temerrüdü kastedilmektedir.

³⁰⁶ Kapellmann, *NZBau 2011*, s. 198.

teknik anlamda bir borç olarak tanımlandığı hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali yoluyla edimin ifasının engellenmesi, külfet olarak tanımlandığında sadece dar anlamda (tazminat sorumluluğu söz konusu olmaksızın) alacaklının temerrüdü hükümlerine göre mesele değerlendirilebilecek; buna karşılık diğer davranış yükümü veya koruma yükümü olarak tanımlandığında alacaklının temerrüdünün ötesinde, somut olayda her bir kurumun uygulama şartları mevcut olması kaydıyla, borcun kötü ifası (gereği gibi ifa etmeme); asli edim yükümü ya da yan edim yükümü olarak tanımlandığında borçlunun temerrüdü ve tazminat sorumluluğu gerektiren diğer hükümlere göre bir değerlendirme yapılabilecektir.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmek suretiyle yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi borcunun ifasını mümkün kıldığına, desteklediğine ve talepleri doğrultusunda şekillendirdiğine göre, iş sahibinin bu kavram kapsamında değerlendirilen işlem ve eylemlerinin *hukuki niteliğinin* tespiti gereklidir. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki işlem veya eylemin hukuki karakteri tespit edilirken belirli değerlendirme ve yorum ilkelerinin geliştirilmesi gereklidir.

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün niteliği, projenin büyüklüğü ve karmaşıklığına göre belirlenmektedir³⁰⁷. Bu kapsamdaki bütün işlem ve eylemler, aynı hukuki nitelikte değildir. Sözleşmede yer alan her bir somut hükmün niteliği belirleyicidir. Münferiden her birlikte hareket etme yükümü farklı içerikte olduğu gibi yüklenicinin eserin meydana getirilmesi borcuna etkisi de farklıdır³⁰⁸. Aynı sözleşmede yer almış olsa bile farklı işlevlerdeki birlikte hareket etme yükümlülüklerinin farklı hukuki karakterleri ve buna bağlı olarak da farklı hukuki sonuçları söz konusu olabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki karakterini, soyut ve kategorik olarak tanımlamaktan ziyade her bir somut iş ve işlemin *niteliği* ile eserin meydana getirilmesindeki etkisi dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir. Zira kategorik olarak bütün birlikte hareket etme yükümlülerinin külfet ya da borç olarak

³⁰⁷ Kapellmann, *NZBau 2011*, s. 198.

³⁰⁸ Scheube, *a.g.e.*, s. 60.

tanımlanması, çoğu zaman olanaklı değildir³⁰⁹. Bu nedenle bu nevi bir kategorik tasnif, ne iş sahibinin ne de yüklenicinin sözleşmeden doğan menfaatlerini isabetli bir şekilde koruyabilmektedir³¹⁰.

İş sahibince ifası lazım gelen ilgili iş veya işlemin *hukuki niteliğinin* değerlendirme ve tespitinde belirleyici kıstas hukuki menfaattir³¹¹. Özel Hukuk düzeninin *maxima regulası*³¹², herkesin *kendi menfaatleri* üzerinde ve hukukun sınırları içerisinde serbestçe tasarruf edebilme özerkliğine dayanmaktadır. Sözleşme özerkliği ile kişi, sözleşme akdettiği kişiden hukuki menfaatlerine riayet etmesini talep etme hakkına kavuşur. Bu hukuki bağa binaen sözleşmenin bir tarafı diğer tarafın hukuki menfaatlerine özen göstermek, hukuki sınırlar içerisindeki taleplerine riayet etmek durumunda kalır. Hukuki menfaatin tespitinde temel ölçüt, tarafların varmak istedikleri amaç için akdettikleri sözleşme ile bunun yorumlanmasıdır³¹³. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanununda düzenlenen muhtelif hükümler dikkate alınmaksızın yapılacak hukuki tanımlamalar yanıltıcı olacaktır. O itibarla birlikte hareket etme yükümlülüğünün somut olarak düzenlendiği hükümlerdeki menfaat dengesi³¹⁴ ve hükmün işlevi dikkate alınarak, somut düzenlemenin olmadığı durumlarda da –en azından kıyas yoluyla- bir çözüme gidilmesi isabetli olacaktır.

Yukarıda izah edilen değerlendirme ve yorum kurallarına göre, taraflar sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç³¹⁵ söz konusudur³¹⁶. Bu nevi bir hüküm, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Birlikte hareket etme yükümü, sözleşmenin konusunu, diğer deyişle asli edimi belirlemeyip daha ziyade, asli edim yükümüne fonksiyon itibariyle bağlı bir nitelik arz eder. Taraflar sözleşmede bu tür açık bir hüküm öngörmemişlerse, bu takdirde mesele, tarafların farazi iradeleri doğrultusunda

³⁰⁹ Schwarze, **BauR 6/2004**, s. 899.

³¹⁰ Scheube, **a.g.e.**, s. 61.

³¹¹ Franz Bydlinski, **System und Prinzipien des Privatrechts**, Wien/New York 1996, s.175.

³¹² Maxima Regula: en üst norm, hukuk düzeninin üzerine bina edildiği en temel ve belirleyici ilke.

³¹³ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 2.

³¹⁴ Bu bağlamda özellikle TBK m. 472/3, 483/1, 483/2, 484, 485, 486 hükümleri özel bir önem arz etmektedir.

³¹⁵ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

³¹⁶ Temelde aynı görüşte Turgut Öz, **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2016, s. 114.

sözleşmenin tamamlayıcı yorumlanması da dâhil olmak üzere, bütün unsurları ile dikkate alınacak *yorum kurallarına* göre belirlenecektir. Bu bağlamda yapılan değerlendirmede, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlem sadece/münhasıran iş sahibi yararına, onun hukuki menfaatine ise, bu takdirde külfet olduğu kabul edilmelidir. İlgili iş veya işlemin ifası, aynı zamanda yüklenicinin hukuki menfaatine ise³¹⁷, bu takdirde hukuken bir borç, yani yüküm, söz konusudur.

Taraflarca sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği diğer davranış yükümü niteliğindedir. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür³¹⁸. İş sahibi, özellikle uzun ifa süreci gerektiren muhtelif bileşenli ve karmaşık taahhütleri içeren eser sözleşmelerinde, eserin meydana getirilmesinde birlikte hareket etmekle yükümlüdür. Somut durumlardan doğan istisnalar ayırık tutulursa, genel olarak birlikte hareket etme yükümlülüğü, teknik anlamda asli edim yükümü niteliğinde sözleşmeden doğan borç ile külfet arasında yer alan *diğer davranış yükümü*³¹⁹ niteliğindedir³²⁰. Çoğunlukla diğer davranış yükümleri başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü söz konusu olacaktır. İstisnaen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olacaktır.

Davranış yükümleri dayanağını bizatihi sözleşmenin kurulmasından alır ve sözleşmenin ifasına hizmet ederler. Diğer taraftan, somut olayda birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yüklenicinin *işletmesel faaliyeti* ve bu kapsamında *ekonomik/hukuki varlıkları* etkileniyorsa, bu takdirde birlikte hareket

³¹⁷ Vurgulamak gerekir ki, burada kastedilen yüklenicinin karşı edim olan ücrete hak kazanmanın ötesinde sözleşmenin bizatihi ifa edilmesine olan yararadır.

³¹⁸ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

³¹⁹ Diğer tasniflere göre yan yüküm/bağımlı yan edim yükümü terimi yeğlenmektedir.

³²⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 347.

etme yükümlülüğü aynı zamanda *koruma yükümü* olarak değerlendirilir³²¹. Bu doğrultuda birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifası talep ve dava edilemez, ancak ihlali tazminat sorumluluğunu gerektirir. Bu değerlendirme, birlikte hareket etme yükümü niteliğinde düzenlemeleri içeren TBK m. 483 ve 485 hükümlerinin ratio legisi ile paralellik arz etmektedir. Yasa koyucu en azından iki durumda birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde yüklenicinin zarara uğrayabileceğini öngörmüş ve buna uygun düzenleme yapmıştır³²². TBK m. 483 ve 485'e göre iş sahibi, kendisinden kaynaklanan diğer durumların yanında, birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle eserin yok olduğu veya meydana getirilmesinin imkânsızlaştırdığı durumlarda yüklenicinin uğramış olduğu zararı tazmin ile yükümlüdür. Bu hükümlerin ratio legisi dikkate alındığında, yüklenicinin bizatihi eseri meydana getirme borcunu ifa etme hakkının değil, karşı edim menfaati olan ücreti talep etme hakkının korunduğu anlaşılmaktadır. Bu hukuki sonuç, eser sözleşmesinde tarafların karşılıklı asli edim yükümleri nazar-ı itibarında belirlenen temel strüktürü ile tutarlılık arz etmektedir. Gerçekten eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin meydana getirilmesini talep hakkı korunurken; yüklenicinin karşı edim niteliğindeki ücreti talep hakkı korunmaktadır. Somut olayda sözleşmenin hükümleri bir bütün olarak dikkate alınarak, gerektiğinde tamamlayıcı olarak, sözleşme yorumlanmalıdır. Bu yorum neticesinde tarafların sözleşme ile kendi menfaatleri açısından varmak istedikleri amaç, özellikle yüklenicinin karşı edim niteliğindeki ücreti talep hakkı olarak kanunda öngörülen bu temel yaklaşımdan ayrılmadığı sürece, yüklenicinin talep hakkı, karşı edim niteliğindeki ücretin, duruma göre tazminatın, talep edilebilmesi ile sınırlıdır.

Ancak Yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise³²³ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin

³²¹ Hartmann, *Mitwirkung*, s. 54.

³²² Zeltner, *a.g.e.*, N. 345.

³²³ Hendrik Schilder, *Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung*, Köln 2006, s. 59.

yorumundan tarafların ilgili birlikte hareket etme yükümünün ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir³²⁴.

Somut olayda sözleşmenin - gerektiğinde tamamlayıcı- yorumundan yüklenicinin karşı edim talep hakkı, bir miktar ücretin ödenmesinin ötesinde ya da dışında başka bir edim olduğu tespit edildiğinde, bu takdirde yüklenicinin bu karşı edimi talep etme hakkı mevcuttur. Yüklenicinin karşı edimi talep edebilmesi, öncesinde sözleşmede öngörülen eserin bizatihi meydana getirilmesini gerektirdiği durumlarda, yüklenicinin eseri meydana getirme hakkı kabul edilmelidir. Zira ancak bu durumda yüklenicinin karşı edimi talep hakkı korunabilmektedir. İş sahibinin sözleşmeden doğan birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesinin olumsuz sonucuna yüklenicinin katlanması beklenilemez. Bu bağlamda uygulamada çok yaygın olarak görülen en belirgin sözleşme, arsa payı satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesidir.

Karşılıklı asli edim değişimi ilişkisi açısından kanuni modelden ayrılan *arsa payı satış vaadi karşılığı inşaat sözleşmesinde* olduğu gibi karma sözleşmelerde durum farklıdır. İş sahibinin asli edim borcunun para ödeme borcu dışında bir borç olması meselenin hukuki tabiatını değiştirmektedir. Gerçekten bu nevi bir sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesi, sözleşmede öngörülen karşılıklı değişim ilişkisinin gerçekleşmesini engellemektedir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesi, yüklenicinin *karşı edim menfaatine* kavuşmasını engellemektedir. Bu tür sözleşmelerde yüklenicinin karşı edim menfaati, kanuni modelde öngörülen bir eser sözleşmesindeki gibi bir miktar paranın ödenmesi değil, münhasıran o taşınmaza ilişkin olması hasebiyle *biricik*³²⁵ nitelikte olan *arsa payının devrini* talep hakkıdır. Yüklenicinin bu haklı menfaate kavuşmasında, ilke olarak tazminat ile ikame edilemez nitelikte, *özel bir yararı* vardır. Bu nevi sözleşmelerde TBK m. 483 ve 485 hükümleri yüklenicinin *karşı edim menfaatine* kavuşmasını sağlamaz. Bu nedenle yüklenicinin karşı edim menfaati dikkate alındığında synallagma ilişkisinin bu nevi özellikli olduğu durumlarda iş

³²⁴ Stauber, a.g.e., N. 173.

³²⁵ Biricik kavramı ile kastedilen eşsiz, emsalsiz bir edimdir. Almanca'da bu kavram için Unikate, İngilizce ve Fransızca'da unique kavramı kullanılmaktadır. Bu bağlamda biricik ve özel nitelikli edim menfaati kavramının teknik anlamı için bkz. III. Bölüm I. C. 1.; 2. ve 5. başlıklar.

sahibinin birlikte hareket etme yükümünün *ifası talep ve dava edilebilir nitelikte bir yan edim yükümü* olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira ancak bu takdirde sözleşme ilişkisi, öngörüldüğü şekilde ifa edilebilecek, yüklenici sözleşme ile talep etmeye hakkı olan karşı edim menfaatine kavuşabilecektir.

X. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Hukuki Dayanakları

Türk Borçlar Kanununda iş sahibinin borcu, meydana getirilen eserin karşılığında ücret ödenmesi ile sınırlandırılmış, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecinde birlikte hareket etmeye ilişkin yan yükümlülükleri açıkça tanımlanmamıştır³²⁶. Ancak eserin meydana getirilmesi borcunun yüklenici tarafından ifa edilmesi sürecinde, iş sahibince icrası gereken bazı davranış yükümlülükleri mevcuttur ki, bunlar hukuki niteliğine göre sözleşmeden, Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi kurumunda düzenlenen hükümlerin doğrudan ya da kıyasen uygulanmasından veya Türk Borçlar Kanununun genel hükümlerinden ve özellikle dürüstlük kuralından doğar³²⁷.

Eserin meydana getirilmesi sürecindeki aksamaların iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti için öncelikle somut olayda iş sahibinin böyle bir yükümlülüğü olup olmadığının belirlenmesi gerekir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği durumlarda genelde böyle bir yükümlülüğün söz konusu olup olmadığı hususu da taraflar arasında tartışmalıdır. Somut olayda sözleşmede bu hususta *açık bir hüküm* olabileceği gibi *sözleşmenin yorumundan ve dürüstlük kuralından* da bu neticeye varılabilir³²⁸. Her hâlükârda birlikte hareket etme yükümlülüğünün kaynağını, bizatihi sözleşmenin kurulması ve bundan doğan sözleşmenin ifa edileceğine olan inanç oluşturmaktadır³²⁹.

³²⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1321.

³²⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1321.

³²⁸ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

³²⁹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 51.

Diğer taraftan iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün niteliği ve kapsamı, yüklenicinin niteliğine göre değişkenlik arz etmektedir³³⁰. Yüklenici, genel yüklenici, total yüklenici ya da yan yüklenici olabilir. Söz gelimi genel yüklenici söz konusu olduğunda ilgili plan/projelerin temin edilmesi, yüklenicinin sorumluluğunda iken yan yüklenici söz konusu olduğunda iş sahibi bu plan/projeleri zamanında yan yükleniciye teslim etmek durumundadır. İş sahibinin sorumluluğu söz konusu olduğu durumlarda iş sahibi, genellikle mimar, mühendis gibi işin ehli niteliğinde üçüncü kişileri görevlendirmektedir³³¹.

Yan edim yükümü ya da yan yüküm (diğer davranış yükümü) nitelemesinden bağımsız olarak, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüklerinin temel özelliği, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesinin *önkoşulunu* oluşturmalarıdır. İş sahibince birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği durumlarda, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi borcu ya hiç ifa edilememekte ya da ifa modalitesine uygun olarak öngörülen maliyetle ve öngörülen sürede ifa edilememektedir.

A. Sözleşme Hükmüne Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü

Her ne kadar somut olayın koşulları ve sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasından iş sahibinin birlikte hareket etmeyle yükümlü olduğu sonucuna varılabilirse de bu yükümlülüğünün somut olarak ve açıkça sözleşmede düzenlenmesi yüklenicinin haklarının güvence altına alınması bakımından hayati önem arz etmektedir. Zira dürüstlük kuralına dayandırılacak bir yükümlülükte menfaatlerin tartılması gerekecektir³³². Bu durum hukuki kesinlik ve öngörülebilirliği yüklenici aleyhine çevirebilecek bir husustur.

Taraflar, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede kararlaştırabilirler³³³. Taraflar sözleşme özgürlüğü³³⁴ kapsamında hukuk düzeninin

³³⁰ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

³³¹ Hürlimann, **a.e.**, s. 817.

³³² Hartmann, **Mitwirkung**, s. 68.

³³³ Peters, **NZBau 2011**, s. 645.

³³⁴ Sözleşme özgürlüğü ve sınırları hakkında detaylı bilgi için bkz. İrfan Şahin, **Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları**, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.

sınırları içerisinde bu hususu sözleşme ile açıkça ve etraflıca düzenleme hakkına sahiptirler³³⁵. Taraflar TBK m. 26 hükmüne binaen yapacakları eser sözleşmesine asli edim yükümlerinin yanında ve asli edim yükümlerinin tam ve doğru şekilde ifasını temin ederek sözleşmenin amacına uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak için bazı yan edim yükümleri ekleyebilirler³³⁶. Bu kapsamda hangi iş ve işlemlerin iş sahibi tarafından ifa edileceği, ifa edilmedikleri takdirde, tazminat ya da aynen ifa³³⁷ gibi hukuki müeyyidelerin uygulanacağını öngörebilirler. Her bir somut olayda sözleşmede taraflarca bu yönde bir hüküm öngörülmüş olup olmadığı değerlendirilmelidir³³⁸. Taraflar, her zaman hukukçu olmadıklarından ya da somut olayda hukuki danışmanlık almadıklarından sözleşmenin tanziminde hukuk uygulamasında geçerli olan kavramsal terminolojiyi isabetli bir şekilde kullanmamış olabilirler. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüne ilişkin iş ve işlemler açıkça sözleşmede öngörülmüş olabileceği gibi kimi durumlarda sözleşmenin hâkim tarafından tamamlayıcı yorumlanmasından da bu sonuca varılabilir. Özellikle iş sahibi lehine TBK m. 484'te öngörülen tazminat karşılığı sözleşmeyi dilediği anda sona erdirmeye hakkının kaldırıldığı durumlarda, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü yan edim yükümü- her halükarda yan yüküm- olarak düzenlenmiş olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira TBK m. 484 hükmünün taraflarca uygulanmayacağına kararlaştırılması, mefhumu muhalifinden sözleşmenin mutlaka ifa edilmek istendiği iradesini gösterir.

Sözleşmelerde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü farklı ifade ve lafızlarda düzenlenmiş olabilir. Ancak her halükarda taraflarca bu amaçla kaleme alınan bir hükmün TBK m. 26 anlamında teknik bir borç olarak düzenlenmiş olduğu kabul edilmelidir³³⁹. Zira taraflar arasındaki menfaat durumu bunu gerektirmektedir. Bir yandan iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün dürüstlük kuralından doğduğu durumlarda gerçek bir borcun (duruma göre yan yüküm veya yan edim yükümü) varlığı kabul edilebilirken diğer taraftan taraflarca

³³⁵ Dieter Medicus, **Schuldrecht I, Allgemeiner Teil**, München 1984, s. 31.

³³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 32 vd.

³³⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 348.

³³⁸ Hürlihan, **Bauablaufstörungen**, s. 818.

³³⁹ Nicklisch, **BB 1979**, s. 541.

bunun sözleşmede açıkça düzenlendiği durumlarda bu hakkı tanımamak büyük bir çelişki olur³⁴⁰. Bu nedenle taraflar sözleşmede birlikte hareket etme yükümlülüğünü açıkça düzenlememiş olsalar dahi, sözleşmenin yorumundan³⁴¹ bu sonuca varmak mümkündür. Diğer taraftan somut olayın bütün şartları objektif olarak değerlendirildiğinde yüklenicinin *sadece* karşı edim olan ücret alacağını talep hakkının ağır bastığı durumlarda, sözleşmenin yorumu ile iş sahibinin birlikte hareket etmeye icbar edilmesi mümkün olmayacaktır.

B. Kanunun Açık Hükmüne Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü

Türk Borçlar Kanununda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünden kavram olarak açıkça bahsedilmediği gibi § 642-644 BGB hükümlerine paralellik arz eden genel nitelikli bir hüküm de mevcut değildir. Bununla beraber gerek Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde gerekse eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde iş sahibi tarafından ifası lazım gelen ve dolaylı olarak birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilen iş veya işlemler ile bunların ihlalinde uygulanacak hükümlere yer verilmiştir. Bu hükümler birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali bölümünde detaylı olarak işleneceğinden burada sadece zikredilmesi ile yetinilmektedir.

Her somut olayın koşullarına bağlı olarak münferiden veya yarışmalı olarak TBK m. 112 anlamında sözleşmeye aykırılık hükümleri; TBK m.106 vd. anlamında alacaklının temerrüdü hükümleri; TBK m.117 vd. anlamında borçlunun temerrüdü hükümleri; TBK m. 472/3 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin ayıplı meydana getirilmesi hükmü; TBK m.473/1 anlamında iş sahibine yüklenebilecek bir sebeple işin gecikmesi hükmü; TBK m. 477/2-3 ve TBK m. 476 anlamında iş sahibi lehine ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kaybını düzenleyen hüküm; TBK m. 483/1 anlamında iş sahibinin temerrüdü esnasında eserin yok olmasını düzenleyen hüküm; TBK m. 483/2 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin yok olmasını düzenleyen hüküm; TBK m. 484 sözleşmenin feshini düzenleyen hüküm;

³⁴⁰ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 68.

³⁴¹ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

TBK m.485 anlamında iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla eserin meydan getirilmesinin imkânsızlaşmasını düzenleyen hüküm uygulama alanı bulabilir.

C. Dürüstlük Kuralına Dayanan Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü

Alacaklı lehine geçerli olan mutlak özgürlükçü anlayışın yerini karşılıklı işbirliği ve sorumluluk anlayışına³⁴² bırakmasının neticesinde geniş anlamda borç kavramı ortaya çıkmıştır³⁴³. Buna göre geniş manada borç ilişkisi, *bütün sözleşen taraflara* sorumluluklar yükleyen bir organizma gibidir³⁴⁴. Buna göre hem *alacaklı hem de borçlu* sözleşme amacına ulaşmak için işbirliğinde bulunmak durumundadır³⁴⁵. Borç ilişkisi kavramı, dayanağını dürüstlük kuralında bulan ve tarafların asli edim yükümlerinin çok ötesinde yan ve koruma yükümlerinin de söz konusu olduğu girift bir yapıdır³⁴⁶. Eser sözleşmesi bakımından bu gelişmenin en önemli sonucu, birlikte hareket etme yükümlülüğünün özel bir hüküm ile düzenlenmediği durumlarda, hukuki dayanak olarak sözleşmeye sadakat ilkesinden türeyen dürüstlük kuralının referans alınabileceği hususudur. Sözleşme dürüstlük kuralına göre tamamlayıcı bir şekilde yorumlanarak iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü tespit edilebilir. İş sahibinin bu şekilde tespit edilecek birlikte hareket etme yükümlülüğü, diğer davranış yükümleri kapsamında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yüküm, işbirliği yükümü veya koruyucu yüküm niteliğinde olabilir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, bu suretle tespit edilecek birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş veya işlemin hukuki niteliği, yan edim yükümü niteliğinde de olabilir³⁴⁷ki bu yükümlerin müstakilen ifası talep ve dava edilebilir.

TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının işlevlerinden birisi de tarafların borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin somutlaştırılmasını ve gerektiğinde kapsamının belirlenmesini sağlamaktır. Bu bağlamda tarafların

³⁴² Schmoeckel, *NJW* 1996, s. 1700.

³⁴³ Hartman, *Mitwirkung*, s. 46.

³⁴⁴ Müller-Foell, *a.g.e.*, s. 34; Hüffer, *a.g.e.*, s. 220.

³⁴⁵ Scheube, *a.g.e.*, s. 64.

³⁴⁶ Wieacker, *a.g.e.*, s. 24.

³⁴⁷ Claus-Wilhelm Canaris, ‘‘Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkungen für Dritte bei nichtigen Verträgen’’, *JZ* 1965, s. 475-482, s. s. 475 vd.

sözleşmeden doğan yan edim yükümlerinin ve diğer davranış yükümlerinin hukuki dayanağını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır³⁴⁸. Asli edim yükümleri ile yan edim yükümlerinin amacı, sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesindeki yararı gerçekleştirmeye dönük iken; genel olarak yan yükümler diye tanımlanan diğer davranış yükümlerinin amacı, işbu doğrudan ifa yararının ötesinde sözleşmenin diğer tarafının menfaatlerini korumaktır³⁵⁰. Yan yükümler içerisinde en önemlisi koruma yükümleridir³⁵¹. Koruma yükümlerinin amacı, sözleşmenin diğer tarafının sözleşme konusu ile doğrudan ilintili olmayan diğer hukuki varlıklarının zarar görmesini engellemektir³⁵².

Vurgulamak gerekir ki, bir borcun edimin gereğine uygun olarak ifa edilebilmesi, öncelikle borç ilişkisinden doğan yükümlerin tespitiyle olanaklıdır³⁵³. Taraflara sorumluluk yükleyen bu yükümlerin içerik ve kapsamını belirlemek için sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanması, gerektiğinde tamamlanması, gerekmektedir³⁵⁴. Eserin meydana getirilmesi borcunun sınırında, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü yer almaktadır. İş sahibinin hukuki veya fiili etki alanında bulunması nedeniyle ilgili iş veya işlemin gereği yapılmadığı sürece *borç ifa edilemiyorsa*, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilir. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır³⁵⁵. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir. Bu bağlamda birlikte hareket etme yükümlülüğünün yerine getirilmesi, kendisinden beklenebilir olma (Zumutbarkeit) koşuluna da bağlanamaz. Zira iş sahibinden birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında bir davranışın gereğini yerine

³⁴⁸ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 40.

³⁵⁰ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86;

³⁵¹ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86.

³⁵² Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 86.

³⁵³ İpek E., **a.g.e.**, s. 22.

³⁵⁴ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 6 ve 45.

³⁵⁵ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

getirmesi istenemeyeceği durumlarda, esasında yükleniciden borcun dayanağını teşkil eden sözleşmeye bağlı kalması istenilemez³⁵⁶.

İş sahibi sözleşmenin kurulmasında beyan ettiği iradesi ile aynı zamanda sözleşmenin gereğine uygun ifa sürecine katkı vereceğini beyan etmiş olur³⁵⁷. Bu irade beyanından doğan sonuç sadece şekli olarak borçları ifa etmek değil, aynı zamanda bunlarla sözleşme amacının gerçekleşmesini sağlamaktır³⁵⁸. Bu bağlamda iş sahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli birlikte hareket etme yükümlerini ifa ile yükümlüdür³⁵⁹. Eser sözleşmesinde iş sahibinin genel nitelikte birlikte hareket etme yükümlülüğünün kaynağını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır³⁶⁰. Zira sözleşmelerde borçlunun ya da alacaklının ifaya yardımcı nitelikte işbirliği yükümlülüğünün kaynağı dürüstlük kuralıdır³⁶¹. Dürüstlük kuralı gereği taraflar, birbirini desteklemekle ve sözleşme amacına ulaşmak için gerekli katkıyı sağlamakla yükümlüdürler³⁶².

³⁵⁶ Hartmann, **a.e.**, s. 52.

³⁵⁷ Hartmann, **a.e.**, 52.

³⁵⁸ Köpcke, **a.g.e.**, s. 70.

³⁵⁹ Ulrike Lachmann, Die Rechtsfolgen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Werkbestellers, **BauR 4/90**, s. 411.

³⁶⁰ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 50; Köpcke, **a.g.e.**, s. 70.

³⁶¹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 38.

³⁶² Akyol, **a.g.e.**, s. 50; İpek E., **a.g.e.**, s. 76 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

ESERİN MEYDANA GETİRİLMESİ BAKIMINDAN ÖNEMLİ BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜKLERİ

I. Sözleşme Konusu Eserin Detaylarının Belirlenmesi

A. Uygulama ve Gerekçesi

Klasik eser sözleşmelerinde yüklenicinin ifa edeceği edim nitelik ve nicelik olarak bütün kapsamı ile sözleşmenin kurulma aşamasında belirlenmiştir. Sözleşme kurulduktan sonra yüklenicinin yegâne sorumluluğu bütün detayları ile nitelikleri belirlenen edimi imal etmektir¹. Eser sözleşmesinde asli *edim yükümünün* ifası açısından borçlu olan yüklenicinin borcunun sözleşmede kapsamlı ve *nihai surette* belirlendiği durumlarda sözleşme konusu eserin detaylarının sözleşme kurulduktan sonra belirlenmesine gerek yoktur. Ancak özellikle meydana getirilmesi uzun zaman alan, çok bileşenli, karmaşık ve kapsamlı yapı işlerini konu edinen eser sözleşmelerinde durum böyle değildir. Yüklenici tarafından asli edim borcu ifa edilirken iş sahibi nihai olarak meydana getirilecek esere ilişkin detaylarda müdahil olur, muhtelif talimatlarla süreci etkiler². Taraflar arasında sözleşme akdedilirken, yüklenicinin asli edim yükümü kapsamında ifa edeceği eserin meydana getirilmesi borcu, *bütün unsurlarıyla ve nihai olarak* belirlenmiş olmayabileceği gibi meydana getirilecek esere ilişkin teknik detay ve unsurlar da henüz planlama/projelendirme aşamasında olabilir³. Bir yandan sözleşme süreci işletilirken diğer taraftan sözleşme konusunu oluşturan esere ilişkin planlama/projelendirme sürecinin işletilmesi sayesinde eserin imal edilmesi kararı ile meydana getirilmesi süresi kısaltılarak zamandan tasarruf sağlanır. Bu yöntem, bu nevi kapsamlı projelerde zaman unsuru

¹ Werner Langen/Karl-Heinz Schiffers, "Leistungs- Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers bei konventioneller und zieldefinierter Baudurchführung", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, München 2002, s. 435.

² Iris Oberhauser, "Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers auch nach Abnahme", **Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, München 2010. s. 167.

³ Zeltner, a.g.e., N. 45.

yönünden önemli bir tasarruf sağladığından önemli oranda maliyet tasarrufu sağlar. Sözleşme safhası ile sözleşme konusu esere ilişkin planlama/projelendirme safhasının birbirine yaklaşması sayesinde koşulların değişmesi nedeniyle oluşacak olumsuz riskler de bertaraf edilir⁴.

İş sahibi, *maliyet mülahazalarıyla* sözleşmenin kurulması safhasında, meydana getirilecek eserin belirli niteliklerinin belirlenmesi hususunda karar verme yetkisinin kendisinde kalmasını isteyebilmektedir. Zira prestij niteliğinde büyük yapı projelerinde eserin meydana getirilmesi için sarf edilebilecek ekonomik kaynaklar, her zaman sözleşmenin kurulması safhasında mevcut değildir. Eser bir taraftan meydana getirilirken diğer taraftan proje üzerinden satışa arz edilerek ya da teminat gösterilerek kaynak temin edilir. Bu gibi maliyet unsurlarına bağlı olarak meydana getirilecek eserin nitelikleri değişkenlik arz edecektir⁵.

Eser sözleşmesi akdedildikten sonra da sözleşme konusu esere ilişkin planlama ve detaylandırma süreci devam edebileceği gibi bu süreç bazen de sözleşme akdedildikten sonra başlayabilir. Bu süreçte, iş sahibi sözleşme konusu eserin niteliklerini ve teknik detaylarını belirlemekte; yüklenici de edim yükümünün ifası kapsamında bunu nasıl gerçekleştireceğini planlamaktadır. İş sahibinin hukuki ve ekonomik menfaati gereği, sözleşmenin kurulması safhasında meydana getirilecek eser bütün detayları ile belirlenmiş olmaz. Sözleşmelerde genellikle bu yönde açık bir hüküm ile iş sahibinin eserin detaylarını belirlemeye yetkili olduğu öngörülür. Bu nedenle, sözleşmenin kurulmasından sonra sözleşme konusu eserin bütün unsur ve teknik detaylarının belirlenmesinde iş sahibi birlikte hareket etmekle yükümlü olur⁶.

Özellikle ifa süreci uzun zaman alan, çok bileşenli, karmaşık ve kapsamlı mega yapıların inşasına dair eser sözleşmelerinde eserin tasarımına ilişkin *projelendirme*, yüklenici tarafından değil; iş sahibinin bizzat kendisi veya TBK m. 116 anlamında onun yardımcısı sıfatıyla işin uzmanı kişiler⁷ tarafından yapılmaktadır. Yüklenici, tasarımı ve detayları kendisine sunulan projeyi uygulamak

⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 54.

⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 56.

⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 62.

⁷ İşin teknik detayına göre, mimar, mühendis, ışık uzmanı, ısı uzmanı, vb.

suretiyle eseri meydana getirir. İş sahibinin yardımcı kişisi sıfatıyla mimar/mühendis, sözleşmenin kurulmasından sonra da eserin teknik detaylarını belirlemek suretiyle projenin detaylandırılması safhasında etkindir⁸. Yukarıdaki açıklamalar dikkate alındığında iş sahibinin esere ilişkin projelendirme ve dolayısıyla yüklenicinin *asli edim yükümünün detaylandırılmasında* belirleyici olduğu ortaya çıkmaktadır⁹. Bu bağlamda iş sahibi, esere ilişkin planları, projeleri, belge ve verileri yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür¹⁰. Esere ilişkin gerekli veriler yükleniciye teslim edilmediği sürece yüklenicinin borcunu ifa edememesi nedeniyle temerrüdü söz konusu olmaz¹¹.

B. Detaylandırma ve Sipariş Değişikliği Arasındaki Fark

Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen edimin somutlaştırılması (detaylandırılması) ile sözleşme konusu eserde iş sahibinin tek taraflı sipariş değişikliği talebini birbirinden ayırmak gerekir. İş sahibinin eserin meydana getirilmesine ilişkin etkisi, yüklenici tarafından sözleşme gereği kararlaştırılan borç kapsamında kaldığı sürece birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramı içerisinde değerlendirilir. İş sahibinin sözleşme ile kararlaştırılan borca ilişkin değişiklik talepleri, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında olmayıp, sözleşmenin tadili kapsamında değerlendirilir. Bu takdirde farklı hükümler, ezcümle ücretin arttırılmasına dair hükümler, uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmenin kurulması esnasında projelendirme safhası henüz tamamlanmamışsa, bu halde sözleşmede genel hatlarıyla tanımlanan eserin teknik detaylarının belirlenmesi gerekecektir. Sözleşmede genel hatlarıyla tanımlanan *eserde herhangi bir değişiklik söz konusu olmaksızın* teknik detayların belirlendiği ve yakından tanımlandığı süreç, detaylandırma süreci olarak ifade edilmektedir¹². Buna karşılık, sipariş değişikliği

⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 63.

⁹ Zeltner, **a.e.**, N. 65.

¹⁰ Dayınlarlı, **a.g.e.**, s. 196.

¹¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, davalı ve karşılık davacı iş sahibinin verilerin verilmesinde ve yer tesliminde gecikmesinden ve böylece iş sahibine isnadı mümkün gecikme karşısında yüklenicinin işi belirli bir zamanda bitirememesinde herhangi bir kusur ve temerrüdünden söz edilemeyeceği tespitinde bulunmuştur. Y. 15.HD. 9.11.1978 T., 2151 E., 2184 K. (www.kazanci.com).

¹² Zeltner, **a.g.e.**, N. 57.

talebinde, sözleşmede öngörülenin aksine, iş sahibinin talebi üzerine, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunda kalite, kapsam, nitelik ve nicelik yönünden değişiklikler söz konusu olmaktadır¹³. Eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibinin talimatı, meydana getirilecek eserde kalite, kapsam, nitelik ve nicelik yönünden farklılık gerektirdiği takdirde sipariş değişikliği söz konusudur. Buna karşılık iş sahibinin talimatı, anılan kriterler yönünden eserde bir değişiklik yaratmayıp, daha önce nitelikleri kararlaştırılan eserin sadece detaylarını içerdiği takdirde, detaylandırma sürecinden bahsedilir.

Sipariş değişiklikleri, eser sözleşmesi uygulamasında oldukça yaygın bir durumdur¹⁴. Çünkü esere ilişkin projelendirme yapılırken doğal, teknik, mali ve hukuki hususlara ilişkin birçok varsayım dikkate alınmaktadır. Bu hususlara ilişkin koşullar, sözleşme kurulduktan sonra değişiklik arz edebilir. Örneğin büyük bir yapı eserine ilişkin projenin uygulanması safhasında eserin üzerine bina edileceği arsanın mahiyeti ve zeminin yapısı açısından daha isabetli/muteber bilgilere erişilebilir ki bu unsurlar, eserin sözleşmede öngörüldüğünden farklı şekilde meydana getirilmesini zorunlu kılabilir. Bu zorunluluğun kaynağı, teknik, ekonomik ya da hukuksal olabilir. Bu zorunluluk nedeniyle ve işin gereğine uygun olarak eser sözleşmelerinde genellikle iş sahibine tek taraflı sipariş değişikliği yapma hakkı verilmektedir¹⁶. İş sahibi, tek taraflı sipariş değişikliği talebi, sözleşme ile belirlenen yüklenicinin edimini değiştirmekte¹⁷; daha önce belirlenen edimin ifasında birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁸.

Uygulamada hangi durumun söz konusu olduğunu tespit etmek güç olduğu kadar hukuki açıdan bir o kadar da önemlidir. Sözleşme ile belirlenen edimin teknik detaylarının belirlenerek somutlaştırılması söz konusu ise, bu halde sözleşmede belirlenenin ötesinde yüklenicinin ilave bir ücret talep hakkı mevcut değildir¹⁹.

¹³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 58.

¹⁴ Rudolf Piel, "Zur Abgrenzung zwischen Leistungsänderung (§ 1 Nr.3, 2 Nr. 5 VOB/B) und Behinderung (§ 6 VOB/B)", **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 349.

¹⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 59; Piel, **a.g.e.**, s. 349.

¹⁷ Piel, **a.g.e.**, s. 349.

¹⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 60.

¹⁹ Piel, **a.g.e.**, s. 349.

Ancak, somut durumda bir sipariş değişikliği ve dolayısıyla edim değişikliği söz konusu ise, bu halde sözleşme ile belirlenen ücretin de buna uygun olarak revize edilmesi, çoğu zaman yüklenici lehine arttırılması gerekmektedir²⁰. Yüklenicinin bu takdirde ilave ücret talep hakkı mevcuttur²¹.

Taraflarca sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş sahibinin edim değişikliği talebinde bulunduğu durumlarda yüklenicinin edim değişikliği sonucunun ücretini derhal iş sahibine bildirme yükümlülüğü ilke olarak mevcut değildir. Bildirmediği durumlarda da sipariş değişikliği nedeniyle ilave ücreti talep hakkı mevcuttur. Bununla beraber, somut olayın bütün koşulları dürüstlük kuralına göre değerlendirildiğinde yüklenicinin suskunluğu herhangi bir ilave ücret talep etmediği sonucunun kabulüne olanak verebilir²³.

C. Edim İçeriği

Meydana getirilecek eserin projelendirilmesi ve detaylandırılmasında iş sahibinin etkisi ve katılımı genellikle sözleşmede *açık bir hükme* bağlanır. Ancak, sözleşmede iş sahibinin eserin projelendirilmesi ve detaylandırılmasına ilişkin yükümlülüğü açıkça öngörülmüş olmasa bile, somut olayın koşulları dikkate alınarak *sözleşmenin tamamlayıcı yorumu* marifetiyle bu neticeye varılabilir. İş sahibi, eser sözleşmesi akdedilirken esere ilişkin projelendirme ve detaylandırma işine başlamışsa veya bu bağlamda üçüncü bir kişiyi ifa yardımcısı olarak görevlendirmişse ya da yükleniciye nazaran bu konuda daha yetkin ise, bu halde iş sahibinin projelendirme ve detaylandırma *yükümlülüğünün* mevcut olduğu sonucuna varılabilir²⁴.

İş sahibinin meydana getirilecek eserin niteliklerini belirleme ve detaylandırma yükümlülüğünü *zamanında* ifa etmesi gerekir. İş sahibinin bu yükümlülüğü en geç ne zaman ifa etmek durumunda olduğu hususu, taraflar arasındaki sözleşme ve imalatın bulunduğu seviyeye göre belirlenir. Taraflarca

²⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 61.

²¹ Anton Henninger, “Die Anzeige- und Abmahnpflichten des Unternehmers”, **BRT 2009**, s. 79.

²³ Henninger, **a.g.e.**, BRT 2009, s. 79.

²⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 67.

sözleşmede iş sahibinin bu yükümlülüğüne ilişkin herhangi *bir vade öngörülmemişse*, bu halde iş sahibi bu yükümlülüğünü, yüklenicinin borcunu ifade *temerrüde* düşmesine neden olmayacak ve *imalat maliyetinin artmasına* yol açmayacak şekilde *zamanında* ifa etmek durumundadır²⁵.

Yüklenici, iş sahibinin taleplerine uygun bir eseri sözleşme gereği meydana getirmekle yükümlü olduğundan iş sahibinin, sözleşmede öngörülen *borcu değiştirmeyen ve fakat detaylandırılan/somutlaştıran taleplerini* dikkate almak suretiyle eseri meydana getirecektir. Bunun için iş sahibi, *vakitli* olarak sözleşme konusu esere ilişkin detayları yükleniciye bildirmek durumundadır. İş sahibi bu borcunu ya uygulama plan ve projelerini yükleniciye vermek yoluyla ya da talimatlarıyla yerine getirir²⁶. İş sahibi, bu borcunu hiç yerine getirmeyebileceği gibi bazen vermiş olduğu talimatlar, plan ve projeler, yanlış, eksik veya çelişkili olabilir²⁷. Bu takdirde yüklenicinin TBK m. 472/3 uyarınca iş sahibini uyarma sorumluluğu bulunmaktadır.

Yüklenici, eserin meydana getirilmesi borcunu ilke olarak kendisi ifa etmekle sorumludur. Yüklenici, bu borcuna uygun hareket ettiği sürece, iş sahibi borcun ifasını olanaksız hale getirecek yoğunluk ve sıklıkta müdahale etme hakkına sahip değildir. İş sahibi, meydana getirilecek eserin niteliklerini belirleme ve detaylandırma yükümlülüğünü işin gereği ve öngörülen vadede *sözleşmenin ifa edilmesi* amacına uygun surette kullanmalıdır²⁸.

D. Eserin Detaylandırılması

İş sahibi, yüklenici tarafından meydana getirilecek eseri, belirgin ve nihai olarak tanımlamakla yükümlüdür²⁹. Meydana getirilecek eserin detaylandırılması, sözleşmede mevcut olan bilgi ve hususların, daha teferruatlı belirlenerek tamamlanması suretiyle olur. Bu bağlamda somutlaştırmaya ilişkin bilgiler öncelikle

²⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 69.

²⁶ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

²⁷ Hürlimann, **a.e.**, s. 817.

²⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 72.

²⁹ Götz von Craushaar, ‘‘Die Rechtsprechung zu Problemen des Baugrundes’’, **Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990**, Düsseldorf, 1990. s. 9.

sözleşme konusu esere ve eserin nihai olarak ortaya çıkacak durumuna ilişkin olmakla beraber *yapım sürecine* dair bilgiler de söz konusu olabilir. Yapım sürecinin çoğunlukla meydana getirilecek eseri belirlemesi nedeniyle iş sahibi genellikle yapım sürecine de müdahil olur³⁰.

Eserin belirlenmesi ve detaylandırılması amacı doğrultusunda iş sahibi muhtelif *araç ve yöntemleri* kullanır. Bu bağlamda, iş sahibi tarafından yükleniciye şifahi veya yazılı talimatlar verilmekte; uygulama planları ve yapı malzemelerinin listesi sunulmaktadır. Keza esere ilişkin yapısal ve işlevsel özelliklerin nitelikleri detaylandırılmaktadır. Eserin meydana getirilmesi sürecini *zamansal olarak yönetme* ve düzenleme de bu kapsamda sayılabilir. Eser sözleşmesine göre iş sahibinin, işe başlama tarihini belirlemeye yetkili olması, buna aynı zamanda *borçlu* olduğu anlamına gelir. Yüklenici, iş sahibinin işe başlama talebi olmaksızın işe başlayabilmesi olanaklı olmadığından bu aynı zamanda iş sahibi için bir borçtur. Taraflar, iş sahibinin işe başlama çağrısını hangi zaman aralığında yapmak durumunda olduğunu öngörmemişlerse, bu takdirde dürüstlük kuralı doğrultusunda sözleşmenin tamamlayıcı olarak yorumlanması suretiyle işe başlama zamanı belirlenir. İş sahibi tarafından yapılacak işe başlama çağrısının, yüklenici için sözleşmede öngörülen ücretin anlamını koruduğu ve yüklenicinin işletmesel olanakları kapsamında diğer yükümlülüklerini yerine getirmede herhangi bir güçlükle karşılaşmayacak zamanda yapılması gerekir³¹.

E. Hukuki Nitelik

Eserin belirlenmesi ve detaylandırılması anlamındaki birlikte hareket etme yükümlülüğü genel bir nitelik arz eder. Bu aşamada yüklenicinin asli edim yükümü tam olarak belirlendiğinden iş sahibinin buna ilişkin yükümlülüğü *borç* olarak değerlendirilmektedir. Sözleşme konusu eserin detaylarının belirlenmesi, ilke olarak *yapma borcu* olarak tezahür eder. Kimi durumlarda, yüklenici muhtelif projeksiyonlar hazırlamak suretiyle iş sahibinin tercihinin sunabilir. Bu gibi

³⁰ Zeltner, a.g.e., N. 73.

³¹ Zeltner, a.g.e., N. 93.

durumlarda iş sahibinin borcu *irade beyanında bulunmak* suretiyle yapma borcu olarak ortaya çıkar.

Geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede meydana getirilecek eserin nitelikleri belirlenmediği sürece, yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu ifa edebilmesi olanaklı değildir. Meydana getirilecek eserin standart ve niteliklerinin belirlenmesi, iş sahibi tarafından eserin niteliklerinin belirlenmesi ve detaylandırılması kapsamında değerlendirilir³².

İş sahibinin sözleşme konusu eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini kategorik olarak tespit edebilmek mümkün değildir. Her somut olayın şartlarına göre mesele değerlendirilmeli ve daha önce izah ettiğimiz ilke ve yorum kurallarına göre somut olayda birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği tespit edilmelidir³³. Somut duruma göre ve özellikle sözleşmede korunan karşılıklı hukuki menfaat dengesi dikkate alındığında farklı bir hukuki sonuca ulaşılması mümkün olmakla beraber, genel olarak bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin aşağıdaki ilkesel tespitler yapılabilir.

Taraflar, iş sahibinin sözleşme konusu eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç³⁴ söz konusudur³⁵. Bu nevi bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Yan edim yükümleri, müstakilen ifa davasına konu olabileceği gibi ihlallerinde kötü ifa kurallarına göre tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Taraflar, iş sahibinin sözleşme konusu eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede açık bir hüküm ile düzenlememişlerse, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsuları ve tarafların

³² Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 11.

³³ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

³⁴ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

³⁵ Temelde aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 114 vd.

farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde tamamlayıcı- yorumla çözülecektir.

İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır³⁶. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Taraflarca sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*³⁷. Somut olayda istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, ilke olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğu doğurur.

Yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise³⁸ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların, eserin detaylarının belirlenmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünü ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

³⁶ Hartmann, *Mitwirkung*, s. 52.

³⁷ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

³⁸ Hendrik Schilder, *Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung*, Köln 2006, s. 59.

II. Esere İlişkin Proje, Şartname ve Uygulama Talimatlarının Verilmesi

A. Edim İçeriği

Her ne kadar yapımı uzun zaman alan, çok bileşenli ve karmaşık yapıları konu edinen eser sözleşmelerinde proje, şartname, teknik ve uygulama talimatlarının yükleniciye teslim edilmeksizin yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi ve eseri meydana getirebilmesi olanaklı değilse de, Türk Borçlar Kanunda bu hususa ilişkin *açık bir hüküm* yer almamaktadır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen esere ilişkin proje, şartname ve uygulama talimatlarının yükleniciye tesliminde BİGŞ ile VOB/B hükümleri yol gösterici olabilir. BİGŞ m. 11 ve m. 12 hükmüne göre yapılacak işlerin uygulama projeleri, şartnameler ve diğer teknik belgeler sözleşmenin *imzalanması sırasında* yükleniciye verilir. § 3 Nr. 1 VOB/B'ye göre iş sahibi, eserin ayıpsız ve gereğine uygun şekilde meydana getirilmesine olanak sağlayacak şekilde bütün uygulama proje ve belgelerini yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür⁴⁰. Uygulama projesinde esere ilişkin bütün unsurlar en detaylı şekilde belirlenir; kullanılacak malzemeler, malzemelerin kalite ve standartları, gerekli detaylı teknik bilgi ve çizimler ortaya çıkar: eserin meydana getirilmesi sürecinde uygulanacak yöntem ve takvim ile uygulama safhalarına ilişkin talimatlar belirlenir.

Taraflar arasındaki sözleşmede BİGŞ hükümlerinin uygulanacağına dair herhangi bir açık hüküm bulunmadığı durumlarda dahi iş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük*

⁴⁰Özellikle taşınmazı konu edinen eser sözleşmelerinde taşınmaz üzerinde bir inşaa faaliyeti yapabilmek için taşınmazın maliki ilgili kamu otoritesinden buna ilişkin yapı ruhsatı alması gerekir. Yapı ruhsatını alabilmek için ise, başvuru dilekçesinin ekinde inşaat faaliyetinin işin teknik gereğine uygun gerçekleştirileceğini belgeleyen projelerin (mimari, statik, elektrik, tesisat, ısı yalıtım, zemin etüd) sunulması gerekmektedir. Yapı ruhsatını temin ile yükümlü olan *taşınmaz maliki* konumundaki iş sahibi olduğundan bunun *eki niteliğindeki* projelerin temininden de iş sahibi sorumludur. Ancak vurgulamak gerekir ki, basit nitelikli inşaatlarda ya da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde veya *“anahtar teslim”* taahhüt edilen eser sözleşmelerinde Türkiye’deki yaygın uygulama *sözleşmelerde yer alan hüküm gereği* bu projelerin *yüklenici tarafından temin edilmesi yönündedir*. Bu gibi durumlarda iş sahibi, yüklenicinin bu projeleri hazırlatabilmesi için vekaletname ile kendisini yetkilendirmesi gerekir. Detaylar için bkz. II. Bölüm II. C.

kuralından doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır⁴¹. İş sahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli olan bütün proje ve uygulama talimatlarını, sözleşmeden doğan borcun ayıpsız bir şekilde ifasına olanak sağlayacak şekilde ve vaktinde yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür⁴². Proje ve uygulama talimatları kavramını geniş yorumlamak gerekir. Eserin meydana getirilmesi için gerekli her türlü mimari proje, statik proje, vs. teknik bilgi ve çizimler, teknik plan ve notlar bu kavram kapsamında değerlendirilir. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen eseri, işin teknik gereğine⁴³ uygun olarak ve vaktinde meydana getirmesine olanak sağlayacak her türlü bilgi, çizim ve belgeler bu kapsamda değerlendirilir⁴⁴. Bunlar sadece özel hukuk nitelikli değil, aynı zamanda projenin niteliğine göre (KTVK) kamu hukuku kaynaklı da olabilir. Her türlü çizimler, krokiler ile bunlara ilişkin açıklamalar, plan ve notlar, eskizler, model ve numuneler bu kapsamda değerlendirilir.

İş sahibi tarafından yükleniciye teslim edilecek proje ve uygulama talimatlarının, herhangi bir ayıba neden olmayacak şekilde gerekli teknik ve fen kurallarına uygun olarak hazırlanmış olmaları gerekir⁴⁵. Yüklenici bu proje ve uygulama talimatlarına göre eseri meydana getirebilecek durumda olmalıdır⁴⁶. Bu bağlamda yükleniciye teslim edilecek uygulama planlarının yanlış, eksik, çelişkili ve anlaşılabilir olması, bu yükümlülüğün gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelir.

Esere ilişkin proje ve uygulama talimatlarının *zamanında* yükleniciye teslimi gereklidir. Proje ve uygulama talimatlarının vakitli teslim edilip edilmediğinin tespitinde somut olayın bütün unsurları dikkate alınır. Meydana getirilecek eserin kapsamı, niteliği ve karmaşıklığı arttıkça, imalatın başlamasına nazaran daha uzun

⁴¹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

⁴² Gerhard Motzke vd., **Beck'scher VOB-Kommentar**, München 2008, Vor. § 3 N.30; BGH BauR 1972, 112.

⁴³ Hans-Egon Pause, "Welche Regeln der Technik sind für die Beurteilung der Mangelfreiheit massgeblich?", **Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, München 2010, s. 177: İşin teknik gereğine uygunluk ile kastedilen, mevcut bilimsel düzey esas alındığından teorik olarak bilimsel ilkelere uygunluk ve uygulama açısından olumlu olarak tecrübe edilmiş olmak ifade edilmekte ve bir yönüyle de bu husus eserin ayıpsızlığını belirlemektedir.

⁴⁴ Motzke vd., **Beck'scher VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 1 N. 16.

⁴⁵ Heinz Ingenstau/Hermann Korbion, **Kommentar zur VOB Teile A und B**, 14. Auflage, Düsseldorf 2001, B § 3 N. 1 N. 20.

⁴⁶ Motzke vd., **Beck'scher VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 1 N. 19.

bir zaman dilimi öncesinde proje ve uygulama talimatlarının teslimi gerekir. Her halükarda, yüklenicinin proje ve uygulama talimatlarını özenli bir şekilde incelemesine ve buna göre işletme ve imalat unsurlarını hazırlamasına olanak sağlayacak bir zamanda teslim edilmeleri gerekir⁴⁷.

B. İş Sahibinin Görevlendirdiği Mimar veya Müşavirlerin TBK m. 116 anlamında Yardımcı Kişi Olarak Değerlendirilmesi

Kapsamlı yapı projelerinin gerçekleştirilmesinde sadece müstakil ön yükleniciler, yan yükleniciler ve alt yükleniciler görev almaz. İşin tabiatından doğan gereklilik nedeniyle genellikle iş sahibi, sözleşme ilişkisinin devamında mimar veya mühendis gibi uzman kimselerden sözleşme kapsamında yardımcı kişi sıfatıyla yararlanır. Bu uzman kişiler genelde birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında aktif olurlar. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalden dolayı sorumluluğu, bu yükümlülüğü bizzat kendisi veya sorumlu olduğu yardımcı kişiler marifetiyle yerine getirmesi bakımından herhangi bir fark yoktur. İş sahibi, TBK m. 116 gereği sözleşmeden doğan bir hakkı kullanırken veya birlikte hareket etme yükümlülüğünü yerine getirirken yükleniciye karşı yardımcı kişilerin eylemlerinden sanki kendi eylemleriymiş gibi sorumlu olur. Bizzat iş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğü yerine getirmiş olsaydı yardımcı kişinin eylemi sözleşmeye aykırılık oluşturacak idiyse, bu halde sanki iş sahibi yükümlülüğü ihlal etmiş gibi değerlendirilir.

Vurgulamak gerekir ki, bizatihi eserin meydana getirilmesinden yüklenici müstakilen sorumludur. Bu nedenle, yüklenici mimarın kendisini yeterince gözetleyip denetlememesinden ötürü eserin sözleşmeye uygun meydana getirilmediğini ileri süremez⁴⁸. Bu anlamda mimar, eserin meydana getirilmesi sürecinin gözetim ve denetlenmesinde iş sahibinin yardımcı kişisi konumunda değildir⁴⁹.

⁴⁷ Motzke vd., **Beck'scher VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 1 N. 26.

⁴⁸ Friedhelm Kieserling, "Mangelverantwortlichkeit mehrerer Baubeteiligten", **NZBau 2002/5**, s.264.

⁴⁹ Kieserling, **NZBau 2002**, s. 264.

C. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri ve Türkiye Uygulamasındaki İstisna

Sözleşme konusu eserin imaline başlamak için 3194 sayılı İmar Kanununun 21. Maddesi uyarınca ilke olarak yapı ruhsatı almak gerekir. Yapı ruhsatı almak için ilgili Belediyeye mimari proje, statik proje, elektrik ve tesisat projelerinin imar durumuna uygun olarak çizdirilmek suretiyle teslimi gerekir. İmar mevzuatından kaynaklanan amir hükümlerin muhatabı, kural olarak taşınmazın maliki sıfatında bulunan arsa sahibidir. Sözleşmede yapı ruhsatının yüklenici tarafından alıncağına dair bir hüküm yer almadığı ve yükleniciye yapı ruhsatı alımı ile ilgili vekâletname verilmediği takdirde, yapı ruhsatı alma sorumluluğu kural olarak iş sahibine aittir⁵⁰. Ancak, uygulamada ilgili projelerin yapılması, harçların ödenmesi ve yapı ruhsatının alınması sorumluluğu, arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinde konulan bir hükümle yüklenicinin üzerine bırakılmaktadır. Bunun için iş sahibi, gerekli içerik ve kapsamda bir vekâletname ile yükleniciyi yetkilendirmektedir⁵¹. İş sahibi ya bizzat ya da vekâletname vermek suretiyle yapı ruhsatının alınmasını sağlamadığı takdirde, yapı ruhsatı olmaksızın yapılan inşaat kaçak inşaat niteliğinde olacağından iş sahibi, yükleniciyi bu nevi bir inşaatın yapımına zorlayamaz⁵².

Tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları bu nevi istisnai durumlarda iş sahibi, gerekli içerik ve kapsamda vekâletnameyi yükleniciye teslim etmekle esere ilişkin projelerin yükleniciye verilmesi yükümlülüğünü öncelikli olarak ifa etmiş olur⁵³.

D. Hukuki Nitelik

Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi, iş sahibinin gerekli bütün proje, şartname ve uygulama talimatlarını zamanında yükleniciye teslim etmesine bağlıdır. İş sahibinin yedinde bulunan esere ilişkin proje, şartnamelerin ve uygulama talimatlarının yükleniciye teslim edilmesi, ilke olarak *verme borcu* olarak tezahür eder. Ancak proje, şartname ve uygulama talimatları iş

⁵⁰ Y. 15. HD. 02.10.2014 T., 2014/2590 E. ve 2014/5618 K. (www.kazanci.com).

⁵¹ İzzet Karataş, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara 2009, s. 289.

⁵² Y. 15. HD. 02.10.2014 T., 2014/2590 E. ve 2014/5618 K. (www.kazanci.com).

⁵³ Vekâletname ve muvafakatname verilmesi sorumluluğu için bkz. İkinci Bölüm Başlık V. B.

sahibinin yedinde değilse veya henüz hazır değilse ve bunların hazırlanması iş sahibinin muhtelif yapma ve/veya irade beyanında bulunma eylem ve işlemlerine bağlı olduğu durumlarda *yapma borcunun* varlığı kabul edilmelidir. Bu gerekçeyle öğretideki baskın görüş, iş sahibinin bu yükümlülüğünü *borç* olarak nitelendirmektedir⁵⁴. Alman Federal Mahkemesi içtihatlarına göre iş sahibince eserin meydana getirilmesine ilişkin her türlü planlama edimleri, birlikte hareket etmek yükümlülüğü kapsamındadır⁵⁵. Gerekli proje ve uygulama talimatları, eserin meydana getirilmesi borcu yönünden edim içeriğini somutlaştırmakta ve eserin nasıl olması gerektiğini belirlemektedir. Yüklenicinin bu belgeler olmaksızın eseri meydana getirebilmesi teknik olarak mümkün olmadığı gibi hukuken de olanaklı değildir⁵⁶. İş sahibi bu yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde sadece eserin meydana getirilmesini olanaksızlaştırmamakta, aynı zamanda bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilebilmesini olanaksız kılmaktadır. Bu nedenle, iş sahibinin bu bağlamdaki yükümlülüğü, yüklenicinin asli edim yükümünü ifa edebilmesinin önkoşuludur⁵⁷. Bu nedenle, iş sahibi eserin meydana getirilebilmesi için gerekli bütün proje, şartname, teknik çizim ve uygulama talimatlarını *zamanında* yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür⁵⁸.

TBK m. 26 hükmüne göre taraflar, sözleşme içeriğine kanunda öngörülen sınırlar içerisinde özgürce belirleyebilirler. İş sahibi ve yüklenici bağıtladıkları sözleşmede iş sahibinin sözleşme konusu eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarını vermesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç⁵⁹ söz konusudur⁶⁰. Bu nevi bir

⁵⁴ Motzke, **Beck'scher VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 1 N. 7; Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 3 N. 1 N. 16; Rolff Kniffka, "Die Kooperationspflichten der Bauvertragspartner im Bauvertrag", **Privates Baurecht A, JahrB Baurecht 2001**, s. 12; aksi görüş. Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 633 N. 60.

⁵⁵ BGHZ 95, 128; BGHZ 143, 132; Kniffka, **Kooperationspflichten**, s. 13.

⁵⁶ Scheube, **a.g.e.**, s. 110.

⁵⁷ Christian Hartmann, "Der Gegenleistungsanspruch des Werkunternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Besteller", **BB 7/1997**, s. 326.

⁵⁸ Scheube, **a.g.e.**, s. 111.

⁵⁹ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

⁶⁰ Temelde aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

sözleşme hükmü, ilke olarak yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Yan edim yükümleri, bağımsız bir ifa davasına konu olabileceği gibi ihlallerinde kötü ifa kurallarına göre tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilir.

İş sahibinin sözleşme konusu eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarını vermesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini somut olaydan bağımsız olarak mutlak geçerlilikte bir tanımlama ile tespit edebilmek mümkün değildir. Somut olayın bütün unsurları dikkate alınarak mesele değerlendirilmeli ve daha önce açıklanan ilke ve yorum kuralları ışığında bu birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği belirlenmelidir⁶¹. Somut olayda hukuki menfaat dengesine göre farklı bir hukuki sonucun kabul edilebilmesi mümkün olmakla beraber, prensip olarak bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin aşağıdaki ilkesel tespitler yapılabilir.

İş sahibi ve yüklenici bağladıkları sözleşmede, iş sahibinin sözleşme konusu eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarını vermesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede açıkça öngörmemişlerse, bu takdirde mesele tarafların farazi iradeleri doğrultusunda somut olayın bütün unsurları dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak tamamlayıcı yorumla çözülecektir. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak yapmak durumundadır⁶². Dayanağını dürüstlük kuralında bulan eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarının verilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

İş sahibi ve yüklenici bağladıkları sözleşmede açık bir hüküme yer vermedikleri ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarını

⁶¹ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

⁶² Hartmann, *Mitwirkung*, s. 52.

vermesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*⁶³. Ancak işin ifa süreci dikkate alındığında somut olayda istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, ilke olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğuna neden olur.

Diğer taraftan yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise⁶⁴ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların eserle ilgili proje, şartname ve uygulama talimatlarının verilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünü ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

III. Eserin Meydana Getirileceği İşyerinin (Arsanın) Teslimi

Özellikle Türkiye’de eser sözleşmesinin en yaygın konusunu, yapı niteliğinde bir eserin meydana getirilmesini konu edinen inşaat sözleşmeleri oluşturmaktadır⁶⁵. Yüklenicinin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi, evveleminde imalatın yapılmasına fiilen ve hukuken elverişli bir arsanın kendisine teslim edilmiş olmasına bağlıdır⁶⁶. Yüklenicinin kendi arsası üzerinde yapı eserini meydana getirdiği durumlar istisna olmak üzere⁶⁷, iş sahibi, işin tabiatı gereği⁶⁸ yapı eserinin meydana getirileceği arsayı yükleniciye tahsis etmek durumundadır. Türk Borçlar Kanununda bu hususa ilişkin *açık bir hüküm* yer almamaktadır. İş sahibinin

⁶³ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

⁶⁴ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

⁶⁵ Şeref Ertaş, ‘‘Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri’’, **Prof. Dr. Mahmut Tefrik Birsnel’e Armağan**, İzmir 2001, s.80.

⁶⁶ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 50; Zeltner, **a.g.e.**, N. 96.

⁶⁷ BGE 117 II 259 vd.

⁶⁸ Mario Pedrazzini, ‘‘Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag’’, **Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Siebenter Band, 1. Halband**, Basel-Stuttgart 1977, s. 542 vd.

birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) yükleniciye tesliminde BİGŞ ile VOB/B hükümleri yol gösterici olabilir. BİGŞ m. 6' ya göre sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenicinin sözleşmede yazılı süre içinde işe başlayabilmesi için taraflarca tanzim edilen bir tutanakla işyeri yükleniciye teslim edilir. § 3 Nr. 2 VOB/B, §§ 3 Nr. 1, 4 Nr. 1 ve Nr. 4 VOB/B hükümlerine göre iş sahibinin temel yükümlülüklerinden biri, eserin meydana getirilmesine elverişli şekilde arsayı yükleniciye teslim etmektir⁶⁹. Bu yükümlülüğün iş sahibi açısından iki unsuru mevcuttur. İş sahibi bu bağlamda, bir yandan üzerine bina edilecek arsanın uygun koşullarda gerçekten mevcut olduğundan sorumlu iken; diğer taraftan yüklenicinin arsanın üzerinde yapı eserini meydana getirme olanağını sağlamak zorundadır. Bunlardan birincisi arsanın fiili tahsisi iken ikincisi arsanın hukuki tahsisi kavramı altında değerlendirilmektedir⁷⁰. Arsa yükleniciye hukuken ve fiilen teslim edilmeden kendisinden işe başlaması istenemez⁷¹.

Yüklenici sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ifa edebilmesi için iş sahibi tarafından arsa ya da tadil edilecek yapının *vakitlice* kendisine teslim edilmesi gerekmektedir. Arsanın tahsis edileceği zaman taraflarca belirlenmemişse, bu takdirde yüklenici tarafından *borcun ifasına başlanabileceği anda* arsanın kendisine teslimi gerekmektedir⁷². Arsanın fiilen yükleniciye tahsis edilememesinin hukuki sonucuna iş sahibi katlanmak durumundadır⁷³.

⁶⁹ Motzke, **VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 25; Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 3 N. 2 N. 23.

⁷⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 96.

⁷¹ Karataş, **a.g.e.**, s. 283.

⁷² Zeltner, **a.g.e.**, N. 115.

⁷³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 2012 tarihinde vermiş olduğu bir kararında şu tespitte bulunmuştur. Konu olayda davacı yüklenici taraflar arasındaki sözleşmenin feshinin iptali ile tahsil edilen teminat mektubu bedeli 50.000,00 TL'nin iadesini istemiştir. Davacı yüklenici ile davalı arasında düzenlenen 04.09.2006 tarihli sözleşme ile davacı su deposu yapımı işini üstlenmiş olup işin devamı sırasında davalı tarafından 18.07.2007 tarihli yazı ile *deponun yapılacağı sahanın orman sahasında kalması nedeniyle tahsis işlemleri yapılacağından, bu işlemlerin yapılmasına kadar inşaatın durdurulduğu* bilgisi kararda yer almıştır. Kararda, dosya kapsamında inşaatın davalı tarafından durdurulmasından sonra tahsis işleminin tamamlandığı ve buna göre inşaatı devam edilebileceği konusunda davacı yükleniciye bildirimde bulunulduğuna dair herhangi bir yazışmanın mevcut olmadığı tespit edilmektedir. *Bu durumda Yargıtay'a göre, davacı yükleniciden inşaatı devam etmesinin beklenmesi mümkün olmadığından davalı idarenin feshi haklı kabul edilemez.* Y. 15. HD. 11.06.2012 T. ve 2012/3353 E. ve 2012/4323 K., (www.kazanci.com).

Eserin üzerinde meydana getirileceği arsanın fiilen veya hukuken teslimi, iş sahibi tarafından sağlanamamaktaysa, iş sahibi bu durumu sözleşme kurulurken yükleniciye bildirmek zorundadır⁷⁴. Örneğin iş sahibi arsa üzerinde tasarruf yetkisine henüz sahip değilse ya da eserin yüklenici tarafından bahse konu arsa üzerinde meydana getirilmesinde fiili veya hukuki engeller mevcutsa, yüklenici tarafından fark edilmeyen bu tür önemli hususları iş sahibi *sözleşme öncesi aydınlatma yükümlülüğü* kapsamında yükleniciye bildirmekle yükümlüdür⁷⁵.

A. Hukuken Teslim

İş sahibi tarafından teslim edilecek arsanın fiilen mevcut olması yeterli değildir; arsanın hukuki nitelikleri itibari ile yüklenicinin arsa üzerinde eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesine elverişli olması da gerekir⁷⁶. Bunun için iş sahibi, yükleniciye teslimi yapabilmek bakımından arsa üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olmalıdır⁷⁷. Tasarruf hakkının dayanağını, mülkiyet hakkı oluşturabileceği gibi diğer ayni veya şahsi haklar oluşturabilir. Keza kamu arazileri üzerinde özel bir izinle yapı meydana getirme örneğinde olduğu gibi, tasarruf yetkisinin dayanağını bir idari imtiyaz sözleşmesi de oluşturabilir⁷⁸.

Yükleniciye teslim edilen arsa üzerinde üçüncü kişilerin herhangi bir nispi veya ayni hak iddiasının olmaması gerekir. Yüklenicinin, borcunu üzerinde ifa edeceği arsanın hukuken ihtilafsız olması gerekir⁷⁹. Yüklenici, arsanın ihtilafli olması nedeniyle inşaatı başlayamadığı veya devam edemediği durumlarda akdi feshederek bundan doğan zararı iş sahibinden talep etme hakkına sahiptir⁸⁰. İş sahibinin kendi

⁷⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 116.

⁷⁵ Mario Stoffel, **Die Submission nach schweizerischem Baurecht**, Diss. Freiburg, Wintherthur 1981, s.132; BGE 105 II 80; BGE 102 II 84.

⁷⁶ Bu bağlamda bkz. Art. 125/2 ve Art. 135/4 SIA NORM 118.

⁷⁷ Theodor Bühler, **Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau**, Zürich 1987, s. 267.

⁷⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 112.

⁷⁹ Y. 15. HD. 17.10.1978 T. ve 1978/1225 E., 1978/1962 K., (kazanci.com).

⁸⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1986 tarihli kararına konu olayda bir inşaat sahasında, idarenin davanın açılmasından sonra dahi inşaat sahasında bulunan kişilere ait arazinin istimlak işlemlerinin ikmal edilmediği tespit etmiştir. İdarenin, bu kişilerin inşaat alanındaki yerleri işgal etmelerini ve inşaatı durdurmalarını önleyemediğini vurgulamıştır. Bu durumda idarenin işyerini davacının edimlerini yerine getirmesine olanak verecek ve eserin bitmesini sağlayacak şekilde teslim etmediğini kabul etmiştir. YHGK 12.2.1986 T. 1986/1542 E., 1986/134 K. (www.kazanci.com).

hukuk alanına giren bir uyuşmazlık nedeniyle yeri teslim edememesi de bu kapsamda değerlendirilir⁸¹.

Diğer taraftan hukuki imkânsızlığı, arsanın hukuken teslim edilmesi kavramından farklı değerlendirmek gerekir. Arsanın imar durumu, sözleşme ile kararlaştırılan eserin meydana getirilmesine izin verir nitelikte olmalıdır. Söz gelimi, arsa sit alanında ya da orman tahdit sınırları dahilinde bulunmaktaysa, bu takdirde inşaat yapma olanağı hukuken mevcut değildir. Arsa imar plan ve notlarında okul, yeşil alan gibi kısıtlamalar varsa yine aynı durum geçerlidir. Keza arsa Kültür Tabiat Varlıklarını Koruma Alanında ya da Boğaziçi Öngörünüm bölgesinde ise, bu takdirde çok sıkı ve belirli koşullarda inşaat yapma olanağı mevcuttur. Bu kısıtlamalara riayet edilmeksizin sözleşme yapıldığı takdirde arsanın hukuken teslimi mümkün olamayacak ve imkânsızlık nedeniyle sözleşme geçersiz olacaktır⁸². İlke olarak tarafların sorumlu olmadığı imkânsızlıkta iş sahibinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu değildir. Ancak somut olayın şartları dikkate alındığında, edim konusundaki imkânsızlığı bilmesine rağmen yüklenici ile paylaşmayan iş sahibinin sözleşme görüşmelerinde dürüst davranma yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilir.

Sözleşmenin kurulması esnasında arsa üzerinde inşaat yapılması nispi/geçici olarak mümkün olmayabilir. Belirli işlem ve uygulamalardan sonra arsa inşaat yapılmasına hukuken elverişli hale gelebilir. Söz gelimi yola terk işlemi ya da komşu taşınmazlar ile tevhit işlemi bu kapsamdadır. Ancak bu işlemler yapılarak

⁸¹ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1979 tarihli kararına konu olayda iş sahibi kendi hukuk alanına giren bir uyuşmazlık nedeni ile yeri teslim edememiş ve yüklenici de sözleşme süresi geçtikten sonra sözleşme fiyatları ile bağlı olmadığını ihtaren bildirmiştir. Bu durumda davacı iş sahibinin kendi hukuk alanına giren bir olay nedeni ile duran işte yeri yükleniciye teslim edemeyerek mütemerrit duruma düştüğü kararda vurgulanmıştır. Y. 15. HD 5.3.1979 T., 1979/357 E., 1979/421 K., (www.kazanci.com).

⁸² Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 1990 tarihli kararına konu olayda arsanın bulunduğu yerin sit alanı olması, imar durumunun iki kat inşaata müsait olmasına rağmen tarafların üç kat inşaat yapılmasına ilişkin sözleşme imzalamaları ve sözleşmedeki bağımsız bölümlerin paylaşmalarını BK m. 20. hükmüne göre hükümsüz olması gerektiğini tespit etmiştir. Yargıtay, hükümsüz sözleşmenin taraflarını bağlamayacağını, arsa hukuken teslim edilemediği takdirde, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu ifa edemeyeceğini ifade etmiştir. Y. 15. HD. 22. 01. 1990 T. 1989/2987 E., 1990/43 K. (www.kazanci.com).

arsa elverişli bir şekilde teslim edildikten sonra yüklenicinin eseri meydana getirme borcu doğar. Yargıtay da aynı kanaattedir⁸³.

Arsayı inşaat yapmaya elverişli bir şekilde teslim etmek ilke olarak iş sahibinin sorumluluğundadır. Ancak Türkiye uygulamasında ve özellikle arsa payı devir karşılığı inşaat sözleşmelerinde tarafların bunun için gerekli işlemleri yüklenicinin ifa etmesini kararlaştırmaktadırlar. Bu takdirde, iş sahibi gerekli kapsam ve içerikte vekâletname tanzim ettirmek suretiyle yükleniciye teslim etmesi gerekmektedir.

B. Fiilen Teslim

Yapı eserinin inşası veya tadiline ilişkin sözleşmelerde yüklenici, borcunu ya arsa üzerinde doğrudan ya da mevcut bir yapı üzerinde gerekli tadilatları gerçekleştirmek suretiyle yerine getirir. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun üzerinde meydana getirileceği arsa ya da yapının *gerçekten mevcut olmasından* dolayı sorumludur⁸⁴. Üzerinde yapının inşa edileceği arsa ya da tadilatın gerçekleştirileceği *yapının niteliklerinin* nasıl olması gerektiği veya nasıl olduğu hususları, taraflarca akdedilen eser sözleşmesinde düzenlenir. Taraflarca akdedilen sözleşme hükümlerinin yanında yüklenici tarafından ifa edilecek borcun niteliği de belirleyici önemdedir⁸⁵.

Teslim edilecek arsa, yüklenici tarafından sözleşmede kararlaştırılan borcun gereğine uygun şekilde ifa edilmesine olanak sağlayacak nitelik, nicelik ve kapsamda olmak zorundadır⁸⁶. Arsanın, sözleşmeye göre meydana getirilecek eseri olumsuz

⁸³ Yargıtay, konu olayda iş sahiplerinin borçları nedeniyle parsel üzerine haciz konulduğunu, bu haczin borcun ödenmemesi üzerine 5 yıl sonra kaldırıldığını, tapuda bulunan haciz şerhi bir taşınmazın şuyulandırma nedeniyle tevhit ve imar parseli haline gelmesi için gereken yola terk işlemlerinin yapılmasını engellediğini ifade etmiştir. Aynı kararda Yargıtay, iş sahiplerinin öncelikle üzerinde inşaat yapılacak taşınmazı ayıpsız olarak yükleniciye teslim etmekle yükümlü olduklarını belirtmiştir. Kararda, BK. 90. Maddesi hükmünce, borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendi tarafından yapılması lazım gelen muameleleri icradan imtina eden alacaklının temerrüdü durumuna düşeceği ifade edilmiştir. Yargıtay bu durumda, yüklenicinin iş sahibinden edimini yerine getirmesini isteme hakkının doğacağı gözetilmeden sözleşme süresinin 26 aylık kısmında faaliyette bulunulmadığından söz edilerek sözleşmenin feshine karar verilmesini isabetsiz bulmuştur. Y. 15. HD. 01.11.1998 T. 1998/3321 E. 1998/3501 K., (www.kazanci.com).

⁸⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 98.

⁸⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 98.

⁸⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 102.

olarak etkileyebilecek nitelikte olmaması gerekir⁸⁷. Bu bağlamda iş sahibi tarafından tahsis edilen arsa ya da yapının ayıplı olmaması yeterli olmayıp, yüklenici tarafından ifa edilecek borç için *elverişli* olması gereklidir. İş sahibi tarafından teslim edilecek arsa, fiziki nitelikleri itibari ile yüklenicinin arsa üzerinde eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesine elverişli⁸⁸, fen ve teknik kurallara göre inşaat imalatı yapmaya müsait olmalıdır. Arsanın elverişli olması demek, eserin meydana getirilmesi için yüklenici tarafından üstlenilmeyen ve fakat arsada bulunması gereken bütün fiziki unsurlardır⁸⁹. Yükleniciye teslim edilecek arsa, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan borcun yüklenici tarafından ifa edilmesine olanak sağlayacak nitelik ve nicelikte olması gereklidir⁹⁰.

Eserin üzerine bina edileceği taşınmaz üzerinde herhangi bir yapı⁹¹, yıkıntı ya da hafriyat bulunmaktaysa, bu yapının yıkımının yapılması, hafriyatın temizlenmesi⁹² ve inşaat elverişli bir şekilde yükleniciye teslimi gerekmektedir⁹³. Arsada herhangi bir kiracı bulunmaktaysa, kiracının tahliye edilmesi, kendisi ile sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan kiralayan konumundaki iş sahibinin sorumluluğundadır. Arsa, sözleşme dışı üçüncü kişiler tarafından fiilen işgal edilmiş ise, bu işgalcilerin taşınmazdan uzaklaştırılması iş sahibinin sorumluluğundadır. Nihayet ifade etmek gerekir ki, yüklenicinin arsa üzerinde eseri meydana getirebilmesi için kendisine bütün araç ve gereçleri ile beraber arsaya erişim olanağının sağlanması gerekmektedir⁹⁴.

⁸⁷ Gauch, **Werkvertragsrecht**, N. 1415 vd.; Bu bağlamda iş sahibinin sorumluluğunun sınırı, TBK m. 472/2 gereği yüklenicinin sorumluluğunun başladığı noktadır.

⁸⁸ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 9 N. 1 a N. 6.

⁸⁹ Scheube, **a.g.e.**, s. 114.

⁹⁰ BGE 26 II 660.

⁹¹ Yargıtay kararına konu olayda yüklenicinin plan ve projeleri tasdik ettirmesine ve noterde keşide ettiği ihtarnamesi ile talep etmesine rağmen, elektrik ve su aboneliklerini iptal ettirip geçekonduyu yıkmayarak ya da yıkıma hazır hale getirmeyen davacı arsa sahibinin arsayı inşaat elverişli ve boş olarak teslim şeklindeki öncelikli edimini yerine getirmediği, bu durumda arsa sahibinin BK m.90 uyarınca temerrüde düştüğü ve bu sürede ruhsat alınıp inşaat başlanamamasından kendisinin kusurlu olduğundan fesih davasında haksız olduğu tespit edilmiştir. . Y. 15. HD. 22.04.2008 T. 2007/3118 E. 2008/2682 K., (www.kazanci.com).

⁹² Klaus Vygen, **Bauvertragsrecht nach VOB und BGB**, 2. Auflage, Wiesbaden/Berlin 1991, N. 351.

⁹³ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 9 N. 1 a N. 6.

⁹⁴ Vygen, **Bauvertragsrecht**, N. 351.

C. Hukuki Nitelik

Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi, öncelikle eserin meydana getirileceği arsanın kendisine elverişli bir şekilde teslim edilmesine bağlıdır. İş sahibi eser sözleşmesini akdetmeden önce, borcun fiilen ve hukuken ifa edilebilirliğini, sözleşmenin vazgeçilemez temeli olarak değerlendirmek ve sağlamakla yükümlüdür⁹⁵. Bu gerekçeyle öğretilerdeki baskın görüş, iş sahibinin bu yükümlülüğünü *borç* olarak nitelendirmektedir⁹⁶. Üzerinde meydana getirilecek eşya taşınır nitelikte olduğu durumlara, iş sahibinin bu bağlamdaki borcu *verme borcu* olarak tezahür eder. Taşınmaz niteliğinde bir eşya olan arsanın yükleniciye teslimi cümlesinden ifa edilecek işlem veya eylemler genellikle *yapma borcu* olarak tezahür eder. Buna göre yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği eserin meydana getirebilmesi için kendisine mutlaka arsanın teslim edilmesi gerekir⁹⁷. Arsanın yükleniciye teslimi hem münferiden yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi hem de bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilerek sözleşme amacının gerçekleştirilebilmesi için mecburidir⁹⁸.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, somut olayın koşulları bütün koşulları, açıklanan ilke ve yorum kurallarına göre değerlendirilerek birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği tespit edilmelidir⁹⁹. Sözleşmedeki synallagma ilişkisi ve hukuki menfaat dengesi gözetildiğinde farklı bir sonuca ulaşılması ihtimal dahilinde olmakla birlikte, genel olarak aşağıdaki ilkeler tespit edilir.

Eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) iş sahibince teslimine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü sözleşmede *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlenmişse, bu takdirde teknik anlamda bir borç¹⁰⁰ söz konusudur¹⁰¹. Bu içerikte bir sözleşme hükmü, genellikle

⁹⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 116.

⁹⁶ Götz von Craushaar, ‘‘Risikotragung bei mangelhafter des Bauherrn’’, **BauR 1987/1**, s. 14; Motzke, **Beck’scher VOB-Kommentar**, Vor § 3 N. 33; Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 3 N. 2; Kniffka, **Baurecht 2001**, s. 15; aksi görş. Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 633 N. 60.

⁹⁷ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 9 N. 1 a N. 6.

⁹⁸ Scheube, **a.g.e.**, s. 114.

⁹⁹ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

¹⁰⁰ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 2.

¹⁰¹ Genel olarak aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Yan edim yükümleri, asli edimden bağımsız olarak ifa davasına konu olabileceği gibi ihlallerinde kötü ifa kurallarına göre tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir.

Eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) iş sahibince teslimine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü sözleşmede açık bir hüküm ile düzenlenmemişse, bu durumda mesele, somut olayın bütün unsuları ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumla çözülecektir. Bu bağlamda şartları mevcutsa, sözleşmenin tamamlayıcı olarak yorumlanması da söz konusu olabilecektir. Dürüstlük kuralı gereği iş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için, kendisi tarafından öncelikle ifası *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, yapmak durumundadır¹⁰². Dayanağını dürüstlük kuralında bulan eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) teslimine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Eserin meydana getirileceği arsanın teslimine ilişkin sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, Türk Borçlar Kanununun öngördüğü kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) teslimine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*¹⁰³. Bununla birlikte somut olayda istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, kural olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak tazminat sorumluluğuna neden olur.

¹⁰² Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

¹⁰³ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise¹⁰⁴ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların eserin meydana getirileceği işyerinin (arsanın) teslimine ilişkin birlikte hareket etme yükümünü ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

IV. Eserin Meydana Getirilmesi için Gerekli Malzemeleri Temin Etme

A. Genel Olarak

Öncelikle açıklığa kavuşturmak gerekir ki, malzeme kavramı, TBK m. 471/3 anlamında araç ve gereç kavramından farklıdır. Araç ve gereç, çalışma bittikten sonra tamamlanan eserden ayrılabilen ve yüklenicinin tasarrufunda¹⁰⁵ bulunan şeylerdir¹⁰⁶. Eserin meydana getirilmesi ediminin icrasında kullanılacak vinç, iskele, taşıt araçları, mühendislik ve inşaat araçları bu kapsamda değerlendirilir. Bu nevi araç ve gereçler, ilke olarak, yüklenici tarafından sağlanır¹⁰⁷. Yüklenici tarafından tedarik edilen araç ve gereçleri edimin icrasına elverişli olmalıdır¹⁰⁸. Aksine bir anlaşma olmadığı sürece yüklenici sağladığı araç ve gereçlerin edimin ifasında kullanılabilmesi için gerekli masraf ve giderleri karşılamakla yükümlüdür¹⁰⁹. Araç ve gereçlerin yüklenici tarafından sağlanması kuralı amir hüküm niteliğinde

¹⁰⁴ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

¹⁰⁵ Müteahhidinde tasarrufunda kavramı ile kastedilen onun mülkiyetinde veyahut kiralama ya da başka bir surette kullanımı temin edilen şeylerdir.

¹⁰⁶ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37.

¹⁰⁷ Tercier, **a.g.e.**, N. 3426; Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, **Borlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1992, s. 355; Fikret Eren, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları**, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 1996, s.68; Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37; Kemal Kanber, “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, **Yargıtay D, C. 24, S. 3, Temmuz 1998**, s. 356-368, s. 357.

¹⁰⁸ Aral, **a.g.e.**, s. 344; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 68.

¹⁰⁹ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37.

olmadığından aksini taraflar kararlaştırabilirler. Bu takdirde yüklenicinin araç ve gereçleri özenle kullanma sorumluluğu söz konusu olur¹¹⁰.

Eserin meydana getirilmesinde kullanılan beton, çimento, çakıl, demir, tuğla, cam gibi maddeler malzemeyi oluşturmaktadır. Daha önceden imal edilerek belirli oranda imalata hazır hale getirilmiş küvet, kapı ve pencere doğramaları gibi yapı elemanları da malzeme kapsamında değerlendirilir¹¹². Her ne kadar malzeme eserin meydana getirilmesi bakımından zorunlu ise de bizzat malzemenin getirilmesi, eser sözleşmesi kapsamında meydana getirme borcunun konusunu teşkil etmemektedir¹¹³. Eserin meydana getirilebilmesi açısından malzeme zorunlu unsur olduğuna göre, eserin meydana getirilmesi sürecinde bu unsurun iş sahibi mi yoksa yüklenici tarafından mı temin edileceği hususu, sözleşme amacının gerçekleşmesi bakımından belirleyici önemdedir.

B. Edim İçeriği

Türk Borçlar Kanununda eserin meydana getirilmesi için zorunlu olan malzemenin kimin tarafından temin edileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır¹¹⁴. Gerçekten 818 sayılı Borçlar Kanun m. 357/I: ‘‘Müteahhit, imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinsten olmamasından dolayı iş sahibine karşı mesul ve hatta bu hususta bayi gibi mütekeffildir’’ hükmünü öngörmektedir. Bu hükme karşılık gelen 6098 sayılı TBK m. 472/I: ‘‘Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur’’ hükmünü öngörmektedir. Kanaatimizce mezkûr hükümlerin lafzı dikkate alındığında ne iş sahibi ne de yüklenicinin malzemeyi sağlamakla yükümlü olduğu sonucuna kesin olarak varabilmek mümkündür.

Doktrinde *Tandoğan*'ın savunduğu bir görüş, BK m. 357 hükmünde, malzemenin müteahhit tarafından sağlandığı duruma ilişkin birinci fıkranın, malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı duruma ilişkin ikinci fıkradan önce yer

¹¹⁰ Aral, **a.g.e.**, s. 344.

¹¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 69.

¹¹³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 66.

¹¹⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 65; Tercier, **a.g.e.**, N. 3429; Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, İstanbul 1989; s. 104; Aral, **a.g.e.**, s. 333.

alması nedeniyle kural olarak malzemenin müteahhit tarafından sağlanması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁵. İsviçre öğretisinde *Bühler* de, malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması gerektiğine ilişkin yasal bir karinenin söz konusu olmadığı kanaatindedir¹¹⁶. *Erman* da bu görüş doğrultusunda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaatta kullanılacak malzemelerin müteahhit tarafından sağlanacağı kanaatindedir¹¹⁷. Malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağına ilişkin görüş doktrinde bir çok yazar tarafından kabul edilmektedir¹¹⁸.

Doktrindeki *Aral*'ın savunduğu bir diğer görüş, BK m 357/I ve TBK m. 472/I'in mehzını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanununun m. 357/I hükmünün Almanca ve İtalyanca metninden¹¹⁹ ve Türk Kanun Koyucunun tümüyle farklı bir sistem tercih etmediği varsayımından hareketle, malzemenin ilke olarak iş sahibi tarafından sağlanması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁰. Hakikaten mehz metin, ‘...*Yüklenici, malzeme sağlamayı üstlendiği takdirde...*’ ifadesini içermektedir. İsviçre öğretisinde *Tercier* de malzemenin ilke olarak iş sahibi tarafından sağlanması gerektiği kanaatindedir¹²¹.

Malzemenin kimin tarafından sağlanacağını tespitinde öncelikle sözleşmeye, sözleşmede herhangi bir hüküm mevcut değilse, bu takdirde ticari teamül ve yaygın uygulamaya bakmak gerekecektir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eser sözleşmelerinde ticari teamül ve yaygın uygulama, malzemenin yüklenici tarafından temin edilmesidir. Özellikle yapı eserinin meydana getirilmesine dair eser sözleşmelerinde genellikle yüklenici gerekli yapı malzemeleri ve yapı birimlerini temin etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülük sözleşmede açıkça öngörülmüş olabileceği gibi anahtar teslimi gibi ifadelerle zımnen de kararlaştırılmış olabilir. Günümüzde yaygın uygulama, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemelerin yüklenici tarafından nitelik, tür, kalite,

¹¹⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 105; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 69.

¹¹⁶ Theodor Bühler, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363-379**, Zürich 1998; Art. 365, N. 5.

¹¹⁷ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 37.

¹¹⁸ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 35; Tandoğan, **a.g.e.**, s 104 vd; Seliçi, **İnşaat**, s. 97 vd.

¹¹⁹ Vurgulamak gerekir ki, Borçlar Kanununun tercümesinde esas alınan Fransızca metin BK m. 357/I hükmüyle mealen örtüşmektedir.

¹²⁰ Aral, **a.g.e.**, s. 334;

¹²¹ Tercier, **a.g.e.**, N.3429.

marka ve model olarak tespit edilerek liste halinde ve/veya numune olarak iş sahibine sunulması ve iş sahibi tarafından yapılacak tercihe göre ilgili malzemelerin yüklenici tarafından temin edilerek eserin meydana getirilmesinde kullanılması şeklindedir.

Malzemenin iş sahibi tarafından temin edileceğinin kabul edilebilmesi için ya sözleşmede açık bir hüküm olması ya da dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumdan bu neticeye varılabilmesi gerekir. İş sahibi gerekli yapı malzemelerini ve yapı birimlerinin temin edilmesini sözleşme ile üstlenebilir. Ayrıca spesifik ve tedariki zor olan malzemelerin kullanıldığı eser sözleşmelerinde iş sahibi malzemeyi temin etmeyi üstlenir. Demiryolu, elektrik nakil hatlarının döşenmesi, liman gibi belirli özellikli alanlarda işletmeci olarak faaliyette bulunan iş sahipleri gerekli yapı malzemelerini kendi stoklarında bulundurduklarından daha hızlı bir şekilde temin etme imkânlarına sahiptirler¹²².

Ticari örf ve uygulamaya göre iş sahibince temin edilmesi gerekli yapı malzemeleri veya yapı birimleri, öngörülen teknik nitelik, yeterlilik ve elverişlilikte olması ve eserin meydana getirilmesini olumsuz olarak etkilememesi gerekir. İş sahibi, gerekli yapı malzemelerini, yüklenici tarafından borcun süresinde ifa edilmesine olanak sağlayacak şekilde vakitli¹²³ olarak yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür¹²⁴.

C. Hukuki Nitelik

Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi öncelikle eserin meydana getirilebilmesi için gerekli malzemelerin temin edilmiş olmasına bağlıdır. Ticari örf ve uygulamaya göre eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin iş sahibi tarafından temin edilmesi lazım geldiği takdirde, iş sahibinin bu yükümlülüğünün niteliğini belirlemek önem arz etmektedir. Buna göre yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği eseri meydana getirebilmesi için kendisine mutlaka gerekli malzemelerin teslim edilmesi gerekir. Gerekli malzemelerin yükleniciye teslimi hem

¹²² Zeltner, **a.g.e.**, N. 124.

¹²³ BGHZ 143, 32, 40.

¹²⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 126.

münferiden yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi hem de bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilerek sözleşme amacının gerçekleştirilebilmesi için mecburidir. Eserin meydana getirilmesi için gerekli olan malzemelerin yükleniciye teslim edilmesi genellikle *verme borcu* olarak tezahür eder. Somut olaydaki sözleşme ilişkisine göre malzemeler iş sahibinin yedinde bulunmamakta ve sözleşme hükmüne göre malzemelerin üçüncü bir kişiden temin edilerek yükleniciye teslim borcu iş sahibine yüklendiği takdirde, buna ilişkin gerekli iş ve işlemlerin yapılması *yapma borcu* olarak da değerlendirilebilir.

İlke olarak ifade etmek gerekir ki, iş sahibinin gerekli malzemeleri temin etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini mutlak geçerlilikte bir sınıflandırma ile tespit edebilmek olası değildir. Somut olayın bütün unsurları göz önünde alınarak mesele değerlendirilmeli ve daha önce açıklanan ilke ve yorum kuralları doğrultusunda bir tespit yapılmalıdır. Somut durumda hukuki menfaat dengesine göre farklı bir sonuca ulaşılması mümkün olmakla beraber, ilke olarak bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin belirlenmesine ilişkin aşağıdaki ilkesel tespitler yapılabilir.

Taraflarca iş sahibinin eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede *açıkça* ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç¹²⁵ söz konusudur¹²⁶. Bu minvalde bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacak, hem müstakilen ifa davasına konu olabilecek hem de kötü ifa kurallarına göre iş sahibinin tazminat sorumluluğunu gerektirecektir.

Sözleşmede iş sahibinin eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü açık bir hükme bağlanmamışsa, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsurları ve tarafların farazi iradeleri doğrultusunda dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde

¹²⁵ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

¹²⁶ Genel olarak aynı yönde Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

tamamlayıcı- yorumla çözülecektir¹²⁷. Dürüstlük kuralına göre iş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli*, kendisi tarafından öncelikle yapılması gereken bütün işlem ve eylemleri, yapmak durumundadır¹²⁸. İş sahibinince gerekli malzemelerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Somut olayda sözleşmede açık bir hükme yer verilmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin getirilmesi için gerekli malzemelerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*¹²⁹. Ancak vurgulamak gerekir ki, işin niteliği ve icra ediliş biçimi dikkate alındığında bazı durumlarda diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü de söz konusu olabilecektir. Bu yükümlülüklerin ihlalinde ilke olarak tazminat sorumluluğu söz konusu olur. İşin niteliği gereği kural olarak ifa davası uygulama alanı bulmaz.

Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise¹³⁰ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünü ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

¹²⁷ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

¹²⁸ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

¹²⁹ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A

¹³⁰ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

V. İnşaat İşlerinde Yapı Ruhsatı ve Diğer İzinlerin Temin Edilmesi

3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca istisnalar dışında inşaata başlamadan önce tüm yapılar için inşaat ruhsatı alınması zorunludur¹³¹. Yüklenicinin kendisine teslim edilen arsa üzerinde sözleşme gereği borçlandığı eseri meydana getirebilmesi için öncelikle yapı ruhsatı alması gerekmektedir¹³². 3194 Sayılı İmar Kanunu'na göre yapı ruhsatı, taşınmaz malikine arsası üzerine mevzuatta belirtilen koşullarda yapı inşa etme iznini ifade etmektedir¹³³. Sözleşme konusu eserin konumu ve niteliğine göre yapı ruhsatından başka izinlerin de alınması gerekebilir¹³⁴. Bu bağlamda hafriyat izni, iş makinelerinin belirli saatlerde arsaya erişimi izni örnek kabilinden sayılabilir. Hangi izinlerin gerekli olduğu, meydana getirilecek eserin niteliğine bağlı olduğu kadar, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzeme ve imalat unsurlarına da bağlı olabilir. Örnek kabilinden ÇED Raporu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu Raporu sayılabilir. Bu nedenle her bir somut olayda eserin meydana getirilmesi için hangi izinlerin gerekli olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Vurgulamak gerekir ki, bahsedilen ruhsat ve izinler, *meydana getirilecek esere ilişkin* oldukları sürece iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir. Yoksa eserin meydana getirilmesini üstlenen yüklenicinin kendisinden, personelinden ya da işletmesinden kaynaklı izinler yüklenicinin sorumluluğundadır. Söz gelimi eserin meydana getirilmesinde görevli personelin gerekli eğitim ve sertifikasyonlara sahip olması ya da yüklenicinin işin niteliğine göre gerekli olan müteahhitlik karnesine sahip olması yüklenicinin sorumluluk alanında olup, bu anlamda bir ihlal veya eksiklik yüklenicinin borca aykırı davranışını teşkil eder. Nihayet ifade etmek gerekir ki, eserin meydana getirileceği arsa üzerinde sözleşmede kararlaştırılan inşaatın yapılması, sözleşmenin kurulması esnasında yeşil alan olması, imar izninin olmaması gibi sebeplerle objektif ve sürekli olarak mümkün değilse, sözleşme TBK m. 27 uyarınca başlangıçtaki

¹³¹ Y. 15 HD. 03. 12. 2007 T. 2006/4121-2007/7713.

¹³² Vygen, **Bauvertragsrecht**, N. 358.

¹³³ Karataş, **a.g.e.**, S. 291.

¹³⁴ Ulrich Zimmerli, **Die Baubewilling: Bedingung und Auflage**, Band 2, BRT 1983, s. 7 ve 15.

imkânsızlık nedeniyle kesin hükümsüzdür¹³⁵. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık ruhsat ve izinleri temin etme borcunun borçlusu iş sahibinin kusuru neticesinde ortaya çıksa bile sözleşme hükümsüzdür. Ancak iş sahibi, bu durumu bilmesine rağmen dürüst davranmayarak sözleşme yapmak için harkete geçmesi durumunda, sözleşmenin hükümsüz olması nedeniyle yüklenicinin uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür¹³⁶. Buna karşılık sözleşmede kararlaştırılan inşaatın yapılması imar planındaki değişiklik gibi bir nedenle sonradan imkânsız hale gelmişse, bu durumda somut olayın şartlarına göre ya TBK m. 112 hükmü ya da TBK m. 136 hükmü uygulama alanı bulur¹³⁷.

A. Ruhsat ve İzinlerin Alınması

Eserin meydana getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinleri talep etme hakkı ilke olarak taşınmaz malikindedir¹³⁸. § 4 Nr. 1 VOB/B'ye göre iş sahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli kamu hukuku nitelikli ruhsat ve izinleri temin etmekle yükümlüdür. Taşınmaz maliki sıfatındaki iş sahibi yüklenici ile akdettiği eser sözleşmesinde aksine bir hüküm öngörülmemişse¹³⁹, bu takdirde yapı ruhsatı ve diğer izinleri temin etmek, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir¹⁴⁰. İş sahibi gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinleri temin etmeksizin yükleniciye yasayı ihlal etmek suretiyle eseri meydana getirmeye zorlayamaz¹⁴¹. Hatta yüklenici, yapı ruhsatı ve diğer izinler mevcut olmadıkça inşaatın yapılamayacağı konusunda iş sahibini uyarmakla yükümlüdür. Aksi takdirde

¹³⁵ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 50; Kürşat, **Ergun Özsunay'a Armağan**, s. 755; Veysel Başpınar, **Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı**, Ankara 1998, s. 116; Mehmet Altunkaya, **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara 2005, s. 102 vd.

¹³⁶ Benzer hukuki gerekçelendirme ile bkz. Altunkaya, **a.g.e.**, s. 238 vd.

¹³⁷ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 51.

¹³⁸ Scheube, **a.g.e.**, s. 119.

¹³⁹ Yargıtay da aynı görüştedir. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi vermiş olduğu bir kararında, sözleşmede inşaat ruhsatının kimin tarafından alınacağı kararlaştırılmadığı durumlarda kural olarak ruhsatın arsa sahiplerince alınacağını veya bu işe özgü olarak arsa sahiplerinin yükleniciye ya da onun yetkili kıldığı kişiye vekâlet vermesi gerektiğini belirtmiştir. Y. 15. HD. 20.06.2002 T. 2002/1937 E. 2002/3347 K., (www.kazanci.com).

¹⁴⁰ Scheube, **a.g.e.**, s. 119.

¹⁴¹ Karataş, **a.g.e.**, s. 292.

yasaya aykırı inşaat imalatı nedeniyle sözleşmede kararlaştırılan bedeli talep etme hakkından yoksun kalır¹⁴².

Yapı eserinin meydana getirilmesini konu edinen eser sözleşmelerinin ifasında çoğu kez komşu taşınmazlar da ifa sürecinden belirli şekilde etkilenir. Araç geçişleri, ses, toz v.s etkilerden komşu taşınmazların kaçınması çoğu kez olanaklı değildir. Eser meydana getirilirken komşu taşınmazlar üzerinde yaratacağı olası etkiler nedeniyle *gerekli izinlerin* temin edilmiş olması gerekir. Bu gibi olası etkiler nedeniyle alınacak izinlerin kimin sorumluluğunda olduğu önem arz etmektedir. Bir yönüyle meydana getirilecek esere ilişkin olduklarından iş sahibinin hukuk alanında yer alırken; diğer yönüyle eserin meydana getirilmesi sürecine, diğer deyişle borcun ifası sürecine ilişkin olduklarından yüklenicinin hukuk alanına girerler. Olası ihtilafları bertaraf etmek için akdedilen eser sözleşmesinde bu izinleri kimin alması gerektiği hususunun düzenlenmesi gerekmektedir¹⁴³.

İş sahibi, eser sözleşmesi akdedildikten sonra yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun ifasına başlayabilmesi için mümkün olan en kısa sürede gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinleri temin etmekle yükümlüdür. Taraflarca sözleşmede ruhsat ve diğer izinlerin hangi tarihe kadar alınacağı açıkça öngörülmemişse, iş sahibi bu yükümlülüğü sözleşme akdedildikten sonra *vakit geçirmeksizin* yapmakla yükümlüdür. Özellikle kapsamlı yapı projelerinde en önemli maliyet unsuru *zamandır*. Genel giderlerin en önemli maliyet kalemini zaman unsuru oluşturmaktadır¹⁴⁴. Sözleşme akdedildikten sonra süre geçtikçe –özellikle Türkiye gibi enflasyonist ülkelerde- farklı bir maliyet periyoduna girilmesi kaçınılmazdır. Farklı maliyet periyodunda eserin meydana getirilmesinde kullanılacak üretim

¹⁴²Yargıtay 15. Hukuk Dairesi bu meseleye ilişkin kararında, sözleşmede inşaat ruhsatı alma yükümlülüğünün kime ait olduğu belirtilmemiş ve arsa sahibi tarafından yükleniciye bu konuda vekâletname verildiği de ileri sürülmesine rağmen kanıtlanamadığı durumlarda kural olarak inşaat ruhsatı alma görevinin arsa sahibine ait olduğunu ifade etmiştir. Ancak kararın devamında Yargıtay, yüklenicinin, işinin ehli basiretli bir tacir gibi eseri fen ve teknik kurallara göre meydana getirmeyi üstlendiğini, ruhsatsız, imara aykırı ve kaçak inşaat yapılamayacağını bilmesi gerektiğini, BK m. 357 hükmüne göre ruhsatsız, imara aykırı ve kaçak inşaat yapılamayacağı hususunda uyarı görevini yerine getirmeden inşaata başlamaması gerektiğini belirtmiştir. Aksi halde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenicinin bu durumun sonuçlarından sorumlu olacağı vurgulanmıştır. Y. 15 HD. 03. 12. 2007 T., 2006/4121 E., 2007/7713K., (www.kazanci.com).

¹⁴³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 113.

¹⁴⁴ Andreas Lang/Dirk Rasch, ‘Allgemeine Geschaeftskosten bei einer Verlaengerung der Bauzeit’, **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, München 2002, s. 417.

unsurlarının fiyatı artacağından eserin meydana getirilmesi yüklenici için daha pahalıya mal olacak, belki zarar etmesine dahi sebep olabilecektir.

B. Vekâletname ve Muvafakatname Verilmesi

Yapı eserlerinin inşasını konu edinen sözleşmelerde öngörülen borcun yüklenici tarafından ifa edilebilmesi için ilgili kamu kurumlarından yapı ruhsatı ile diğer izinlerin alınmış olması gereklidir. Taraflarca sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, *taşınmaza ve üzerinde meydana getirilecek esere ilişkin* bütün idari ve hukuki izinlerin alınması iş sahibinin sorumluluğundadır¹⁴⁵.

Türkiye uygulamasında ve özellikle arsa payı devri karşılığı inşaat sözleşmelerinde taraflar, sözleşmede öngördükleri aksine bir hükümlerle, yapı ruhsatı ve diğer izinleri alma sorumluluğunun yüklenicide olduğunu kararlaştırmaktadırlar. Sözleşme ile gerekli işlemlerin yapılması müteahhit tarafından üstlenildiği durumlarda, iş sahibinin somut durumun koşullarına göre üzerine düşen sorumluluğu yerine getirmesi gerekmektedir¹⁴⁶. Bunun için iş sahibi¹⁴⁷, yapı ruhsatı ve diğer izinleri temin edecek kapsam ve nitelikte vekâletname tanzim ettirmek suretiyle yüklenici veya onun bildirdiği kişilere teslim etmesi gerekir¹⁴⁸.

Yargıtay'a göre taraflar sözleşmede yapı ruhsatının yüklenici tarafından alınacağına ilişkin *bir hüküm öngörmemiş olsalar bile*, arsa sahibinin yükleniciye bu işler için *vekâletname vermesi durumunda*, ruhsatın yüklenici tarafından alınması gerekeceği kabul edilmelidir¹⁴⁹. Somut olayın bütün koşulları dikkate alındığında belki makul kabul edilebilecek Yargıtay'ın bu görüşünü kategorik olarak hukuk

¹⁴⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 114.

¹⁴⁶ Yargıtay, inşaata başlamak, devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için arsa sahibinin yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerektiği tespitinde bulunmuştur. Y. 15. HD. 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K., (www.kazanci.com).

¹⁴⁷ Taraflar arasında eser sözleşmesi imza edildikten sonra iş sahibi vefat ettiği takdirde, iş sahibinin mirasçıları külli halefiyet prensibi gereği sözleşmenin tarafı haline gelirler. İş sahibinin eser sözleşmesinin ifasında yükleniciye gerekli vekaletname ya da muvafakatnameyi vermesi, *şahsa bağlı olmayan bir yapma borcu* niteliğindedir. Mirasçılar külli halefiyet prensibi gereği sözleşmenin tarafı olduklarından sözleşmeden bütün hak ve borçların muhatabı haline gelirler ki buna sözleşmenin ifasını mümkün kılma sorumluluğu kapsamında üzerlerine düşen işbirliğinin gereğini ifa etmek de dahildir. Bu nedenle, iş sahibinin mirasçıları sözleşmenin başarıyla ifa edilmesi için gerekli olan vekaletname ya da muvafakatnameyi yükleniciye teslim etmekle yükümlüdürler.

¹⁴⁸ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 51 vd.

¹⁴⁹ Y. 15. HD. 03.04.2002 T. 5655/1727.

dogmatikçi açısından gerekçelendirmek oldukça güçtür. İlk olarak, bir kişi adına vekâletname tanzim edilmesi vekil tayin edilenin iradesine bağlı olmayıp tevkil edenin tek taraflı irade beyanıyla mümkündür. İkinci olarak, vekâletname, vekili bir işi yapmakla *yükümlü* kılmaz; o işi yapmaya yetkili kılar. Özel hukuk düzeninin temeli irade özerkliğine dayanmaktadır. Yüklenicinin bu konuda herhangi bir beyan ve kabulü olmaksızın, iş sahibinin tek taraflı bir işlemle kendisini borçlandırması mümkün değildir. Ancak somut olayda TBK m. 503 hükmü iş sahibi lehine uygulama alanı bulabilir. O nedenle yüklenici, iş sahibi tarafından kendisine vekâletname verildiğini öğrendiği anda, ilgili iş ve işlemlerin takibini yapmayacağını ve buna sözleşme gereği yükümlü olmadığını iş sahibine karşı açıkça beyan etmelidir. Aksi takdirde, Türkiye'deki yaygın inşaat uygulaması da dikkate alındığında, yüklenicinin ilgili yapı ruhsatı ve diğer inşaatın yapılması için gerekli izinleri alması, mesleğinin gereği olarak değerlendirilebilir. Bu durumda yüklenici ilgili izinleri almakla yükümlü olur.

Vekâletnamenin içeriği, sözleşmede kararlaştırılan ve yüklenici tarafından meydana getirilecek eserin niteliğine göre belirlenir. Özellikle kapsamlı projelerde yüklenicinin bütün eseri öz kaynakları ile finanse etmesi güçlük arz etmektedir. Taraflar, esere ilişkin ruhsat ve izinlerin alınmasının ötesinde satış yetkisi içeren vekâletname verilmesini kararlaştırmış olabilirler. Yüklenici sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu ifa ettiği oranda karşı edim kapsamında talep edebileceği arsa payının satışını içeren bir vekâletnamenin kendisine verilmesini isteyebilir. İş sahibinin bu kapsamda bir vekâletnameyi yükleniciye geç vermesi nedeniyle eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkan gecikmenin sonucuna katlanması gerekir¹⁵⁰.

İş sahibince sözleşmede öngörülen eserin meydana getirilmesi için gerekli izinlerin alınmasını kapsayacak bir vekâletnamenin yükleniciye verilmiş olması, sadece usuli takip yetkisine ilişkindir. Esas hukuk yönünden iş sahibinin sorumluluğu devam eder. Buna göre, sözleşmede iş sahibince vekâletname verilmesinin öngörüldüğü durumlarda, gerekli izinler için yapılması gereken başvuru ve takip

¹⁵⁰ Y. 15. HD. 26.04.2002 T. 2001/5823 E., 2002/2098 K.,(www.kazanci.com).

işlemlerini yapmak yüklenicinin sorumluluğundadır. Ancak, yüklenicinin sorumluluğu sadece gerekli başvuru ve takip işlemlerini tesis etmektir. Herhangi bir gerekçe ile gerekli iznin verilmesi ilgili idari merci tarafından reddedilmesi nedeniyle yüklenicinin bir sorumluluğu olmadığı gibi şartların mevcut olması durumunda iş sahibi bu durum nedeniyle yükleniciye karşı sorumlu olur. İş sahibi, özellikle gerekli ruhsat ve izinlerin alınamayacağını bile bile yüklenici ile sözleşme yapmışsa bunun sorumluluğuna katlanmak durumundadır.

C. Hukuki Nitelik

İş sahibinin eserin meydana getirilmesi için gerekli ruhsat ve izinleri temin etmesi yükümlülüğünün hukuki niteliği önem arz etmektedir. Alman öğretisinde bir kısım yazarlar ruhsat ve diğer izinlerin temin edilmesini, *borç*¹⁵¹ olarak tanımlarken bir kısım yazarlar VOB/B'deki düzenlemeden hareketle iş sahibinin buna *yetkili*¹⁵² olduğunu ancak borçlu olmadığını ifade etmektedirler.

Gerekli ruhsat ve izinlerin temin edilmemiş olması eser sözleşmesinin geçerliliğine hanel getirmeyeceği¹⁵³ gibi esasında fiilen eserin meydana getirilmesine de engel teşkil etmeyebilir. Ancak, gerekli ruhsat ve izinler alınmaksızın inşaat yapılması, İmar Kanunu ve diğer kamu hukuku ve hatta Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun söz konusu olduğu bazı durumlarda ceza hukuku nitelikli diğer kanunların ihlali niteliği taşır¹⁵⁴. Her ne kadar taşınmaz maliki sıfatıyla iş sahibi imar mevzuatına ilişkin kanunların muhatabı ise de suç ve cezaların şahsiliği ilkesi gereği eserin meydana getirilmesi cümlesinden fiilleri işleyen yüklenicinin şahsi sorumluluğu söz konusu olur. Yüklenicinin sadece idari veya mali değil, aynı zamanda cezai sorumluluğunu gerektirecek iş ve işlemleri yapması kendisinden beklenemez¹⁵⁵.

¹⁵¹ Motzke, **Beck'scher VOB-Kommentar**, § 4 N. 1 N. 66; Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 4 N. 1 N. 33; aksi görüşte Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 633 N. 60.

¹⁵² Vygen, **Bauvertragsrecht**, N. 358.

¹⁵³ BGHZ 37, 233, 240.

¹⁵⁴ Bu bağlamda özellikle TCK m. 184'de düzenlenen imar kirliği suçu gündeme gelebilir.

¹⁵⁵ Yargıtay'ın kararına konu örnek olayda taraflar arasındaki esas ve ek sözleşme ile yüklenici tarafından yapılması üstlenilen inşaat, temel altı ve temel üstü ruhsatın bulunmaması nedeniyle belediye tarafından mühürlenmiştir. Kararda, sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadığı takdirde kural

Şu halde gerekli ruhsat ve izinlerin alınması, sözleşmeden doğan eserin meydana getirilmesi için hukuki nitelikli önkoşuldur. Gerekli ruhsat ve izinler temin edilmiş olmadıkça yüklenici sözleşme gereği yükümlü olduğu eserin meydana getirilmesi borcunun ifasından imtina edebilir¹⁵⁶. Gerekli ruhsat ve izinlerin temin edilmiş olması hem münferiden yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi hem de bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilerek sözleşme amacının gerçekleştirilebilmesi için mecburidir¹⁵⁷. Bu yükümlülük genellikle irade beyanında bulunmak suretiyle ilgili iş veya işlemlerin tesisini sağladığından bir *yapma borcu* olarak ortaya çıkar.

Eser sözleşmesi sayısı içerikte hazırlanabildiğine göre, somut olaydan bağımsız ve kategorik bir tespitle iş sahibinin yapı ruhsatı ve diğer idari izinleri temin etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini belirlemek mümkün değildir. Her somut olayın koşullarına göre mesele değerlendirilmeli ve daha önce izah ettiğimiz ilke ve yorum kurallarına göre bir sonuca gidilmelidir. Sözleşmenin üzerine kurulu olduğu hukuki menfaat dengesi dikkate alındığında farklı bir hukuki sonuca ulaşılması mümkün olmakla beraber, genel olarak aşağıdaki temel tespitler yapılabilir.

Öncelikle taraflar, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç¹⁵⁸ söz konusudur¹⁵⁹. Bu içerikte bir sözleşme hükmü, ilke olarak yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Yan

olarak inşaat ruhsatı alma yükümlülüğünün mal sahibine ait olduğu; somut olayda davalı yüklenicinin inşaat ruhsatını alması hususunda sözleşmede bir hüküm mevcut olmadığından yükleniciden inşaat ruhsatsız olarak tamamlaması ve teslimi istenemeyeceği; imar mevzuatının kamu düzeni ile ilgili olduğu; aksine davranışın hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirdiğinden hiç kimse başkasını kamu düzenine aykırı davranmaya ve suç işlemeye zorlayamayacağı vurgulanmış; bu durum nedeniyle yüklenicinin sözleşmeyi süresinde ifa etmediği kabul edilerek kendisinden ifaya eklenen ceza, kira mahrumiyeti ve eksik işler bedelinin ödetilmesine karar verilemeyeceğine hükmetmiştir. Y. 15. HD. 1987/4043 E., 1988/2427 K., (www.kazanci.com).

¹⁵⁶ BGH **BauR** 1976, 128, s. 129.

¹⁵⁷ Scheube, **a.g.e.**, s. 121.

¹⁵⁸ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

¹⁵⁹ İlke olarak aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

edim yükümleri, tazminat sorumluluğunun ötesinde kendi başına ifa davasına konu olabilecek bir hukuki nitelik arz eder.

Ancak somut olayda sözleşmede, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü açık bir hüküm ile öngörülmemişse, bu takdirde sorun, somut olayın bütün şartları, tarafların sözleşme ile varmak istedikleri amaç ve bu kapsamda farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumla çözülecektir¹⁶⁰. Bu bağlamda gerektiğinde sözleşmenin tamamlanarak yorumlanması da gündeme gelebilecektir. Dürüstlük kuralı iş sahibine, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için, öncelikle kendisi tarafından ifası lazım gelen bütün işlem ve eylemlerin gereğini ifa etmesi yükümlülüğünü yükler¹⁶¹. Eserin meydana getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Sözleşmede açık bir düzenleme yer almadığı ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerine göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin eserin getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak belirtmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*¹⁶². Ancak somut olayın belirleyici şartları ve sözleşmenin ifa edilmiş biçimi dikkate alındığında diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, kural olarak aynen ifa davasına konu olmaz, ancak sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi hükümlerine göre tazminat sorumluluğunu gerektirir.

¹⁶⁰ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

¹⁶¹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

¹⁶² Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

Ayrıca vurgulamak gerekir ki bazı durumlarda yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde özel bir menfaati söz konusu olabilir. Bu anlamda yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise ¹⁶³ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların eserin meydana getirilmesi için gerekli yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünü ifa davasına konu olabilecek şekilde teknik anlamda bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

VI. Eserin Meydana Getirilme Sürecini Takip ve Kontrol Etme

A. Genel Olarak

Özellikle kapsamlı yapı projelerinde iş sahibi ile yüklenicinin işbirliğinin özel bir önemi vardır¹⁶⁴. Bu tür projelerde taraflarca evvelemerde öngörülmeleyen ya da sonradan gelişen durumlar nedeniyle eserin meydana getirilmesi sürecinde değişiklikler gerekli olabilir. İş sahibi, yüklenici ile iletişim içerisinde bulunduğu, gerekli takip ve kontrolü yaptığı takdirde eserin meydana getirilmesi sürecine etki etmesine olanak verecek fiili durum ve bilgilere sahip olur¹⁶⁵. Keza iş sahibi, yüklenici ile iletişim içerisinde bulunarak eserin meydana getirilme sürecini yakından takip ve kontrol etmek suretiyle edineceği bilgi ve verilerle muhtelif yüklenicilerin uyum içerisinde borçlarını ifa edebilmesi için gerekli koordinasyonu sağlar. İş sahibi eserin meydana getirilmesine ilişkin borçların detaylandırılmasını ve talep değişikliklerini vakitli olarak tespit edip ileri sürebilir. Bu nedenle, yüklenici ile iletişim içerisinde olmak öncelikle iş sahibinin kendi yararınıdır.

Diğer taraftan iş sahibinin takip ve kontrolü aynı zamanda yüklenicinin de yararınıdır. İş sahibi, takip ve kontrolü sayesinde eserin planlı, ayıpsız ve süresinde meydana getirilmesini sağlar. Bu anlamda risk oluşturacak unsurların önceden fark

¹⁶³ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusätzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

¹⁶⁴ Meurer, **MDR 15/2001**, s. 848.

¹⁶⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 128.

edilmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını sağlar. Takip ve kontrol sisteminin bu önleyici yönü, yüklenicinin de yararınadır. Bu nedenle, eserin meydana getirilmesi sürecindeki takip ve kontrolü, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülükleri kapsamında değerlendirmek gerekir. Zira iş sahibi dolaylı surette de olsa, bu sayede yüklenicinin borcunu ifa etmesini desteklemektedir¹⁶⁷.

B. Edim İçeriği

Özellikle kapsamlı ve çok bileşenli yapı eserlerinin meydana getirilmesine ilişkin eser sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi süreci tamamlandıktan sonra ayıpların tespit edilebilmesi oldukça zordur¹⁶⁸. Bu tür sözleşmelerde genellikle birbirinden bağımsız yükleniciler, nihai nitelikteki eserin meydana getirilmesine ilişkin muhtelif edimlerini, müstakilen ifa ederler. İş sahibi gerekli takip ve kontrolü yapmaksızın birlikte hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmesi ve söz gelimi muhtelif yükleniciler arasındaki koordinasyonu sağlaması olanaksızdır. Bu nedenle, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecinin tabiatından doğan bir takip ve kontrol hakkı bulunmaktadır¹⁶⁹. TBK m. 473 hükmünde öngörülen borcun ifasının gecikmesi, ayıplı ifa edilmesi ya da sözleşmeye aykırı surette ifa edilmesi durumları ortaya çıktığı anda, iş sahibi tarafından bunun fark edilebilmesi gerekir. Bunun ötesinde iş sahibi, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi borcunun sözleşmeye uygun olarak ifa edildiğini değerlendirebilmeli ve birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki işlem ve eylemlerini yapabilmelidir. Bu bağlam ve kapsamın gerektirdiği oranda iş sahibi eserin meydana getirilme sürecine müdahil olur; süreci takip ve kontrol eder.

Diğer taraftan, ayıp tespit edilmiş olsa bile, ayıbın giderilmesi çoğu kez ya tamamen olanaksızlaşır ya da yüksek parasal ve zamansal maliyetlerle giderilebilir. Bu nedenle iş sahibi, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi esnasında *belirli ölçüm ve denetimler* yapabilir. İş sahibi, meydana getirilecek eser henüz kaba inşaat aşamasında iken betonun kalitesini tespit için örnekler alabileceği gibi

¹⁶⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 129.

¹⁶⁸ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 4 N. 47.

¹⁶⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 133.

muhtelif teknik ölçümler de yapabilir. Bu bağlamda iş sahibi, yükleniciden eserin meydana getirilmesi sürecine dair her türlü teknik bilgiyi talep edebilir¹⁷⁰. Bu anlamda teknik bilgi olarak, eserin meydana getirilmesine dair plan ve programlar, periyodik imalat raporları ve imalatta kullanılan yapı malzemelerinin dayanıklılık ve kalitesine dair ölçüm ve testleri isteyebilir; eserin meydana getirilmesi sürecinde bizatihi imalat aşamalarını, yüklenicinin borcunu ifasını engellemek kaydıyla, fiilen yerinde takip ve kontrol edebilir.

Eserin meydana getirilmesinin borçlusu olarak ifa edilen borcun sözleşmeye uygunluğundan ilke olarak yüklenici sorumludur. İş sahibinin takip ve kontrol hakkı ise sadece *gözetleme ve denetleme* niteliğindedir¹⁷¹. Bunun ötesine geçmek suretiyle yüklenicinin eserin meydana getirilmesine ilişkin yetki ve sorumluluğuna mütemadiyen ve doğrudan müdahale boyutuna ulaşamaz. İş sahibi ilke olarak yakın bir tehlike veya zarar ihtimalinde doğrudan müdahale etme hakkına sahiptir. İş sahibi takip ve kontrol hakkını kullanırken olabildiğince *dikkat ve özenli davranmalı* ve yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi sürecini olumsuz etkilemeyecek ya da onu engellemeyecek bir tarzda hareket etmelidir. İş sahibi takip ve kontrol hakkını kullanırken yüklenicinin ticari bilgi ve sırlarına vakıf olursa, bunları ifşa etmemek ve korumak yükümlülüğü altındadır.

Uygulamada iş sahibi, yüklenici ile yaptığı sözleşmede kendisi lehine saklı tuttuğu takip ve kontrol yetkisini, bu alanda uzmanlaşmış şirketler¹⁷⁴ marifetiyle kullanmaktadır. Bu şirketler genellikle süreç yönetimi konusunda deneyimli mimarlık veya müşavirlik şirketleridir. Bu şirketler, her ne kadar yüklenici ile iş sahibi arasında geçerli eser sözleşmesine göre üçüncü kişi konumunda olsa da iş sahibi tarafından takip ve kontrol yetkisini kullanmakla yetkilendirildiğinden iş sahibinin TBK m. 116 anlamında yardımcı kişisi konumundadır. Bu anlamda bir görevlendirmede TBK m. 116 hükmü, olası hukuki sonuçları ile uygulama alanı bulur.

¹⁷⁰ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 4 N. 58.

¹⁷¹ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 4 N. 50.

¹⁷⁴ Bu şirketler, Management and Countrolling Counsultancy olarak anılmaktadır.

C. Hukuki Nitelik

Eser, kendisine teslim edilmeden evvel yüklenici tarafından *meydana getirilme sürecinde* iş sahibinin takip ve kontrol hakkı TBK m. 473 hükmüne dayanmaktadır. TBK m. 473 hükmü, yüklenici tarafından eserin *meydana getirilmesi sırasında* gecikmeli, ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça öngörülüyorsa, iş sahibine bunu önlemek için belirli imkânlar sağlamaktadır. İş sahibinin TBK m. 473'den lehine doğan hakları kullanabilmesi için öncelikle eserin meydana getirilmesi sırasındaki aksaklıkların farkına varabilmesi, bunun için de eserin meydana getirilmesi sürecini takip ve kontrol etmesi gerekir.

İş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecini takip ve kontrol etme hakkı, taraflarca akdedilen sözleşmede öngörülmüş olabilir. Taraflarca sözleşmede bu yönde bir hüküm öngörülmediği takdirde, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecini takip ve kontrol etme *borcu bulunmamaktadır*¹⁷⁶. Aksi yaklaşım ile iş sahibinin bu hakkı, *borç* kabul edilirse eğer, eseri ayıplı olarak meydana getiren yüklenici, ayıbı giderdikten sonra doğan ilave maliyetler için takip ve kontrol *''borcunu''* ihlal eden iş sahibine rücu edebilmesi gerekir. Bu hukuki sonuç, eser sözleşmesi kurumunu şekillendiren temel hukuki değerlendirme ile bu doğrultuda eser sözleşmesi kurumunda işin özünü teşkil eden tarafların menfaat, borç ve riziko dağılımı ile bağdaşmaz.

İş sahibi, takip ve kontrol yükümlülüğünü sözleşmede *açıkça bir borç olarak üstlendiği* durumlarda, bu borcu ifa ile yükümlü olduğunda herhangi bir duraksama yoktur. Taraflar arasında bağitlanan eser sözleşmesi ile sözleşmeden doğan borçlar dikkate alındığında iş sahibinin takip ve kontrol yükümlülüğünün mevcut olduğu *sonucuna çok istisnai ve özellikli durumlarda yorum* yoluyla da varılabilir. Özellikle taraflarca akdedilen sözleşmede yüklenici tarafından üstlenilen belirli borç ya da edimlerin, yüklenici tarafından tecrübe ve uzmanlığının yetersizliği nedeniyle kendi başına ifa edilemeyeceği ve iş sahibinin talimat, takip ve kontrolünün gerekli olduğu açıkça anlaşılıyorsa, bu takdirde iş sahibinin bu nevi bir yükümlülüğünün var

¹⁷⁶ Thomas Ziegler, ‘‘Zu den Pflichten des Bauherrn und seinem Mitverschulden bei der Planung des Bauvorhabens und der Überwachung der bauausführenden Unternehmer’’, **ZfBR 2003**, s. 525.

olduğu kabul edilebilir¹⁷⁷. İş sahibinin takip ve kontrol yükümlülüğünün zımnen düzenlendiği sonucu kabul edilirken dikkatli olmak ve sözleşme hükümleri ile somut olayın bütün koşulları, dürüstlük kuralına göre değerlendirildiğinde, böyle bir sonucun kabul edilmesi makul ve taraf menfaatlerinin dengelenmesi ilkesine göre isabetli görüldüğü takdirde, zımni bir düzenlemenin mevcudiyeti kabul edilmelidir. Bu gibi durumlarda bu yükümlülük *yapma borcu* şeklinde ortaya çıkar. Tekrar vurgulamak gerekir ki, bu nevi özellikli ve esasında çok istisnai bir durum söz konusu olmadığı sürece, kural olarak iş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecini takip ve kontrol etmek gibi bir yükümlülüğü yoktur.

Nihayet vurgulamak gerekir ki, anılan istisnai durumlar söz konusu olmadıkça iş sahibi, takip ve kontrol ile *yükümlü değildir*. İş sahibinin takip ve kontrol *hakkını* kullanması, buna yükümlü olduğu şeklinde yorumlanamaz. Bu nedenle iş sahibinin takip ve kontrol hakkını kullanmaması ya da kötü ifa etmesi, eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkacak ayıplar yönünden müterafik kusur olarak değerlendirilemez¹⁷⁸. Eser sözleşmesinde eserin meydana getirilmesi sorumluluğu müstakilen yüklenicidedir. Yüklenici sözleşme ile yüklenmiş olduğu eserin meydana getirilmesi borcunu, sonradan gerekli uzmanlığa sahip olmadığı ve iş sahibince de takip ve kontrol yükümlülüğü ifa edilmediği gerekçesiyle sorumluluktan kurtulamaz¹⁷⁹.

VII. Muhtelif Yükleniciler Arasında Koordinasyonun Sağlanması

İfa süreci uzun zaman alan, kapsamlı ve çok bileşenli yapı eserlerinin meydana getirilmesinde ilke olarak birbirine bağımlı ya da birbirinden bağımsız birden çok yüklenici söz konusu olur. Bu yükleniciler arasındaki koordinasyonun sağlanması iş sahibinin sorumluluğundadır¹⁸⁰. Özellikle kapsamlı yapı projelerinde

¹⁷⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 138.

¹⁷⁸ Benjamin Gartz, ‘‘Obliegenheitsverletzungen des Bauherrn nach dem ‘‘Glasfassadenurteil’’ des Bundesgerichtshofs’’, **BauR 5/2010**, s. 710.

¹⁷⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 139.

¹⁸⁰ Akkanat, **Taşeronluk Sözleşmesi**, s. 22; Peters, **NZBau 2011**, s. 645; § 4 I N. 1 C. 1 VOB/B bu konunun iş sahibinin sorumluluğunda olduğunu açıkça ifade etmektedir.

birbirinden bağımsız bir şekilde etkin olan yükleniciler arasında teknik, mekânsal ve zamansal çakışmalar söz konusu olabilir¹⁸¹. Bu durumda, yüklenicilerin borçlarının bilinçli bir yönetim ile mekânsal, zamansal ve teknik açıdan koordinasyonu gereklidir¹⁸². Kapsamlı inşaat projelerinin başarı ile neticelendirilmesi birçok etkene bağlıdır. Kapsamlı projelere ilişkin ifa süreçleri analiz edildiğinde genelde projede yer alanlar yeterli teknik donanım ve kapasiteye sahiptir. İfa sürecinde meydana gelen aksaklık ve problemlerin çoğu yeterli koordinasyonun sağlanamamasından kaynaklanmaktadır¹⁸³.

Türk Borçlar Kanununda eser sözleşmesi kapsamında muhtelif yükleniciler etkin oldukları takdirde, bunlar arasındaki koordinasyon ve eşgüdümün nasıl sağlanacağına dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. BİGŞ m. 18'de işin yürütülmesi bakımından bir iş programı yapılması öngörülmektedir. Bu iş programının içeriğinde iş kısımları ve bitirme tarihleri, iş grupları, aylık imalat ve iş miktarları öngörülecek; ayrıca çalışma süreleri de açıkça gösterilecektir. İş programı yüklenici tarafından hazırlanacak idarece onaylanacaktır. BİGŞ hükümlerinde birbirinden bağımsız muhtelif yükleniciler¹⁸⁴ arasında zamansal, mekânsal ve teknik eşgüdümün nasıl sağlanacağına dair herhangi bir kural bulunmamaktadır. Almanya uygulamasında geçerli olan § 4 Nr. 1/1 VOB/B hükmü bu bağlamda yol gösterici olabilir. Buna göre iş sahibi, eserin meydana getirilmesi safhasında muhtelif yükleniciler arasındaki eşgüdümü sağlamakla yükümlüdür.

A. Edim İçeriği

Meydana getirilecek eserin kapsamı büyüdükçe, zamansal planlama yapmanın gerekliliği artar¹⁸⁵. Eserin meydana getirilmesi sürecinin gereğince ve engelsiz bir şekilde yürütülebilmesi için iş programında her bir yüklenicinin edimine

¹⁸¹ Scheube, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁸² Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 4 N. 28; BGE 117 II 275.

¹⁸³ Roland Hürlimann, 'Koordination komplexer Bauverträge-was die Praxis lehrt', **BRT 2005**, s. 207.

¹⁸⁴ BİGŞ m. 21 Alt yüklenicilerin çalıştırılması ve sorumluluklarını düzenlemektedir de bu hükmün birbirinden bağımsız yükleniciler açısından uygulanma kabiliyeti bulunmamaktadır.

¹⁸⁵ Scheube, **a.g.e.**, 129.

başlama zamanı, ifa süresi ve sona ermesi açıkça öngörülür¹⁸⁶. Yüklenici sadece kendi ediminin ifasına ilişkin zamansal ve teknik planlama yapması gerekirken; iş sahibi eserin meydana getirilmesinde etkin olan her bir yüklenicinin edimlerini dikkate alarak bir bütün olarak projenin ifasına ilişkin gerçekçi bir öngörü ile planlama yapmak durumundadır¹⁸⁷. Muhtelif yükleniciler arasındaki koordinasyonun sağlanması ilke olarak işin sahibi sıfatıyla iş sahibine aittir¹⁸⁸. Zira iş sahibi, bir bütün olarak eserin meydana getirilmesi sürecine ve ilgililerine hâkim durumdadır¹⁸⁹. Uygulamada iş sahibi, gerekli planlama ve koordinasyonu sağlamak için bu anlamda profesyonellerden (yönetici danışmanlık şirketlerinden) hizmet satın almaktadır. İş sahibi, muhtelif yükleniciler arasında gerekli koordinasyonu sağlamak suretiyle her bir yükleniciye sözleşme ile borçlandığı edimini, diğer yüklenicilerin engelleme ve etkilerine maruz kalmadan ifa etme olanağı verir¹⁹⁰. Sözgelimi her bir yüklenicinin kullanacağı depolama alanları, teknik birimler, araç park noktaları iş sahibince belirlenir¹⁹¹. İş sahibi koordinasyonu, mutlaka yazılı talimatlarla gerçekleştirmek zorunda değildir. Çoğu kez, iş sahasında şifahi talimatlarla bu koordinasyon sağlanır¹⁹².

İş sahibi, muhtelif yükleniciler arasındaki işbirliği ve koordinasyonu *sözleşme süresince* sağlamak durumundadır¹⁹³. İş sahibi, bu koordinasyonu muhtelif yükleniciler ile yapacağı eser sözleşmelerinde öngöreceği hükümlerle sağlayabilir. Bu bağlamda, eser sözleşmelerinde iş sahibi lehine öngörülecek yönetme ve talimat verme yetkisinin saklı tutulması, belirleyici önemdedir. İş sahibi, muhtelif yükleniciler arasındaki koordinasyonu sağlamak için çeşitli araç ve yöntemlere başvurabilir. Eserin meydana getirilmesi sürecinin planlanmasında zamansal ve teknik olmak üzere iki temel üretim unsuru belirleyicidir.

¹⁸⁶ Scheube, **a.e.**, s. 129.

¹⁸⁷ Scheube, **a.g.e.**, s. 129.

¹⁸⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 221.

¹⁸⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 118.

¹⁹⁰ Vygen, **Bauvertragsrecht**, N. 357.

¹⁹¹ Vygen, **a.e.**, N. 357.

¹⁹² Zeltner, **a.g.e.**, N. 120.

¹⁹³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 221.

1. Zamansal Planlama ve Koordinasyon

Özellikle *zamansal* koordinasyon, ardı sıra borcunu ifa edecek yüklenicilerin söz konusu olduğu durumlarda, eserin, sözleşmeye uygun olarak ve zamanında meydana getirilmesinin belirleyici koşuludur. Eserin meydana getirilmesi sürecindeki zamansal planlama, taşeronlar ve diğer yüklenicilerin edimlerinin koordinasyonu bakımından da önemlidir. Diğer taraftan zaman faktörü, her bir yüklenicinin borcunu ifa etmesinin maliyetini büyük oranda etkilediğinden¹⁹⁴ iş sahibinden kaynaklı muhtemel koordinasyon ve planlama eksikliği neticesinde eserin meydana getirilmesi maliyeti arttıracak, nihayetinde iş sahibinin ödemekle yükümlü olacağı bedel yükselecektir.

İş sahibi zamansal koordinasyonu, her bir yüklenici ile yapmış olduğu sözleşmelerde öngöreceği süre ve vadelerle sağlayabilecektir¹⁹⁵. Bu bağlamda iş sahibi, olası engel ve aksamalar nedeniyle belirli kısa vadeli süre ayarlamaları yapma hakkını saklı tutabilir ve gerektiğinde bu hükme binaen muhtelif yükleniciler arasında zamansal koordinasyonu sağlayabilir.

2. Teknik Koordinasyon

İş sahibi *teknik* koordinasyonu, bir bütün olarak eserin projelendirilmesi ve bu projelendirmeye uygun olarak her bir yüklenicinin borçlarının münferiden ve bir bütün olarak birbiri ile uyumu çerçevesinde sağlar¹⁹⁶. Teknik koordinasyonun sağlanmasında öncelikle muhtelif yükleniciler tarafından ifa edilecek borçların birbirine uygunluğu ve bir bütün olarak eserin meydana getirilmesindeki işlevselliği göz önünde bulundurularak fen ve teknik kurallarına göre bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda muhtelif yüklenicilerin birlikte etkin olmasından doğabilecek olası tehlikeler¹⁹⁷ öngörülerek planlamada dikkate alınmalıdır¹⁹⁸. Diğer

¹⁹⁴ Schwarze, **a.g.e.**, s. 36.

¹⁹⁵ Peter Gauch, Sanierung, Reparatur und Umbau-Vertragsrechtliche Probleme, **BRT 1991**, Band 1, s. 23.

¹⁹⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 122.

¹⁹⁷ Almanya'da inşaat uygulamasında bu nevi tehlikelerin öngörülerek gerekli tedbirlerin alınmasına yönelik bağlayıcı yönetmelik mevcuttur. Bkz. Baustellenverordnung.

¹⁹⁸ Scheube, **a.g.e.**, s. 130.

tarafından muhtelif yükleniciler ile sözleşmeler akdedildikten sonra da borcun teknik detaylarının belirlenmesi ve talep değişiklikleri kapsamında muhtelif yüklenicilerin borçları arasında uyum ve bu sayede teknik koordinasyon sağlanabilir¹⁹⁹. Teknik koordinasyon aynı zamanda gerekli teknik altyapı ve donanımların hazır edilmesini de kapsamaktadır.

B. Hukuki Nitelik

Öğretideki baskın görüş, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi safhasındaki teknik koordinasyon yükümlülüğünü *borç* olarak tanımlamaktadır²⁰⁰. İlgili yükleniciler arasında gerekli koordinasyonun sağlanması sözleşmeden doğan *borç* niteliğinde birlikte hareket etme yükümü olarak değerlendirilir²⁰¹. İş sahibinin bu yükümlülüğü *yapma borcu* olarak tezahür eder. İş sahibi bu yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde sadece eserin meydana getirilmesini olanaksızlaştırmamakta, aynı zamanda bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilebilmesini olanaksız kılmaktadır²⁰².

Her koşulda geçerli olacak şekilde sistematik bir sınıflandırma ile iş sahibinin muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini tespit edebilmek mümkün değildir. Somut olayın bütün unsurları dikkate alınarak mesele değerlendirilmeli ve açıklanan ilke ve yorum kurallarına göre bu yükümlülüğün hukuki niteliği tespit edilmelidir²⁰³. Sözleşmedeki synallagma ilişkisi ve hukuki menfaat dengesi gözetildiğinde her zaman farklı bir hukuki sonuca ulaşılması olanaklı olmakla beraber, genel olarak bu yükümlülüğün hukuki niteliğinin tayinine ilişkin aşağıdaki temel ilkeler belirlenebilir.

Birden çok yüklenicinin görev aldığı kapsamlı yapı projelerinde çoğu zaman muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun nasıl sağlanacağı sözleşmede hükme bağlanır. Somut olayda taraflar, iş sahibinin muhtelif yükleniciler arasında

¹⁹⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 122.

²⁰⁰ Vygen, *Bauvertragsrecht*, N. 701; karşı görüş; Hans von Gehlen, ‘Haftung des Auftraggebers bei einmündigen Vorunternehmer verursachten Baustillstand’, **ZfBR 2000**, s. 291 vd.

²⁰¹ BGHZ 95, 128; BGHZ 143, 132; Kniffka, **Kooperationspflichten**, s. 13.

²⁰² Scheube, **a.g.e.**, s. 131.

²⁰³ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifa davasına konu olabilecek şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç²⁰⁴ söz konusudur²⁰⁵. Bu içerikte bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır.

Somut olayda iş sahibinin muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü sözleşmede açık bir hüküm ile belirlenmemişse, bu durumda mesele, somut olayın bütün unsuları göz önüne alınarak tarafların sözleşme ile varmak istedikleri amaç doğrultusunda farazi iradeleri yorumlanarak çözülecektir. Bu bağlamda koşulları mevcutsa, sözleşmenin tamamlayıcı olarak yorumlanması da söz konusu olabilecektir. Dürüstlük kuralı iş sahibine, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için, öncelikle kendisi tarafından ifası *lazım gelen* bütün iş ve işlemlerin ifasının sorumluluğunu yükler²⁰⁶. Muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Sözleşmede açıkça düzenlenmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşamadığı takdirde, kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*²⁰⁷. Somut olayın koşulları dikkate alındığında istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülüğün iş sahibi tarafından ihlalinde yüklenicinin ilke olarak aynen ifayı talep

²⁰⁴ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

²⁰⁵ Temelde aynı doğrultuda Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

²⁰⁶ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

²⁰⁷ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

hakkı mevcut değildir. Ancak yüklenici TBK m. 112 vd. hükümlerine göre iş sahibinin tazminat sorumluluğu cihetine gidebilir.

Somut olayda sözleşmedeki menfaat dengesi, kanuni modele göre düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerinden farklılık arz edebilir. Bu anlamda yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise²⁰⁸ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümünü, gerçek ve teknik anlamda bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir ki bu durumda tazminat sorumluluğunun ötesinde ifa davası da gündeme gelebilir.

VIII. Ön yüklenicilerin Edimlerinin Gereğine Uygun Olarak Hazır Edilmesi/Tamamlanmış Olması

A. Genel Olarak

Kapsamlı ve çok bileşenli yapı projelerinde genellikle birbirinden bağımsız çok sayıda muhtelif yüklenici etkin olur. İş sahibi, sözleşme konusu arsa üzerinde başka yükleniciler ile farklı edimlerin ifasına yönelik eser sözleşmesi akdedebilir. Her biri diğer yüklenicinin (Ön yüklenici) daha önce ifa ettiği ediminin üzerine kendi edimini ifa eder²¹⁰. Bir yüklenicinin edimini ifa edebilmesi, evveleminde diğer yüklenicilerin edimlerini ifa etmesine bağlı ve ancak ondan sonra olanaklı olabilir. Sözgelimi ilke olarak hafriyat alınarak temel kazık sistemi ile inşaatın temeli inşa edilmelidir ki ardından kaba inşaat safhasına geçilebilsin. Ön yüklenici edimini gereğine uygun, *ayıpsız ve vaktinde*, ifa etmediği takdirde, bu art yüklenicinin edimine sirayet eder. Bu durumda edimini gereğine uygun ve öngörülen maliyetle ifa

²⁰⁸ Hendrik Schilder, *Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung*, Köln 2006, s. 59.

²¹⁰ Von Craushaar, *Festschrift für Klaus Vygen*, s. 154.

edemeyen art yüklenicinin zararı söz konusu olacaktır²¹¹. Burada belirleyici husus, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ön yüklenicilerin edimlerinin hazır edilmesi riskinin iş sahibince yükleniciye karşı üstlenilip üstlenilmediği meselesidir²¹². Bu bağlamda ön yüklenici TBK m.116 anlamında iş sahibinin ifa yardımcısı olarak değerlendirilebilir mi?²¹³

B. Alman Hukukunda Durum

Almanya Federal Mahkemesinin müstakar görüşüne göre, ön yüklenici, iş sahibinin sözleşmeden doğan borcu kapsamında olmadığından yükleniciye ve inşaatla etkin olan diğer kişilere karşı ilke olarak iş sahibinin *ifa yardımcısı* olarak değerlendirilemez²¹⁴. Ön yüklenicinin § 278 BGB (TBK m. 116) anlamında iş sahibinin ifa yardımcısı olarak değerlendirilebilmesi için, iş sahibi ile yüklenici arasında bağitlanan sözleşmede iş sahibinin (ön yükleniciler tarafından ifa edilen) ön edimlerin vakitli ve ayıpsız bir şekilde ifa edileceğini *borç olarak üstlenmiş* olmalı;²¹⁵ ya da somut olaydan kaynaklı özel sebepler iş sahibinin bu sorumluluğu üstlenmeyi istemiş olduğunu kabule olanak vermelidir²¹⁶. Federal Mahkeme, ön yüklenicinin edimini vaktinde ve ayıpsız olarak ifa etmesi yükümlülüğünü, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında *borç*²¹⁷ olarak değerlendirmemekte ve yükleniciye karşı § 6 Nr. 6 VOB/B'ye göre tazminat sorumluluğunu (Schadenersatzanspruch)²¹⁸ kabul etmemektedir²¹⁹. Ön yüklenicinin edimini gereğine uygun olarak ifa etmemesi, iş sahibinin yükleniciye karşı sadece eser sözleşmelerinde alacaklı temerrüdüne ilişkin özel bir hükmü olan § 642 BGB'ye

²¹¹ Christian Döring, ‘‘Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers (Aendert der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung?)’’, **Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag**, Düsseldorf 1997, s. 195.

²¹² Kniffka, **JahrBuch Baurecht 2001**, s. 15.

²¹³ Scheube, **a.g.e.**, s. 116.

²¹⁴ BGHZ 143, 32; BGHZ 95, 128

²¹⁵ Kniffka, **JahrBuch Baurecht 2001**, s. 15; Döring, **Erfüllungsgehilfe**, s. 201.

²¹⁶ **NJW 2000**, 1336, s. 1337 = **NZBau 2000**, 187, s. 188.

²¹⁷ BGHZ 95, 128, 130 vd.; BGHZ 143, 32, 37 vd.

²¹⁸ Schadenersatzanspruch: Tam tazminat niteliğinde olup, kusurlu eylem nedeniyle malvarlığında meydana gelen bütün zararlar talep edilebilmektedir.

²¹⁹ Werner/Pastor, **a.g.e.**, s. N. 1527.

göre dar kapsamlı bir giderim (Entschädigungsanspruch)²²⁰ sorumluluğunu gerektirir²²¹. Kendisi tarafından ifası lazım gelen birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibi, ön yüklenicinin edimini geç ifa etmesinden ötürü yükleniciye karşı sorumludur²²².

Alman öğretisindeki baskın görüş²²³, Federal Mahkemenin görüşünü reddetmekte; ön yükleniciyi § 278 BGB anlamında iş sahibinin ifa yardımcısı olarak değerlendirmekte, ön yüklenicinin edimini vaktinde ve ayıpsız ifa etmemesi nedeniyle iş sahibinin yükleniciye karşı § 6 Nr. 6 VOB/B hükmüne göre *tazminat* sorumluluğunu kabul etmektedir. İş sahibi, eserin meydana getirilmesine elverişli bir arsayı yükleniciye teslim borçlu iken, yüklenici tarafından ifa edilecek edimin niteliği gereği ön yükleniciler tarafından belirli edimlerin öncelikle ifası lazım geldiği durumlarda, bu edimlerin, eserin üzerine bina edileceği arsayı teslim borcunda olduğu gibi, iş sahibinin *borcu* olarak değerlendirilmemesi için herhangi bir farklı hususiyet söz konusu olmadığını kabul etmektedir²²⁴. Yüklenici tarafından üstlenilen edimin ifası gerektirdiği durumlarda, eserin meydana getirilmesine elverişli bir arsanın teslimi ile ön yükleniciler tarafından gerekli edimlerin vakitli ve gereğine uygun olarak ifa edilmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur²²⁵. Keza iş sahibinin gerekli ruhsatname ve diğer uygulama projelerini teslim etmemesi, eserin meydana getirilebilmesini ne denli olumsuz etkiliyorsa, ön yüklenicilerin edimlerinin hazır edilmemiş olması ya da ayıplı olarak ifa edilmiş olması da aynı oranda olumsuz etkilemektedir²²⁶.

²²⁰ Entschädigungsanspruch: § 642 BGB, Alacaklının temerrüdü hükümlerine göre ve kusur gerekli değildir. Genel olarak tam tazminat niteliğinde olmayıp, sadece ilave maliyetleri kapsamakta; beklenen kârı ve özellikle kaçırılan fırsatlar nedeniyle doğan zararı kapsamamaktadır. Giderimin kapsam ve hesaplaması hakkında daha detaylı bilgi için bkz. Nils Kleine-Möller: "Die Haftung des Auftraggebers gegenüber einem behinderten Nachfolge-Unternehmer", **NZBau 2000**, s. 405.

²²¹ Christian Döring, "Die Vorunternehmerhaftung und § 642 BGB-Gedanken zu des Raetsels Lösung", **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, s. 112; Aynı görüşte von Gehlen, **ZfBR 2000**, s. 293.

²²² Von Gehlen, **ZfBR 2000**, s. 291.

²²³ Von Craushaar, **Festschrift für Klaus Vygen**, s. 154; Fuchs, **a.g.e.**, 2003, s. 356; Armbrüster/Bickert, **NZBau 2006**, s. 153.

²²⁴ Scheube, **a.g.e.**, s. 117.

²²⁵ Scheube, **a.g.e.**, s. 118.

²²⁶ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, VOB, B § 13 N. 195 vd.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğinin belirlenmesinde esas alınan kıstasa göre değerlendirme yapıldığında, iş sahibi eserin üzerine bina edileceği ön edimlerin hazır edilmesi yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, sadece eserin meydana getirilmesi olanaksızlaşmamakta, aynı zamanda bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilebilmesi olanaksız hale gelmektedir²²⁷. Keza ön yüklenicilerin edimlerinin hazır edilmiş olması, iş sahibinin sözleşmeden doğan hukuki risk alanında kalmaktadır²²⁸. Zira sadece iş sahibi ile ön yüklenici sözleşmesel ilişki içerisindedir. Bu nedenle sadece iş sahibinin, yükleniciye etki etme, sözleşmeye uygun davranmasını sağlama olanağı mevcuttur. Buna karşılık yüklenicinin ön yüklenicinin ifa edeceği edimlere etki etmesine olanak verecek herhangi bir hukuki talep dayanağı mevcut olmadığı gibi ön edimlerin vaktinde ve gereğine uygun ifa edilmemiş olmasından mütevellit doğan zararı herhangi bir hukuki talep dayanağı mevcut olmadığından kendisinden talep etme olanağına da sahip değildir. Ayrıca vurgulamak gerekir ki, iş sahibi ön yüklenici ile sözleşme yapmamış olsaydı, eserin meydana getirilmesi için gerekli ön edimlerin ifa edilmiş olmasından dolayı yükleniciye karşı bizzat sorumlu olacaktı. İş sahibinin belirli ön edimler için bir ön yüklenici ile anlaşmış olması, yükleniciye karşı esas sorumluluğunu ortadan kaldırmamalıdır.

C. İsviçre/Türk Hukukuda Durum

Eser sözleşmesinin diğer synallagmatik sözleşmelerden önemli bir farkı, meydana getirilerek teslimi taahhüt edilen eser, sözleşmenin kurulması esnasında henüz mevcut değildir²²⁹. Esasen uygulamada özellikle kapsamlı mega yapıların inşasına dair eser sözleşmelerinde çoğu kez, muhtelif yan yükleniciler ya da alt yükleniciler tarafından ifa edilecek arsa veya yapı, sözleşme kurulurken hazır değildir. Öngörülen zaman ve ifa planlamasına göre muhtelif ve birbirinden bağımsız yükleniciler edimlerini ifa ederler ve neticede öngörülen eser bir bütün

²²⁷ Scheube, **a.g.e.**, s. 117.

²²⁸ Scheube, **a.g.e.**, s. 118; Aksi görüşte bkz. V. Gehlen, **ZFBr 2000**, s. 295.

²²⁹ Kleine-Möller, **NZBau 2000**, s. 401.

olarak sözleşmeye uygun ve belirlenen vadede tamamlanır²³⁰. Bu süreçte etkin olan muhtelif ve müstakil yan/alt yükleniciler genellikle birbirlerine karşı herhangi bir sözleşme ilişkisi içerisinde değildirler²³¹. Buna karşılık eserin *birlikte*²³² meydana getirilmesinin tabiatı, tarafların birbirlerini etkilemesine olanak verir. Yüklenici edimini, kendisinden önce borcunu ifa eden önyüklenicinin edimi üzerine bina eder²³³. Bu gibi durumlarda ön yüklenicinin edimini ayıplı ifa etmesi, ondan sonra kendi edimini ifa eden yüklenicinin ediminde de ayıba neden olabilir²³⁴. Ön yüklenicinin ayıplı edimi neticesinde yüklenicinin meydana getirdiği edimde/eserde ayıp meydana geldiği takdirde, bu ayıp nedeniyle yüklenicinin ilke olarak ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu değildir²³⁵. Ön yüklenicinin edimini ayıplı ifa etmesi, TBK m. 476 gereği iş sahibinin neden olduğu ayıp olarak değerlendirilmektedir²³⁶. Ön yüklenici iş sahibinin ifa yardımcısı statüsünde hareket etmiş olmasa bile sonucuna iş sahibi katlanmak durumundadır²³⁷.

Ön yüklenicinin ön edimini ayıplı ifa etmesi neticesinde yüklenicinin ifa ettiği edimde ortaya çıkan ayıbın hukuki sonucundan yüklenicinin sorumlu olmaması için TBK m. 476 gereği yüklenicinin ön edimin ayıbını görerek iş sahibini açıkça uymalı²³⁸ veya ön edimin ayıbını bilmesi gerekmemelidir²³⁹. Yüklenici bu uyarma yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde, iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olmaz ve zarardan yüklenici sorumlu olur²⁴⁰.

²³⁰ Matthias C. Wahl, **Die Haftung des Auftraggebers im Bauwerkvertrag bei verzögerter, unterlassener und fehlerhafter Mitwirkung nach BGB und VOB/B**, Tübingen 2004, s. 110.

²³¹ Kleine-Möller, **NZBau 2000**, s. 401.

²³² Bu birliktelik ilişkisi aynı anda ya da aradı ardına her bir yüklenicinin kendi borcunun ifası şeklinde tezahür edebilir.

²³³ Von Craushaar, **Festschrift für Klaus Vygen**, s. 154.

²³⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2038.

²³⁵ Gauch, **a.e.**, N. 2038.

²³⁶ Gauch, **a.e.**, N. 1999 a ve N. 2038; Theodor Bühler, **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 363-379 OR, Der Werkvertrag**, Band V72d-Das Obligationenrecht, 3. Völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich 1998, Art. 379 N. 57; Heribert Trachsel, **Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmaengeln, die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung**, Dissertation St. Gallen 2007, N. 297.

²³⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2038.

²³⁸ Oberhauser, **Mitwirkungshandlungen nach Abnahme**, s. 170; BGE 116 II 308: İsviçre Federal Mahkemesinde göre yüklenici ayıbı açıkça ifade etmeli ve ayrıca bu ayıp nedeniyle *herhangi bir sorumluluk kabul etmeyeceğini* de uyarısında açıkça dile getirmelidir.

²³⁹ Henninger, **BRT 2009**, s.78.

²⁴⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2039.

Yüklenici, ön yüklenicinin ifa etmiş olduğu edimdeki açık ayıpları ve uzmanlığı gereği kendisinden beklenilebilecek özenli bir inceleme ile bilmesi gereken ayıpları tespit ederek iş sahibini uyarmalıdır²⁴¹. TBK m.476'da yüklenici için öngörülen uyarma yükümlülüğünü taraflar anlaşmak suretiyle kaldırabilir. Bu takdirde yüklenici ön edimin ayıbını fark ederek iş sahibini uyarmakla yükümlü olmaksızın ayıbın sonucuna iş sahibi katlanır. Yüklenici, uyarma yükümlülüğünü ihlal etmesine rağmen, uyarma yükümlülüğünü ifa etmiş olsaydı dahi sonucun değişmeyeceğini ispat edebildiği takdirde sorumluluktan kurtulur²⁴². Nihayet somut olayın bütün şartları birlikte değerlendirildiğinde, yüklenici kendisinin, ön yüklenicinin edimini incelemesi gerektiğinin beklenmediğini iyi niyetle varsayabildiği takdirde, uyarı yükümlülüğünü ifa etmeksizin sorumluluktan kurtulur²⁴³.

Eser sözleşmesi kurumunda kanunun varsaydığı modele göre yüklenici meydana getirilecek eser konusunda işin ehli/gerekli teknik ve fen kurallarına vakıf bir kimse iken, iş sahibinin bu bağlamda herhangi bir uzmanlığı söz konusu değildir. Bu nedenle, sorumluluk ilke olarak yüklenicidedir²⁴⁴. İstisnalar saklıdır. Ancak, günümüz piyasa ekonomisinde iş sahipleri almış oldukları teknik danışmanlık hizmetleri (süreç yönetimi, mimari danışmanlık hizmetleri, vs.) ile giderek ifa edilecek edimler veya meydana getirilecek eserler konusunda yüklenici gibi meseleye teknik olarak vakıf konumdadırlar²⁴⁵. Bu gibi durumlarda kanunun yüklenici aleyhine öngördüğü sorumluluk rejimi yumuşatılmalıdır²⁴⁶. İş sahibi, konumu ve tecrübesi gereği ifa edilecek eser konusunda teknik bilgi sahibi ise, bu

²⁴¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2039.

²⁴² Gauch, **Werkvertrag**, N. 2039 ve N. 833 ; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 14.

²⁴³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2039.

²⁴⁴ Yargıtay bu modelden hareketle bir kararında sorumluluk rejimini açıklamaktadır. Yargıtay örnek olayda ilke olarak, yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulacağına; ancak, yüklenici sözleşmede teknik bilgi sahibi olan tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Kararın devamında yüklenicinin bu uyarma görevini, zımnen ya da sadece bir tenkit olarak değil, açıkça ifade ederek istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koyması gerektiğine; aksi halde BK m.361 gereğince yüklenicinin sorumlu tutulabileceğine karar vermiştir. Y. 15. HD. 13. 04. 1978 T. 1977/822 E., 1978/778 K., (www.kazanci.com).

²⁴⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 14.

²⁴⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 14.

takdirde vermiş olduğu talimatların olası tehlike ve sonuçlarını öngörebilecek, yerinde olup olmadıklarını denetleyebilecek durumdadır²⁴⁷. Bu gibi durumlarda yüklenici, uyarma yükümlülüğünü ifa etmiş olsaydı bile iş sahibinin ifa edilen ön edimin isabetli olduğu yönündeki talimatında ısrarcı olacağı ve sonucun değişmeyeceği varsayılabilir.

D. Hukuki Nitelik

İş sahibi, eserin meydana getirilmesinde muhtelif kısımlar için farklı yükleniciler ile ayrı ayrı sözleşme yaptığında, ön yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu gereği gibi ve vaktinde ifa ederek eseri art yüklenicinin borcunu ifa edebilmesine uygun halde teslim edip etmemesinden doğan rizikoyu üzerine almaktadır. İş sahibi gerekli koordinasyonu sağlamakla yükümlüdür²⁴⁸. Bu bağlamda mesele arsayı teslim borcundaki gibidir. Zira yüklenici kendi borcunu ifa edebilmesi, öncesinde kısmen tamamlanmış eserin/yapının borcunu ifa etmesine elverişli bir şekilde ve vaktinde kendisine teslim edilmesine bağlıdır. İş sahibi eser sözleşmesini akdetmeden önce, borcun fiilen ve hukuken ifa edilebilirliğini, sözleşmenin vazgeçilemez temeli olarak değerlendirmek ve sağlamakla yükümlüdür²⁴⁹. Kısmen tamamlanmış arsanın yükleniciye teslimi, hem münferiden yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi hem de bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilerek sözleşme amacının gerçekleştirilebilmesi için zorunludur²⁵⁰. Bu anlamda sözleşme amacının gerçekleşmesi için her iki tarafın üzerine düşen yükümlülüğü ifa etmeleri gerekmektedir. Bunu temin edebilmek için yüklenicinin borcunu ifa etmesine elverişli bir şekilde ve vaktinde kısmen tamamlanmış eserin iş sahibi tarafından yükleniciye teslimi, *yapma borcu* olarak tanımlanmalıdır.

Somut olayın koşullarından bağımsız olarak her daim geçerli olacak şekilde mutlak bir sınıflandırma ile iş sahibinin ön yüklenicilerin edimlerini gereğine uygun olarak hazır etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliğini tespit etmek son derece güç, neredeyse olanaksızdır. Somut olayın koşulları, izah

²⁴⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 14.

²⁴⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 221.

²⁴⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 116.

²⁵⁰ Scheube, **a.g.e.**, s. 114.

edilen ilke ve yorum kurallarına göre değerlendirilerek bu birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği tespit edilmelidir²⁵¹. Sözleşmedeki synallagma ilişkisi ve hukuki menfaat dengesi gözetildiğinde farklı bir sonuca ulaşılması ihtimal dahilinde olmakla birlikte, genel olarak aşağıdaki ilkeler tespit edilir.

Tarafların sözleşmenin ifasındaki sorumluluklarının belirlenmesinde belirleyici hukuki dayanak sözleşmedir. Bu bağlamda sözleşmede, iş sahibinin ön yüklenicilerin edimlerini gereğine uygun olarak hazır etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü, dava yoluyla ifasını talep etmeye olanak sağlayacak bir lafız ile açıkça düzenlemişirse, bu takdirde teknik anlamda bir borç²⁵² söz konusudur²⁵³. Bu muhteviyata sahip bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır.

Sözleşmede iş sahibinin ön yüklenicilerin edimlerini gereğine uygun olarak hazır etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü açık bir hüküm ile düzenlenmemişse, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsurları ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumla çözülecektir. Bu bağlamda, mezkur unsurların yanında tarafların varmak istedikleri amaç dikkate alınarak gerektiğinde sözleşme hakim tarafından tamamlayıcı olarak yorumlanır. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için, öncelikle kendisi tarafından ifa edilmesi *gerekli* olan bütün iş ve işlemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereği olarak yapmak durumundadır²⁵⁴. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan ön yüklenicilerin edimlerini gereğine uygun olarak hazır etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

²⁵¹ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

²⁵² Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

²⁵³ İlke olarak aynı doğrultuda Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

²⁵⁴ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

Sözleşmede bu hususta açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin ön yüklenicilerin edimlerini gereğine uygun olarak hazır etmesine ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak belirtmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*²⁵⁵. Bununla birlikte somut olayda istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, sözleşmenin diğer tarafına kural olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak ihlalde bulunan açısından TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğunu gerektirir.

Taraflarca bağtlanan sözleşmedeki menfaat dengesi, kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesindeki menfaat dengesinden farklılık arz edebilir. Yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise²⁵⁶ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumundan tarafların ön yüklenicilerin edimlerinin hazır edilmesi yönünden muhtelif yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümünü, ifa davasının konusunu oluşturabilecek şekilde bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

IX. Meydana Getirilen Eserin Teslim Alınması

A. Genel Olarak

Her ne kadar TBK m. 470'de yüklenici tarafından meydana getirilen eserin iş sahibine teslim edilmesi hususu açıkça düzenlenmemişse de TBK m. 474/1, 475/1-b.1, 477/1, 478'de yer alan hükümler birlikte değerlendirildiğinde meydana getirilen

²⁵⁵ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

²⁵⁶ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

eserin iş sahibine *teslim edilmesi* gayet tabi kabul edilmektedir²⁵⁷. Türk Borçlar Kanununda eser sözleşmesi hükümlerinde eserin teslim edilmesine/teslim alınmasına önemli hukuki sonuçlar bağlanmaktadır. TBK m. 483'e göre hasarın geçişi; TBK m. 480'e göre yüklenicinin ücrete hak kazanması²⁵⁸; (TBK m. 474' e göre muayene ve ihbar külfeti ile beraber değerlendirildiğinde) TBK m. 477'ye göre ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun hüküm ve sonuçlarının doğması, açık ayıplar yönünden yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkması; TBK m. 478'e göre ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda zamanaşımının başlaması, eserin teslimine bağlıdır. Eser sözleşmesinde yüklenicinin ikinci temel borcu meydana getirdiği eseri, iş sahibine teslim etmektir²⁵⁹. Yüklenici, meydana getirmiş olduğu eseri iş sahibine teslim etmekle borcundan kurtulur.

B. Eserin Teslimi için Gerekli Koşullar

1. Eserin Tamamlanmış Olması

Eserin teslimi için öncelikle *tamamlanmış* olması gerekir²⁶⁰. Bununla beraber henüz tamamlanmamış kısımları, tamamlanmış kısımlarına nazaran oldukça az olan eser de teslim alınabilir²⁶¹. Sözleşme ile belirlenen eserin meydana getirilmesi için gerekli bütün edim ve işler tamamlandığı takdirde eser tamamlanmış olur²⁶²; sadece temel edimlerin ifa edilmiş olması tamamlanmış sayılma için yeterli değildir. Eserin tamamlanmış kabul edilebilmesi için yükleniciden ifasının beklenilebildiği durumlarda, iş sahibinin ek iş veya edim değişikliği taleplerinin de yerine getirilmiş olması gerekir²⁶³. Bu bağlamda, eser, sözleşme ile kararlaştırılan kullanım amacı dikkate alındığında objektif ölçülere göre kullanılabilir nitelikte ise, iş sahibi önemsiz

²⁵⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 363 N. 2.

²⁵⁸ Julian Christiansen, "Bauvertrag-Vorleistung und vorzeitige Leistung- unter Einbeziehung des Entwurfs zum Forderungssicherungs-gesetz BR-Dr. 458/04", **Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2004**, s. 738.

²⁵⁹ Karataş, **a.g.e.**, s. 139.

²⁶⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 101; BGE 118 II 142; Gerolf Sonntag, "Die Abnahme im Bauvertrag", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009**, s. 3084.

²⁶¹ Roland Hürlimann, "Werkabnahme gemäss SIA 118 und die Mängelhaftung", **BRT 2007**, s. 141.

²⁶² Hürlimann, **Werkabnahme**, **BRT 2007**, s. 141.

²⁶³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 101 vd.

nitelikte eksiklik veya ayıplar nedeniyle eseri teslim almaktan kaçınmaz²⁶⁴. Bu bağlamda ayıbın önemsizliği yorum yoluyla belirlenecektir. İki tarafın menfaatleri birlikte değerlendirildiğinde ayıbın son derece önemsiz kaldığı durumlarda, iş sahibinden sözleşme ilişkisinin bir bütün olarak ifa edilmesinin beklenilebildiği durumlarda iş sahibi teslimden kaçınmaz²⁶⁵. Bu anlamda eserin öngörülen amaç doğrultusunda kullanılabilirliği önem arz etmektedir. Eserin kullanılabilirliğini etkilemeyen ayıplar ilke olarak önemsiz niteliktedir ve teslimde engel teşkil etmez²⁶⁶. Buna karşılık yapının güvenliği ile ilgili unsurlar yönünden ayıp ya da eksiklikler önemli niteliklidir²⁶⁷. Sözgelimi yangın merdiveni gibi unsurlar. Eserin tamamlanmış olması, teslimin önkoşuludur. Tamamlama gerçekleşmeksizin teslim söz konusu olmaz. Söz gelimi genel veya total yüklenicinin kapsamlı bir yapı eserinin meydana getirilmesini borçlandığı durumda, eserin tamamlanmış bir bölümünü iş sahibi taşınma yoluyla tasarruf veya zilyetliğine almış olsa bile teslim söz konusu olmaz²⁶⁸.

Taraflar, sözleşme ile meydana getirilecek eserin kısım kısım teslimini kararlaştırabilirler. Bu takdirde her bir kısmi teslim için tam teslimin hukuki sonuçları tahakkuk eder²⁶⁹. Bu halde her bir kısım için teslim yapılmış sayılır²⁷⁰. Keza taraflar sözleşme ile *belirli bir vadede veya belirli koşullarda teslimin yapılmış sayılacağı* kararlaştırabilirler. Ayrıca eser, büyük oranda (% 95) tamamlandığı ve iş sahibi tarafından zilyetliğine alındığı durumlarda, eserin tamamlanmadığından bahisle teslimin hukuki sonuçlarından kaçınmak için eserin teslim edilmediğinin ileri

²⁶⁴ Yargıtay teknik bir haritanın hazırlanmasına ilişkin eser sözleşmesinde, yüklenicinin BİGS'nin 36 ve 39. Maddelerinde öngörülen süre içinde, işin % 95'ni yaptığı, işin geri kalan % 5'inin ifasının teminattan kesilecek miktarla tamamlanabileceği ve üstlenilen iş kapsamında olmakla beraber eksik olan haritadaki (eser) takometrik nokta eksikliklerinin haritanın amacına uygun biçimde kullanılmasına engel olmayacak ayrıntılardan olup olmadığı belirlenmesi gerektiği; eksikliklerin kullanmaya engel olmayacağı anlaşıldığı takdirde, yüklenicinin –eksik işler bedelinin düşülmesinden sonra kalan- istihkakını ve el konulan teminat mektubunu isteyebileceğine karar vermiştir. Yargıtay 15. HD. 27.04.1971 T. 1970/4668 E., 1971/3307 K., (www.kazanci.com).

²⁶⁵ Sven Hartung, "Die Abnahme im Baurecht", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, 1099**, s. 1102.

²⁶⁶ Hartung, **NJW 2007**, s. 1102.

²⁶⁷ Sonntag, **NJW 2009**, s. 3085.

²⁶⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 104.

²⁶⁹ Hartung, **NJW 2007**, s. 1103.

²⁷⁰ Klaus D. Kapellmann, "In sich abgeschlossene Teile der Leistung gemäss VOB/B", **Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 31.

sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder²⁷¹. Esasında bu gibi durumlarda iş sahibinin eseri teslim almaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir²⁷². Ancak bu gibi durumlarda iş sahibinin henüz ifa edilmemiş kısımların ifası talep hakkı mevcuttur. Bu anlamda eserin henüz ifa edilmeyen kısmı ayıp olarak değerlendirilir²⁷³. Keza eserin ayıplı olması ile tamamlanmamış olması farklı kavramlardır²⁷⁴. Ayıplı olmasına rağmen eser tamamlanmış olabilir. Eserin ayıpsız olması, teslimi için önkoşul değildir²⁷⁵. Meydana getirilen eserde yapılan imalatların sözleşmede öngörülen eserin niteliklerinden farklı olduğu teslim esnasında fark edilemez ve ancak teslimden sonra fark edildiği durumda da teslim geçerlidir. Yüklenici, bu eksiklikleri ya da ayıpları sonradan gidermese bile bu durum geçerli teslimde tesir etmez²⁷⁶.

2. Eserin İş sahibinin Zilyetliğine/Tasarrufuna Geçmesi

Eser sözleşmesi anlamında teslim, yüklenici tarafından meydana getirilen ve objektif ölçülere göre kullanılabilir durumda olan eserin sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibinin zilyetliğine ve kullanımına sunulmasıdır²⁷⁷. Bu anlamda yüklenici tarafından eserin teslim edilmesi (Ablieferung); iş sahibi tarafından eserin teslim alınmasına tekabül etmekte (Abnahme) ve aynı eylemin iki yönlü bir bütünü teşkil etmektedir²⁷⁸. Eserin teslimi için kanun, açık bir şekil öngörmemektedir. Teslim, hukuki bir işlem olmayıp, hukuki bir fiil olduğundan tanıkla da kanıtlanabilir²⁸⁰. Eserin teslimi, niteliğine göre farklı şekillerde olur. Sözleşme konusunun yapı eseri

²⁷¹Thomas Siegenthaler, **Die Maengelhaftung bei der Lieferung von Maschienen: nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschienen-Industrieller**, Dissertation Freiburg, Zürich 2000, s. 68.

²⁷²BGE 133 II 143; ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD. 27.04.1971 T. 4668/3307.

²⁷³Koller, **Berner Kommentar**, Art. 363 OR, N. 320 ve 367.

²⁷⁴Bunula birlikte, sözleşmede mutabık kalınan niteliklerin eksikliği gibi lüzumlu niteliklerin eksikliği durumunda ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun söz konusu olacağını ileri süren görüşler de mevcuttur. Bkz. Yavuz, **a.g.e.**, s. 523.

²⁷⁵Jean Claude Werz, **Delay in Construction Contracts, Dissertation**, Freiburg 1994, s. 57 vd.

²⁷⁶BGr. 4C.469/2004, Urteil vom 17.3.2005, E. 2.6.

²⁷⁷Gauch, **Werkvertrag**, N. 89.

²⁷⁸Gauch, **a.e.**, N. 98.

²⁸⁰Turan Şahin, **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü**, Ankara 2012, s. 78; Y. 15. HD. 10.07.1978 T. 2210/2934; Ancak teslimi hukuki işlem kabul eden ve HMK m. 288 vd. hükümlerine göre kanıtlanması gerektiğini kabul eden aksi yönde Yargıtay kararları da mevcuttur. Bkz. Y. 15. HD. 16.11.2009 T., 2008/6739 E., 2009/6211 K.

olduğu durumlarda teslim, eserin tamamlandığının açıkça veya zımnen iş sahibine bildirilmesi yoluyla olur²⁸¹. Sözleşme konusu eser, taşınmazlarda olduğu gibi, eserin tamamlandığının bildirilmesi²⁸² suretiyle teslim edildiği durumlarda, zaten iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında herhangi bir işlem veya eylemine gereksinim yoktur. Taraflar, tamamlanan eserin teslim alınması aşamasında eseri birlikte kontrol edeceklerini kararlaştırabilirler. Bu takdirde, yüklenici sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek suretiyle ücrete hak kazanabilmesi için iş sahibinin birlikte hareket etmesi, eseri kontrol etmesi ve anahtarları teslim alması gerekir²⁸⁴. Yüklenici yazılı bir ihtarname ile iş sahibine eseri tamamladığını bildirebileceği gibi tamamlanmış eseri açık bir şekilde tasarrufuna sunmak yoluyla da teslimi gerçekleştirebilir. Ayrıca, yüklenicinin herhangi bir bildirim olmaksızın iş sahibi tamamlanmış eseri kendi zilyetlik ve tasarrufuna aldığı takdirde de teslim gerçekleşmiş olur ki bundan sonra iş sahibi teslimin hukuki sonuçlarından kaçınmak için teslimin yapılmadığı itirazını ileri süremez²⁸⁵. Hatta eseri zilyetlik ve tasarrufuna alırken bu amaçla eserin teslim alınmasına ilişkin özel bir iradeye (veya bunun beyanına) bile gerek yoktur. Özellikle kapsamlı yapı projelerinde bir yüklenici kendi edimini ifa ettikten sonra müteakip yüklenici, onun edimi üzerine kendi edimini ifa etmektedir. Bu takdirde iş sahibi, müteakip yükleniciye edimini ifa için inşaat alanına girişi olanaklı kılmakla eseri teslim almış kabul edilir. Ayrıca, tamamlanmış bir eserde zilyetlik ve tasarrufu gösteren daireye taşınılması, anahtarların teslim alınması²⁸⁷ veya kilidin değiştirilmesi de bu anlamda teslim anlamına gelir.

Bu bağlamda eserin teslim edilmesi ve teslim alınması kavramını, aşağıda nitelik ve hükümleri detaylı olarak anlatılacak *eserin kabulünden* ayırmak gerekir. Bir görüşe göre, eserin iş sahibi tarafından teslim alınması TBK m. 477 anlamında eserin kabulü ile eş anlamlıdır²⁸⁸. Bu görüşe göre eserin fiili hâkimiyete alınması,

²⁸¹ BGE 129 II 459.

²⁸² Mehmet Deniz ‘‘Yener, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları’’, **EÜHFD.**, C.IV, S.1, Y.2009, s.158.

²⁸⁴ Zeltner, **a.g.e.**,N. 166.

²⁸⁵ BGE 115 II 459; Gauch, **Werkvertrag**, N. 95.

²⁸⁷ Hartung, **NJW 2007**, s.1101.

²⁸⁸ Karl Heinz Gursky, **Schuldrecht Besonderer Teil**, Heidelberg 1996, s. 116.

aynı zamanda eserin sözleşmeye uygun ve gereği gibi ifa edildiğinin beyan edilmesi olarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız Öğretideki baskın görüşe²⁸⁹ göre, eser sözleşmesinin ifa sistemi dikkate alındığından eserin teslim alınması ile kabul edilmesini eş anlamlı olarak değerlendirmeye olanak yoktur. Eserin muayene edilebilmesi için öncelikle tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi, diğer deyişle, iş sahibi tarafından teslim alınması yani eserin onun zilyetliğine geçirilmiş olması gerekir. Bu doğrultuda meydana getirilen eserin öncelikle muayene için teslim alınması, muayene ve muayeneden sonra kabul beyanında bulunulması takip eder. Bu işlemlerin her biri, sırasıyla birbiri ardına gerçekleştirilir. TBK m. 477 anlamında kabul, meydana getirilerek iş sahibine teslim edilen eserin, sözleşmeye uygunluğunu ve bu anlamda yüklenicinin borcunu gereğine uygun olarak ifa ettiğini ortaya koyan bir irade beyanıdır²⁹⁰. Gerek İsviçre Federal Mahkemesi²⁹¹ gerekse Yargıtay'ın müstakar içtihadı, teslim ve kabul kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğu yönündedir. Yargıtay örnek olayda verdiği kararında, eserin niteliğine, sayılan ayıplara göre davanın açılmasında geç kalındığı iddiasının kabul edilemeyeceğini, "eserin teslimi", ile "eserin kabulü" kavramlarının eş anlamlı olmadığını ve ayıplar konusunda iş sahibi ile yüklenicinin anlaşmaları karşısında ihtirazı kayıtsız bir teslimin söz konusu olmadığını ifade etmiştir²⁹².

C. Eseri Teslimin Hukuki Sonuçları

1. Hasarın Geçmesi

Eserin teslimine, çok önemli hukuki sonuçlar bağlanmıştır²⁹³. TBK m. 483/1 uyarınca eser sözleşmesinde meydana getirilen eserin hasarına, eser teslim edilene

²⁸⁹ Aral, **a.g.e.**, s. 357; Özer Seliçi, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978, s. 35; Haluk Burcuoğlu, "Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler", **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990, s. 289; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 127; Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 43; İbrahim Kaplan, **Mimarlık Sözleşmesi**, s. 129; Öz, **a.g.e.**, s. 165, 166; Kenan Tunçomağ, **Türk Borçlar Hukuku C. 2 Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 1977, s. 1021.

²⁹⁰ Seliçi, **a.g.e.**, s. 36; Aral, **a.g.e.**, s. 357; Karataş, **a.g.e.**, s. 143.

²⁹¹ BGE 89 II 409.

²⁹² Y. 15. HD. 15.06.1992 T., 1992/3006 E., 1992/3087 K., (www.kazanci.com).

²⁹³ Heinrich Gross, "Die verweigerte Abnahme", **Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990**, Düsseldorf, 1990. s. 53.

kadar, yüklenici katlanır²⁹⁴. Hasar ile kast edilen eserin ne yüklenici ne de iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebeple, beklenmedik bir olay sonucu tamamen veya kısmen yok olmasıdır²⁹⁵. Yüklenici ya da iş sahibinin sorumlu olmadığı her sebep, beklenmedik olay kapsamında değerlendirilmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğunun bir gereği olarak, eser meydana getirilerek iş sahibine teslim edilene kadar olası risklere yüklenici katlanmaktadır. Yüklenicinin üzerinde olan bu risk, ancak eserin teslimi ile sona ermektedir²⁹⁶.

2. Yüklenicinin Ücrete Hak Kazanması

Eser sözleşmesinin kurulması ile birlikte bir yandan eserin meydana getirilmesi diğer yandan ücret ödeme borcu doğmaktadır²⁹⁷. Eser sözleşmesinde iş sahibinin temel borcu ücret ödeme borcudur. Yüklenici eseri meydana getirme borcunu öncelikle ifa ile yükümlüdür²⁹⁸. TBK m. 479/1 gereği iş sahibinin bedel ödeme borcu, ilke olarak eser *teslimi anında* muaccel olur²⁹⁹. Burada önemle vurgulamak gerekir ki, bedel ödeme borcu *teslimden sonra değil; teslim anında muaccel olur*³⁰⁰. Hükümün amacı, eser teslim edilirken ücretin ödenmesidir. Yüklenici ancak teslim ettikten sonra bedeli talep edebilecek durumda olsaydı, bu takdirde meydana getirdiği eser üzerinde rehin hakkını koruyarak ücretine kavuşmayı temin etme hakkından yoksun kalırdı³⁰¹. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli, onun teslimi anında muaccel olur. Elbette taraflar sözleşme ile TBK m. 479'da düzenlenen kanuni

²⁹⁴ Seliçi, **a.g.e.**, s. 43; Bu durumda yüklenici işin ücretini ve yaptığı masrafların ödenmesini iş sahibinden isteyemeyemez, ayrıca avans niteliğinde kendisine yapılan ödemeleri iade etmekle yükümlüdür. Bkz. Mustafa Arıkan, ‘‘Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları’’, **SÜHFD., Y.2008, S.2,C.16**, s. 273.

²⁹⁵ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1187.

²⁹⁶ İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlalinin sonuçlarında hasarın geçmesi incelendiğinden burada sadece değinilmekle yetinilecektir.

²⁹⁷ Nils Kleine-Möller, ‘‘Die Leistungsverweigerungsrechte des Bauunternehmers vor der Abnahme’’, **Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag**, Wiesbaden und Berlin 1995, s. 193.

²⁹⁸ Hartung, **NJW 2007**, s. 1103.

²⁹⁹ Tunçomağ, **a.g.e.**, s. 1048.

³⁰⁰ Frank Peters, ‘‘Die Fälligkeit der Werklohnforderung’’, **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 346.

³⁰¹ Julian Christiansen, ‘‘Werklohnfaelligkeit ohne Abnahme- Alternativen zur Rechtsfigur des Abrechnungsverhaeltnisses’’, **Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR 2010)**, s. 5.

muacceliyet hükmünün aksine düzenleme yapabilirler. Bazı durumlarda somut olayın koşulları ve işin niteliği dikkate alındığında, taraflar bu yönde bir düzenleme yapmış olmasalar bile, dürüstlük kuralı gereği kanuni düzenlemeden ayrılarak avans ya da geçici hak ediş mahiyetinde ödeme yapılması gerekebilir.

Yüklenicinin bedel alacağı, teslim ile muaccel hale geldiğinden *eserin teslimi* aynı zamanda yüklenicinin bedel alacağı açısından 5 yıllık zamanaşımının başlangıcını oluşturur.

3. Gözden Geçirme ve Bildirim Süresinin İşlemeye Başlaması

İş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için TBK m. 474 uyarınca *eserin tesliminden* sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır. Buna göre gözden geçirme ve bildirim süresi *teslim alma* anından itibaren işlemeye başlar³⁰².

4. Ayıp Yönünden Zamanaşımı Süresinin İşlemeye Başlaması

Eser sözleşmesinde eserin teslimi ile ifa safhası bitmekte tekeffül safhası başlamaktadır³⁰³. Yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eserin ayıplı olması nedeniyle zamanaşımı süresince sorumluluğu mevcuttur. *Bu zamanaşımının başlaması, teslim tarihidir*³⁰⁴. TBK m. 478 gereği yüklenicinin meydana getirmiş olduğu eserin ayıplı olması nedeniyle sorumluluğu, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yıl; taşınmaz yapılarda ise beş yıl ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yıldır.

5. Ayıp Yönünden İspat Yükünün Tersine Dönmesi

Eser teslim edilmeden evvel yüklenici meydana getirmiş olduğu eserin ayıpsız olduğunu ispat ile yükümlü iken³⁰⁵; eser teslim edildikten sonra eserin ayıplı

³⁰² Seliçi, **a.g.e.**, s. 43.

³⁰³ Hartung, **NJW 2007**, s. 1099.

³⁰⁴ Tunçomağ, **a.g.e.**,s. 1044 vd.

³⁰⁵ Björn Kupczyk, "Begriff, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Abnahme", **Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012**, s. 3353.

olduğunu ispat yükü iş sahibindedir³⁰⁶. Her ne kadar İsviçre/Türk Borçlar Hukukunda, § 363 BGB'ye doğrudan karşılık gelen açık bir hüküm olmasa da; bu sonuca TMK m. 6 ve HMK m. 190 gereği ispat yükü, iddia edilen vakiyaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir ilkesinden ulaşılır.

6. Cezai Şartı Talep Hakkının Ortadan Kalkması

Eserin teslimi sadece, gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünün başlaması bakımından değil aynı zamanda, cezai şartı talep etme bakımından da belirleyici önemdedir³⁰⁷. TBK m. 179/2 gereği eser sözleşmesinde kararlaştırılan cezai şart, borcun belirlenen zaman veya yerde ifa edilmemesi durumu için kararlaştırılmışsa alacaklı, hakkından açıkça feragat etmiş veya *ifayı çekincesiz olarak kabul etmiş olmadıkça*, asıl borçla birlikte cezasının ifasını isteyebilir. Şu halde iş sahibi, eserin teslimi anında cezai şartı talep hakkını ileri sürmeli veya saklı tuttuğunu açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde, cezai şartı talep hakkı ortadan kalkar³⁰⁸.

7. Tazminat Karşılığı Fesih Hakkının Ortadan Kalkması

TBK m. 484'e göre iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir. Eser tamamlanarak iş sahibine teslim edildiği andan itibaren iş sahibinin sözleşmeyi feshetme hakkı ortadan kalkmaktadır.

D. Eseri Teslim Almanın Hukuki Niteliği

İş sahibinin usulüne uygun olarak kendisine sunulan eseri kabul etme yönünde gerçek bir yükümünün bulunup bulunmadığını tartışmalıdır³⁰⁹. Eser sözleşmesinde usulüne uygun olarak meydana getirilen eseri teslim almaktan kaçınan iş sahibinin bu davranışının yüküm ihlali teşkil etmediği durumlarda borçlu değil, alacaklı temerrüdüne yol açtığı kabul edilmektedir³¹⁰. Eserin teslimi, sadece iş sahibi

³⁰⁶ Hartmann, **NJW 2007**, s. 1104.

³⁰⁷ Hürlimann, **BRT 2007**, s. 151.

³⁰⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 160 N. 21; Seliçi, **a.g.e.**, s. 43.

³⁰⁹ Aday, **a.g.e.**, s. 196.

³¹⁰ Nicklisch, **BB 1979**, s. 533.

açısından değil, büyük oranda ve esaslı bir şekilde yüklenicinin hukuk ve sorumluluk alanında da sonuçlar doğurmaktadır³¹¹.

İş sahibince meydana getirilen eserin teslim alınmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümünün, borç niteliğinde mi yoksa külfet niteliğinde mi olduğu, somut olayın bütün özellikleri dikkate alınmak suretiyle değerlendirilmelidir. Serozan'a göre iş sahibinin meydana getiren getirilen eseri kabul etmemesi kimi zaman borçlunun edim menfaati niteliğindeki bir çıkarının ihlal edilmesine yol açar. Bu durumda borca aykırılık söz konusudur. Buna karşılık, eserin teslim alınmaması, yüklenicinin herhangi bir edim menfaatini zarara uğratmamakta ise, borca aykırılık hükümlerine başvurmasına gerek yoktur. Yüklenicinin hukuki menfaati alacaklı temerrüdü hükümleriyle yeterince korunmaktadır³¹².

Kural olarak iş sahibinin kabule zorlanamayacağı kabul edilmekle beraber, eserin kabulünde yüklenicinin özel bir çıkarının bulunduğu durumlarda dava edilebilir nitelikte bir yükümün varlığı kabul edilmektedir³¹³. Yukarıda kısaca açıklandığı üzere tamamlanarak meydana getirilen eserin iş sahibine teslim edilmesinde yüklenicinin esaslı bir menfaati vardır³¹⁵. Alman hukukunda iş sahibinin eserin teslim alınmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü, yan yüküm veya yan edim yükümü niteliğinde değil; ücret ödeme borcunda olduğu gibi asli edim yükümü³¹⁶ niteliğinde kabul edilmektedir³¹⁷. Bu hukuki niteliğine uygun olarak eseri

³¹¹ Önceki başlıkta yüklenicinin menfaatine ilişkin bu hukuki sonuçlar açıklanmıştır. Bkz. İkinci Bölüm IX. Başlık C. Eseri Teslimin Hukuki Sonuçları.

³¹² Serozan, **İfa**, s. 147 vd.

³¹³ Franz Bydlinsky, **Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe**, 2. Auflage, Wien-New York 1991, s. 461.

³¹⁵ Peter Siegburg, "Zur Klage auf Abnahme einer Bauleistung", **Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2000**, s. 508.

³¹⁶ BGB § 640/I: Der Besteller ist verpflichtet, dass vertragsmaessig hergestellte Werk abzunehmen, sofern nicht nach der Beschaffenheit des Werkes die Abnahme ausgeschlossen ist. (Niteliği gereği eserin teslim alınması olanaksız olmadığı sürece, iş sahibi sözleşmeye uygun olarak meydana getirilen eseri teslim almakla yükümlüdür).

³¹⁷ Werner/Pastor, N. 1339; Hartung, Abnahme, NJW 2007, s. 1099; Christian Niemöller, "Die Abnahme nach § 12 Nr. 4 VOB/B", **Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag**, Düsseldorf 1999, s. 341.

teslim almaktan imtina eden iş sahibine karşı hem tespit davası³¹⁸ hem de eda davası açılarak iş sahibi eseri teslim almaya icbar edilebilir³¹⁹.

Türk İsviçre hukukunda iş sahibinin, sözleşmeye göre meydana getirilen eseri sebepsiz ve haksız yere teslim almaktan kaçınması, ilke olarak alacaklının temerrüdüne neden olur³²¹. Eseri teslim almaktan kaçınan iş sahibine karşı yüklenici, alacaklının temerrüdü hükümlerini işletme yoluna gidebilir³²². Ancak taraflar, iş sahibinin eseri teslim almasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç³²³ söz konusudur³²⁴.

Taraflar, iş sahibinin eseri teslim almasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede açık bir hüküm ile düzenlememişlerse, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsuları ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde tamamlayıcı- yorumla çözülecektir³²⁵. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır³²⁶. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan eserin teslim alınmasına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Taraflarca sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş

³¹⁸ Siegburg, **ZfBR 2000**, s. 512.

³¹⁹ Wolfgang Fikentscher, **Schuldrecht BT**, Berlin 1985, s. 554 vd.

³²¹ Peters/Jacoby, Staudinger Kommentar, § 642, N. 22; Buna karşılık aksi görüşte Erman, BGB Kommentar, § 304 N. 3; burada eserin teslim alınması borç olarak öngörüldüğünden doğrudan borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedir.

³²² Büyükay, **a.g.e.**, s. 79; Şahin, **a.g.e.**, s. 53.

³²³ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

³²⁴ Genel hatlarıyla aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

³²⁵ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

³²⁶ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

sahibinin eseri teslim almasına ilişkin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümüdür*. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*³²⁷. Bu yükümlülüğün ihlali, ilke olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğu doğurur. Yargıtay, eserin teslim alınmasına ilişkin bir kararında aynı hukuki sonucu kabul etmiştir. Yargıtay, bir aracın tamir edilmesini konu edinen eser sözleşmesinde, tamir edilen aracını yükleniciden teslim almamak suretiyle temerrüde düşen alacaklının işgal bedeli ve aracın teslim alınmaması nedeniyle yüklenicinin uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiğine karar vermiştir³²⁸.

X. Teslim Alınan Eserin Gözden Geçirilmesi ve Ayıpların Bildirilmesi

TBK m.474 hükmü iş sahibinin, meydana getirilen eserin ayıplı olması nedeniyle TBK m. 475'e göre sahip olduğu seçimlik haklarını koruması için gerekli koşulları öngörmektedir. İş sahibinin bu yükümlülüğü ihlal etmesinin hukuki sonucunu TBK m. 477/2 hükmü öngörmektedir. Buna göre iş sahibi, eseri teslim aldıktan sonra gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır. *Eserin kabul edilmiş sayılması hukuki faraziye olup, aksi iddia ve ispat edilemez*³²⁹.

A. Teslim Alınan Eserin Gözden Geçirilmesi

TBK m. 474 hükmüne göre iş sahibi, meydana getirilen eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içerisinde yükleniciye bildirmekle mükelleftir. Gözden geçirme ve bildirim külfetinin ihlali, eserin kabulü anlamına geldiğinden ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kaybı neticesini doğurduğundan iş sahibinin bunu hangi süre içerisinde ifa edeceği belirleyici

³²⁷ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

³²⁸ Yargıtay 15. HD. 02.11.2004 T., 2004/2290 K., 2004/5557 E., (www.kazanci.com).

³²⁹ Eser sözleşmesinde gözden geçirme yükümlülüğü hakkında detaylı bilgi için bkz. Zeynep İpek Yücer, **Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme Ve Bildirim Külfetleri**, Doktora Tezi, Ankara 2012.

önemdedir. İş sahibinin eseri gözden geçirme külfeti, eser kendisine *teslim edildikten* sonra başlar. Sözleşmeden doğan borcun ifası amacıyla meydana getirilen eserin iş sahibine tevdi edilmesi, eserin teslimi olarak kabul edilir³³⁰. Taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmış olmadıkça, *eserin tesliminden* önce iş sahibinin ne muayene ne de ihbar külfeti söz konusudur. Eser teslim alındıktan sonra *işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz* gözden geçirme yapılmalıdır³³¹. İşlerin olağan akışı ile gözden geçirme olanağının tespitinde, benzer işlerdeki usul ve ticari örf dikkate alınarak objektif bir ölçüye göre belirlenir³³². Özellikle ticari nitelikli olmayan işlerde tarafların menfaati dikkate alınarak süre görece daha geniş kabul edilmelidir³³³.

TBK m. 474/1'de öngörülen *gözden geçirme* kavramından ne anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir. Gözden geçirme ile kastedilen, meydana getirilen eserin *sözleşmede öngörülen niteliklere ve kullanım amacına uygun* olmasının denetlenmesidir³³⁴. İş sahibi, meydana getirilen eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere ve kullanım amacına uygunluğunu özenli bir şekilde denetlemelidir. Ticari işlerde muayenenin özen derecesi ve yoğunluğu artmaktadır. Eserin muayene yöntemi ve yoğunluğu, meydana getirilen eserin türüne ve kullanım amacı doğrultusundaki önemine göre belirlenir. İş sahibinin özel plan ve talepleri doğrultusunda meydana getirilen bir eser, standart seri üretim kapsamında meydana getirilen bir eserden daha dikkatlice gözden geçirilmelidir³³⁵. İş sahibi tarafından yapılacak gözden geçirmenin niteliği, kapsam ve derecesi, teslim edilen eserin sözleşmeye uygun ya da ayıplı olduğunu tespit edebilecek şekilde olmalıdır. İş sahibi

³³⁰ Eserin teslimine ilişkin hususlar yukarıda detaylı olarak izah edildiğinden bu aşamada o açıklamalara atıfla yetinilmektedir. Bkz. İkinci Bölüm IX. Başlığı.

³³¹ Konu olayda Yargıtay, yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; açık ayıplarda Borçlar Kanununun 359., gizli ayıplarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı kanunun 360. maddesinde tanınan hakları iş sahibinin kullanabileceğini belirtmiştir. Buna göre, eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin doğal gidişine göre imkânı bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi takdirde yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur. Ancak, kasten sakladığı kusurlarla usulüne uygun yapılan muayenede farkedilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Konu olayda iş sahibi açık ayıp ihbarını, öngörülen sürede yapmadığından, aynı BK m. 360 hükmünde düzenlenen haklardan birisini kullanamayacağı vurgulanmıştır. Y. 15. HD. 27.03.2009 T. ve 2009/336 E. Ve 2009/1793 K., (www.kazanci.com).

³³² Roman Bögli, **Der Übergang von der unternehmersichen Leistungspflicht zur Maengelhaftung beim Werkvertrag**, Dissertation St. Gallen 2007, N. 141.

³³³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2118.

³³⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2119; Bögli, **a.g.e.**, N. 142.

³³⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 367 N. 12.

ilke olarak meydana getirilen eserin sözleşmeye ve kullanım amacına uygunluğunu gözden geçirmekle yetinebilir. Bunun ötesine geçmek suretiyle eserin yapısal unsurlarını muayene etmek ve tespit edilirse ayıpların sebebini ortaya çıkarmak zorunda değildir³³⁶. Yapı eserlerinin gözden geçirilmesi, *teslimden önce ve yüklenici ile beraber* yapılmakta; eksiklik veya ayıplar bir protokol marifetiyle tespit edilmektedir. Diğer taraftan TBK m. 474'den farklı olarak kendi içinde bir bütünlük arz eden eserin kısmi teslimi (parça parça teslim) ve bu bağlamda gözden geçirilmesi de söz konusu olabilir.

Sözleşme konusunun görece karmaşık olduğu, özellikle kapsamlı yapı eserleri ya da endüstriyel tesislerin inşasını konu edinen sözleşmelerde iş sahibi, muayeneyi yapabilecek teknik bilgi ve tecrübeden yoksun olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu takdirde iş sahibinin resmi bir bilirkişi marifetiyle muayeneyi yaptırması isabetli olur. TBK m.474/2 hükmü taraflardan her birinin eseri bilirkişi marifetiyle gözden geçirilmesini yaptırabileceğini düzenlemektedir. Öğreti ve yargı, iş sahibinin eseri bilirkişi marifetiyle muayene ettirmekle *yükümlü olmadığını*, bunun hem iş sahibi hem de yüklenici lehine *sadece bir hak* olduğunu kabul etmektedir³³⁷. Bu işlem, esasında eserin ayıplı veya ayıpsız olduğuna ilişkin bir delil tespittir. Eseri gözden geçirmekle yükümlü bilirkişi, esere ilişkin fiili durumu tespit etmekle yükümlü olup, meselenin hukuki boyutu onun görevi kapsamında değildir. Bilirkişi eserin fiili durumunu, varsa ayıpları ve bunların sebeplerini, ayıbın giderilmesine ilişkin tedbir ve önerilerini tespit etmek ve açıklamakla yükümlüdür³³⁸.

TBK m. 474/2 kapsamında yetkili ve görevli kurum veya mahkemeden bir bilirkişinin görevlendirilmesi talep edildiğinde, iş sahibinin kusuru olmaksızın bu süreç uzadığı takdirde dahi TBK m. 474/1'deki uygun süre koşulu ihlal edilmiş olmaz³³⁹. Ancak, iş sahibi eserin durumu hakkında *ayıp bildiriminde bulunmaya yetecek* kadar bilgi sahibi ise, bu takdirde hiçbir *ön bildirimde bulunmaksızın* resmi bilirkişi incelemesinin sonucunu bekleyemez³⁴⁰. Ayrıca bilirkişi tarafından yapılan

³³⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2119.

³³⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2124; Bögli, **a.g.e.**, N. 143.

³³⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 367 N. 24.

³³⁹ Oser/Schönenberger, **Zürcher Kommentar**, Art. 367 N. 7; Bögli, **a.g.e.**, N. 144.

³⁴⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 367 N. 25.

gözden geçirmeye ilişkin raporun yükleniciye tebliğ edilmiş olması, iş sahibinin TBK m. 474/1 gereği yapmakla yükümlü olduğu ayıp ihbarı yerine geçmez³⁴¹.

B. Ayıpların Bildirilmesi

TBK m. 474/1'e göre iş sahibi eseri gözden geçirdikten sonra tespit etmiş olduğu ayıpları *uygun bir süre* içerisinde yükleniciye bildirmek zorundadır³⁴². İş sahibi tespit ettiği ayıpların neler olduğunu beyan etmekle yetinmemeli aynı zamanda bu ayıplar nedeniyle meydana getirilen eserin sözleşmeye uygun olmadığını ve bu nedenle haklarını kullanmak istediğini ve/veya muhafaza ettiğini, yükleniciye beyan etmelidir³⁴³. Ancak bu bağlamda TBK m. 475'de öngörülen haklardan hangisini kullanacağını beyan etmek zorunda değildir³⁴⁴. Her ne kadar ihtilaf doğurma olasılığını bünyesinde barındırsa da ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kullanılacağı veyahut muhafaza edildiğine ilişkin irade açıklaması zımnen de yapılmış olabilir. Ayıbın bildirilmesi herhangi bir şekle tabi değildir³⁴⁵ ve tanıkla dahi ispat edilebilir³⁴⁶.

³⁴¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2138.

³⁴² 'Uygun bir süre' kavramının zamansal karşılığını, uygulama gösterecektir. Ancak TBK bu anlamda ayıp ihbarının yapılma süresi açısından önemli bir yenilik getirmiştir. 818 Sayılı Borçlar Kanununun yürürlükte olduğu dönemde ihbarın yapılma süresi ile ilgili öğretide değişik görüşler ileri sürülmüştür. Öğretide kabul edilen baskın görüşe göre, ayıp ihbarı aynı satım sözleşmesinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de 'derhal' yapılmalıydı. Bkz. Özgür Katip Kaya, **Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi**, İstanbul 1993, s. 58.

³⁴³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2133 vd.

³⁴⁴ Bögli, **a.g.e.**, N. 146.

³⁴⁵ Yargıtay, örnek olayda meydana getirilen eserin kendisine tesliminden sonra iş sahibinin işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz işi muayene ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu bağlamda uygulanacak yasa hükmünün TTK m. 25 değil, BK m. 359 olduğuna ve teslimine rağmen iş mutad cereyanına göre ayıp ihbarında bulunulmamışsa, iş sahibinin kendisine teslim edilen işi zımnen kabul etmiş sayılacağı ifade edilmiştir. Kararda ihbarın yapılacağı usule ilişkin tespitte bulunulmuş ve Yargıtayın istikrar kazanan içtihatlarında ayıp ihbarının tanık sözleri ile de kanıtlanabileceği, ayıp ihbarının yazılı olarak yapılmasının iş sahibine yalnızca ispat kolaylığı sağlayacağı vurgulanmıştır. Y. 15. HD. 21.06.2004 T., 2003/6354 E., 2004/3459 K., (www.kazanci.com).

³⁴⁶ Yargıtay örnek olayda, eser sözleşmelerinde yüklenicinin kararlaştırılan iş bedeline hak kazanabilmesi için eseri sözleşme ve eklerine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayarak teslim etmesi gerektiğini ifade etmiştir. Kararın devamında, eserin, sözleşmede kararlaştırılan niteliklerine, ya da iş sahibinin beklediği amaca uygun olmaması veya lüzumlu bazı vasıflardan bir ya da bir kaçının bulunmaması halinde ayıplı yapıldığının kabulü edilmesi gerektiğini; Yargıtay'ın yerleşik içtihat ve uygulamalarına göre ayıp ihbarının yapılma usulünün özel bir şekle tabi olmadığı; her türlü delille, hatta tanık beyanı ile dahi kanıtlanmasının mümkün olduğu ve asıl olanın tanığın doğru söylemesi olduğu, tanığın davalının çalışması beyanını hükümden düşürecek bir

Ayıp ihbarı, esasa uygun şekilde gerekçeli olmalıdır. Ayıplar, mümkün olduğunca, tek tek, türü ve kapsamı da belirtilerek bildirilmelidir. Yüklenici yapılan ihbardan, iş sahibinin eseri hangi hususlar nedeniyle kabul etmediğini anlayabilmelidir³⁴⁷. Bununla beraber iş sahibi, işin uzmanı olmadığından gerekli teknik terim ve açıklamalarla ayıbı bildirmesi gerekmez. Bu nedenle, iş sahibinin somut bir açıklama yapmaksızın genel ve soyut olarak eserin ayıplı olduğunu ya da sözleşmeye uygun olmadığını beyan etmesi, ilke olarak yeterli değildir³⁴⁸. Aynı şekilde farklı ayıpların söz konusu olduğu durumda, sadece büyük ayıpların beyan edilmesi de yeterli değildir. Bu takdirde eser, önemsenmemek nedeniyle yapılmayan küçük ayıplar yönünden kabul edilmiş sayılır³⁴⁹.

Her ne kadar TBK m. 474'te '*uygun bir süre*' ifadesi kullanılmış olsa da somut olayın bütün koşulları ve ayıbın niteliği de dikkate alınmak suretiyle iş sahibi mümkün olan en kısa sürede bildirimde bulunmalıdır³⁵⁰. Kanunun ifadesi '*uygun bir süre*' olsa da Yargıtay'ın kullandığı terimler daha sıkı/hızlı bir bildirim usulüne eğilimli olduğunu göstermektedir³⁵¹. Eser gözden geçirildikten ve ayıplar tespit edildikten sonra yapılan bildirim yeterlidir. İşin niteliği, ilgili olduğu sektörün teamülleri ve somut olayın bütün koşulları dikkate alınarak belirlenecek makul ve özenli bir iş sahibi için gerekli süre dikkate alınacaktır³⁵². Bu bağlamda ilgili sektörde geçerli olan teamül ve yaygın uygulama ölçüsü esas alınacak diğer objektif ve sübjektif unsurlarla birlikte değerlendirilmek suretiyle olanak bulur bulmaz bildirimde bulunmak gerekecektir. Tacir olmayanlar bakımından süre daha geniş

neden olmadıkça beyanına itibar edilmemesini gerektirmediği vurgulanmıştır. Y. 15. HD. 12.06.2009 T. ve 2009/2567 E., 2009/2953 K., (www.kazanci.com).

³⁴⁷ Böhler, **Zürcher Kommentar**, Art. 367 N. 54.

³⁴⁸ Bögli, **a.g.e.**, N. 147.

³⁴⁹ Böhler, **Zürcher Kommentar**, Art. 367 N. 25.

³⁵⁰ Bögli, **a.g.e.**, N. 148.

³⁵¹ Örnek olayda Yargıtay, iş sahibinin, eserin tesliminden sonra işlerin olağan gidişine göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve varsa açık ayıpları yükleniciye derhal bildirmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Yargıtay, eserin teslimi sırasında usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile bozukluk görülmemişse, gizli ayıp vardır görüşündedir. Buna göre, iş sahibi gizli ayıbı öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmek zorundadır. Yargıtay, süresinde açık veya gizli ayıp ihbarında bulunulmadığı takdirde, Borçlar Kanununun 360. maddesinde düzenlenen haklardan yararlanılamayacağı tespitinde bulunmuştur. Y. 15. HD. 27.03.2009 T. 2009/336 E., 2209/1793 K., (www.kazanci.com).

³⁵² Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 367 N. 6; Gauch, **Werkvertrag**, N. 2113.

kabul edilebilmektedir³⁵³. Buna karşılık tacirler açısından çok kısa bir süre kabul edilmesi ve adeta TTK m. 25'in esas alınması; ayıp bakımından geçerli olan TBK m. 474 hükmünün amacıyla bağdaşmaz³⁵⁴. Genel olarak 7-10 günlük bir süre isabetli görülmektedir³⁵⁵. Buna karşılık teslimden 20 gün sonra yapılan ayıp ihbarı süresinde değildir³⁵⁶. Sözleşme konusunu oluşturan eserin büyük olduğu durumlarda, eserin tamamının gözden geçirilmesi nispeten fazla bir zaman alabilir ve bu esnada tespit edilen ayıplar nedeniyle zararın artması³⁵⁷ söz konusu olabilir. Bu gibi durumlarda, eserin tamamını gözden geçirmeden tespit edilen ayıplar yönünden ihbarın derhal yapılmasında yarar vardır. Aksi takdirde TBK m. 52 uyarınca iş sahibinin de sorumluluğu söz konusu olabilir. Ayıbın gizli ve açık olmasına göre bildirim süresi farklılık arz etmektedir. Bariz ve açık ayıplar yönünden bildirim süresi daha kısa kabul edilmektedir. Açık ayıp ile kastedilen eserin teslimi sırasında ilk bakışta göze çarpan ya da özenli bir inceleme ile ayıbın sonucu bütün kapsam ve önemi ile anlaşılabilen ayıplardır³⁵⁸. Gizli ayıplar, ortaya çıktıklarında ve tespit edildiklerinde hemen bildirilmelidir³⁵⁹. Meydana getirilen eser teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli ayıbın varlığı kabul edilir. Nihayet vurgulamak gerekir ki, Yargıtay'a göre eksik iş, ayıplı iş niteliğinde olmadığından eksik iş söz konusu olduğu durumlarda bildirim gerekmemektedir³⁶⁰. Nihayet ifade etmek gerekir ki yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan eserden farklı bir eser imal etmiş olması halinde eserin ayıplı veya

³⁵³ Gauch, a.e., N. 2118.

³⁵⁴ Örnek olayda Yargıtay, kural olarak yapılan şeyin kendisine tesliminden sonra iş sahibinin işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz işi muayene ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay'a göre, bu gibi durumlarda uygulanacak yasa hükmü mahkemenin belirlediği gibi TTK'nın 25. maddesi değil, BK'nın 359. maddesidir. Y. 15 HD. 21.06.2004 T., 2003/6354 E., 2004/3459 K., (www.kazanci.com).

³⁵⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 367 N. 20.

³⁵⁶ Örnek olayda Yargıtay, eserin teslimini müteakip 20 gün içerisinde ortaya çıkan ayıplar hakkında, yüklenicinin bedelin ödenmesi konusunda çekilen uyarıya kadar iş sahibince sessiz kalındığını, ayıp ihtarında bulunulmadığına göre, BK. 362 madde hükmü gereği iş sahibi eseri kabul etmiş sayılması gerektiğini ve bu durumda ayıptan ötürü doğan zarardan yüklenicinin sorumluluğu olamayacağını karara bağlamıştır., Y. 15. HD. 22.05.1997 T., 1997/1811 E., 1997/2671 K.(www.kazanci.com).

³⁵⁷ BGE 88 II 148.

³⁵⁸ Turgut Uygur, **Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi**, Birinci Cilt, Ankara 1997, s. 529.

³⁵⁹ Trachsel, a.g.e., N. 145.

³⁶⁰ Y. 14. HD. 25.10.2011 T., 2011/10346 E., 2011/12661 K., (www.kazanci.com).

noksan imal edilmesinden söz edilemediğinden ayıba karşı tekeffül hükümleri değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulur³⁶¹.

C. Eserin Kabulü

Kabul, meydana getirilerek kendisine teslim edilen eserin, iş sahibi tarafından sözleşmeye uygun olduğuna ve ayıplı olmadığına ilişkin irade açıklamasıdır. Eserin kabulü bakımından iki husus önem arz etmektedir. Birinci husus, iş sahibinin teslim almış olduğu eseri gözden geçirmesi ve tespit ettiği ayıpları yükleniciye bildirip bildirmemesine ilişkindir. Bu bağlamda önem arz eden ikinci husus, *ayıbın türü/niteliğidir*. Kanun ayıbın türü bakımından üçlü bir ayrıma gitmektedir. TBK m. 477 hükmü, eserin iş sahibi tarafından kabul edilmesi neticesinde yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğunun ortadan kalkmasını düzenlemektedir. İş sahibi eseri kabul etmek suretiyle görülebildiği kadarıyla meydana getirilen *eserin sözleşmeye uygun* olduğunu ve TBK m. 475’de düzenlenen ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmayacağını ifade etmektedir³⁶². Eserin kabulü ile yüklenicinin sorumluluktan kurtulması kanuni faraziyedir. Bu anlamda iş sahibi tarafından eserin kabulü, eserin sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin bir irade açıklamasıdır³⁶³. Eser, iş sahibince kullanılmaya başlanmak suretiyle *zımnen de teslim* alınabilir. Bunun için özel ve açık bir irade açıklamasına ihtiyaç yoktur. Eserin teslim alınması ile kabul edilmesi birbirinden farklı kavramlardır.

Eser iş sahibi tarafından *kabul edildiğinde* yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur³⁶⁴. Ancak, yüklenici tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar yönünden yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eser teslim alındığında usulüne uygun bir gözden geçirme ile fark edilebilecek ayıplar, *açık ayıplardır*. Eser teslim alınırken ilave bir muayeneye gerek kalmaksızın gözle görülebilir, açık ayıplar söz konusu olabileceği gibi teslimden sonra usulüne uygun, özenli ve dikkatli ortalama anlayışta uzman

³⁶¹ Burcuoğlu, **a.ge.**, s. 283 vd.

³⁶² Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 370 N. 1.

³⁶³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2070.

³⁶⁴ Lütfü Dalamanlı/ Faruk Kazancı/ Muharrem Kazancı, **İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III**, İstanbul 1990, s. 95.

olmayan bir kişinin benzer koşullarda yapacağı gözden geçirme ile fark edilebilecek ayıplar da söz konusu olabilir³⁶⁵. *Gizli ayıplar* ise eser teslim alınırken usulüne uygun gözden geçirme ile fark edilemeyecek nitelikteki ayıplardır. TBK m. 477 hükmü, gizli ve açık ayıplardan başka yüklenici tarafından *kasten gizlenen ayıplardan* bahsetmektedir. Yüklenici kendisi tarafından bilinen ve açıkça fark edilemeyen ve fakat iş sahibi tarafından bilinmiş olsaydı itiraz etmeksizin kabul etmeyeceğini bildiği veya somut koşullara göre bilmesi gerektiği bir ayıbı, iş sahibine bildirmemesi bu duruma örnektir³⁶⁶. Yüklenici, eseri ayıpsız göstermeye yönelik veya mevcut ayıpların fark edilmesini önlemeye yönelik hareketlerde bulunması ya da dürüstlük kuralı gereği beyan yükümlülüğünün olduğu durumlarda susması, TBK m. 477/1 anlamında kasten gizleme olarak değerlendirilir³⁶⁷.

İş sahibinin eseri açık ya da örtülü kabulüyle beraber yüklenici, açık ayıplar ve kasten gizlenmeyen ayıplar açısından sorumluluktan kurtulur³⁶⁸. Eser kabulü bakımından kanunda özel bir usul öngörülmemiştir³⁶⁹. İş sahibi, zımni davranışlarla ya da sadece susmak suretiyle eseri örtülü olarak da kabul edebilir. Bu anlamda, eserin ücretinin herhangi bir ihtirazı kayıta bulunulmaksızın ödenmesi³⁷⁰; eserin teslim alınmak suretiyle kullanılması ya da başka türlü bir tasarrufta bulunulması; eserin teslimi esnasında yüklenici ile iş sahibinin sadece belirli ayıpların mevcudiyeti noktasında mutabık kalması, aynı zamanda başka ayıpların olmadığı anlamına gelebilir³⁷¹.

TBK m. 477/2'ye göre iş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı *ihmal ederse*, eseri kabul etmiş sayılır. Eserin bu şekilde kabulü *kesindir. İş sahibinin aksini ispat etme hakkı yoktur*³⁷². Hükmün açıklığı karşısında iş sahibinin

³⁶⁵ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2074; Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 370 N. 18.

³⁶⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2093; Bögli, **a.g.e.**, N. 124.

³⁶⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2093.

³⁶⁸ Y. 15. HD. 04.03.2008 T., 2007/2157 E., 2008/1382 K., (www.kazanci.com).

³⁶⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 370 N. 10.

³⁷⁰ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 370 N. 14.

³⁷¹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 370. N. 11.

³⁷² Gauch, **Werkvertrag**, N. 2106; Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 370 N. 26.

davranışında hataya düştüğünü ya da gözden geçirmeyi unuttuğu gibi itirazları ileri sürmesi mümkün değildir³⁷³.

TBK m. 477/3 gereği gizli ayıplar sonradan ortaya çıkarsa, iş sahibi bunları *gecikmeksizin* yükleniciye bildirmek zorundadır. Aksi takdirde eseri kabul etmiş sayılır. Hükümdeki gecikmeksizin kavramından ne anlaşılması gerektiği uygulama ve doktrinde tartışmalıdır. Her bir somut olayın koşulları ve özellikle ayıbın niteliği dikkate alınarak uygun bir süre belirlenmelidir³⁷⁴. Esaslı noktaları açısından ayıp tespit edilebildiği anda iş sahibi bildirimde bulunmak zorundadır. Bununla beraber, iş sahibi sürekli eseri gözden geçirmek ve gizli ayıpları ortaya çıkarmak gibi bir yükümlülüğü yoktur³⁷⁵. İş sahibi, eserdeki ayıbın aynı zamanda sözleşmeye aykırılığı oluşturduğunu fark ettiği veya fark etmesinin gerektiği anda bildirimde bulunmalıdır. Nihayet vurgulamak gerekir ki, yüklenici ayıpları kasten gizlemişse, bu takdirde iş sahibinin bildirimde bulunmaması ya da gecikerek bildirimde bulunması, eserin kabulü sonucunu doğurmaz³⁷⁶.

D. Hukuki Nitelik

İş sahibinin muayene ve ihbar külfeti, hukuki karakteri itibarıyla bir *külfettir*³⁷⁷. Yüklenici, iş sahibini dava ve cebri icra marifetiyle teslim etmiş olduğu eseri gözden geçirmek suretiyle varsa ayıplarını tespit etmeye icbar edemez. İş sahibinin gözden geçirmeyi ihmal etmesi nedeniyle ilke olarak herhangi bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Ancak, iş sahibi TBK m. 474'e aykırı olarak gözden geçirme ve varsa ayıpları bildirme külfetini ifa etmezse, bu takdirde TBK m. 477/2 gereği yükleniciye karşı sahip olduğu ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder.

TBK m. 474 ihtiyari nitelikte *tamamlayıcı bir kuraldır*. Taraflar, sözleşme ile yasal düzenlemeden farklı hükümler öngörebilirler. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğünü ortadan kaldıracak derecede önemli değişiklikleri taraflar *açıkça* öngörmeleri gerekmektedir. TBK m. 477'de öngörülen yüklenicinin kasten gizlenen

³⁷³ Gauch, *Werkvertrag*, N. 2106.

³⁷⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar*, Art. 370 N. 16.

³⁷⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, *Basler Kommentar*, Art. 370 N. 19; Yücer, *a.g.e.*, s. 69 vd.

³⁷⁶ Gauch, *Werkvertrag*, N. 2187; Bühler, *Zürcher Kommentar*, Art. 367 N. 50.

³⁷⁷ Gauch, *Werkvertrag*, N. 2108; Bühler, *Zürcher Kommentar*, Art. 367 N. 25.

ayıplar nedeniyle sorumluluğu *emredici bir hükümdür*³⁷⁸. Bu nedenle taraflar, kasten gizlenen ayıpları da kapsayacak şekilde iş sahibinin kabulü neticesinde yüklenicinin sorumluluktan kurtulacağına ilişkin anlaşma yapmaları geçersizdir. Diğer ayıplar (açık ve gizli) yönünden taraflar bu nevi bir anlaşma yapmaları olanaklıdır.

XI. Yükleniciyi Olası Zararlardan Koruma

Kapsamlı yapı projelerinde birçok imalat unsuru, makine ve teçhizatlar aynı anda faal durumdadır. İş sahasında birçok kişi çoğu kez farklı görev tanımı ve iş organizasyonları çerçevesinde görev almaktadır. Bu nedenle eserin meydana getirilmesi sürecinde hem ilgililer hem de sürece yabancı üçüncü kişiler açısından birçok tehlike ve riskler söz konusudur. Eserin meydana getirilmesi sürecinde tarafların olası risk ve tehlikelerden korunması, şahsi veya maddi herhangi bir zarara sebebiyet verilmemesi hayati önemdedir. Eserin meydana getirilmesi sürecinde bütün taraflar, olası risklere karşı tedbirli olmak ve zararların doğumunu önlemeye dönük olarak özenli bir şekilde hareket etmek durumundadır. Eserin meydana getirilmesinde asıl borçlu yüklenici olduğundan olası risk ve tehlikelere karşı tedbirli olma yükümlülüğü ilke olarak yüklenicidedir. Bununla beraber, eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki muhtelif iş ve işlemleri ifa etmek suretiyle sürece müdahil olduğundan kendisi açısından da yükleniciyi olası zararlara karşı koruma yükümlülüğü söz konusudur.

A. Genel Olarak

Eserin meydana getirilmesi süreci, tabiatı nedeniyle olası riskleri bünyesinde barındırmaktadır. Bu risklerin zarara dönüşmemesi için gerekli tedbirlerin alınması, sürece müdahillikleri oranında tarafların sorumluluğundadır. Sözleşmenin tarafları olarak hem iş sahibinin hem de yüklenicinin, sözleşmenin ifası sürecinde diğer tarafı olası zararlardan koruma yükümlülüğü söz konusudur. Nasıl ki, yüklenicinin

³⁷⁸ Bühler, *Zürcher Kommentar*, Art. 370 N. 52.

sorumluluğu eser sözleşmesinden doğan borçlarını özenle yerine getirmekle sınırlı olmayıp, iş sahibi ile arasındaki güven ilişkisi gereği, iş sahibinin menfaatlerini de korumakla yükümlüyse³⁷⁹, iş sahibi de, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ifa ettiği eylem ve işlemlerle yükleniciye herhangi bir zarar vermemek durumundadır. Eser sözleşmesinde asli edim borçlusu yüklenicidir. Bu nedenle, eserin meydana getirilmesi esnasında gerek imalat unsurları açısından gerekse personel açısından bütün güvenlik önlemlerini almakla ilke olarak yüklenici sorumludur. Yüklenici, eserin meydana getirilmesi sürecinde imalat unsurlarının (delici, kırıcı, taşıyıcı, inşa edici makinelerin oluşturduğu riskler) olası risklerini öngörmek suretiyle gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Keza yüklenici imalat sürecini, olası riskleri öngörüp bertaraf edecek şekilde planlamak suretiyle icra etmelidir. Yüklenici, gerekli işçi sağlığı ve işçi güvenliği önemlerini almakla yükümlüdür. Yüklenici, eserin meydana getirilmesi sürecine ve organizasyonuna hâkim olduğundan ve bu süreçten doğacak olası riskleri ve tehlikeleri en iyi şekilde bertaraf etme imkânına sahip olduğundan bundan sorumludur³⁸¹. Bununla beraber iş sahibi de birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ifa ettiği işlem ve eylemlerde eserin meydana getirilmesi sürecine müdahil olmaktadır. Bu kapsamda işlem ve eylemlerini gerçekleştirirken olası risk ve tehlikelerin doğmaması için gerekli özen ve dikkati göstermekle sorumludur. Ayrıca bazı durumlarda meydana getirilecek arsa veya eser yönünden yükleniciye göre daha fazla bilgi sahibi olduğundan olası riskleri daha iyi öngörmek ve risklerin bertaraf edilmesi konusunda yükleniciyi uyarmakla yükümlüdür.

B. Edim İçeriği

Eserin meydana getirilmesi borcu yüklenici tarafından üstlenildiğine göre, bu süreçte doğabilecek olası tehlikeleri fark etmek ve gerekli tedbirleri alma sorumluluğu, iş sahibince bu doğrultuda herhangi bir denetim ve uyarı söz konusu olmaksızın, müstakil olarak *yükleniciye* aittir³⁸². Yüklenici, olası yakın tehlike ve

³⁷⁹ Cem Baygın, **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler**, İstanbul, 1999, s. 25; Gauch, **Werkvertrag**, N. 839.

³⁸¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 149.

³⁸² BGE 96 II 342 E. 2 c.

zararlardan korunmak için alması gereken tedbirler, TBK m. 471/2 gereği benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin alması gereken tedbirlere göre belirlenecektir³⁸³. Daha açık bir deyişle, gerekli tedbirler alınmadığı takdirde başkalarının hukuki varlıklarının zarar göreceği somut ve yakın bir olasılıkla mevcutsa, bu takdirde yüklenici gerekli tedbirleri özenli bir şekilde almakla yükümlüdür³⁸⁴.

İlke olarak iş sahibi, eserin meydana getirilmesi sürecini yakından takip ve kontrol ederek olası zarar ve tehlike durumlarını tespit etmekle yükümlü değildir. Aksine olgular söz konusu olmadığı sürece, iş sahibi, yüklenicinin eseri meydana getirmesi esnasında karşılaşılabileceği muhtemel tehlike ve riskleri bildiğini ve gerekli önlemleri aldığını kabul edebilir³⁸⁵. İş sahibi, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi sürecinde takip ve kontrol yükümlülüğünü sözleşme ile üstlenmişse ya da somut olayın koşulları dikkate alındığında dürüstlük kuralı bunu gerektiriyorsa, bu takdirde iş sahibi, olası tehlike ve zararları fark etmek ve gerekli tedbirler konusunda yükleniciye uyarlamakla yükümlüdür. İş sahibi, eserin meydana getirilmesi sürecinde açık ve yakın bir riski bildiği veya bilmesi gerektiğinde, yüklenicinin eseri meydana getirmesine ilişkin eylem ve işlemlerine müdahale etmekle yükümlüdür. İş sahibi, yüklenici ya da üçüncü kişiler açısından olası zarar ve tehlikeyi görmesine rağmen herhangi bir müdahalede bulunamayacağını kabulü dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder³⁸⁶. Özellikle sözleşmede iş sahibinin kamu otoritesi olduğu durumlarda, fiili müdahaleye varan toplumsal engellemelerde, yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi için iş sahibi eylemli olarak çalışma olanaklarını sağlamak ve gerekli güvenlik tedbirlerini almakla yükümlüdür³⁸⁷.

İş sahibinin eserin meydana getirilmesi sürecinde yükleniciyi uyarma yükümlülüğünün temel koşulu, olası açık ve yakın bir tehlikeyi bilmesi ya da bilmesinin gerekmesidir. Bunun için ise iş sahibi tehlikeyi öngörebilmesi/*fark edebilmesi* gerekir. İş sahibi, takip ve kontrol işlemlerinin ifasında eserin meydana

³⁸³ Yaşar Karayalçın, **Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler**, Ankara 1975, s. 22.

³⁸⁴ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 10 N.106.

³⁸⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 155.

³⁸⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 150.

³⁸⁷ Y. 15. HD. 17.10.1978 T. ve 1978/1225 K., 1978/1962 K., (www.kazanci.com).

getirilmesine ilişkin uygulama planlarını incelerken ya da iş sahasını denetlerken olası zarar tehlikesini fark edebilir. İş sahibi, yüklenici eseri meydana getirirken somut ve yakın bir tehlike yarattığını ve gerekli tedbirleri almadığını fark ederse, müdahale etmek durumundadır. İş sahibi, yüklenicinin tecrübe ve uzmanlığının eserin meydana getirilmesi esnasında karşılaşılabilecek olası tehlike ve riskleri fark etmeye yeterli olmadığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu takdirde de müdahale etmekle yükümlüdür³⁸⁸.

İş sahibinin, olası somut ve yakın tehlikeleri yükleniciye bildirmesi ve gerekli tedbirleri alması gerektiğini kendisine bildirmesi yeterlidir. Ancak, somut olayın gereklerine göre iş sahibi, derhal müdahalede bulunmak ve gerekli yerlerden yardım talep etmek durumunda kalabilir. İş sahibinin, eserin meydana getirilmesi esnasında yükleniciyi olası zararlardan koruma yükümlülüğü, ilke olarak *ihbar ve bilgilendirme* yükümlülüğüdür³⁸⁹.

İş sahibinin, yükleniciyi uyarmanın ötesinde olası tehlike ve zararların önlenmesine ilişkin talimatlar vermek ya da yüklenici tarafından gerekli tedbirlerin alındığını takip ve kontrol etme sorumluluğu ilke olarak yoktur. Yüklenici, tehlike ve zararların niteliğine göre hangi tedbirleri alması gerektiğini TBK m. 471/2 uyarınca mesleği gereği kendisi bilmek ve uygulamak durumundadır. İş sahibi, olası tehlike ve zararlar konusunda uyardığı yüklenicinin gerekli tedbirleri alacağını varsayma hakkına sahiptir. Ancak, yüklenicinin teknik bilgi ve tecrübesi, olası tehlike ve zararlara karşı gerekli tedbir ve uygulamaları yapmaya elverişli değilse ve iş sahibi, sözleşmeyi yaparken bu hususu bilmekteyse, bu takdirde gerekli tedbirleri almak suretiyle meseleye müdahale etmek durumundadır³⁹⁰.

C. Hukuki Nitelik

Eserin meydana getirilmesinde olası risk ve tehlikeleri öngörmek işin ehli sıfatıyla ilke olarak yüklenicinin sorumluluğundadır. Ancak taraflar, örneğin ilgili arazide muhtemel tehlikeleri daha iyi biliyor olması nedeniyle iş sahibinin

³⁸⁸ Ingenstau/Korbion, **a.g.e.**, B § 10 N.105.

³⁸⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 156.

³⁹⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 158 ve 159.

yükleniciyi olası zararlardan koruyacağına ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüğünü sözleşmede ifa davasına konu olabilir nitelikte bir yüküm olarak düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç³⁹¹ söz konusudur³⁹². Bu muhteviyata sahip bir sözleşme hükmü, ilke olarak yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Yan edim yükümleri, sözleşmedeki asıl edimden bağımsız olarak ifa davasına konu olabileceği gibi ihlal durumunda kötü ifa kurallarına göre tazminat sorumluluğu da gündeme gelebilir.

Sözleşmede iş sahibinin yükleniciyi olası zararlardan koruyacağına ilişkin açık bir hükmün öngörülmediği durumlarda mesele, somut olayın bütün unsuları dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak yorumla çözülecektir³⁹³. İş sahibi, sözleşmenin ifası sürecinde yüklenicinin herhangi bir zarara uğramaması için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır³⁹⁴. Hukuki dayanağını dürüstlük kuralının oluşturduğu sözleşmenin diğer tarafını olası zararlardan koruma yükümlülüğü, genellikle diğer davranış yükümü kapsamında değerlendirilen koruma yükümü niteliğindedir. Bu yükümlülüğün ihlali, ifa davasının konusunu oluşturmaz; ancak TBK m. 112 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle tazminat sorumluluğu doğurur. Ancak, bazı durumlarda somut olayın şartları farklı tezahür edebilir. Söz gelimi, çok yakın bir zarar tehlikesi mevcutsa ya da zararın artması tehlikesi söz konusu ise, bu takdirde dürüstlük kuralına binaen zarar tehlikesinin bertaraf edilmesi ya da zararın azaltılması için gerekli önlemlerin alınmasını konu edinen ifa davası açılabilir.

³⁹¹ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

³⁹² Genel olarak aynı doğrultuda Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

³⁹³ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

³⁹⁴ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

XII.Birlikte Hareket Etme Yükümlülüklerinin Değerlendirilmesi ve Ara Sonuç

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından ifa edilmesi aşamasına kadar ve her bir sözleşme içeriğine göre çok geniş bir uygulama alanında ve oldukça farklı şekillerde ortaya çıkabilir³⁹⁵. Bunların bir kısmı iş sahibinin aktif bir edimini gerektirirken bazıları iş sahibine belirli iş ve eylemlerden kaçınma yükümlülüğü yüklemektedir³⁹⁶. Somut durum ve sözleşmenin ifa sürecine göre iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü, *yapma, verme ya da yapmama borcu* şeklinde ortaya çıkabilir. İş sahibinin yapma ya da verme borcu niteliğinde bir aktif edimini gerektiren birlikte hareket etme yükümlülüğüne örnek olarak, gerekli malzeme ve teçhizatı temin etme; gerekli ruhsat ve izinlerin alınması; gerekli proje ve tasarımların sunulması sayılabilir³⁹⁷. Eser sözleşmeleri, sayısız içerikte farklı borçları konu edinebileceğine göre, bunlara ilişkin birlikte hareket etme yükümlülüklerinden her birinin sayılabilmesi ve hatta tanımlanabilmesi, bu çalışma kapsamında olanaksızdır. Bu çalışmada çok bileşenli, karmaşık, ifası uzun zaman alan yapı ya da endüstriyel yatırımların inşasını konu edinen eser sözleşmelerinde en çok uygulama alanı bulan belirleyici nitelikte birlikte hareket etme yükümlülükleri incelenmiştir³⁹⁸. Bununla birlikte, bu çalışmada incelenen hareket etme yükümlülerinin tamamı, çoğu zaman aynı anda sözleşme ilişkilerinde uygulama alanı bulmaz.

³⁹⁵ Strunk, **a.g.e.**, s. 3.

³⁹⁶ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 7. a.

³⁹⁷ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 7. a.

³⁹⁸ İncelenen birlikte hareket etme yükümleri tespit edilirken Türkiye'deki eser sözleşmesi uygulaması esas alınmış; bu doğrultuda paralellik arz edebilecek Almanya uygulamasındaki VOB/B hükümleri ile İsviçre uygulamasındaki SIA-NORM 118 hükümleri de değerlendirilmiştir. VOB/B ve SIA NORM 118 hükümleri, özellikle kanunda açıkça öngörülmeyen hususlarda tarafların menfaatlerini hakça dengeleme hususunda kurumsal, sistematik ve somut uygulama hükümleri öngörmekte ve on yıllardan beri başarılı bir şekilde Almanya ve İsviçre'de uygulanmaktadır. Bu nedenle, VOB/B ve SIA-NORM 118 kuralları, Türkiye uygulamasına model teşkil edebileceği düşüncesiyle yeri geldikçe kısaca değerlendirmeye alınmıştır. Diğer taraftan, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (BİGŞ) özellikle Kamu ihale işlerinin yaptırılmasında uygulanmaktadır. Bundan doğan varlık gerekçesi, hükümlerin hukuki tabiatını da yansıtmaktadır. BİGŞ, tarafların menfaatlerini olabildiğince eşit bir şekilde dengelenmesinden ziyade kamunun menfaatinin korunmasına yönelmiştir. Bu nedenle, genel olarak eser sözleşmesi uygulamasında model olma elverişliliği kısıtlıdır. Ancak, yeri geldikçe BİGŞ hükümleri de değerlendirilmiştir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün *hukuki karakteri*, olası bir ihlal durumunda hukuki sonuçları belirler. Bu yükümlülük külfet olarak tanımlandığında tabi olduğu hukuki sonuçlar ile teknik anlamda bir borç olarak tanımlandığında uygulanacak hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır. Öncelikle tespit etmek gerekir ki iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bütün işlem ve eylemler, aynı hukuki nitelikte değildir. Bu bağlamda, sözleşmede yer alan her bir somut hükmün niteliği belirleyicidir. Münferiden her birlikte hareket etme yükümü farklı içerikte olduğu gibi yüklenicinin eserin meydana getirilmesi borcuna etkisi de farklıdır. Aynı sözleşmede yer almış olsa bile farklı işlevlerdeki birlikte hareket etme yükümlülüklerinin farklı hukuki karakterleri ve buna bağlı olarak da farklı hukuki sonuçları söz konusu olabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki karakteri, soyut ve kategorik olarak tanımlanmaktan ziyade her bir somut iş ve işlemin *niteliği* dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün sözleşmede yan yüküm veya yan edim yükümü olarak düzenlenip düzenlenmediğini her bir somut olayda sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlemek gerekir³⁹⁹. Bu belirleme yapılırken, gerektiğinde tarafların farazi iradeleri dürüstlük kuralı doğrultusunda yorumlanarak sözleşme hâkim tarafından tamamlanır.

Taraflar sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç⁴⁰⁰ söz konusudur⁴⁰¹. Bu nevi bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır. Birlikte hareket etme yükümü, sözleşmenin konusunu, diğer deyişle asli edimi belirlemeyip daha ziyade, asli edim yükümüne fonksiyon itibarıyla bağlı bir nitelik arz eder. Yan edim yükümleri, müstakilen ifa davasına konu olabilecekleri gibi ihlallerinde kötü ifa kurallarına göre tazminat sorumluluğu da söz konusu olabilir. Nihayet yan edim yükümünün ihlali, aynı zamanda asli edim yükümünü alacaklı için hiçbir fayda

³⁹⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345.

⁴⁰⁰ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N.2.

⁴⁰¹ Temelde aynı görüşte Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 112. Ancak yazar, müteakip paragraflarda ileri sürülen açıklamalara katılmamaktadır. Yazara göre taraflarca sözleşmede bu husus açıkça borç olarak düzenlenmemişse, iş sahibinin herhangi bir borcu yoktur.

sağlamayacak hale getirdiği durumlarda, TBK m. 125 vd. öngörülen borçlunun temerrüdü hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkı da kullanılabilir⁴⁰².

Taraflar sözleşmede bu tür açık bir hüküm öngörmemişlerse, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsuları ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde tamamlayıcı- yorumla çözülecektir⁴⁰³. Bu bağlamda yapılacak değerlendirmede, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlem sadece/münhasıran iş sahibi yararına, onun hukuki menfaatine ise, bu takdirde külfet olduğu kabul edilmelidir. İlgili iş veya işlemin ifası, aynı zamanda yüklenicinin hukuki menfaatine ise⁴⁰⁴, bu takdirde hukuken bir borç, yani yüküm, söz konusudur.

İş sahibinin hukuki veya fiili etki alanında bulunması nedeniyle ilgili iş veya işlemin gereği yapılmadığı sürece *borç ifa edilemiyorsa*, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında olduğu kabul edilir. İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır⁴⁰⁵. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan birlikte hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Taraflarca sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da farklı bir sonuca varılamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümü* niteliğindedir. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan*

⁴⁰² İlke olarak yan edim yükümünün ihlali, alacaklıya TBK m. 125 hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkı vermez. Bkz. Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 18.

⁴⁰³ Yorumlamada dikkate alınacak hususlar için bkz. Birinci Bölüm IX. E.

⁴⁰⁴ Vurgulamak gerekir ki, burada kastedilen yüklenicinin karşı edim olan ücrete hak kazanmanın ötesinde sözleşmenin bizatihi ifa edilmesine olan yararadır.

⁴⁰⁵ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 52.

*yükümlerden işbirliği yapma yükümlüdür*⁴⁰⁶. Ancak somut olayın şartları farklı bir hukuki sonuca varılmasını gerektirebilir. Bu nedenle somut olayın şartları dikkate alındığında istisnaen diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, ilke olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak TBK m. 112 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) hükümlerine göre tazminat sorumluluğunu gerektirir.

Diğer taraftan yüklenicinin eser sözleşmesinin ifasındaki menfaati her zaman karşı edim niteliğindeki bedeli talep etmek ile sınırlı olmaabilir. Yüklenicinin *bizatihi* eserin meydana getirilmesinde bir menfaati söz konusu ise⁴⁰⁷ ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin yorumundan tarafların ilgili birlikte hareket etme yükümünün ifası talep ve dava edilebilir bir borç olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir⁴⁰⁸.

İlgili birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, aynı zamanda sözleşmenin üzerine bina edildiği synallagma ilişkisini sarstığı ve özellikle yüklenicinin *biricik nitelikteki* karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği durumlarda, yüklenicinin ilgili edimin ifasını talep ve dava edebilme ya da nama ifa yoluyla bizzat ya da üçüncü kişi marifetiyle ifa edebilme hakkının mevcut olduğu kabul edilmelidir. Özellikle arsa payı satışı vaadi karşılığı inşaat sözleşmelerinde durum böyledir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümünü ihlali, sözleşmenin ifa edilememesini ve dolayısıyla yüklenicinin karşı edim niteliğinde arsa payını talep hakkına kavuşamaması neticesini doğurur. Buna karşılık yüklenicinin karşı edim menfaatinin münhasıran bir miktar paranın ödenmesinden müteşekkil olduğu durumlarda yüklenicinin karşı edim menfaati çoğunlukla TBK m. 112, 106 vd., TBK m. 483/II, TBK m. 484, TBK m. 485 hükümleri ile de yeterince korunmaktadır.

⁴⁰⁶ Edim yükümlerinin tasnifi ve bu çalışmada kabul edilen tasnif için bkz. Birinci Bölüm VI. A.

⁴⁰⁷ Hendrik Schilder, **Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung**, Köln 2006, s. 59.

⁴⁰⁸ Stauber, a.g.e., N. 173.

Kapsamlı ve çok bileşenli eser sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen iş ve eylemlerin önemli bir kısmı eserin meydana getirilmesi bakımından “*condictio sine qua non*” nitelik arz etmektedir⁴⁰⁹. İş sahibinin gerekli işlem veya eylemi ifa etmemesi, sadece kendi hukuk alanında sonuçlar doğurmaz. Aynı zamanda yüklenicinin borcunu ifa edememesi sonucunu doğurur ki, çoğu zaman yüklenicinin menfaati, sadece karşı edim niteliğindeki ücrete kavuşmanın ötesine geçebilir. Söz gelimi özgün projeler gerçekleştirmek suretiyle iş bitirme belgesi almak, mesleki tecrübe ve referansa sahip olmak ya da bu sayede mesleki başarıya ulaşmak sayılabilir ki bunlar bedel niteliğindeki paraya kavuşmaktan ziyade sadece eser meydana getirilerek ulaşılabilecek neticelerdir. İş sahibi, bu yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde sadece eserin meydana getirilmesini olanaksızlaştırmamakta, aynı zamanda bir bütün olarak sözleşmenin ifa edilebilmesini olanaksız kılmaktadır. İş sahibinin bu bağlamdaki yükümlülüğü, yüklenicinin asli edim yükümü olan eserin meydana getirilmesi borcunun gereğine uygun ifa edilebilmesinin *önkoşuludur*⁴¹⁰. Bu bağlamda iş sahibi gerekli işlem ve eylemleri *ifaya yükümlüdür*. İhlalinde yüklenici aynen ifa talep edebileceği gibi nama ifa yoluna da başvurabilir. İşin pratik açıdan uygulanabilirliğindeki güçlüğü ayrı bir meseledir. Ayrıca birlikte hareket etme yükümü, hukuki niteliği itibariyle borç olarak değerlendirildiğinden kusurlu ihlali iş sahibinin tazminat sorumluluğunu gerektirmektedir.

Bu çalışma kapsamında değerlendirilen birlikte hareket etme yükümlülükleri açısından yüküm niteliğinde olanlar şunlardır: Eserin detaylarının belirlenmesi; Esere ilişkin proje, şartname ve uygulama talimatlarının verilmesi; eserin meydana getirileceği arsanın teslimi; eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemeleri temin etme; yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesi; yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanması; ön yüklenicilerin edimlerinin gereğine uygun olarak hazır edilmesi/tamamlanması; meydana getirilen eserin teslim alınması, yüklenicinin olası zararlardan korunması.

⁴⁰⁹ Stauber, **a.g.e.**, N. 171.

⁴¹⁰ Stauber, **a.g.e.**, N. 170 vd.

İş sahibinin borç niteliğindeki birlikte hareket etme yükümlülükleri, somut olayda *yan edim yükümü* niteliğinde ortaya çıkabileceği gibi diğer davranış yükümü (bu başlık altında özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de ortaya çıkabilir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bazı işlem ve eylemler, hukuki sonuçlarını, sadece iş sahibinin hukuk alanında meydana getirmektedir. Bu nitelikteki işlem ve eylemlerin gereğine uygun ve zamanında ifa edilmesi, sadece iş sahibinin yararınadır. İfa edilmemesi, sadece iş sahibinin menfaatlerinin haleldar olması neticesini doğurur. Bu işlem ve eylemler, eserin meydana getirilmesi borcu için "*condictio sine qua non*" nitelikte değildir. Diğer deyişle iş sahibi, bu anlamda gereğine uygun ve zamanında birlikte hareket etmese dahi, yüklenici sözleşme ile meydana getirilmesini üstlendiği eseri meydana getirebilir. Yüklenicinin bu anlamda menfaatleri etkilenmemektedir. *Tarafların menfaati tartıldığında bu yükümlülükler borç niteliğinde değildir*⁴¹¹. Bu yükümlülükler, teknik anlamda külfet niteliğindedir. Bu anlamda iş sahibi teslim almış olduğu eseri gözden geçirmek ve varsa ayıplarını bildirmesi külfet niteliğindedir. Eserin meydana getirilme sürecini takip ve kontrol etmesi ise, taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş sahibi açısından külfet veya borç olarak tanımlanabilecek herhangi bir yükümlülük niteliğinde değil, ilke olarak sadece hak niteliğindedir.

⁴¹¹ Diğer taraftan aksi kabul edilse bile, iş sahibinin bu yükümlülüklerin gereğini ifa etmediği takdirde yüklenicinin hukuk alanında sonuçlar doğmadığından herhangi bir zararı da söz konusu olamayacak, pratik olarak tazminat talebine bulunamayacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİRLİKTE HAREKET ETME YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Hiç Yerine Getirilmemesi

A. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlali

1. Genel Olarak

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında gerekli iş ve işlemleri ifa etmediği veya lazım gelen bilgi ve talimatları yüklenici ile paylaşmadığı takdirde, yüklenicinin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi olanaksızdır¹. Hukuki niteliğine bakılmaksızın birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemin gereği gibi ifa edilmemesi, sözleşmenin ihlali anlamına gelir. İlgili iş veya işlemin hukuki niteliği olası hukuki sonuçlar bakımından önem arz eder. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinin neticesi, bu yükümlülüğün ihlali sonucunda ortaya çıkan neticeye göre belirlenir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, hiç ifa etmemeyi; gereği gibi ifa etmemeyi ve geç ifayı kapsamaktadır². Türk Borçlar Kanunu, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlal türüne göre (hiç, gereği gibi, gecikmeli olarak) değil, bu ihlale bağlı olarak meydana gelen neticeye göre iş sahibinin sorumluluğunu belirlemektedir. Bunun zorunlu mantıksal sonucu olarak iş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğü ihlal edilmesine karşılık yüklenici açısından herhangi bir zarar doğmaz ise, iş sahibinin sorumluluğu söz

¹ Ulrich Eix, Dominik Skauradszun ‘‘Unterlassene Mitwirkung des Bestellers: Alternativen zur Kündigung?’’, **NZBau 2010**, s. 87; Hoffman, **a.g.e.**, s. 219.

² Hans- Egon Pause/Achim Olrik Vogel, **Bauvertragsrecht**, München 2011, § 642 N. 20.

konusu olmaz. Bizatihi ve sadece birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali iş sahibinin hukuki sorumluluğunu gerektirmez.

Her somut olayda birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle iş sahibinin sorumluluğu cihetine gidebilmek için öncelikle kanun ya da taraflar arasındaki sözleşme nedeniyle iş sahibinin bu nevi bir yükümlülüğünün var olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir³. Bu bağlamda en önemli kanuni dayanak TMK m. 2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralıdır. Zira sözleşmeden doğan yükümlerin içerik ve kapsamını belirlemek için sözleşmenin dürüstlük kuralına göre yorumlanması gerekmektedir⁴. Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri, eser sözleşmesine ilişkin hükümleri ve taraflar arasındaki sözleşmenin hükümleri ile bu sözleşme hükümlerinin objektif dürüstlük kuralları çerçevesinde yorumlanması⁵, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün sorumluluk rejimini belirler. Bu sorumluluk rejimi, iş sahibinin hangi koşullar altında birlikte hareket etmek zorunda olduğu; hangi koşullar altında zorunda olmaksızın birlikte hareket etme hakkına sahip olduğu, ne zaman, hangi nicelik, kapsam ve nitelikte birlikte hareket edeceğinin kurallarını belirler. Bu yükümlülüğün iş sahibi tarafından bizzat yerine getirilmesi ile TBK m. 116 anlamında yardımcı kişiler eliyle yapılması açısından ilke olarak herhangi bir fark yoktur⁶.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemekten dolayı sorumlu olması için, ancak buna yükümlü olması ve bu yükümlülüğünü haksız olarak yerine getirmemesi gerekir. Yasa gereği ya da sözleşme ile taraflar, iş sahibini birlikte hareket etmekle yükümlü tutmayıp sadece buna hakkı olduğunu kabul etmişlerse, bu halde bu hakkın kullanılmaması, ilke olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali anlamına gelmez. İş sahibi eser sözleşmesinden doğan birlikte hareket etme yükümlülüğünü, hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi ya da gecikmiş olarak ifa etmesi durumunda, bundan doğan zararlar

³ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 818; Gauch, **Werkvertrag**, N. 1334.

⁴ Mustafa Dural/Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, 6. Bası, İstanbul 2011, s. 230.

⁵ Sözleşmenin yorumlanması, tamamlayıcı yorumu da kapsamaktadır.

⁶ Bu husus her bir birlikte hareket etme yükümlülüğü bakımından farklılık arz edebilme ihtimali ve uygulamadaki özel önemi nedeniyle gerektiğinde ilgili başlıklarda detaylı olarak tartışılmıştır. Detayına girilmediği durumlarda TBK m. 116'daki ilke geçerlidir.

nedeniyle yükleniciye karşı sorumlu olur. Bu sorumluluğun koşulları ve kapsamı, her bir ihlalin niteliğine göre farklılık arz etmektedir.

2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlalinde Uygulanacak Hükümler

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi muhtelif şekillerde ortaya çıkabilir. İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ifa etmekle yükümlü olduğu iş veya işlemleri geç ifa edeceği veyahut hiç ifa etmeyebileceği gibi bazen çelişkili, eksik ya da ayıplı olarak ifa edebilir⁷. Bu durum neticesinde aşağıda kısaca değinilen fiili ve hukuki durumlar ortaya çıkabilir.

Türk Borçlar Kanununda, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü özel nitelikli bir hüküm ile eser sözleşmesi kurumunda düzenleyen Alman § 642-644 BGB benzeri bir düzenleme mevcut değildir. Bu nedenle, eser sözleşmesinde iş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, somut durum ve koşullara göre hem Türk Borçlar Kanununun genel bölümünde yer alan hükümlerin hem de eser sözleşmesi kurumunda yer alan muhtelif hükümlerin uygulanmasını gerektirir. Her bir somut olayın koşullarına bağlı olarak münferiden ya da genellikle yarışmalı olarak aşağıdaki hükümler uygulama alanı bulabilir. Buna göre, iş sahibinin hiç ya da gereği gibi birlikte hareket etmemesi TBK m. 112 anlamında sözleşmeye aykırılığı; TBK m. 106 vd. hükümlerine göre alacaklının temerrüdünü, TBK m. 117 vd. hükümlerine göre borçlunun temerrüdünü; TBK m. 472/3 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin ayıplı meydana getirilmesini; TBK m. 477/2-3 ve TBK m. 476 anlamında iş sahibi lehine ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kaybını; TBK m. 483/1 anlamında iş sahibinin temerrüdü esnasında eserin yok olmasını; TBK m. 483/2 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin yok olmasını; TBK m. 484 anlamında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü kesin ve ısrarlı olarak ihlali suretiyle tam tazminat karşılığı sözleşmenin zımnem feshini; TBK m. 485 anlamında iş sahibi ile ilgili beklenmedik

⁷ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 818.

bir olay dolayısıyla eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşmasını oluşturabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle öngörülenin üzerinde tahakkuk eden ilave maliyetler veya yüklenici ya da üçüncü kişiler aleyhine doğan zararların tazmini için bu hükümlerle kümülatif veya alternatif olarak başka hükümlerin de uygulanması gerekebilir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal neticesinde uygulama alanı bulan kurum ve hükümler, aşağıda yeri geldikçe detaylı olarak tartışılmıştır.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi için kusur şart değildir. Ancak, kimi koşulların varlığı halinde kusurun mevcut olması, meselenin hukuki ağırlığı ve neticesi bakımından önem arz eder. Zira yukarıda zikredilen müessese ve hükümlerin uygulanma şartları birbirlerinden farklılık arz etmektedir. Söz gelimi, alacaklının temerrüdü hükümleri bakımından kusur şartı aranmazken, borca aykırılık nedeniyle tazminat sorumluluğu bakımından kusur söz konusu olmaksızın hükmün uygulanma olasılığı mevcut değildir.

B. Eserin Meydana Getirilmesinde Birlikte Hareket Etme

Yükümlülüğünün İhlali Nedeniyle İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdü

1. Genel Olarak Alacaklının Temerrüdü

Alacaklı kendisine usulüne uygun surette sunulan edimi kabul etmediği takdirde alacaklının temerrüdü söz konusudur⁸. TBK m. 106/1 uyarınca: *Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması lazım gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.*

Alacaklının temerrüdü için hem alacaklı hem de borçlu yönünden belirli koşulların mevcut olması gerekmektedir. Öncelikle ifası mümkün bir edim söz konusu olmalıdır⁹. İmkânsızlığın mevcudiyeti alacaklının temerrüdünü engeller.

⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 91 N. 3; Koller, **AT II**, s. 364.

⁹ Zeynep Yıldırım, **Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sözleşmeden Dönmesi**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 78.

Borçlu, borcunu ifa için alacaklının edimi dışında gerekli her şeyi yapmış olmalıdır¹⁰. Ancak alacaklı üzerine düşen edimleri ifa ettikten sonra yapılabilen ya da anlamlı olan edimler yönünden borçlu borcunu ifaya hazırlıklı ve istemli olmalıdır¹¹.

Borçlu, borcunu ifaya hazırlıklı ve istemli olmanın ötesinde alacaklıya ifayı arz etmeli; arz edebilmek için zorunlu ise, alacaklıyı işbirliğine davet etmelidir¹². İfaya arz, işin niteliğine göre fiilen veya şifahi davet olarak gerçekleşebilir. Borçlunun ifayı arz etmesi dışında alacaklının temerrüdü, edimin ifa zamanının mutlak belirleyici önemde olduğu kesin vadeli işlemlerde çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir¹³.

Nihayet alacaklının temerrüdü için alacaklı kendisine usulü dairesinde arz edilen ifayı *haklı bir sebep olmaksızın* kabulden kaçınmalıdır¹⁴. Bu koşul, borcun kendisine usulü dairesinde arz edilebilmesi için alacaklının yapması gereken hazırlık hareketlerinden kaçınması açısından da geçerlidir¹⁵. Alacaklının temerrüdü için alacaklının kusuru gerekli değildir.

2. Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdü

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, yüklenicinin sözleşme ile üstlendiği eseri meydana getirme borcunun sınırını oluşturmaktadır. Yüklenicinin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu güçleştiren ya da sözleşmenin sona ermesine neden olan tesadüfi bir etken, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü alanında ise, bu halde yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğu ve buna bağlı edim hasarından sorumluluğu söz konusu olmaz. Alacaklının temerrüdünün temelinde bu ilkesel çözüm ve yaklaşım mevcuttur¹⁶. Sözleşme kurulduktan sonra eserin meydana getirilmesi öncesi ve esnasında birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde oluşan temerrüt ile eser tamamlandıktan sonra

¹⁰ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 OR N. 80.

¹¹ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N. 84; Marius Schraner, **Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 68-96 OR, Die Erfüllung der Obligationen, Band V/1e-Das Obligationenrecht**, 3. völlig neubearbeitete Auflage, Zürich 2000, Art. 91 OR N. 84.

¹² Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N OR N. 96.

¹³ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N. 138.

¹⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N OR N. 141 vd.

¹⁵ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 91 N. 17 ve N. 120 vd.

¹⁶ Strunk, **a.g.e.**, 4.

teslim alınmasına ilişkin temerrüt bakımından ilkesel olarak herhangi bir fark söz konusu değildir. Elbette işin bulunduğu aşama nedeniyle alacaklının temerrüdünün hüküm ve sonuçlarının uygulanması farklılık arz edebilir.

Türk Borçlar Kanunu, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi nedeniyle *eserin meydana getirilememesi* durumunu, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlememiştir. Bu nedenle, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sözleşme konusu eserin meydana getirilememesi durumunda, ilke olarak Türk Borçlar Kanununun 106 vd. maddelerinde düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. İş sahibinin bu davranışı, iş görme alacağına temerrüt niteliğindedir¹⁷. Bu durumda öncelikle yüklenicinin temerrüde düşmesi olanaksızlaşır ve sözleşmede öngörülen vade iş sahibinin temerrüdü kadar uzamış olur. Ayrıca TBK m. 483/1 gereği iş sahibi temerrüt durumunda iken edim ve ücret hasarı riskine katlanır. Yüklenici, TBK m. 106, 110, 123, 124, 125/2-3, 126 hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir ve iş sahibi kusurlu ise zararının tazminini talep edebilir.

3. İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünde Alacaklı Temerrüdünün Şartları

a. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfa Edilmemesi

İş sahibi, eserin meydana getirilmesi bakımından kendi sorumluluk alanında bulunan iş veya işlemin gereğini ifadan imtina ettiği takdirde birlikte hareket etme yükümlülüğünde alacaklı temerrüdü söz konusudur¹⁸. Bu durumda, iş sahibi eseri meydana getirme borcunu ifa edebilmesi için *zorunlu ve doğrudan ilgili* iş ve işlemlerin gereğini ifa etmemektedir¹⁹. İş sahibi gerekli izin ve ruhsatları temin etmediğinden²⁰; gerekli proje ve uygulama talimatlarını teslim etmediğinden; yapı sahasına giriş olanaklı olmadığından yüklenici borcun ifasına başlayamaması ya da

¹⁷ Öz, **İnşaat**, s. 113.

¹⁸ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N. 147 vd.; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 91 N. 113 vd.

¹⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 91 N. 11.

²⁰ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 N. 149.

birden çok yüklenicinin etkin olduğu bir inşaatın gerekli seviyede olmamasından ötürü yüklenicinin kendi borcunu ifa edememesi²¹ buna örnek teşkil eder. Hatta yüklenicinin farkına varmadığı göçük tehlikesinin iş sahibince yükleniciye bildirilmemesi dahi bu kapsamda değerlendirilebilir.

b. İş Sahibinin Kusurlu Olması Gerekli Değildir

TBK m. 106 hükmü gereğince, eserin meydana getirilmesi için iş sahibince ifası lazım gelen birlikte hareket etme yükümlerinin yerine getirilmemesi durumunda alacaklı temerrüdü doğacaktır²². İş sahibi bir işgörme borcunda alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır. Zira eserin meydana getirilmesi safhasında iş sahibinin bu davranışı, borçlu konumundaki yüklenicinin eserin meydana getirilmesi borcunu ifa edebilmesi için *kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma* niteliğindedir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali söz konusu olması için iş sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Alacaklının temerrüdü gerçekleşmesi için alacaklının, gereği gibi kendisine sunulan ifayı veya ifanın gerçekleşmesi için *gerekli hazırlık işlemlerini yerine getirmekten haklı bir neden olmaksızın kaçınması yeterlidir*. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde kusura ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı, ilgili birlikte hareket etme yükümünün türüne ve somut olayın özelliklerine göre çözümlenmesi gereken bir sorundur²³. Öğretide çoğunluk görüşü, alacaklının kusurlu olmasını aramamaktadır²⁴. Alacaklı konumundaki iş sahibinin ifayı imkânsız hale getiren davranışı bazı koşullarda gerçek bir yüküm ihlalinde kaynaklanabilir²⁵. Yüküm ihlali karşı tarafın hukuksal egemenlik alanına da bir müdahale teşkil ettiği durumlarda zararın giderilmesi gerekmektedir. İş sahibinin tazminat sorumluluğu ve diğer hükümler bakımından ise, iş sahibinin kusurlu olup olmaması önem arz etmektedir²⁶. Diğer taraftan, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde yüklenici sorumlu ise, bu takdirde iş sahibinin alacaklının temerrüdü

²¹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 91 N. 10.

²² Aday, **a.g.e.**, s. 200.

²³ Aday, **a.g.e.**, s. 216.

²⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 282; Koç, **a.g.e.**, s. 56.

²⁵ Aday, **a.g.e.**, s. 200.

²⁶ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 10.

hükümlerine göre sorumluluğu cihetine gidilemez. Bu bağlamda yüklenici bizzat kusurlu ise ya da yüklenicinin sorumlu olduğu yardımcı kişilerin eylemleri, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde etkili ise, bu takdirde iş sahibi sorumlu değildir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereğine uygun olarak yerine getirmesi yüklenici veya sorumlu olduğu yardımcı kişiler tarafından engellenmesi bu duruma örnek gösterilebilir. Keza TBK m. 472/3 ve m. 483/2 hükümlerinde açıkça düzenlenen ve dürüstlük kuralından da doğan yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünü ihlal etmesi, yüklenicinin kusurunu teşkil eder.

c. Yüklenicinin İhtar ve Süre Verilmesi

TBK m. 106, 110, 123, 125, 126 hükümlerinin, yüklenici lehine işletilebilmesi için iş sahibinin öncelikle bir ihtar ile uyarılması gerekir. Öğreti²⁷ ve Federal Mahkemeye²⁸ göre yüklenici TBK m. 110'a göre sözleşmeden dönebilmek için öncelikle iş sahibine mehil vermek durumundadır. TBK m. 110'a göre borçlunun sözleşmeden dönmesi *borçlunun temerrüdü hükümlerine* göre olacaktır. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı TBK m. 125'de düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilmesi için ilke olarak evveleminde TBK m. 123'e göre borçluya *ihtar ile süre vermesi* gerekmektedir²⁹. Alacaklının temerrüde düşmesi için kanunda - borçlunun temerrüdünün aksine- ihtar ile süre verilmesi öngörülmemiş olması bu durumu değiştirmemektedir. Zira buradaki ihtar, alacaklı konumundaki iş sahibini temerrüde düşürmenin koşulu değil; temerrüde düşüldükten sonra sözleşmeden dönmenin/sözleşmeyi feshetmenin koşuludur. TBK m. 123 hükmünün borçluya davranışının olumsuz sonuçlarını bertaraf etmek için son bir şans verilme amacı³⁰, ihtarın iş sahibi açısından da gerekliliğini destekler niteliktedir. Bununla beraber, süre verilmesini gerektirmeyen durumları düzenleyen ve TBK m. 123 ile sistematik

²⁷ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N 15; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 95 N. 2; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 95 OR N 15; Alfred Betschon, **Der Annahmeverzug nach dem rev. Schweizerischen Obligationenrecht unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts**, Dissertation, Basel 1935, s.111; Stauber, **a.g.e.**, N. 509.

²⁸ BGE 111 II 156, 159.

²⁹ Hakan Albaş, **Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105)**, Ankara, 2004, s. 12.

³⁰ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 107 OR N 55.

bir bütünlük arz eden TBK m. 124 hükmü, yüklenici lehine uygulama alanı bulabilir.³¹

Yüklenici tarafından iş sahibine yöneltilen ihtarın içeriğinden iş sahibi tarafından hangi iş/işlemlerin ifasının lazım geldiği ve bunları hangi süre içerisinde ifa etmek durumunda olduğu; etmediği takdirde sözleşmeden dönüleceği/belirli oranda ifa edilen borçlarda sözleşmenin feshedileceği açıkça anlaşılmalıdır³². Yüklenici tarafından verilecek süre, somut olayın koşulları nazar-ı itibarında makul bir süre olmalıdır³³.

Yüklenici, ihtar ile tayin ettiği makul süre geçtiğinde hemen iş sahibine sözleşmeden döndüğünü ve artık iş sahibince ifa edilecek birlikte hareket etme yükümlülüğünden vazgeçtiğini beyan etmelidir³⁴. Yüklenici kısa bir değerlendirme ve karar verme süresi içerisinde iş sahibine sözleşmeden döndüğünü beyan etmelidir³⁵. Zira yüklenici, beyanda bulunmayarak hem iş sahibini ücret ödeme edimini ifa etme hususunda belirsizliğe mahkûm etmek hem de bu belirsizlikten istifade ederek iş sahibi aleyhine haksız zenginleşme hakkına sahip değildir³⁶. Yüklenici, sözleşmeden döndüğünü vakit geçirmeksizin beyan etmediği takdirde, bu hakkı düşer. Ancak yeni bir süre tayininden sonra bu hak yeniden canlanır³⁷.

d. Sürenin Gerekli Olmadığı Durumlar

TBK m. 124 hükmü dikkate alınmak suretiyle iş sahibince birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifa edilmediği durumlarda,

- iş sahibinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumdan süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa;

- iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğündeki temerrüdü sonucunda yüklenici tarafından artık eserin meydana getirilmesi yararsız kalmışsa;

³¹ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N 15.

³² Weber, **Berner Kommentar**, Art. 107 OR N 82 vd.

³³ Franz Schenker, **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Dissertation Freiburg 1988, N. 466 vd.

³⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 107 N 141 vd.; Stauber, **a.g.e.**, N.539.

³⁵ Schenker, **a.g.e.**, N. 522.

³⁶ Schenker, **a.g.e.**, N. 522; Stauber, **a.g.e.**, N. 541.

³⁷ Schenker, **a.g.e.**, N. 552; Stauber, **a.g.e.**, N. 542.

- iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmeye göre eserin meydana getirilmesi borcu yüklenici tarafından belirli bir zamanda ve belirli bir süre içerisinde ifa edileceği, aksi takdirde borcun ifasının kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa,

yüklenicinin iş sahibine süre vermesine gerek olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Zira TBK m. 124 hükmü ilke olarak borçlunun temerrüdü açısından öngörülmuş bir hüküm olması nedeniyle alacaklının temerrüdünde uygulanabilirliği içerik ve sistematik açıdan değerlendirilmesi gerekir³⁸.

TBK m. 124/1 hükmünün ratio legisi, süre vermenin yararsız olacağı durumlarda alacaklıyı gereksiz formalite ve külfetlerden koruma amacına dönüktür³⁹. Birlikte hareket etme yükümlülüğü açısından bakıldığında somut olayın koşulları bir bütün olarak değerlendirildiğinde iş sahibinin davranışından yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi için gerekli iş veya işlemin gereğini ifadan imtina edeceği ya da artık süresinde ifa edebilmesinin olanaksız olacağı anlaşılıyorsa, bu takdirde yüklenicinin iş sahibine süre vermesine gerek yoktur⁴⁰. Söz gelimi bir yapı eserinin meydana getirilmesini konu edinen sözleşmede taraflarca aksi kararlaştırılmadığından yasa gereği gerekli izin ve ruhsatların temin edilmesi iş sahibinin sorumluluğundadır. İş sahibi, bilinçli bir tavır ile ısrarla ilgili kurumlara gerekli müracaatları yapmaktan imtina ettiği takdirde, yüklenicinin ayrıca ihtar ile süre vermesine gerek yoktur.

TBK m. 124/2 hükmüne göre borçlunun temerrüdü sonucunda borcun ifası alacaklı için yararsız kalmışsa, süre verilmesine gerek yoktur. Bu hükmün eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü açısından uygulanabilmesi son derece güçtür. Öncelikle yüklenici TBK m. 472/3 gereği sözleşmede işin uzman tarafıdır. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifası, eserin meydana getirilebilmesi bakımından *yararsız kalmasından önce zamanında* iş sahibini uyarmak durumundadır. Bunu yapmayarak TBK m. 124/2'nin uygulanmasını talep etmesi kendisi açısından en azından TBK m. 52'nin uygulanmasını gerektirir. İkinci olarak iş sahibinin temerrüdü, eserin meydana

³⁸ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N. 15.

³⁹ Schenker, **a.g.e.**, N. 504.

⁴⁰ Stauber, **a.g.e.**, N. 512.

getirilmesi borcunun amacına yönelik değildir. Birlikte hareket etme yükümünün artık yararsız kalması, ihtar yapılarak süre verilmesi koşulunu ortadan kaldırmaz⁴¹.

TBK m. 124/3 hükmüne göre kesin vadeli işlerde süre verilmesine gerek yoktur. Buna göre meydana getirilecek eserin teslim tarihi en azından yüklenici için kesin ise, diğer deyişle yüklenici sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu belirli bir zamanda veya belirli bir süre içerisinde gerçekleştireceği⁴² açıkça ve mutlak bir ifade ile sözleşmede belirtilmişse ve/veya diğer koşullardan yüklenicinin müteakip zaman dilimi içerisinde başka taahhütlerini ifa edeceği taraflarca biliniyorsa, bu takdirde yüklenicinin TBK m.124/3'e göre süre vermesine gerek yoktur. Keza taraflar arasında bağlayıcı bir iş planı mevcutsa, bu takdirde *yüklenicinin uyarısı olmaksızın* dahi alacaklının temerrüdünün hukuki sonuçları doğar⁴³. Sözgelimi taraflar, sözleşmede ilgili plan ve projelerin yükleniciye teslim edileceği tarihi açıkça belirledikleri takdirde, proje ve planların geç teslim edilmesinden dolayı sözleşme süresinin uzaması ve iş sahibinin sorumluluğu için yüklenicinin iş sahibinden projelerin kendisine verilmesi talebinde bulunması şart değildir⁴⁴.

4. Hiç İfa Etmeme Halinde Temerrüdün Sonuçları

Alacaklı temerrüdü bir hukuki durumu ifade etmektedir. Uygulanacak hukuki sonuçlar bakımından asıl belirleyici olan, eserin meydana getirilmesi sürecinin hangi aşamasında bulunduğu, temerrüdün devam edip etmediği ve nasıl sona erdiği hususudur. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, alacaklının temerrüdü kapsamında değerlendirildiğinden TBK m. 110 yollamasıyla borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Henüz eser meydana getirilmekte ise ve eserin meydana getirilebilmesi, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifasına bağlı ise, bu takdirde yüklenici TBK m. 110'nun yollamasıyla borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Bu bağlamda

⁴¹ Stauber, **a.g.e.**, N. 515.

⁴² Stauber, **a.g.e.**, N. 517.

⁴³ BGHZ 143, 32, 38.

⁴⁴ Ralf Leinemann, "Die Geltendmachung von Ansprüchen aus gestörtem Bauablauf", **NZBau 2009**, s. 566.

önem arz eden husus, TBK m. 110'un yollamasıyla borçlunun temerrüdü kapsamında hangi hükümlerin uygulanabileceğini tespit etmektir. TBK m. 110'un lafzıyla bağlı kalınarak sadece borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönme hakkının tanınmasıyla mı yetinilecektir. Yoksa sözleşmeden dönme ile beraber menfi zararın talebi ya da TBK m. 126'nın uygulanmasıyla sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilmesi ile süresinden önce sözleşmenin feshedilmesi nedeniyle müspet zarar talep edilebilir mi? Bu bağlamda aşağıda TBK m. 110 hükmünün yollamasının kapsamı ve uygulanabilecek hükümler tartışılacaktır.

a. Yüklenicinin Temerrüdü İhtimalinin Ortadan Kalkması

Borçlu temerrüdü, borcun ifa edilmemesi hallerinden biridir⁴⁶. Temerrüt en temel teknik anlamıyla borçlunun borcun ifasında gecikmesi anlamına gelir⁴⁷. Söz gelimi yüklenici, inşaatı tamamlamaması veya tamamladığı halde inşaatın tesliminde geciktiği takdirde temerrüde düşer⁴⁸. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle TBK m.110 anlamında alacaklı temerrüdüne düşmesinin ilk önemli sonucu, yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşme ihtimalinin ortadan kalkmasıdır. Yüklenicinin temerrüdü temel anlamda iki farklı durum ve kuruma göre söz konusu olabilir. Yüklenici, işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi durumunda TBK m. 473/1'e göre temerrüde düşer. TBK m. 471 hükmü, yüklenicinin işi yürütmesiyle ilgili olarak özel bir temerrüt halini öngörmekte ve iş sahibine temerrüt hükümlerinden erken yararlanma imkânı vermektedir⁴⁹. Yüklenici, meydana getirdiği eseri, sözleşmede öngörülen zamanda teslim etmezse, bu halde TBK m. 117 vd. hükümlerine göre temerrüde düşer⁵⁰. Her iki halde de yüklenicinin borçlu sıfatıyla temerrüde düşmesinin önkoşulu, yüklenicinin gecikmesinin objektif olarak

⁴⁶ Nami Barlas, **Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 105, İstanbul 1992, s. 15.

⁴⁷ Haydar Elgin, "Borçlunun Temerrüdü ve Şartları", **AD 1986, S. 3**, s. 7-18, s. 7.

⁴⁸ Kemal Fikret Arık, **Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler**, Ankara 1964, s. 180; Tamer İnal, **Borca Aykırılık ve Sonuçları**, 2. Bası, İstanbul 2009, s. 298.

⁴⁹ Hüseyin Altaş, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358)", **Prof. Dr. Fikret EREN'e Armağan**, Ankara, 2006, s. 98.

⁵⁰ Zeltern, **a.g.e.**, N. 346.

borca aykırılığı oluşturmasıdır⁵¹. İşe zamanında başlamada ya da meydana getirilen eserin teslimindeki gecikme, iş sahibinin hukuk alanından doğan bir sebebe dayanıyorsa, bu halde yüklenici açısından objektif bir borca aykırılık söz konusu değildir⁵². TBK m. 473/1 hükmünde açıkça *iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple* gecikmenin ortaya çıkması öngörülmüştür. Nitekim Yargıtay'ın içtihadı da aynı yöndedir. Örnek olayda sözleşmede inşaat ruhsatının yüklenici tarafından alınacağına dair bir hüküm yer almadığı ve yükleniciye ruhsat alımı ile ilgili vekâletname verildiği iddia ve ispat olunamadığı takdirde, yapı ruhsatı olmaksızın inşaat kaçak olacağından iş sahibinin yükleniciyi inşaat yapmaya zorlayamayacağına karar verilmiştir. Hükmün devamında, bu durum nedeniyle işin süresinde tamamlanması mümkün olmadığından yüklenicinin temerrüdünden söz edilemeyeceğine karar verilmiştir⁵⁴.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi işine zamanında başlanamaması ya da işin gecikmesi borca aykırılık oluşturmaz⁵⁵. Sözleşme konusu borcun ifasında gecikmeye rağmen yüklenici borçlunun temerrüdüne düşmez. Yüklenici borçlunun temerrüdüne düşmediği için TBK m. 119'da düzenlenen beklenmedik halden sorumluluğu söz konusu olmadığı gibi iş sahibine karşı gecikmeden doğan zarar nedeniyle de herhangi bir sorumluluğu yoktur⁵⁶. Bu bağlamda iş sahibi TBK m. 123 vd. veyahut TBK m. 473/1'e göre sözleşmeden dönme veya feshi yoluyla sözleşmeyi sonlandırma hakkına sahip değildir⁵⁷. Yargıtay da aynı kanaattedir. Örnek olayda Yargıtay, TBK m. 473/I uyarınca henüz işe başlanılmadan eser sözleşmesinden iş sahibinin dönebilmesi için "iş sahibine isnadı kabil olmayan gecikme" unsurunun hükmün uygulanması bakımından ön koşul niteliğinde olduğuna karar vermiştir⁵⁸. Yargıtay, sözleşmede yapılacak inşaatın ruhsatını alma külfetinin iş sahibine yüklendiği durumda, inşaat ruhsatını almayan iş

⁵¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 682; Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 366 N. 4.

⁵² Zelnter, **a.g.e.**, N. 348.

⁵⁴ Y. 15. HD. 02.10.2014 T., 2014/2590 E. ve 2014/5618 K.

⁵⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 366 N. 12.

⁵⁶ Stauber, **a.g.e.**, N. 703.

⁵⁷ Zelnter, **a.g.e.**, N. 428.

⁵⁸ Y. 15. HD. 11.03.1993 T. 1992/3285 E. ve 1993/1196 K.

sahibinin yükleniciden işe devam etmesini talep hakkı bulunmadığına ve bu nedenle gecikme cezası da talep edemeyeceğine karar vermiştir⁵⁹.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının temerrüdüne düşmesi ve bu nedenle yüklenicinin borçlunun temerrüdüne düşmesinin önlenmesi için yüklenicinin bizzat kendisinin veya TBK m.116 gereği sorumlu olduğu ifa yardımcısının herhangi bir kusurunun olmaması gerekir. Yüklenici, TBK m. 472/3'de düzenlenen ihbar yükümlülüğüne aykırı davranarak eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek durumları hemen iş sahibine bildirmez ise, bu halde yüklenici bizzat kusurlu olduğu için iş sahibi alacaklının temerrüdüne düşmez⁶⁰.

Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında bulunan ve eserin meydana getirilmesi bakımından *öncelikle ifası gerekli* bir iş veya işlemin gereğini yapmaksızın yükleniciden borcun ifası talep edilemez. İş sahibi bir taraftan borcun ifasını olanaksızlaştırırken diğer taraftan borcun ifasını talep etmesi açıkça hakkın kötüye kullanımındır⁶¹. Bu bağlamda iş sahibinin TBK m. 97'ye göre ödemezlik def'ini ileri sürmesi, açıkça dürüstlük kuralının, somut olarak çelişkili davranma yasağının ihlali niteliğinde olduğundan geçerli kabul edilmez⁶². Somut aşamada eserin meydana getirilmesi için öncelikle gerekli bir iş veya işlemin ifasında iş sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünde ödemezlik def'ini ileri sürme hakkını kaybeder.

İş sahibinin temerrüdü, birlikte hareket etme yükümlülüğünün borç ya da külfet olarak nitelendirilmesinden bağımsız olarak, her halükarda yüklenicinin temerrüde düşmesini engellediği için yüklenici açısından borcun ifa edilememesi borca aykırılık oluşturmaz⁶³. Yüklenici açısından borca aykırılığa bağlanan cezai şartın talebi ve eğer mevcutsa teminatın nakde çevrilmesi talep edilemez⁶⁴.

⁵⁹ Y. 15. HD. 11.06.2002 T., 2002/1683 E. ve 2002/3162 K.

⁶⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 249.

⁶¹ Stauber, **a.g.e.**, N. 740.

⁶² Weber, **Berner Kommentar**, Art. 82 OR N 191 ve 196.

⁶³ Uwe Diehr, "Gesetzliche Entschädigung nach § 642 BGB im VOB-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der Schlechtwetterproblematik", **ZfBF 2011**, s. 628.

⁶⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 27 vd.; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 22 vd.

Öğreti’de bu hukuki sonucun *doğrudan*⁶⁵ iş sahibinin alacaklı temerrüdünden doğduğunu ifade edenler olduğu gibi alacaklının temerrüdü, yüklenici açısından borçlunun temerrüdü ihtimalini ortadan kaldırması sonucunda *dolaylı olarak*⁶⁶ bu hukuki sonucu doğurduğunu ileri sürenler de mevcuttur.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, yüklenicinin temerrüdü mevcut iken, iş sahibi alacaklının temerrüdüne düşerse, o andan itibaren ileriye yönelik olarak olarak yüklenicinin temerrüdü bütün sonuçları ile beraber ortadan kalkar⁶⁷.

b. TBK m. 106 ve m. 483/1 Hükümüne göre Hasarın Geçmesi

(1) Genel Olarak

Hasarın geçmesi, sözleşmenin kurulması ile ifası arasındaki sürede sözleşme taraflarının sorumlu olmadığı beklenmedik bir olay neticesinde edimin yok olmasına ya da kötüleşmesine ve bu hasara kimin katlanacağını ifade eder. Beklenmedik olay kavramından anlaşılması gereken, eserin ne iş sahibi ne de yükleniciden kaynaklanan bir sebeple, tesadüfî bir olay neticesinde yok olmasıdır⁶⁸. Bu nedenle taraflardan biri ya da yetkili temsilcisi, kasten veya göstermesi gereken özeni göstermemek suretiyle aybın sebebinden sorumlu olduğu durumlarda hasar değil, ilgili tarafın sorumlu olduğu borcun ihlali söz konusu olur. Mücbir sebep ya da üçüncü kişinin kusuru bu anlamda hasar kavramı içerisinde değerlendirilir⁶⁹.

Geniş anlamda eşyaya ilişkin hasar kavramı, bir malın herhangi bir sözleşmesel borç ilişkisine konu olmaksızın doğrudan doğruya üzerinde aynı hak sahibi olunan eşyanın maddi anlamda, somut olarak uğradığı yok olma, bozulma, kırılma, parçalanma gibi olumsuz sonuçları ve hak sahibinin de doğrudan doğruya uğradığı zararı ifade etmektedir⁷⁰. Türk Borçlar Kanunu’nun muhtelif maddelerinde ifadesini bulan hasar kavramı kanun koyucu tarafından tam olarak açıklanmasa da,

⁶⁵ Stauber, **a.g.e.**, N. 710.

⁶⁶ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 27 vd.; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 22 vd.

⁶⁷ Stauber, **a.g.e.**, N. 703.

⁶⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1187; Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 376 OR, N. 3b.

⁶⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1187.

⁷⁰ Sabah Altay, **Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçışı**, İstanbul, 2008, s. 5.

doktrinde genel olarak tesadüfi bir olay sonucunda bir kişinin malvarlığında azalma meydana gelmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁷¹.

Hasar kavramı, edim ve ücret hasarı olmak üzere ikiye ayrılır⁷². Edim hasarı, taraflar arasında geçerli bir borcun doğumundan sonra ve fakat ifa gerçekleşmeden önce, borçlunun sorumlu olmadığı haller dolayısıyla yani borçlunun kusuru bulunmaksızın, edimin yok olması halinde borçlunun halen ifa ile yükümlü tutulup tutulmayacağı, diğer bir deyişle alacaklının edimi talep hakkının devam edip etmeyeceği meselesidir⁷³. Diğer deyişle, edim hasarı, edimin yok olduğu ya da kötüleştiği durumda borçlunun borcunu ifa etmesini ifade eder. Bedel hasarı olarak tanımlanan karşı edim hasarı ise, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sonradan kusursuz ifa imkânsızlığı neticesinde borcun sona ermesi halinde, borcundan kurtulan borçlunun, karşı edim borçlusundan karşı edim niteliğindeki bedeli talep etme hakkı olup olmaması meselesidir. Ücret hasarına yüklenici katlanmak durumunda ise, bu takdirde edim hasarına da ilke olarak yüklenici katlanır. Eserin meydana getirilmesi olanaklı ise, bu takdirde daha önce meydana getirilen eserin yok olmasından bağımsız olarak yüklenici eseri yeniden meydana getirmekle yükümlüdür⁷⁴. Bu yükümlülük aynı zamanda yüklenici için bir haktır. Bunun karşılığında sözleşme ile kararlaştırılan ya da TBK m. 481'e göre belirlenecek ücreti talep etme hakkına sahiptir. Ancak, bu bağlamda eserin yeniden meydana getirilmesi için yapılan masraflar, ücretin belirlenmesinde dikkate alınmaz⁷⁵. Dürüstlük kuralına göre somut olayın koşulları dikkate alındığında eserin yeniden meydana getirilmesi yükleniciden beklenemeyecek derecede güçleşmişse, bu takdirde yüklenici TBK m. 480/2'de öngörülen ilkeler doğrultusunda sözleşmenin feshedilmesini talep edebilir⁷⁶. Ücret hasarına iş sahibinin katlandığı durumlarda, ilke olarak edim hasarına da iş sahibi katlanır⁷⁷. Ancak belirli koşullar altında ve

⁷¹ Sabah Altay, **a.e.**, s. 3.

⁷² Peter Gauch/Walter Schluop/Jörg Schmid/Heinz Rey, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II**, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 3230.

⁷³ Altay, **a.g.e.**, s. 10.

⁷⁴ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 26; Gauch, **Werkvertrag**, N. 1204.

⁷⁵ Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 376 N 8 b.

⁷⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1204.

⁷⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 32.

dürüstlük kuralı gereği, yüklenici eseri yeniden meydana getirmek durumunda kalabileceği gibi iş sahibi de sözleşmeyi devam ettirmek zorunda kalabilir⁷⁸.

(2) İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünü İhlali Nedeniyle Hasarın Geçişi

‘*Periculo conductoris*’, ‘Eserin tehlikesi yüklenici üzerindedir’, bu ilkeye göre Roma Hukukunda iş sahibince eser kabul edildiği ana kadar, eserin hasar ve ziyana yüklenici katlanırdı⁷⁹. Bu kaide Roma’da dahi sınırsız uygulanmamış, tartışmalı da olsa belirli istisnalar getirilmiştir⁸⁰. Bu ilke, TBK m. 483 hükmünde esas alınmış, istisnaen iş sahibinin sorumluluğu öngörülmüştür. Kural olarak eser teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olursa, yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyemeyeceği gibi, eseri meydana getirme yükümlülüğü de devam eder. Teslim anına kadar eserin hasar ve ziyandan yüklenicinin sorumlu olmasının mantığı ve gerekçesini, yüklenicinin hizmet sözleşmesinde olduğu gibi sadece edim karşılığı belirli bir ücret alan kimse olmayıp, ekonomik hayatın müstakil bir süjesi olarak yüksek karlar elde etme olanağına sahip olması oluşturmaktadır. Bu varsayım aslında, ‘bir şeyin menfaatine nail olan mazaratına mütehammil olur’ temel hukuk kaidesinin ekonomik ifadesidir.

Ancak iş sahibinin gerek meydana getirilen eseri teslim almada gerekse eserin meydana getirilmesinde gerekli birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle alacaklının temerrüdünde olduğu durumlarda hasara yüklenicinin katlanacağına ilişkin ilke geçerli değildir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemek suretiyle eserin meydana getirilmesinde gecikmeye neden olması durumunda yüklenici borçlunun temerrüdüne

⁷⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1206 vd.

⁷⁹ Heinrich Dernburg, **Die Schuldverhaeltnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preussen**, 3. Aufl., 1906, s. 492; Gustav Rümelin, **Dienstvertrag und Werkvertrag**, Tübingen 1905, s. 44 vd.

⁸⁰ Gisbert Kaiser, ‘Die Gefahrtragung im Bauvertrag’, **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 197.

düşmez. Bu durumda gecikme yükleniciden kaynaklanmayan ve onun hukuki risk alanına ait olmayan bir sebepten ileri gelmektedir.

Türk Borçlar Kanununda alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerde⁸¹ alacaklının temerrüdü halinde hasarın alacaklıya geçeceğine dair açık bir hüküm yer almamaktadır⁸². Buna karşılık eser sözleşmesi kurumunda TBK m. 483/1 uyarınca iş sahibi *eseri teslim almada* temerrüde düşerse, bu halde karşı edim (ücret) hasarına iş sahibi katlanır⁸³. Her ne kadar TBK m. 483/1 *eseri teslim almada* ifadesi kullanılmış olsa da iş sahibi, *eserin tesliminden önce birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle alacaklının temerrüdüne düştüğü durumlarda da hasara katlanır*⁸⁴. Edim hasarı, ilke olarak ücret hasarını takip ettiğinden yüklenici eseri meydana getirme borcundan kurtulur. İstisnai durumlarda, iş sahibince ilave ücreti ödenmek kaydıyla dürüstlük kuralı gereği yeniden eserin meydana getirilmesi yükleniciden beklenilebilir⁸⁵.

TBK m. 483/1 hükmünde iş sahibinin sorumluluğunu öngören istisnai kuralın “*ratio legis*”, temelde şu gerekçeye dayanır. İş sahibi herhangi bir sebeple eserin meydana getirilmesini geciktirmek suretiyle yüklenicinin edim hasarına katlanma süresini uzatarak bunun risklerini onun üzerinde bırakamaz⁸⁶. İş sahibi, sözleşmeden doğan borcun ifa edilmesinde bir gecikmeye neden olursa, bunun hukuki riskine ve özellikle edim ve ücret hasarı riskine katlanmak durumundadır. Yüklenici tarafından meydana getirilmekte olan ya da getirilip henüz teslim edilmeyen eser, iş sahibinin

⁸¹ Alman Hukukunda § 324/II BGB gereği kabul temerrüdünde hasar alacaklıya geçer.

⁸² Buna karşılık Öğreti’de bir görüş ve İsviçre Federal Mahkemesi, bu durumda ücret hasarına alacaklının katlanacağını ve edime kavuşmasa bile ödeme borcunu ifa etmek durumunda kalacağı görüşündedir. Bkz. Schwenger, **a.g.e.**, N. 70; Karşı görüş; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor Art. 91-96 OR N. 7; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 15.

⁸³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1191; Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 18.

⁸⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 OR N. 13; Gauch, **Werkvertrag**, N. 1191 vd.

⁸⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 OR N. 32; Gauch, **Werkvertrag**, N. 1207.

⁸⁶ Yargıtay’ın ilgi kararında ilke olarak hasarın, imal olunan yahut onarılan eserin, iş sahibine teslimine kadar yükleniciye ait olacağı, kaza sonucu teslimden önce eserin yok olması halinde malzeme kime aitse, hasarın da BK m. 368/2 gereği ona ait olacağı ifade edilmektedir. Ancak kararın devamında eserin yok olmasında yüklenici kusurlu ise, BK m. 368/2 hükmünden yararlanamayacağı vurgulanmaktadır. Nihayet kararda, yüklenici, eseri, iş sahibine teslim etmek istemiş ve fakat iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşmüş ve bundan sonra eser kaza sonucu yok olmuşsa, yahut hasara uğramışsa, sorumluluk artık yüklenicide değil, BK m. 90, 368/1 hükmü gereği iş sahibine ait olacağı tespit edilmiştir. Y. 15. HD. 17/11/2003 T. 2003/2621 E., 2003/5492 K. (www.kazanci.com).

alacaklının temerrüdünde bulunduğu zamanda beklenmedik bir olay neticesinde yok olursa, bu halde yüklenici sözleşme ile yükümlendiği eseri meydana getirme borcundan kurtulurken karşı edim niteliğindeki ücreti talep hakkı da baki kalır. Bu bağlamda eser kısmen meydana getirildiği ve henüz teslim edilmediği zamanda, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle alacaklının temerrüdünde bulunduğu esnada yok olursa, bu halde de TBK m. 483/1 gereği yüklenici yaptığı işin ücretini ve giderlerinin ödenmesini isteyebilir.

Buna karşılık *illiyet bağı* açısından iş sahibi TBK m. 119/2/Alt. 2 hükmünün kıyas yoluyla uygulanmasıyla alacaklının temerrüdüne düşmeyecek şekilde birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmiş olsaydı dahi, eser beklenmedik olay neticesinde yok olacağını ispat ederek TBK m. 483/1'in aleyhine uygulanmak suretiyle beklenmedik olay nedeniyle yok olan eserin hukuki ve mali neticesine katlanmaktan kurtulabilir⁸⁷. Diğer taraftan, alacaklının temerrüdünün neticesinde ve fakat alacaklının temerrüdü sona ermiş olduğu bir zamanda meydana getirilen eser yok olursa, bu halde dahi TBK m. 483/1 uygulanır ve yüklenici eseri meydana getirme borcundan kurtulurken karşı edim niteliğindeki ücreti talep hakkına sahip olur⁸⁸.

(3) İstisna: İş Sahibi Açısından Borçlu Temerrüdü Hükümlerinin Doğrudan Uygulanması

Somut olayın şartlarına göre yüklenicinin ücret talep hakkının ötesinde karşı edim menfaati bir miktar paranın dışında biricik ve özel nitelikte⁸⁹ olduğu durumlarda, alacaklının temerrüdü hükümleri ile tazminat hükümleri, yüklenicinin haklı menfaatlerinin korunması için yeterli değildir. Yüklenicinin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün ihlali, aynı zamanda yüklenicinin biricik nitelikte karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği durumlarda, doğrudan *borçlunun temerrüdü* hükümleri uygulama alanı bulur. Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi yüklenicinin talep edeceği karşı edimin para olmadığı,

⁸⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1193.

⁸⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1193.

⁸⁹ Biricik ve özel nitelikli hukuki menfaat kavramı için bkz. III. Bölüm I. C. 1.; 2. ve 5. başlıklar.

biricik nitelikli arsa payının devrini talep hakkı olduğu durumlarda bu husus daha açık görülür. Yargıtay, taraflar arasında arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden doğan ihtilafa ilişkin dikkat çekici kararında bu hususa değinmiştir⁹⁰. Konu olayda inşaatın yapım süresi, taraflar arasındaki sözleşmede temel üstü ruhsatından itibaren yedi ay olarak belirlenmiştir. Yüklenici, noter ihtarnamesi ile sözleşme konusu arsa üzerindeki binayı tahliye edip boş olarak teslimini istemiş olmasına karşın, arsa sahibi davalı, arsayı ona teslim etmemiştir. Kararda yapılan tespite göre, yüklenicinin üstlendiği edimin ifasının gereği olarak inşaatın yapımına başlayabilmesi için öncelikle arsa sahibi tarafından yükleniciye yer tesliminin yapılması gerektiği; karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmelerinde, yer tesliminin (BK m. 81 ve 90 hükmüne göre) öncelikli edim borcu olduğu; arsanın ayıpsız ve inşaata elverişli şekilde teslimine kadar yükleniciden inşaata başlamasının talep edilemeyeceği vurgulanmıştır. Kararın devamında arsa sahibi davalının, belirtilen öncelikli ediminin ifasında temerrüde düşmüş olduğunu, sözleşmenin taraflarından birinin ediminin ifasında temerrüde düşmesi halinde, diğer tarafın *''Borçlar Yasası'nın 106. maddesinde öngörülen seçimlik haklardan birini''* kullanabileceği; yüklenici BK m. 106/II hükmüne göre gecikmiş ifanın aynen yerine getirilmesini, inşaat yapılacak arsanın boş ve sorunsuz olarak teslimini, talep ettiği takdirde mahkemece, davacının bu yöndeki isteminin kabulüne karar verilmesi gerektiği tespit edilmiştir.

Kanaatimizce, yüklenicinin bu nevi özel nitelikte bir karşı edim talep hakkının olduğu sözleşme ilişkilerinde, birlikte hareket etme yükünün ihlali, aynı zamanda ve dolaylı olarak sözleşmeden doğan asli edim borcunun ihlali niteliğindedir. Bu nedenle doğrudan borçlunun temerrüdü hükümleri uygulanır. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, iş sahibi birlikte hareket etme yükünü ihlal etmesi nedeniyle borçlunun temerrüdüne düştüğü durumlarda yüklenici TBK m. 117 vd. hükümlerinde düzenlenen borçlunun temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulur. Yüklenici dilerse iş sahibinden birlikte hareket etme yükümü kapsamında yer alan edimin aynen ifasını isteyebilir. Ancak bu yol yüklenicinin kavuşmayı talep ettiği edim menfaatinin gerçekleşmesi bakımından çoğu zaman rasyonel bir yöntem olarak

⁹⁰ Y. 15. HD. 05.05.2004 T., 2003/5372 E., 2004/2508 K. (www.kazanci.com).

ortaya çıkmayabilir. Zira iş sahibi, ilgili edimin ifasını ya şahsi kapasitesi nedeniyle gerçekleştiremeyecek ya da mahkeme kararına rağmen bilinçli olarak gerçekleştirmeyecektir. Bu durumda yüklenici, iş sahibi aleyhine borçlunun temerrüdü gerekçesiyle aldığı mahkeme kararına rağmen zaman kaybetmiş olacaktır. Bu nedenle, iş sahibinin borçlunun temerrüdüne düştüğü durumlarda yüklenicinin TBK m. 113 hükmünde düzenlenen nama ifa yoluna başvurması, karşı edim menfaatine kavuşmak bakımından en uygun yol olarak gözükmektedir. Bu nedenle nama ifa kurumunun niteliği, uygulama şartları, hükümleri ve hukuki sonuçları detaylı olarak incelenmiştir⁹¹.

c. İş Sahibinin Alacaklı Temerrüdünde Bulunması Halinde Yüklenicinin Hakları

Türk Borçlar Kanunu, alacaklının borçluyu, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmesini engellediği durumlarda, borçluya sözleşmeden kurtulma imkânını vermektedir. İş sahibi, yüklenici tarafından meydana getirilen eseri teslim almada temerrüde düşmüşse, bu halde yüklenici TBK m. 107/1 gereği eseri tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Eser sözleşmesinin borçlusu konumundaki yüklenici tarafından *eserin meydana getirilmesi aşamasında*, alacaklı sıfatındaki iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmeyerek borcun ifa edilebilmesini engellerse, bu halde yüklenici TBK m. 110'nun yollamasıyla borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. TBK m. 110 hükmünün yaptığı yollama borçlunun temerrüdü hükümlerinde alacaklı lehine öngörülen haklardan hangisini kapsadığı hususunda öğretide muhtelif görüşler mevcuttur. Aşağıda kısaca bu görüşlere değinilmiş; nihayetinde sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshedilmesi hakları detaylı incelenmiştir.

TBK m. 125 hükmüne göre borçlu temerrüde düştüğü takdirde alacaklı, a) borcun ifası ve gecikme sebebiyle tazminat talebi; b) borcun ifasından vazgeçmek suretiyle borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zararının tazminini; c) sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararın tazminini talep hakları arasında

⁹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3. Başlığı.

tercihte bulunabilir. Üç seçenekte de tazminat talep edilebilmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmektedir⁹².

Eser sözleşmesinde alacaklı konumundaki iş sahibinin temerrüdünde borçlu konumundaki yüklenicinin bu haklardan hangilerini kullanabileceği hususu tartışmalıdır. Buna göre muhtelif görüşler mevcuttur: a) sadece sözleşmeden dönme⁹³; b) sözleşmeden dönmek suretiyle ve onunla beraber menfi⁹⁴ ya da müspet⁹⁵ zararın tazminini talep; c) borcun ifasından vazgeçmek suretiyle onunla beraber karşı edim niteliğindeki ücreti talep⁹⁶; d) TBK m. 125'de öngörülen hakların tamamı⁹⁷. Aşağıdaki bu görüşler tartışılmış, öncelikle hakların hukuki karakteri ve eser sözleşmesindeki menfaat dengesi gereği uygulanamayacak hükümler kısaca değerlendirilmiş; ardından eser sözleşmesinde uygulanabilecek hükümler, olası hüküm ve sonuçları ile detaylı olarak ele alınmıştır.

d. Eser Sözleşmelerinde İlke Olarak Uygulanamaz Hükümler

(1) Borcun İfası ile Gecikme Sebebiyle Tazminat

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüne ilişkin iş ve işlemler sözleşmede açıkça asli edim yükümü ya da yan edim yükümü niteliğinde tanımlanmadıkları sürece ilke olarak diğer davranış yükümü (yan yüküm/bağımlı yan edim yükümü) niteliğindedirler. İş sahibince kusurlu olarak ihlal edildiklerinde tazminat sorumluluğu doğar, ancak dava marifetiyle ifası talep edilemez.

TBK m. 110 hükmünün TBK m. 125'e yollaması bilinçli olarak sözleşmeden dönmeyle sınırlandırılmak⁹⁸ istediğinden edimin ifası ile gecikme tazminatı talep

⁹² Schenker, **a.g.e.**, N. 545 vd.; Stauber, **a.g.e.**, N.520.

⁹³ Betschon, **a.g.e.**, s. 114; Hermann Schulin, “**Schuldnerrechte bei vertragswidrigem Verhalten des Gläubigers, insbesondere bei Dienstleistungsoptionen**”, Koller (Hrsg.) Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998, s. 95; İsviçre Federal Mahkemesi BGE 110 II 148, 152; Stauber, **a.g.e.**, N. 521.

⁹⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N 17; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 95 OR N. 18; Stauber, **a.g.e.**, N 521.

⁹⁵ Max Keller/Christian Schöbi, **Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 1988, s. 294.

⁹⁶ Koller, **AT II**, s. 391.

⁹⁷ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3192.

⁹⁸ Mehaz Kanun esas alınarak kodifiye edilen 818 sayılı yasada TBK m. 126 hükmü mevcut değildi. TBK m. 126'da düzenlenen sözleşmenin ileriye yönelik feshi, mehaz İsviçre Borçlar Kanunu

hakkının tartışılmasına olanak yoktur⁹⁹. TBK m. 125 hükmünde aynen ifayı talep ve gecikme tazminatının yorum yöntemleri ile yükleniciye tanınmasına olanak yoktur. Ancak, sözleşme ile iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülükleri borç olarak tanımlanmışsa, bu takdirde TBK m. 110'nun yollamasıyla değil ve fakat doğrudan TBK m. 125'in uygulanmasıyla borç niteliğindeki birlikte hareket etme yükümünün aynen ifası ile gecikme tazminatı talep edilebilir. Bu nedenle, taraflarca aksi sözleşmede kararlaştırılmadığı sürece TBK m. 125/I hükmünün TBK m. 110'nun yollamasının kapsamında olmadığı kabul edilmelidir.

(2) Edimin İfasından Vazgeçilerek Müspet Zarar Talebi

TBK m. 110'da borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönülebileceği öngörülmektedir. Bu yollamanın sadece TBK m. 125/II alt. 2'de öngörülen sözleşmeden dönme ile menfi zararın talebini mi kapsadığı yoksa TBK m. 125/II alt. 1'de öngörülen borcun ifa edilmemesinden doğan müspet zarar talep edebilmeyi de kapsayıp kapsamadığının tartışılması gerekmektedir.

TBK m. 125'e göre alacaklı, sözleşmeyi ayakta tutarak ve fakat asli edim borcunun ifasından ve gecikme tazminatından hemen vazgeçtiğini bildirerek borcun ifa edilmemesinden doğan zararının giderilmesini talep edebilir. Bu zarar, alacaklının ifaya olan menfaatinin¹⁰⁰ karşılığı olup müspet zarar olarak tanımlanmaktadır. Alacaklı tarafından bu hakkın kullanılmasıyla borç içeriğinde değişiklik olmakta, borçlunun asli edim borcu yerine tazminat yükümlülüğü gelmektedir¹⁰¹. Fark teorisine göre, sözleşme ayakta tutulduğunda alacaklının karşı edim yükümlülüğü (ücret ödeme borcu) devam etmektedir¹⁰². Bununla beraber öğretideki baskın görüş

hazırlanırken mevcut değildi. Sonradan Öğreti ve Yargı tarafından geliştirilmiş ve TBK m. 126'da bu gelişmeye paralel olarak yerini almıştır. O itibarla TBK m. 110'nun TBK m.125'de düzenlenen sözleşmeden dönmeye ilişkin yollamada bilinçli olarak TBK m. 126'nın kapsam dışında bırakılmak istendiği sonucuna varılamaz.

⁹⁹ Önemle vurgulamak gerekir ki, yüklenicinin edim menfaati arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde olduğu gibi bir miktar paranın ödenmesi olmayıp, taşınmaz mülkiyetinin kararlaştırılan hissesinin devri olduğu durumlarda, biricik nitelikte bir karşı edim menfaati söz konusudur. Bu edim menfaati, emsalsiz nitelikte olup ilke olarak bir miktar para veyahut tazminat ie ikame edilemez niteliktedir. Bu gibi durumlarda ilke olarak yüklenicinin aynen ifa talebi mevcuttur. Bkz. Üçüncü Bölüm Başlık I. D.

¹⁰⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N.3085; Stauber, **a.g.e.**, N. 524.

¹⁰¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N.3085; Stauber, **a.g.e.**, N. 524.

¹⁰² Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N.3085; Stauber, **a.g.e.**, N. 524.

olan yumuşak fark teorisine göre alacaklı kendi yükümlülüğünü ifa etmeyerek borçlunun yükümlü olduğu tazminat miktarından mahsup edilmesini isteyebilir¹⁰³. Öğretdeki bir diğer yeni katı fark teorisi görüşüne göre ise, borçlunun asli edim borcunu henüz ifa etmediği kısmı tazminata dönüşmekte ve alacaklı bu tazminatla beraber kendisi tarafından ifa edilenin de iadesini talep edebilmektedir¹⁰⁴. Bu durum pratik sonuçları itibariyle sözleşmeden dönme ile aynıdır. Hukuki sonuçların benzerliği bir talebin kabul edilebilmesi için yeterli değildir. Hukuk dogmatığı açısından bu talep, tatminkâr bir şekilde gerekçelendirilememektedir.

Eser sözleşmesinde asli edim borçlusu ilke olarak yüklenicidir. TBK m. 125/II'de öngörülen edimin ifasından vazgeçilerek müspet zararın talep edilmesi, ilke olarak sözleşmedeki asli edim borçları ya da yan edim borçları yönünden gündeme gelebilir. Oysa iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemleri, ilke olarak diğer davranış yükümü (ifaya yardımcı yükümlerden işbirliğinde bulunma yükümü) niteliğindedir. Bu nedenle birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki bir edimin ifasından vazgeçilerek müspet talep edilmesi, hukuki karakter gereği söz konusu olmaz.

Diğer taraftan iş sahibinin yerine getirmekle yükümlü olduğu birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki bir edimin ifasından vazgeçilerek müspet zarar talep edilmesi, eser sözleşmesinin ifası süreci dikkate alındığında bu tazminat kurumunun uygulama amacı ile bağdaştırılamaz. Zira TBK m. 125/II anlamında müspet zarar talebinde edimin ifasından vazgeçilerek sözleşme ilişkisi tasfiye edilerek nihayetlendirilir. Oysa eser birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki bir '*edimin*' ifasından vazgeçilerek müspet zarar talep edilse bile, salt bununla sözleşme ilişkisi tasfiye edilemez. Zira yüklenicinin eseri meydana getire borcu devam etmektedir¹⁰⁵.

¹⁰³ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 107 OR N.194; BGE 76 II 300, 305.

¹⁰⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 107 N. 199; Koller, **Berner Kommentar**, Art. 366 OR N 385; Stauber, **a.g.e.**, N. 526.

¹⁰⁵ Bu gerekçe aynı zamanda TBK m. 125/II hükmü uygulanamazken TBK m. 126 hükmünün neden uygulanabildiğini de açıklar. Zira TBK m. 126 hükmünde '*edimin*' ifasından vazgeçilerek müspet zarar talep edilmez; '*sözleşme*' feshedilerek müspet zarar talep edilir. Bu suretle sözleşme ilişkisi tasfiye edilerek nihayetlendirilir. TBK m. 126 hükmünün uygulanabilirliğinin gerekçesi için bkz. III. Bölüm I. B. 4. e. (2).

Ayrıca TBK m.110'nun yollaması bilinçli olarak TBK m. 125/II'yi kapsam dışında bırakmak istediğinden uygulama alanı bulamaz¹⁰⁶. Diğer taraftan, sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin feshedilerek zararın tazmini talep hakları ile yüklenicinin haklı menfaatleri, sistematik ve dogmatik açıdan gerekçelendirilebilmekte ve yeterince korunabilmektedir¹⁰⁷.

e. Eser Sözleşmelerinde Uygulanabilir Hükümler: Sözleşmeden Dönme/Sözleşmenin Feshi

(1) Yüklenicinin Sözleşmeden Dönme Hakkı- (TBK m. 125/II, Alt. 3 Hükümü)

i. Hukuki Niteliği ve Uygulanabilirliği

TBK m. 110 hükmü açıkça borcun konusu bir şeyin teslimini gerektirmediği durumlarda alacaklının temerrüdü halinde borçlunun, borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebileceğini öngörmektedir.

Eser sözleşmeleri ilke olarak ani edimli sözleşmeler olarak değerlendirilir. Ancak, özellikle kapsamlı projeleri konu edinen eser sözleşmelerinde borcun ifası temelde iki ana safhadan oluşur. Birinci safha, taahhüt edilen eserin meydana getirilmesi sürecidir. Bu süreçte borçlanılan eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin borcu, belirli bir edim neticesinin ortaya koyulmasını da içerecek şekilde *nitelikli bir iş görme eylemidir*¹⁰⁸.

Yüklenici, sözleşme gereği sadece belli bir zaman diliminde belirli bir iş görmeyi değil, bunun neticesinde bir eser meydana getirmeyi üstlenmektedir. Bu doğrultuda eser sözleşmesinin, belirleyici karakteristik edimini, yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu oluşturmaktadır. Eser meydana getirildikten sonra iş sahibine teslim ile borç ifa edilmiş olacaktır. Tamamlanmış eser, iş sahibi tarafından teslim alınmadığında doğrudan alacaklının temerrüdü hükümlerine göre hareket edilecektir.

¹⁰⁶ Stauber, **a.g.e.**, N. 529; 531; 535; 537.: Tarihsel, dilbilimsel; teleolojik ve sistematik açıdan hükmün yorumlanmasında TBK m. 110'nun yollaması kapsamında olmadığı ifade edilmektedir.

¹⁰⁷ Stauber, **a.g.e.**, N. 534.

¹⁰⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N.18

Ancak, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemlerin gereği gibi ifasından imtina ettiği takdirde, yüklenici eseri meydana getirememektedir. Bu safhada yüklenicinin edimleri, bir şeyin teslimi safhasına henüz ulaşmamış olup, edim sonucunun meydana getirilmesine yönelik *nitelikli işgörme kapsamındadır*. O itibarla eserin meydana getirilmesi safhasında gerekli birlikte hareket etme yükümlerinin ifasında iş sahibinin temerrüdü TBK m.110 hükmünün yollamasıyla TBK m. 125/II Alt. 3'ün uygulanmasını gerektirir. TBK m. 110 hükmünde açıkça sözleşmeden dönülebileceği ifade edildiğine göre, kanaatimizce sözleşmeden dönmenin uygulanıp uygulanmayacağına tartışılmasına gerek yoktur¹⁰⁹.

ii. Hukuki Sonuçları ve Tasfiye İlişkisi

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde dönme¹¹⁰, henüz ifa edilmemiş edim yükümlerini sona erdirip, daha önce yerine getirilmiş edimlerin iadesi borcunu doğuran, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan, varması gerekli, şekle bağlı olmayan, yenilik doğuran bir haktır¹¹¹. Dönmenin amacı, sözleşme yapılmamış olsaydı sözleşenin bulunacağı ekonomik durumu tesis etmektir¹¹². Sözleşmenin geçmişe etkili sona ermesinin neticesi olarak taraflar arasındaki sözleşme hiç kurulmamış sayılır¹¹³. TBK m. 125/II Alt. 3 e göre sözleşmeden *dönme hakkının* kullanılmasıyla alacaklı, taahhüt ettiği edimini ifadan kaçınabileceği gibi daha önce vermiş olduğunun iadesini de talep edebilir. Dönme ile beraber henüz ifa edilmemiş edimler ortadan kalkar¹¹⁴. Sözleşmenin iki tarafı da henüz ifa edilmeyen borçlarını ifadan kaçınabileceği gibi ifa edilmiş kısımların iadesini talep edebilirler¹¹⁵. İfa edilmiş bulunan borçların iadesi, sözleşmeye dayanan tasfiye yükümlülüğü kapsamında

¹⁰⁹ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 202; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 350 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1025; Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 294; Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N. 17.

¹¹⁰ Bununla birlikte ifade etmek gerekir ki, dönme sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde değil, aynı zamanda tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulama alanı bulur.

¹¹¹ Vedat Buz, **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara, 2005, s. 52.

¹¹² Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1120.

¹¹³ Seda Öktem, ‘Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları’, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 80, S. 2006/5, s. 1952.

¹¹⁴ BGE 123 III 16 22; Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR N 23; Stauber, **a.g.e.**, N. 523.

¹¹⁵ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR N. 60; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3119; Stauber, **a.g.e.**, N. 548.

değerlendirilmektedir¹¹⁶. İşin niteliği gereği aynen iadenin yapılamadığı durumlarda işin değerine göre iade yapılır. Nihayetinde taraflar sözleşme yapılmamış olsaydı bulunacakları ekonomik duruma getirilmeleri esas alınır¹¹⁷. Diğer taraftan iş sahibinin malvarlığındaki artış, yüklenicinin malvarlığındaki eksilmeye birebir tekabül etmediği durumlarda bu mümkün değildir¹¹⁸. Bu nedenle sözleşmenin tasfiyesine dönük talep haklarının amacı, edimi edinenin malvarlığındaki artışı denkleştirmeye dönüktür. Yüklenicinin malvarlığında meydana gelen eksilme ise tazminat talepleri kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁹.

TBK m. 125/II Alt. 3 uyarınca sözleşmeden dönme halinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. TBK m. 125/II Alt. 3'e göre dönme ile beraber edinilen edimler, mümkünse olduğu gibi, iade edilmelidir¹²⁰. Kanunda yenilik doğuran bir hak olarak düzenlenen dönmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde muhtelif görüşler mevcuttur. Klasik dönme görüşüne göre sözleşme bütün hüküm ve sonuçlarıyla geçmişte etkili/makable şamil (ex tunc) olarak ortadan kalkar¹²¹. Dönmenin etkisi sözleşmenin kurulduğu ana kadar geriye yürütülmek suretiyle tarafların sözleşmenin kurulmasından önceki duruma getirilmeleri esastır.

İsviçre/Türk hukukunda giderek ağırlık kazanan ve İsviçre Federal Mahkemesi¹²² tarafından da benimsenen yeni dönme görüşüne¹²³ göre ise, dönme beyanı sözleşmeyi ortadan kaldırmaz; sadece sözleşme içeriği ve bu bağlamda sözleşmeden doğan borçlar dönüşür. Buna göre, tarafların *henüz ifa etmedikleri karşılıklı edimleri ortadan kalkarken ifa edilenler yönünden bir tasfiye ilişkisi (Rückabwicklungsverhaeltnis)* meydana gelir. Sözleşmeden dönme ile beraber

¹¹⁶ BGE 114 II 152, 158; Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR N 63; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3119; Stauber, **a.g.e.**, N. 548.

¹¹⁷ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR N 23; Stauber, **a.g.e.**, N. 523.

¹¹⁸ Stephan Hartmann, **Die Rückabwicklung von Schuldverhältnissen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen**, Habilitation Luzern 2005, N. 309; Stauber, **a.g.e.**, N. 552.

¹¹⁹ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 311.

¹²⁰ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109, N. 66; Hartmann S., **a.g.e.**, N. 212 vd.; Stauber, **a.g.e.**, N. 549.

¹²¹ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 17 vd.; Schenker, **a.g.e.**, N. 701; Stauber, **a.g.e.**, N. 543.

¹²² BGE 127 III 421, 426; BGE 114 II 152, 158.

¹²³ Dönüşün teorisi olarak da adlandırılmaktadır. Bkz. Rona Serozan, **“Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”**, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004), s. 198.

sözleşme bir tasfiye ilişkisine dönüşür. Tasfiye ilişkisi gereği taraflar daha önce almış olduklarını ilke olarak aynen iade ile yükümlüdürler. Edinilen edimlerin aynen iadesi edimlerin tabiatı gereği olanaksız ya da ekonomik açıdan külliyen anlamsız olduğu takdirde¹²⁴, edimi ifa eden ikame değerini ücret olarak talep etme hakkına sahiptir¹²⁵. Dönme anına kadar henüz ifa edilmeyen borçlar ortadan kalktığından taraflar, dönme anından itibaren bu borçları ifadan imtina etme hakkına sahiptirler¹²⁶.

Yeni dönme görüşüne göre, dönme ile beraber taraflar açısından doğan iade borcu sözleşmeden doğan (akdi nitelikli) bir borçtur¹²⁷. Bu görüşe göre dönme ile beraber sözleşme ortadan kalkmadığından ne sebepsiz zenginleşme ne de aynı istihkak hükümleri uygulama alanı bulabilir. Buna göre dönme beyanı, eşyalar üzerindeki mülkiyetin devrine ilişkin tasarruf işleminin dayanağını teşkil eden borçlandırıcı işlemi geçersiz kılmaz¹²⁸. Sözleşme ilişkisini ortadan kaldırmaz, sadece belirli (dönme anına kadar ifa edilmiş) borçlar yönünden içerik değişir ve tasfiye ilişkisi meydana gelir. Taraflar, sözleşmeden doğan asli edim yükümlerini (Primaere Leistungspflichten) ifa etmek yerine daha önce almış oldukları edimleri iade etme borcu altına girerler. Zira iade talebinin amacı, iş sahibinin ekonomik varlığında meydana gelen artışın karşılığını denkleştirmektir¹²⁹. Bunun ötesinde yüklenici açısından ekonomik varlığında bir eksilme söz konusu ise, bu eksilme tazminat hükümlerine göre talep edilecektir.

İadesi lazım gelen edimlerin hukuki sebebi konusunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur¹³⁰. Sebepsiz zenginleşme görüşüne göre dönme ile edinilen edimlerin hukuki sebebi ortadan kalktığından¹³¹ taraflar, ifa ettikleri edimleri ilke olarak aynen, bu durum edimin tabiatı gereği olanaksız ise, bu takdirde değer

¹²⁴ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 219

¹²⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3120; Stauber, **a.g.e.**, N. 551.

¹²⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3118; Schenker, **a.g.e.**, N. 818.

¹²⁷ Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 40; Serozan, **Sözleşmeden Dönme**, s. 96 ve 603; Schenker, **a.g.e.**, 262; Eugen Bucher, **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 377; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 109, N. 4 vd.; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1122; Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR N 63; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3119.

¹²⁸ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 154 vd.

¹²⁹ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 311.

¹³⁰ Farklı görüşlere ilişkin detaylar için bkz. Hartmann S., **a.g.e.**, N. 90 vd.

¹³¹ Andreas von Thur, Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, 3. Auflage, Band I, Zürich 1974, s. 155 vd.;

üzerinden iadesini talep ederler. Kanuni borç görüşüne göre bu durumda TBK m. 125/II Alt. 3'de öngörülen özel nitelikli bir kanuni geri verme borcu mevcuttur. Aynı istihkak görüşüne göre, dönme geçmişse etkili bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bu nedenle dönme ile beraber mülkiyet hakkının devrinin hukuki sebebini teşkil eden sözleşme ortadan kalktığından sebebe bağlılık (illilik) ilkesi gereği tasarruf işlemi de geçersiz olduğundan mülkiyet, diğer tarafa intikal etmemiştir. Bu nedenle, taraflar aynı istihkak hükümlerine göre vermiş oldukları edimlerin iadesini talep ederler.

Aynen iadenin mümkün olmadığı durumlarda *ikame değer* belirlenmesi gerekecektir. İkame değer muhtelif unsurlara göre belirlenebilir. Söz gelimi, yüklenicinin yapmış olduğu masraflar; taraflarca kararlaştırılan ücret; edimin değeri ya da edimin iktisabına binaen iş sahibinin ekonomik varlığında meydana gelen artış ölçüt olarak belirlenebilir¹³². Sözleşmeden doğan borç hükümlerine¹³³ göre edimin iş sahibi tarafından edinildiği andaki¹³⁴ objektif değeri esas alınacaktır¹³⁵. Hartmann'a göre sözleşme ile kararlaştırılan ücret, ikame değer tespiti bakımından üst sınırı, aksi ispat edilebilir bir karine ile belirlemektedir¹³⁶.

Öğretideki baskın görüşe göre, dönme beyanından sonra beklenmedik bir olay neticesinde edim/eser zayi olursa, bu takdirde TBK m. 136/I hükmü uygulanır. Edim/eserin zayi oluşunda iş sahibinin kusuru varsa, bu takdirde iş sahibinin sorumluluğu TBK m. 112 hükmüne göre belirlenir¹³⁷. Yüklenici tarafından yöneltilen dönme beyanından sonra iş sahibince edinilen edimde bir kötüleşme veya değer kaybı meydana geldiği takdirde, iş sahibi edimin objektif değerini iade etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda edimin kötüleşmesinde herhangi bir kusurunun olup olmamasının bir önemi yoktur. İş sahibinin iade yükümlülüğü sözleşmeden doğan tasfiye kurallarına göre belirlendiği için sebepsiz zenginleşme kapsamındaki TBK m. 80 hükmü uygulama alanı bulmaz. Zira sözleşen taraflar, kendi nüfuz alanlarında

¹³² Hartmann S., **a.g.e.**, N. 223; Stauber, **a.g.e.**, N. 553.

¹³³ Önceleri Alman yargı ve öğretisi, edimin ikame değerini sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre belirlenmesi görüşünü kabul etmekteydi.

¹³⁴ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 109 OR, N. 71.

¹³⁵ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 322; Stauber, **a.g.e.**, N. 553.

¹³⁶ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 327 vd.; Stauber, **a.g.e.**, N. 553.

¹³⁷ Stauber, **a.g.e.**, N. 556.

kalan riskin sorumluluğunu taşımak durumundadır¹³⁸ . Keza iş sahibi edinilen edimi (eseri), elden çıkarması ya da başkalaştırması nedeniyle aynen iade etmesi olanaksız ise, bu takdirde edimin (eserin) objektif değerini iade etmekle yükümlüdür.

(2) Yüklenicinin Sözleşmeyi Feshetme Hakkı- (TBK m. 126 Alt. 2 Hükümü)

i. TBK m. 126 Hükümü öncesi ve Yargıtay Uygulaması

TBK m. 126 hükmünün mevcut olmadığı 818 sayılı Borçlar Kanununda bu hususun eksikliği hissedilmiş ve eser sözleşmelerinin hukuki niteliği değerlendirilerek sözleşmenin hangi ilkelere göre sonlandırılabilmesine ilişkin Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında¹³⁹ şu sonuca varılmıştır. Buna göre Yargıtay, iş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmelerini ilke olarak ani edimli sözleşmeler olarak görmektedir. Yargıtay, istisna sözleşmeleri arasında yer alan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin, müteahhidin emeğine ve masrafına dayanan sözleşmeler olduğunu, sözleşmenin ifasının genelde uzun bir zaman dilimine yayıldığını ifade etmektedir. Bu özelliği nedeniyle Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde sürekli borç ilişkilerine yönelik kuralların da gözetilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Yargıtay, daha önce de belirtildiği gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ‘*geçici-sürekli karmaşığı*’ sözleşme tanımlaması yapmaktadır. Örnek olayda, müteahhidin kusurlu temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshi halinde, hukuki sonuçları ayrı olan iki farklı kural ortaya çıkmış ve Yargıtay bu durumu somut olay üzerinden tartışmıştır. Yargıtay’a göre, aynı olay için iki bir birine zıt kuralın karşılaşması halinde, zıt kurallar karşılıklı olarak birbirlerini yok eder. Bu yok etmeden sonra da ortaya ya kanun boşluğu ya da düzenleme boşluğunun çıkar. Yargıtay ilgi kararın devamına, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, borçlunun temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda, sözleşmenin ileriye doğru mu yoksa geriye doğru mu etkili olarak sonuç doğuracağı meselesini tartışmıştır. Yargıtay’a göre, bazen inşaat sözleşmelerinin iş sahibi tarafından feshedildiği anda, kendi kusuruyla temerrüde düşen müteahhit, yapıyı o derece ileri bir seviyede inşaa etmiştir ki, böyle bir durumda, müteahhidin bu kısmi ifasının

¹³⁸ Stauber, a.g.e., N. 555.

¹³⁹ YİBK 25.01.1984 T. 1983/2 E. 1984/1 K.

karşılığı yalnızca BK 106-108 maddeleri gereği belirlenirse, iş sahibi normal şartlarda kavuşamayacağı bir imkâna kavuşmuş olur. Bu durumda da, müteahhit sadece sembolik bir karşılıkla yetinmek zorunda kalır. Oysa müteahhidin kusuru, borçlar hukuku yönünden, müteahhidin kısmi ifasının karşılığını belirleme bakımından değil, BK m. 98/2, 43 gereği iş sahibine ödemek durumunda kalacağı tazminatın kapsamını tayinde önem taşır. BK m. 106-108'in uygulanması halinde, Yargıtay'a göre, şekil yerine gelmekle beraber hak yerini bulmayacaktır. Yargıtay bu durumu, *'hakkı şekle mahkûm edecek derecede adaletle aykırı olabilecek bir durum'* olarak ifade etmiştir. Bu nedenle Yargıtay, bu gibi durumlarda kural olarak BK m. 106-108 hükümleri uygulanarak çözüm getirilmesi gerektiğini, ancak olayın niteliği ve özelliğinin haklı gösterdiği durumlarda, MK m. 2 hükümleri gözetilerek, sözleşmenin feshinin ileriye etkili sonuç doğurması gerektiğini kabul etmektedir.

Yargıtay bu ilke çerçevesinde ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yapılan iş çok ilerlerdiği durumlarda sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebileceğini kabul etmiş, bu yönde bir uygulama geliştirmiştir¹⁴⁰. Sözleşme konusu iş, büyük oranda tamamlandığı durumlarda sözleşmenin geçmişe etkili olarak sonlandırılması, çoğu zaman yüklenicinin menfaatini ciddi oranda zedeler. Bu gibi durumlarda sözleşmenin sonlandırılması ileriye etkili olarak gerçekleştirilmelidir. Sözleşmenin ileriye etkili olarak feshedilebilmesi için somut olayın nitelik ve özelliğinin bunu haklı göstermesi gerekir. İşin belirlenen sürede yüklenicinin kusuru ile tamamlanamadığı durumlarda bile akdin feshedilmesinde inşaatın tamamlanma oranı ve durumun özelliği gerektirdiği takdirde, feshin ileriye

¹⁴⁰ Yargıtay, olayın özelliği ve niteliğinin haklı gösterdiği durumlarda, TMK m. 2. hükmü gözetilerek sözleşmenin ileriye etkili sonuç doğuracak şekilde feshine; mahkemece, feshin koşullarının oluştuğunun tespiti durumunda karar verilebilir görüşündedir. İleriye etkili fesihte yüklenici yaptıklarına karşılık bedel talep edilebileceği gibi, yaptığı inşaat oranında tapudan pay verilmesini de talep edebilir. Yargıtay'a göre, ileriye etkili fesihte, sözleşmeyi iş sahibi feshetmiş olmasına rağmen, gerçekleşmiş ise, olumlu zararının yükleniciden tahsilini isteyebilir. Yargıtay'a göre, bu halde, mahkemece verilecek karar, birlikte ifa şeklinde olmalıdır. Buna göre yüklenici arsa sahibinin haklarını ödeyecek, ondan sonra tapu iptali ve tescili kararı yerine getirilecektir. Sözleşmenin ileriye etkili feshine karar verilmesi gerektiğinde; yüklenicinin işten el çektiği tarih itibarıyla yaptığı işin, tüm işe oranı tespit edilecektir. Bu tespitten ardından, bulunacak oran, sözleşmede işin tümünün ikmal ve teslimi halinde yükleniciye verilmesi kararlaştırılan bağımsız bölüm ya da arsa payı olarak belirlenen inşaat miktarına uygulanacaktır. Yargıtay, böylece yükleniciye isabet edecek bağımsız bölüm ve arsa payının saptanacağını kabul etmektedir. Y. 15. HD. 13.02.2009 T. 2008/593 E., 2009/761 K. (www.kazanci.com).

etkili sonuç doğurması kabul edildiğine göre¹⁴¹; yüklenicinin herhangi bir kusuru olmadığı durumlarda bunun *evleviyetle* kabul edilmesi lazımdır. Zira çoğu zaman akdin feshedilmesi, sözleşmeden dönmeye nazaran yüklenici açısından daha avantajlıdır.

Yargıtay, durumun gereğini takdir ederken en önemli unsur olarak, inşaatın tamamlanma oranını görmektedir. Ancak Yargıtay'ın kesin olarak belirlediği bir oran söz konusu değildir. Kimi durumda % 69¹⁴²; kimi durumda % 82¹⁴³; kimi durumda % 90¹⁴⁴ oranını sözleşmenin ileriye feshedilmesi bakımından yeterli görmüştür. Oranın değişkenliği esasında Yargıtay değerlendirmesinde yegâne unsurun inşaatın tamamlanma oranı olmadığını göstermektedir. Hakikaten somut olayın bütün koşulları ve özellikle tarafların kusur oranı dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre bir değerlendirme yapmak gerekir. Kanaatimizce birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde iş sahibinin kusuru arttıkça, inşaatın tamamlanma oranında daha düşük bir seviyeyi, sözleşmenin ileriye yönelik feshi için yeterli görmek isabetli olacaktır. Bu yaklaşım, iş sahibince sözleşmenin feshinde kanun koyucunun genel yaklaşımını yansıtan TBK m. 484 hükmü ile uygunluk arz etmektedir.

ii. TBK m. 126 Hükümünün Hukuki Niteliği ve Uygulanabilirliği

818 sayılı Borçlar Kanununda yer almayan TBK m. 126 Alt. 2 hükmüne göre "ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmelerde, borçlunun temerrüdü halinde alacaklı, ifa ve gecikme tazminatı isteyebileceği gibi, *sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini* de isteyebilir". Eser sözleşmeleri bakımından bu hükmün uygulanabilirliği tartışılmalıdır.

¹⁴¹ Cengiz Kostakoğlu, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul 2008, s. 748.

¹⁴² Y. 15. HD. 24.06.1991 T. 1991/1993-4323 K.

¹⁴³ Y. 15. HD. 10.03.2003 T. 2003/492 E. 2003/1152 K.

¹⁴⁴ Y. 15. HD. 14.01.2004 T. 2003/3057 E. 2004/88 K.

Sözleşmenin ani edimli ya da sürekli edimli olarak tanımlanması, alacaklının ifa menfaatinin bir anda gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılarak belirlenir. Alacaklının ifaya olan menfaati bir anda gerçekleştiği sözleşmeler ani edimli; alacaklının ifaya olan menfaati belirli veya belirsiz bir süreye yayılarak gerçekleştiği sözleşmeler ise sürekli edimli sözleşmeler olarak tanımlanır. Sürekli edimli sözleşmelerin, ani edimli sözleşmelerden en büyük farkı, sözleşmenin fesih yahut dönme yoluyla sona erdirildiği durumlarda, ani edimli sözleşmeler geçmişe etkili olarak sonlandırılırken; sürekli edimli sözleşmelerde o ana kadar ifa edilen edimler açısından, alacaklı menfaatine kavuştuğundan ancak o andan sonra ifa edilecek edimler yönünden sözleşme fesih yoluyla ve ileriye dönük olarak ortadan kaldırılabılır¹⁴⁵.

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin asli borcu, eseri meydana getirmek suretiyle teslim edilmesidir. Türk Borçlar Kanunundaki tanımlamaya göre bu borç, meydana getirilen eserin nihayetinde teslim edilmesine bağlanmıştır. Yoksa *sürekli sözleşme* niteliğindeki vekâlet veya hizmet akdindeki gibi belirli ya da belirsiz bir zaman süresince belirli edimlerin ifası, bizatihi borcun ifa edildiği anlamına gelmemektedir¹⁴⁶. Eser sözleşmesi, ilke olarak sürekli bir sözleşme olmadığı gibi sürekli bir borç ilişkisi de yaratmaz. Bu nedenle Türk Borçlar Kanunu, sadece belirli bir sürenin geçmesini ya da fesih beyanını, sözleşmenin *olağan yolla* ve herhangi bir tazminat sonucu olmaksızın sona erdirilmesinin bir yolu olarak öngörmemiştir. TBK m. 484 *açıkça ve sadece* iş sahibine sözleşmeyi tazminat karşılığı feshetme hakkını tanıdığından kıyas yoluyla yükleniciye bu hakkın tanınması olanaksızdır. Taraflarca sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece, yüklenici lehine *olağan* bir fesih hakkı öngörülmüş değildir.

Diğer taraftan eser sözleşmelerinden doğan borçlar, bazen sözleşmenin kurulmasından itibaren *uzun bir zaman süreci* içerisinde ifa edilebilir. Eserin meydana getirilmesi unsurundan hareketle bazı yazarlar¹⁴⁷, eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedirler. Bu görüşe göre, yüklenici,

¹⁴⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3156; Hartmann S., **a.g.e.**, N. 66.

¹⁴⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 9.

¹⁴⁷ Bkz. I. Bölüm IV. B. Başlığı.

sonucu taahhüt etmenin yanında bunun meydana getirilmesi için zamana yaygın olarak faaliyette bulunmaktadır. Bu faaliyet yüklenici açısından iş görme edimi niteliğindedir. Zamana yaygın olarak ifa edilen iş görme edimleri nitelikleri gereği sürekli borç ilişkisi olarak değerlendirilmektedir. Yüklenici tarafından edim sonucu henüz tam olarak meydana getirilmeden de iş sahibi açısından kısmen edim menfaatinin gerçekleştiği durumları dikkate alan eser sözleşmesine ilişkin kimi hükümler, sürekli edimli sözleşmelerde uygulanan kurullarla paralellik arz etmektedir.

Her ne kadar TBK m. 110'a göre borçlu, sadece borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre *sözleşmeden dönebileceği* öngörülmüşse de TBK m. 110'nun yollamasının TBK m. 126 Alt. 2 hükmünü kesin olarak kapsamı dışında bırakmak istediği sonucuna varılamaz. Kanaatimizce burada *bilinçli olmayan bir kanun boşluğu* mevcuttur. Zira öncelikle 818 sayılı Borçlar Kanununda TBK m.126 hükmü mevcut değildi. O itibarla 818 sayılı Borçlar Kanununda m. 94'e tekabül eden TBK m. 110'nun yollamasının TBK m. 126 Alt. 2 hükmünü kapsamı dışında tutması olanaklı değildir. İkinci olarak TBK m. 126 hükmünün gerekçesinden esasında TBK m. 125'de düzenlenen sözleşmeden dönme hükmünün "*ifasına başlanmış sürekli edimli sözleşmeler*" yönünden nasıl uygulanacağını öngörmektedir. Bu itibarla TBK m. 126 hükmü, TBK m. 125'de düzenlenen sözleşmeden dönme hükmünün devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir.

TBK m. 126 Alt. 2 hükmü, ifası uzun zaman alan kapsamlı eser sözleşmeleri bakımından uygulanabilir niteliktedir. Zira eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmeden doğan borcunu her ne kadar teslim ile ifa etse de, eserin meydana getirilmesi süreci belirli bir zaman dilimi içerisinde gerçekleştirilmektedir. Bu yönüyle eser sözleşmeleri sürekli edimli sözleşmelerle benzerlik arz etmekte¹⁴⁸ ve TBK m. 126 Alt. 2 hükmü belirli bir zaman dilimi içerisinde meydana getirilen eserleri konu edinen sözleşmeler bakımından uygulanabilmesinin gerekçesini oluşturmaktadır. Sürekli edimli sözleşmelerde fesih ileriye dönük hüküm ifade

¹⁴⁸ Nicklisch, **BB 1979**, s. 533; Ayrıca bkz. TBK m. 126 öncesi Yargıtay Uygulaması, III. Bölüm I. B. 4. e. (2). i.

eder¹⁴⁹. İsviçre Federal Mahkemesine göre bütün sürekli edimli sözleşmelerde önemli bir sebep nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi mümkündür¹⁵⁰. Ayrıca borçlunun temerrüdünde uygulama alanı bulan bu hükmün alacaklının temerrüdünde uygulanmamasını gerektiren hukuki bir sebep mevcut değildir¹⁵¹.

Her ne kadar eser sözleşmesi sürekli edimli sözleşme olmasa da eserin meydana getirilmesi ediminin yüklenici tarafından uzun bir zaman içerisinde ve adım adım ifa edildiği kapsamlı sözleşmelerde, iş sahibinden kaynaklanan hukuka aykırı bir sebep nedeniyle sözleşmenin yüklenici tarafından sürdürülmesinin dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenemeyeceği durumlarda, yükleniciye '*önemli sebep*' (*aus wichtigem Grunde*) nedeniyle sözleşmeyi feshetme hakkı tanınarak sürekli edimli sözleşmelerde geçerli ilkelere göre sözleşmeyi feshetme hakkına sahip olduğu kabul edildiğine göre¹⁵², temerrüde düşen ve ihtar ile verilen süreye rağmen, birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğini ifa ederek eserin meydana getirilmesini mümkün hale getirmeyen iş sahibine karşı yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkı olduğu evleviyetle kabul edilmelidir¹⁵³. Sözleşmeden dönen taraf için dönme beyanına kadar ifa edilen kısmi edim değersiz ise ve bu kişi sözleşmenin tam olarak ifa edilmesinde haklı bir menfaati var ise, bu takdirde sürekli edimli sözleşmelerde temerrüt nedeniyle sözleşmeden dönme durumunda, dönme ex nunc (ileriye etkili) değil; ex tunc (geçmişe etkili) hüküm ifade etmelidir. Bu ilkenin eser sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda uygulama imkânı bulması istisnaidir. Zira eser sözleşmelerinde yüklenicinin talep edeceği karşı edim ilke olarak paradır. Ancak, istisnaen yüklenici eseri meydana getirme borcu karşılığında para dışında bir karşı edimi talep edecek ise ve karşı edimin eserin meydana getirildiği nispetinde iktisabı yüklenici açısından değersiz ise, bu takdirde dönme, ex nunc değil, ex tunc hüküm ifade etmelidir¹⁵⁴.

¹⁴⁹ Schenker, **a.g.e.**, N. 818: Ex nunc terimi her ne kadar ileriye etkili sonuç doğurması nedeniyle henüz doğmayan edimlerin artık talep edilemeyeceğini ifade etse de aynı zamanda fesih anı itibariyle doğmuş ve fakat henüz ifa edilmemiş edimleri de kapsadığı ifade edilmektedir.

¹⁵⁰ Stauber, **a.g.e.**, N. 489.

¹⁵¹ Stauber, **a.g.e.**, N. 507.

¹⁵² Gauch, **Werkvertrag**, N. 598.

¹⁵³ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 66; Dayınları, **Temerrüt**, s. 199 vd.; Karahasan, **İnşaat**, s. 628; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, **a.g.e.**, s. 1142;

¹⁵⁴ Hartmann S., **a.g.e.**, N. 66.

Belirli bir aşamaya kadar ifa edildikleri takdirde¹⁵⁵, uzun süreli ve karmaşık eserlerin meydana getirilmesini konu edinen eser sözleşmeleri, TBK m. 126 anlamında sürekli edimli sözleşmeler kapsamında değerlendirilmelidir. Bu bağlamda iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü, borcun ifasına başlanmış eser sözleşmelerinde ihlal ettiği takdirde, yüklenici sözleşmeyi feshederek sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini talep etmekte hukukça korunan menfaati vardır¹⁵⁶. Eğer eser henüz meydana getirilmemişse ve iş sahibinin direnci nedeniyle borç ifa edilememekte ise, bu takdirde TBK m. 106, 110, 123, 125, 126 maddelerine göre sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilebilecektir. Hukuki sonuçları itibariyle TBK m. 126 hükmü, yüklenicinin ifaya olan menfaatini, yani olumlu zararını kapsamaktadır. Bu hüküm aynı zamanda, iş sahibi lehine düzenlenen TBK m. 484 hükmü ve yüklenici lehine düzenlenen TBK m. 485 hükmüyle de doğrudan paralellik arz etmektedir.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, iş sahibi kimi hususlarda gerekli işbirliğini gösterdiği ya da işbirliği gerekli olmadığı için yüklenici sözleşmeden doğan borcunun bir *kısmını ifa etmiş* olabilir¹⁵⁷. Keza iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, yüklenici açısından sadece yan edim yükümünün ifa edilememesi sonucunu doğurabilir. Bu gibi durumlarda kısmi temerrüt söz konusudur. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ifa etmemesi nedeniyle yüklenici, sözleşmeden doğan borcunun ifasına başlayamadığı takdirde mesele nasıl çözümlenecektir? İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi nedeniyle yüklenici henüz edimin ifasına başlamamışsa TBK m. 106, 110, 123, 125/II Alt. 3 maddelerine göre sözleşmeden dönebilir; kısmen edim ifa edilmişse, bu takdirde TBK m. 106, 110, 123, 126 Alt. 2 sözleşmeyi feshetmek suretiyle sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir. Bu önerimiz TBK m.126 hükmünün mevcut olmadığı İsviçre

¹⁵⁵ Bu bağlamda, Yargıtay'ın 25.01.1984 T. 1983/2 E. 1984/1 K. Sayılı YİBK'na göre geliştirdiği uygulamasının kabul ettiği kusur ve eserin gerçekleşme oranı ölçüt kabul edilebilir.

¹⁵⁶ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 17.

¹⁵⁷ Ne kadarlık bir kısmı ifada sözleşmenin ileriye yönelik olarak feshedilebileceği hususundaki kriter ve ilkeler için bkz. III. Bölüm I. B. 4. e. (2) i.: TBK m. 126 öncesi ve Yargıtay uygulaması.

Hukukundaki çözüm¹⁵⁸ ile paralellik arz ettiği gibi TBK m. 126 öncesi Yargıtay uygulaması ile de uyum içerisindedir¹⁵⁹.

iii. Hukuki Sonuçları ve Tasfiye İlişkisi

Yüklenici, TBK m. 126 Alt. 2'ye göre sözleşmeyi feshettiği takdirde, yüklenicinin karşı edim niteliğindeki ücret alacağı ile tazminat talep haklarının belirlenmesi önem arz edecektir. Sözleşmenin yüklenici tarafından feshedilmesinin gerekçesini oluşturan birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, iş sahibinin kusurlu davranışına dayanıyorsa, bu takdirde iş sahibinin ücret ve tazminat ödeme sorumluluğu, sanki sözleşme kendisi tarafından TBK m. 484 hükmüne göre feshedilmiş gibi değerlendirilmelidir¹⁶⁰. Yüklenici, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sözleşmeyi feshettiği takdirde talep edebileceği tazminat, her halükarda sözleşme iş sahibince feshedildiğinde talep edebileceği tazminattan az olamaz. Bu bağlamda yüklenici TBK m. 484'ün kıyasen uygulanması yoluyla o ana kadar eserin *meydana getirilen kısmın* ücret karşılığını ve sözleşmenin *süresinden önce feshedilmesi nedeniyle uğradığı bütün zararlarının giderilmesini* talep edebilir¹⁶¹. Yüklenicinin bütün zararları kapsamına hem karşı edim niteliğindeki ücret alacağı hem de sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararlar girer¹⁶².

Bir başka görüşe göre yüklenicinin iş sahibinden talebi gerçekte tazminat değil, ifadadır. Yüklenicinin eseri meydana getirebilmesi için iş sahibi tarafından yerine getirilmesi gereken hazırlık işlemlerinin yapılmaması nedeniyle sözleşme ifa edilemezse, tazminat TBK m. 485/II hükmüne göre hesaplanmalıdır¹⁶³.

Sözleşmenin feshi ve sonuçlarını ileriye etkili doğurması, özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde büyük önem arz etmektedir. Arsa payı devri karşılığı

¹⁵⁸ Bucher, a.g.e., s. 326; Keller/Schöbi, a.g.e., s. 294;

¹⁵⁹ Bkz. TBK m. 126 öncesi Yargıtay Uygulaması, III. Bölüm I. B. 4. e. (2). i.

¹⁶⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 598 vd.: Gauch, bu bağlamda yükleniciye '*önemli sebeple*' fesih hakkının tanınması ve tazminatın TBK m. 484'e göre hesaplanması gerektiğini savunmaktadır.; temelde aynı yönde Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 114 vd.

¹⁶¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 589.

¹⁶² Koller, **Berner Kommentar**, Art. 366, N. 331.

¹⁶³ Tandoğan, a.g.e., s. 331; Aday, a.g.e., s. 218.

inşaat yapım sözleşmelerinde asli edim yükümleri bakımından *synallagma* eser meydana getirme borcu karşılığında arsa payının devir ve tescilini taleptir. Ülkemizde şehir nüfusu hızla arttığından konut talebi ve buna bağlı olarak emlak değerleri de hızla artmakta ve yükleniciler çoğu kez kısa vadeli müstakbel ranta dayalı bu emlak artış değerini sözleşmenin akdedilmesinde karşı edim cümlesinden nazar-ı itibare almaktadırlar. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin talep edeceği karşı edim ilke olarak paradır. Ancak arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde olduğu gibi paranın dışında bir edim söz konusu olduğunda yüklenici meydana getirdiği oranda karşı edime, çoğu kez arsa payının (kat irtifakı ya da kat mülkiyeti kurulmuşsa bağımsız bölümün) devir ve tescilini talep edebilir¹⁶⁴. Özellikle kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirdiği eser nispetinde iktisap edeceği arsa payı (bağımsız bölüm) sözkonusu olduğunda durum böyledir¹⁶⁵. Yüklenicinin arsa payının devir ve tescilini talep edebilmesi için sözleşmede bu yönde açık bir hüküm olması, diğer deyişle asli edim yükümleri arasındaki *synallagma*nın eser meydana getirme karşılığında arsa payını devir olarak öngörülmüş olması gerekir¹⁶⁶. Zira eser sözleşmesinde kanuni model, eser meydana getirme karşılığında ücret talebidir.

¹⁶⁴ Yargıtay, ilgi kararında feshin kural olarak ileriye etkili sonuçlar meydana getireceğini belirtmiştir. Buna göre, feshin ileriye veya geriye etkili olması ayırımı, yüklenicinin yapımını üstlendiği inşaatı kısmen tamamlaması, fakat temerrüdü yüzünden teslim edememesi halinde tasfiyenin nasıl yapılacağı sorunu ile ilgilidir. Eğer feshin sonuçları geriye etkili olacaksa sözleşme hiç yokmuş gibi tasfiye edileceğinden yüklenici inşaatı yaptıktan sonra kısımlı arsa payı değil, sebepsiz zenginleşme hükümlerince imal ettiği inşaat bedelini alacak, fesih ileriye etkili kabul edilirse imalat oranına paralel arsa payının devrini isteyebilecektir. *Tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde kural olarak, eser sözleşmesinin feshi geriye etkili sonuç meydana getirir.* Feshin geriye etkili sonuç meydana getirmesinin anlamı, tarafların sözleşmenin yapıldığı tarihteki mal varlığına dönmeleridir. İleriye etkili fesihten farklı olarak geriye etkili fesihte yüklenici (veya ondan şahsi hakkını temlik alan üçüncü kişi) eserin getirdiği fiziki seviyeye paralel olarak bağımsız bölüm tescilini talep edemez. Yargıtay, ilgi kararına konu somut olayda olduğu gibi *fesih ileriye etkili yapılmışsa, inşaatın getirildiği fiziki seviye ne olursa olsun, yükleniciye geriye etkili fesihte olduğu gibi yaptığı işin bedeli değil, yapılan işin fiziki oranına uygun bağımsız bölüm tapusu verilmesi gerekir görüşündedir.* Y. 15 HD. 06.03.2008 T. 2008/2055 E. ve 2008/2850 K., (www.kazanci.com).

¹⁶⁵ Yargıtay, eserin zamanında bitirilmediği ve yüklenicinin henüz inşaatı tamamlamadığı bir olaya ilişkin ilgi kararında, eser tamamen bitmeden tapu verilmeyeceğine dair bir şerh sözleşmeye konulduğunda, arsa sahibinin *akit gereğince yükleniciye gerekli yardımı yapması ilkesinden hareketle* yüklenicinin yaptığı iş oranında hak etmesi gereken bağımsız bölüme tekabül eden arsa payını talep edebileceği kanaatindedir. Y. 15. HD. 29.04.1993 T. 1992/4528 E., 1993/2021 K.(www.kazanci.com).

¹⁶⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, ilgi kararında, davacı yüklenicinin *taşınmazın bir kısmının tapusunun kendisine aktarılacağına dair geçerli bir sözleşmeye dayanmadığından* ve sözleşmeye uygun olarak tapuda ayrılan yerin tümünün tapusu davalı kooperatife devir ve temlik edilmiş olduğu

(3) Yüklenicinin Sözleşmeden Dönmemesi/Sözleşmeyi Feshetmemesi Nedeniyle Tazminatta İndirime Gidilmesi -TBK m. 52-

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemek suretiyle eserin meydana getirilmesini geciktirir ise, bu halde alacaklının temerrüdüne düşer. İş sahibi alacaklının temerrüdünde bulunduğu için eserin meydana getirilmesinde gecikme olmasına rağmen yüklenici borçlunun temerrüdüne düşmeyeceği için TBK m. 119/1 nedeniyle beklenmedik halden sorumlu olmaz. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *uzun bir müddet ve ısrarla* yerine getirmeyerek yüklenicinin sözleşme gereği eseri meydana getirme borcunu ifa etmesini engellemesine, sürüncemede bırakmasına ve hatta bu suretle eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşmasına neden olabilir. Böyle durumlarda yükleniciden, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne son vermesini beklemesinin istenmesi, dürüstlük kuralı ile bağdaştırılmaz¹⁶⁷.

Yüklenicinin sözleşmeyi dönme veya fesih yoluyla sonlandırma hakkı doğduğu anda ve oranda, iş sahibinin tazminat sorumluluğu sınırlanır. İş sahibinin ilave maliyete katlanma yükümlülüğünün hukuki mantık ve gerekçesi, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunun iş sahibinin menfaati gereği devam etmesinde yatmaktadır. Eser sözleşmesinde iş sahibinin (alacaklının) temerrüdü durumunda da, yüklenici borcunu ifa etmekten kurtulmamakta, sözleşme gereği eseri meydana getirme borcu devam etmektedir. Yüklenici, iş sahibine birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesi için uygun bir mehil vermesi ve bu süre içerisinde gereğinin yapılmaması durumuna sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Bu aşamada yüklenici işin durdurulması yoluna giderse, dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin zarara uğramamasını gözetmelidir¹⁶⁸. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa

için, taşınmazın bir kısmının bedelini dahi talep edemeyeceği kanaatindedir. YHGK 16.6.2004 T ve 2004/15-344 E. ve 2004/364 K., (www.kazanci.com).

¹⁶⁷ Zeltner, a.g.e., N. 256.

¹⁶⁸ Yargıtay ilgi kararında, eser sözleşmelerinde ücret ödeme borcunun iş sahibinin asli edimi olduğu, kararlaştırılan ödemenin yapılmamış ve ödenmeyen miktarın yüklenicinin tahammül gücünü aşmış olması halinde yüklenicinin işe devam etmesinin BK m. 81 hükmü gereği istenemeyeceğini, bu gibi durumlarda yüklenicinin iş sahibinin zararına olmayacak makul bir süre işi durdurarak temerrüt varsa alacağına faiziyle ödenmesini bekleyebileceğini, hatta BK m. 106 hükmüne göre sözleşmeyi feshedebileceğini belirtmiştir. Kararın devamında, iş sahibinin ödeme zamanını geçirmesi ve temerrüde düşmesi halinde kalan tüm işin aynı bedelle yapımını istemesinin MK m. 2 hükmünde

etmeyeceği kesin olarak anlaşıldığı andan itibaren yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi gerekmektedir. Bu aşamadan sonra yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkı varken bunu kullanmayıp sözleşmeyi devam ettirmesi tamamen kendi ihtiyarındadır. Bu andan itibaren ve bu oranda iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalden doğan ilave maliyete katlanmakla yükümlü olmaz. Yüklenici sözleşmeyi sonlandırmayarak iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde eserin meydana getirilmesinin güçleşmesinden doğan bütün zararı alacaklının temerrüdü kapsamında talep edebilme hakkına sahip değildir. Yüklenici, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ‘kesin olarak’ ifa etmediğini görmesine rağmen, yukarıdaki hükümleri işletmemesi durumunda zararın artmasına kendisi sebebiyet vermiş olacağından TBK m. 52 uyarınca tazminatta indirimle gidilir.

(4) Yüklenicinin Tazminat Talebi ve Hukuki Dayanaklar

i. Genel Olarak

Alacaklının temerrüdü hükümleri, ilke olarak borçluyu borcundan kurtarma maksadına matuf olsalar da aynı zamanda ve dolaylı olarak borçlunun, alacaklının davranışından mütevellit herhangi bir zarara uğramamasını da amaçlar. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi yüklenicide muhtelif zararlara sebebiyet verebilir. Zarar, malvarlığının mevcut durumu ile zarar verici hadise vuku bulmasaydı arz edeceği durum arasındaki farktır¹⁶⁹. Zarar, malvarlığının pasiflerinin artması; aktiflerin azalması ya da kârdan yoksun kalınma şeklinde ortaya çıkar. Borcun öngörülen ifa modalitelerine uygun ifa edilmediği durumlarda ilke olarak ifaya olan menfaatin karşılığı olan müspet zarar talep edilebilir¹⁷⁰. Sözleşmenin geçerli olacağına olan güvenin boşa çıkması durumunda menfi zarar söz konusudur¹⁷¹. Sözleşmeden doğan yan yükümün ihlali nedeniyle sözleşen tarafın

düzenlenen iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağını, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle yüklenicinin işi bırakarak akdi feshetmesi nedeniyle kendisine kusur yüklenemeyeceğini vurgulamıştır, Y. 15. HD. 25.01.2005 T. 2004/2914 E. 2005/159 K., (www.kazanci.com).

¹⁶⁹ BGE 127 III 73; BGE 116 II 441.

¹⁷⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 2723.

¹⁷¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 2724.

malvarlığında bir zarar doğduğunda korunma ve bütünlük menfaatinden bahsedilir¹⁷².

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde alacaklının temerrüdüne düştüğünde yüklenici, TBK m. 110'nun yollamasıyla TBK m. 125/II'ye göre sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sözleşmeden dönme ile sözleşme ilişkisi tasfiye edilmektedir. Dönme kurumu kapsamında sözleşmenin tasfiye edilmesi, yüklenicinin *zararını* ilke olarak karşılamayacaktır. TBK m. 110 hükmüne göre "...alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Bu yollamanın TBK m. 125/II, Alt. 3'e ve TBK m. 126 alt. 2'ye göre sözleşmeyi feshetmeyi kapsadığı daha önce izah edilmişti¹⁷³. TBK m. 110 hükmündeki yollamanın borçlunun temerrüdü hükümlerinde düzenlenen tazminat hükümlerini kapsayıp kapsamadığı doktrinde tartışmalıdır.

Alacaklının temerrüdünün sadece külfet ihlali olduğundan hareket eden görüş¹⁷⁴ tazminat sorumluluğunun söz konusu olamayacağını belirtirken; doktrindeki diğer görüş, yüklenicinin TBK m. 125/III'e göre sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararı, alacaklıdan talep etme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir¹⁷⁵. Tazminatın talep edilebileceğini kabul eden yazarlar yönünden tartışma talep konusu olabilecek tazminatın niteliğindedir. Bir görüşe göre sadece menfi zarar¹⁷⁶ talep edilebilirken; diğer görüşe göre sadece müspet zarar¹⁷⁷ ve nihayet üçüncü görüşe göre ise yüklenici her iki tazminat türü¹⁷⁸ arasında seçenekli olarak tercih yapma serbestisine sahiptir. Buna göre yüklenici karşı edimi talep etmekten feragat ederek müspet zararını talep edebilir ya da sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararını talep edebilir¹⁷⁹.

¹⁷² Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 2727.

¹⁷³ Bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 4. e. (2).

¹⁷⁴ Betschon, **a.g.e.**, s. 114; Oser/Schönenberger, **Zürcher Kommentar**, Art. 95, N. 2

¹⁷⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1025 ve 1026.

¹⁷⁶ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N 17; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 95 OR N 18.

¹⁷⁷ Keller/Schöbi, **a.g.e.**, s. 294.

¹⁷⁸ Koller, **AT II**, s. 391.

¹⁷⁹ Bucher, **a.g.e.**, s. 326; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3192.

Genel olarak alacaklının temerrüdünde borçlunun tazminat talep edebilme hakkına ilişkin görüşler doktrinde bu minvaldedir. Bu tez çalışması açısından önem arz eden ve daha detaylı değerlendirilmesi gereken husus, alacaklı konumunda bulunan iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünü, ihlal etmesi durumunda borçlunun sözleşmeden dönmesi neticesinde dönmeye ilave olarak tazminat talep edebilip edemeyeceği hususudur. Bu bağlamda bu tez çalışmasında incelenen belirli birlikte hareket etme yükümlerindeki menfaat dengesi, özellikle yüklenicinin karşı edim menfaati değerlendirilmek suretiyle bir neticeye varmak gerekir. Bu değerlendirme neticesinde, bu tez çalışmasında ele alınma olanağı olmayan diğer birlikte hareket etme yükümlerinin ihlali durumlarında da geçerli olacak ilkelere ulaşmak mümkündür.

ii. Tazminat Talebinin Kabul Edilmesinin Gerekçesi

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, iş sahibi birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesi nedeniyle sözleşme ifa edilememekte, bunun sonucunda yüklenici sözleşmeden dönme hakkını kullanmaktadır. Sadece sözleşmeden dönme yüklenicinin sözleşmeden doğan haklı menfaatini korumak için yeterli değildir. Sözleşmeden dönme her ne kadar borçluyu borcundan kurtarsa da iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilmelerinden doğan zararı her durumda gidermemektedir. Dönmenin hükümlerine göre, iktisap edilen ve aynen iade edilemediği için değerine göre iadesi lazım gelen edimler her zaman zararın tamamını oluşturmaz. Çünkü burada değerine göre iade belirlenirken, borçluda meydana gelen zarara değil, alacaklının iktisap ettiği değer dikkate alınır. Bu durumda borçlu tarafından yapılan giderler, henüz alacaklı açısından iktisap edilebilir nitelikte bir edime dönüşmediği durumlarda iade kapsamında değerlendirilemeyecek ve bu giderlere zarar olarak borçlu katlanmak durumunda kalacaktır.

Örneğin yüklenici kapsamlı bir tünel ya da metro inşaatı için kullanılacak özel bir tünel açma makinesini yurtdışında imal ettirmek suretiyle Türkiye'ye ithal etmiş veya belirli bir süre kiralayarak işin yapılacağı alana intikal ettirmiş, bunun için gerekli eğitim ve kalitede özel personelleri istihdama başlamıştır. İş sahibi, haksız

olarak yer teslimini yapmadığından yüklenici sözleşmede taahhüt ettiği borcunu ifa edememiş ve nihayetinde sözleşmeden dönme durumunda kalmıştır. Bu örnekte olduğu gibi iş sahibi açısından henüz iktisap edilen bir değer olmadığından yüklenici tarafından yapılan bu giderler dönme hükümlerine göre yapılan tasfiyede talep edilemez. Oysa dönme hakkının tanınmasındaki maksat, borca aykırı bir davranış neticesinde diğer tarafın bundan zarar görmemesinin sağlanmasıdır. Bu amaca ulaşabilmek, ancak dönmenin yanında bu doğrultuda bir *tazminat hakkı* tanındığında olanaklıdır. Aksi takdirde, dönme hakkı belirli koşullar altında büyük oranda öngörülme amacını gerçekleştirmekten uzak olacaktır. Bu nedenle menfaatlerin dengelenmesi suretiyle adaletin gerçekleştirilmesi açısından yükleniciye tazminat hakkının tanınması kaçınılmaz gözükmektedir. Ancak meselenin hukuki tekniği ve kuramsal ilkeler yönünden de gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bazı işlem ve eylemler, hukuki sonuçlarını, sadece iş sahibinin hukuk alanında meydana getirmektedir. Bu nitelikteki işlem ve eylemlerin gereği gibi ve zamanında ifa edilmesi, sadece iş sahibinin yararınaadır. İfa edilmemesi, sadece iş sahibinin menfaatlerinin haleldar olması, diğer deyişle kendi lehine olan hukuki menfaatlere kavuşamaması ya da dezavantajlı konuma düşmesi neticesini doğurur. İş sahibi, bu anlamda gereğine uygun ve zamanında birlikte hareket etmese dahi, *yüklenici sözleşme ile meydana getirilmesini üstlendiği eseri meydana getirebilir, borcunu ifa edebilir*. Yüklenicinin bu anlamda menfaatleri etkilenmemektedir. Örneğin iş sahibi teslim almış olduğu *eseri gözden geçirmek ve varsa ayıplarını bildirmesi külfet niteliğindedir*. Eserin meydana getirilme sürecini *takip ve kontrol etmesi* ise, taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş sahibi açısından külfet veya borç olarak tanımlanabilecek herhangi bir yükümlülük niteliğinde değil, ilke olarak sadece *hak* niteliğindedir. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bu iş ve işlemler söz konusu olduğunda, esasında yüklenici sözleşmeden dönme hakkını dahi kullanamaz. Zira yüklenicinin herhangi bir menfaati haleldar olmamaktadır. Yüklenici, eseri meydana getirme borcunu ifa edebildiği gibi karşı edim menfaatine kavuşmasında da herhangi bir sakınca söz konusu değildir.

Buna karşılık, ücret karşılığı eserin meydana getirilmesini esas alan kanuni modelde bir eser sözleşmesi söz konusu olduğunda *diğer davranış yükümü kapsamında yapma veya verme borcu* niteliğinde olan, eserin detaylarının belirlenmesi; esere ilişkin proje, şartname ve uygulama talimatlarının verilmesi; eserin meydana getirileceği arsanın teslimi; eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemeleri temin etme; yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesi; yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanması; ön yüklenicilerin edimlerinin gereğine uygun olarak hazır edilmesi/tamamlanması; meydana getirilen eserin teslim alınması ile *yapmama borcu* niteliğinde olan yükleniciyi olası zararlardan koruma borcu niteliğindeki birlikte hareket etme yükümlerinin ihlali *her durumda* borcun gereği gibi ifa edilmemesi anlamında TBK m. 112 hükmünün ihlalini oluşturur. Kanaatimizce somut durumun bu nevi bir menfaat dengesi arz ettiği durumlarda iş sahibinin tazminat talep hakkı mevcuttur¹⁸⁰. Esasında bu çözüm, eser sözleşmesinde alacaklı/iş sahibi temerrüdünün bir nevi özel bir düzenlemesini oluşturan TBK m. 485/II hükmüyle de paralellik arz etmektedir¹⁸¹. Bu nedenle, en azından eser sözleşmesinde iş sahibinin borç niteliğindeki birlikte hareket etme yükümlünün ihlalinde TBK m. 110 hükmünün yaptığı yollamayı, TBK m. 485/II hükmünün ratio legisi ve ışığı doğrultusunda yorumlamak ve tazminat talebinin mevcut olduğunu kabul etmek gerekir.

iii. Tazminat Talebinin Koşulları

Tazminat sorumluluğunun olmazsa olmazı, borca aykırı davranış nedeniyle ortaya bir zararın çıkmasıdır. Bu bağlamda ortaya çıkan zararın da karşılanması gerekmektedir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ifa edilmemesi nedeniyle yüklenicinin tazminat talebinde bulunabilmesi için ortaya çıkan zarar, iş sahibinin

¹⁸⁰ Aynı yönde, Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 290 ve 291: “Pensip itibariyle alacaklı temerrüdü sorumluluğa yol açmaz...Fakat borcun ifasını kabul alacaklı açısından bir *borç* sayılabildiği nisbette, fesih halinde tazminat da istenebilir.”; Serozan, **İfa**, s. 146: “alacaklı temerrüdünün borçluya somut bir zarar verdiği ve borçlunun bir tazminat istemine kavuşturulmasının adalete ve amaca uygun düştüğü durumlarda, alacaklı temerrüdünün aynı zamanda *borçlu temerrüdüne* ya da “*sözleşmenin müspet ihlaline*” yol açtığı kabul edilir. Böylece, borçluya bu dolambaçlı yoldan yine de bir tazminat istemi ya da dönme hakkı sağlanır... verdiği söze uygun olarak arsadan enkazı zamanında toplamayan alıcı, bu yüzden inşaatı geciktiriyor...”.

¹⁸¹ Benzer yaklaşımla tazminat talebini olumlayan, Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1026.

alacaklının temerrüdüne düşmesinin uygun sonucu olmalıdır. Somut olayda ortaya çıkan zarar doğurucu sonuç, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin uygun ve doğal sonucu olmalıdır. İş sahibinin davranışı ile zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına göre "...bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu nedenle de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine bağlıdır..."¹⁸³. Keza Yargıtay'ın müstakar içtihadına göre "bir olay hayattaki genel deneyim ve olayların doğal akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur; olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır"¹⁸⁴. Aşağıda verilen örneklerden anlaşılacağı üzere iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifasında alacaklının temerrüdüne düşmesi, yüklenici açısından muhtelif zararların uygun illiyet bağı kapsamında sebebi olabilir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifasında alacaklının temerrüdüne düşmesi için kusur gerekli olmadığı gibi "borca aykırılık" da gerekli değildir. Külfet ihlali, alacaklının temerrüdü için yeterlidir. Ancak, yukarıda izah edildiği üzere¹⁸⁵, bunun sonucunda ortaya çıkan zarardan iş sahibinin sorumlu olması için kusurlu olarak borca aykırı bir davranış olması gerekir. Bu borç, asli edim borcu olmak zorunda değildir. Somut duruma ve sözleşme ilişkisine göre dürüstlük kuralından doğan diğer davranış yükümünün (yapma veya verme borcu niteliğinde ifaya yardımcı yan yüküm ya da koruma yükümü) ihlali olabileceği gibi müstakilen ifası talep ve dava edilebilen yan edim yükümünün ihlali de söz konusu olabilir. Kanaatimizce birlikte hareket etme yükümlerinin ihlali borcun gereği gibi ifa edilmemesi anlamında TBK m. 112 hükmünün ihlalini oluşturduğu durumlarda TBK m. 110'nun yaptığı yollama nedeniyle uygulama alanı bulan hükümlerin uygulama şartları, borçlunun temerrüdünde geçerli olduğu kadar alacaklının temerrüdünde de

¹⁸³ BGE 132 III 715, 718; BGE 129 V 177, 181.

¹⁸⁴ Y. 4. HD. 13.9.1988 T. 4147 E. ve 7408 K.

¹⁸⁵ Bir önceki başlık, ii.. Tazminat talebinin kabul edilmesinin gerekçesi.

geçerlidir¹⁸⁶. İş sahibinin tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusurlu olması şarttır. Zira TBK m. 125/II ve 126 hükümlerine göre tazminat sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için kusur şarttır. Ayrıca TBK m. 110 hükmü açıkça ‘...borçlunun temerrüdü hükümlerine göre...’ ifadesini içermekle TBK m. 125/II ve 126 hükümlerinin uygulama şartlarının aynen geçerli olacağını vurgulamaktadır.

TBK m. 125/III uyarınca borçlu temerrüde düşmede kusurlu olmadığını ispat etmekle yükümlüdür¹⁸⁷. Genel ispat yükümlülüğünden aradaki sözleşmesel bağ nedeniyle ayrılan ve borçluya kusurlu olmadığını ispatını yükleyen bu hüküm, TBK m. 112 hükmüyle paralellik arz etmektedir¹⁸⁸. Eserin meydana getirilmesi açısından alacaklı konumunda bulunan iş sahibinin temerrüdünde iş sahibinin tazminat sorumluluğu için aynı zamanda TBK m. 112 anlamında borca aykırılık gereklidir. Alacaklının temerrüdü şartlarına eklenilerek¹⁸⁹ uygulama alanı bulan TBK m. 112 hükmünün uygulama şartlarında herhangi bir değişiklik söz konusu olmaz. Bu bağlamda iş sahibi kusurlu olmadığını ispat etmediği müddetçe ortaya çıkan zararı tazmin ile yükümlüdür. Ancak eserin meydana getirilmesi ediminin borçlusu yüklenicidir. Bu borcunu, kusuru olmaksızın ifa edemediği iddiasını ileri sürecektir kişi yüklenicidir. Bu nedenle *öncelikle*, iş sahibinin temerrüdü olgusuna dayanarak lehine diğer hakların yanında tazminat talep hakkı türeten yüklenici, sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi borcunun iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle ifa edilemediğini, bunun neticesinde ortaya zarar çıktığını ve kendisinin TBK m. 112 anlamında herhangi bir kusurunun mevcut olmadığını ispat edecektir. *Ancak bundan sonra iş sahibi*, eser sözleşmesinin icrasına engel olmamak olarak tanımlanan temel ilkeye aykırı davranmadığını, eserin meydana getirilememesinde kendisine atfedilebilir (olumlu veya olumsuz) iradi bir davranışının söz konusu olmadığını ya da bu durumu objektif bir ihmal ile yaratmadığını ispat edecektir.

¹⁸⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3195.

¹⁸⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 2809.

¹⁸⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 418.

¹⁸⁹ Serozan, **İfa**, s. 147.

iv. Menfi Zarar Talebi

Öğreti’de müelliflerin ekseriyeti ve İsviçre Federal Mahkemesinin istikrarlı içtihadına göre TBK m. 125/II alt. 3’e göre sözleşmeden dönme halinde ancak menfi zarar talep edilebilir¹⁹⁰. Menfi zarar, sözleşmenin geçerliliğine duyulan güvenin boşa çıkması yüzünden uğranılan zararı ifade etmektedir¹⁹¹. Bu bağlamda menfi zarar, zarar verici olay olmasaydı alacaklının içinde bulunacağı durumun tazminat yoluyla yeniden sağlanması ve bu sayede malvarlığındaki azalmanın giderilmesini amaçlar¹⁹². Yüklenici, iş sahibi ile yapmış olduğu sözleşme nedeniyle üçüncü kişi ile oldukça cazip bir sözleşme akdetme olanağından yoksun olduğunu ispat edebildiği durumlarda menfi zararı talep etmesi, müspet zarara nazaran daha yararına olabilir¹⁹³. TBK m. 110 hükmü, “...borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönülebileceğini ifade etmektedir. Yukarıda izah edildiği üzere sözleşmeden dönme halinde yüklenici dönme ile gerçekleştirilen tasfiye ilişkisinde kapsam dışında kalan zararlarının tazminini, birlikte hareket etme yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal eden iş sahibinden talep edebilir. TBK m. 125/III hükmü açıkça sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğranılan zararı tanımlamak suretiyle menfi zararı kastetmektedir.

Menfi zarar, fiili zarar ile kaçırılan fırsatlardan oluşmaktadır¹⁹⁴. Malvarlığın mevcut safi durumunda zarar görenin iradesi dışında meydana gelen azalmaya, fiili zarar denir. Fiili zarar kavramı içerisinde müteakip zarar kalemleri değerlendirilir. Sözleşmenin yapılması masrafları¹⁹⁵, örneğin noter ve damga vergisi giderleri¹⁹⁶;

¹⁹⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. OR N. 8; Hartmann S., **a.g.e.**, N. 738.

¹⁹¹ Bucher, **a.g.e.**, s. 342.

¹⁹² Serkan Ergüne, **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008, s. 38.

¹⁹³ Klaus Lüchinger, **Schadenersatz im Vertragsrecht**, Dissertation Freiburg 1999, N. 309.

¹⁹⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1057; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 343.

¹⁹⁵ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3128.

¹⁹⁶ Yargıtay, yüklenicinin makbuzlarla yatırdığı karar pulu, damga pulu ve sözleşme bedelinin onbinde beşi oranında ödemelerin istirdadını talep ettiği konu olayda, söz konusu alacak kalemlerinin sözleşmenin karşı tarafça yerine getirileceği inancıyla resmi kurumlara yatırılmış giderler olduğunu, güvenin boşa çıkması sebebiyle uğranılan eylemli zarar ya da menfi zarar niteliğinde olduğunu, iş sahibinin temerrüdü ve kusuru sebebiyle sözleşme feshedildiğinden davacı yüklenicinin BK m. 108/1 hükmüne göre menfi zararlarının da ödetilmesini isteyebilir. Y. 15. HD. 02/05/2011 T., 2010/2716 E., 2011/2614 K., (www.kazanci.com).

sözleşmenin ifa edileceği inancı içerisinde yapılan giderler¹⁹⁷, örneğin bina inşa edileceği inancıyla mevcut binanın yıkılması giderleri; sözleşmeden dönülmesi işlemi kapsamında yapılan giderler¹⁹⁸, örneğin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sözleşmenin ifa edilemediğinin mahkeme veya ilgili otorite tarafından tespitinin sağlanması için yapılan giderler ile bu kapsamda doğan yargılama giderleri; sözleşmeden dönülmesi nedeniyle yüklenicinin üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan cezai şartlar, örneğin yüklenicinin taşeronlar ile yaptığı sözleşmeler nedeniyle borcun ifa edilmemesinden mütevellit ifa yerine geçen cezai şartlar; yüklenici tarafından iş sahibine sözleşmenin geçerli olacağı inancıyla ve sözleşme gereği sağlanan yararlar²⁰⁰, örneğin kat karşılığı inşaat sözleşmesinde yeni bina yapılana kadar iş sahibinin muadil bir konutta ikameti için yüklenici tarafından ödenen kira giderleri; yüklenici tarafından sözleşmenin ifa edileceği inancı ile sözleşme kapsamında iş sahibine verilen ve iadesi fiiline mümkün olmayan diğer varlıklar, örneğin uygulamada sıkça rastlandığı üzere başka bir taşınmazdan verilen bağımsız bölümün iş sahibi tarafından üçüncü kişiye devir ve tescil edilmesi; sözleşmeden dönme nedeniyle gerçekleştirilen tasfiye nedeniyle doğan diğer giderler.

Menfi zarar kapsamında yüklenici, kaçırılan fırsatlar nedeniyle doğan zararları da talep edebilir. Eser sözleşmenin usulüne uygun ifa edileceği düşüncesiyle daha elverişli koşullarda üçüncü kişilerle sözleşme yapma fırsatlarından yoksun kalınması nedeniyle doğan zararlar bu kapsamda değerlendirilir²⁰¹.

v. Müspet Zarar Talebi

TBK m. 110 hükmünün borçlunun temerrüdü hükümlerine yaptığı gönderme sadece TBK m. 125 hükmüne göre dönmeyi değil; kanaatimizce aynı zamanda TBK m. 126 hükmüne göre sözleşmeyi feshetmeyi de kapsamaktadır²⁰². Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yüklenici, sözleşmeyi TBK m. 126 hükmüne

¹⁹⁷ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3128.

¹⁹⁸ Vedat Buz, **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998, s. 245.

²⁰⁰ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3128.

²⁰¹ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3128.

²⁰² Gereçlendirme için bkz. III. Bölüm I. B.4. 4. e. (2). i. ve ii.

göre feshedebildiğine göre fesih yoluyla sözleşme ilişkisinin sonlandırılmasında vaki zararların tazminini sağlayan müspet zararın da istenebilmesi gerekir. Nitekim TBK m. 126 hükmü açıkça "...sözleşmeyi feshederek, sözleşmenin süresinden önce sona ermesi yüzünden uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir..." öngörmektedir.

Diğer taraftan bazı durumlarda yüklenici üçüncü kişi ile daha cazip imkânlarla yapacağı sözleşmeyi ispat olanağına sahip olmayabileceği gibi bizatihi iş sahibi ile yapmış olduğu sözleşmenin ifasındaki menfati daha yararına olabilir. Bu gibi durumlarda müspet zararın talep edilmesi yüklenicinin lehinedir. Bu nedenle iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi, ancak zararları karşılandığı takdirde anlam kazanmaktadır. Yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi özellikle *belirli bir aşamaya geldikten* sonra, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş veya işlemin ifasını yapmayarak eserin tamamlanmasını ve bu surette yüklenicinin karşı edim niteliğindeki ücrete hak kazanmasını engelleyememesi gerekir. Yüklenici sözleşmeyi akdederken amacı, sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararı talep etmekten ziyade, sözleşmeyi ifa etmek suretiyle karşı edime hak kazanmaktır. Yükleniciye TBK m. 126 hükmü ile sözleşmenin feshi neticesinde müspet zararın tazminini talep hakkı tanınmadığı takdirde, yüklenici sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararı talep hakkı ile kısıtlanacaktır. Fiili zararın ötesinde özellikle yoksun kalınan kâr yönünden menfi zararın ispatı çoğu zaman güçtür. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemler *borç* olarak tanımlanabildiği takdirde, borçlunun temerrüdünde alacaklıya tanınan sözleşmenin ifa edilmemesinden mütevellit müspet zararın, alacaklının temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshedilebildiği durumlarda borçluya tanınmaması için herhangi bir makul sebep mevcut değildir. Borçlunun temerrüdünde bu hak alacaklıya tanınırken, alacaklının temerrüdünde borçluya tanınmaması esaslı bir çelişki arz etmektedir²⁰³.

²⁰³ Denilebilir ki bu takdirde yüklenici lehine aynen ifa ve tazminat talebi de kabul edilmelidir. Oysa daha önce izah edildiği üzere, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş ve işlemleri, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, diğer davranış yükümü niteliğindedir. Bu nedenle hukuki tabiatı gereği, aynen ifası dava marifetiyle talep edilemez. Ancak daha önce vurgulandığı üzere yüklenicinin karşı edimi biricik nitelik arz ettiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde durum farklıdır. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. Başlığı.

Vurgulamak gerekir ki, bu çözüm eser sözleşmesi kurumunda düzenlenen diğer hükümlerle paralellik arz etmektedir. İş sahibinin arsası üzerine yapılan inşaatlarda aşırı zarar gerekçesiyle sözleşmeden dönülemeyeceğini öngören TBK m. 475/II hükmü; yaklaşık bedelin aşıldığı durumlarda henüz eser tamamlanmamışsa, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmenin feshedilebileceğini öngören TBK m. 482/II hükmü; eser tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığı ödenmek ve bütün zararların karşılanması koşuluyla sözleşmenin feshedilmesini öngören TBK m. 484 hükmü; eserin tamamlanmasının iş sahibi yüzünden imkânsızlaştığı durumlarda yapılan işin değeri ile bu değere girmeyen giderlerin istenebileceğini düzenleyen TBK m. 485 hükmü; yüklenicinin ölümü veya aczi nedeniyle sözleşmenin sona erdiği durumlarda eserin tamamlanan kısmından yararlanmak olanaklı ise kabul edilerek karşılığının verilmesini öngören TBK m. 486 hükmü bu doğrultudadır. Bu nedenle, somut olayın koşullarına göre yüklenici menfi zararı talep edebileceği gibi alternatif olarak müspet zararı da talep etme hakkına sahiptir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sözleşme konusu eserin meydana getirilmesinin tamamlanamadığı durumlarda yüklenici sözleşmeyi feshetmek suretiyle müspet zarar talebinde bulunabilir²⁰⁴. Müspet zarar, sözleşme usulüne uygun olarak ifa edilseydi yüklenicinin malvarlığının arz edeceği durum ile hali hazırda arz ettiği durum arasındaki fark kadardır. Bu anlamda zarar, yüklenicinin sözleşmeyi ifa etmekten haksız olarak alıkonulması neticesinde ortaya çıkan kâr mahrumiyeti olarak da tanımlanabilir²⁰⁵. Zarar belirlenirken ilke olarak karşı edim miktarı esas alınacak, bu rakamdan yüklenicinin borcu ifa etmek durumunda kalmaması nedeniyle tasarruf ettiği miktar ile başka şekilde iktisap

²⁰⁴ Koller, **AT II**, s. 304.

²⁰⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda mevzii imar planı değişikliğinin mahalli belediye'deki idari işlemlerin uzamasından dolayı yükleniciye herhangi bir kusur atfedilemeyeceği, bu durumda, iş sahibince sözleşmenin haklı nedenlerle feshedildiği kabul edilemeyeceği, sözleşmenin ifası mevzii imar planının yapılmasına bağlanmış olduğundan, bu konudaki gecikme sözleşmenin feshi nedeni olarak ileri sürülemeyeceği, davalının fesih bildirimini haklı nedenlere dayanmadığından sözleşmeye aykırılık sayılacağı ve **yüklenicinin bu yüzden uğradığı kazanç yoksunluğu tazminatının ödenmesini isteyebileceği belirtilmiştir**. Kararın devamında tazminat tutarının yüklenicinin uğradığı kazanç kaybına göre belirleneceği vurgulanmıştır. YHGK 16.6.2004 T., 2004/15-344 E., 2004/364 K., (www.kazanci.com).

ettiği²⁰⁶ ya da iktisap etmekten kasten feragat ettiği miktarlar düşülecektir²⁰⁷. Bu rakam yüklenicinin ifaya olan menfaatini ortaya koymaktadır²⁰⁸.

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin talep edeceği karşı edim ilke olarak paradır. Ancak arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde olduğu gibi paranın dışında bir edim söz konusu olduğunda, yüklenici payına düşen taşınmazı satmak suretiyle elde edeceği kârı da kaçırılan fırsat kalemi altında talep edebilir.

Sözleşme feshedilmeden önce iş sahibi alacaklının temerrüdünde bulunması nedeniyle doğan zararlar da talep edilebilir. Yüklenici, sözleşmenin feshedilmesinden evvel eseri meydana getirme kapasitesini ve hâlihazırda meydana getirildiği kadar eseri korumak için yapmış olduğu giderleri de talep etme hakkına sahiptir. Bu kapsamda doğan zararın hesabında birlikte hareket etme yükümlülüğünün *geç ifa* edilmesi nedeniyle yapılan açıklamalar geçerlidir²⁰⁹.

C. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlalinde İfa Davası

1. Genel Olarak

Aşağıda uygulama şartları ile detaylı bir şekilde inceleneceği üzere, iş sahibi TBK m. 484 hükmüne göre eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir. İş sahibi sözleşmeyi bu hükme göre feshetmeksizin ve fakat eserin meydana getirilmesi için gerekli birlikte hareket etme yükümlülüklerinin ifasından

²⁰⁶ Yargıtay konu olayda iş sahibinin temerrüdü halinde yüklenicinin sözleşmede öngörülen alacak ve tazminatı istemek hakkına sahip olduğunu, ancak yapmadığı işlerden dolayı tasarruf ettiği yahut diğer bir işten kazandığı, hatta kazanmaktan kasden feragat eylediği şeyleri alacağa mahsup ettirmeye mecbur olduğu belirtilmiştir. Y. 15. HD.24.10.1989 T. ve 1989/1398 E. Ve 1989/4437 K., (www.kazanci.com).

²⁰⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda iş fiilen işveren tarafından durdurulmuştur. İş sahibinin tek taraflı olarak inşaatı durdurması yüzünden yüklenici uğradığı her türlü zarar ve ziyanını isteyeceğini bildirmiş ve sözleşmenin feshinde ve tasfiyesinde kendi muvafakatının olmadığını, buna işverence haksız olarak zorlandığını açıklamıştır. Kararda, yüklenici, durdurma sebebi ile kendisine yaptırılmayan kalan işlerden ötürü kâr yoksunluğu tazminatı isteyebileceği, ancak, kâr mahrumiyeti hesap edilirken, BK m. 325 gereği yüklenicinin bu işi yapmadığından dolayı tasarruf ettiği veya kazanmaktan kasten feragat eylediği şeyin mahsup edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. YHGK 15.05.1996 T., 1996/15-208 E., 1996/324 K., (www.kazanci.com).

²⁰⁸ Elisabeth Glaetli, **Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 OR**, Dissertation, Zürich 1998, s. 184.

²⁰⁹ Detaylar ve gerekçelendirme için bkz. III. Bölüm II. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesi Başlığı.

imtina ettiği durumlar söz konusu olabilir. Yüklenici, iş sahibi birlikte hareket etmeksizin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu ifa edemezse, bu halde iş sahibini dava ve gerektiğinde cebri icra marifetiyle birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifaya zorlayabilir mi?

Alman Hukukunda kimi yazarlar, BGB § 642 hükmünün hukuki nitelik olarak külfet tanımlamasından hareketle, birlikte hareket etme yükümlülüğünün dava ve cebri icra marifetiyle ifasının talep edilemeyeceği kanaatindedir²¹⁰. Buna göre yüklenicinin *haklı menfaati korunduktan* sonra iş sahibi dilediği zaman eserin meydana getirilmesinden feragat etme hakkına sahiptir²¹¹. Buna karşılık, Müller-Foel ile Nicklisch'e göre iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü *tarafarca sözleşmede gerçek anlamda bir borç olarak düzenlendiğinde* bunlar dava konusu edilebilir²¹². Keza hakkın korunması amacıyla ihtiyati tedbir yoluna da müracaat edilebileceği kanaatindedirler²¹³. Yüklenicinin sözleşme ile karşılaştırılan eserin meydana getirilmesinde *özel bir menfaatinin* söz konusu olduğu durumlarda bunu açık sözleşme hükmü haline getirmesi gerektiğini, aksi takdirde kanunun tanıdığı ve koruduğu ücret talep hakkıyla yetinmek durumunda kalacağını ifade etmektedirler²¹⁴. Kanaatimizce açık bir sözleşme hükmü mevcut olmasa dahi, dürüstlük kuralına göre sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da bu neticeye varılabilir. Özellikle ülkemizde yaygın bir uygulamaya sahip olan arsa payı satışı vaadi karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin *aynen ifayı talep hakkı* olduğu kabul edilmektedir. Ülkemizde mevcut yaygın uygulamadan doğan özel önemine binaen bu mesele müteakiben daha teferruatlı olarak incelenmiştir²¹⁵.

²¹⁰ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 18.

²¹¹ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 18.

²¹² Aynı yönde Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 114.

²¹³ Nicklisch, **BB 1979**, s. 542; Müller-Foel, **a.g.e.**, s.116; aksi görüşte Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 32.

²¹⁴ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 19.

²¹⁵ Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. Başlığı.

2. Dava Hakkı Talebinin Gerekçesi

Alman²¹⁶ ve İsviçre²¹⁷ öğretisinde bazı yazarlar, yüklenicinin *sözleşmenin ifasında* ideal veya maddi mülahazalara dayalı *özel bir menfaati* olması durumunda, bu hakka sahip olması gerektiği kanaatindedirler²¹⁸. Sözleşme konusu eserin çok özel sanatsal veya teknik niteliklerde olması yüklenicinin idealizm kaynaklı mülahazasını teşkil edebilir²¹⁹. Büyük yapıların inşasına ilişkin eser sözleşmeleri, yüklenicinin ticari varlığı ve geleceği için belirleyici önemdedir. Zira büyük projeleri konu edinen eser sözleşmelerinde meydana getirilecek eserin aşamalarına ilişkin pürüzsüz bir ifa süreci aynı zamanda düzenli bir nakit akışı anlamına gelir ki proje ve nakit akışının hacmi dikkate alındığında bu durum yüklenici için hayati önem taşıyabilir. Yüklenici, bütün kapasitesini bir projeye yatırdığı durumlarda, işin pürüzsüz olarak ifa edilebilmesi, yüklenicinin ticari kaderini belirleyebilecek kadar önem arz edebilir. Bu nevi büyük yapı projelerini konu edinen eser sözleşmelerinin ifa edilmek suretiyle tamamlanması yüklenici açısından müteakip siparişler alabilmek için büyük önemdedir²²⁰. Başarıyla tamamlanan her iş yüklenici için etkili bir reklam²²¹ olmanın ötesinde aynı zamanda iş bitirme belgesi olarak daha yüksek hacimli ihalelere katılabilme hakkını da sağlar²²². Keza bu tür büyük projelerin pürüzsüz olarak ifa edilebilmesi yüklenicinin iş yapma kapasitesini ve personelini²²³ muhafaza etmek açısından da önem taşır. Ayrıca, bu tür büyük projeleri yüklenici ilke olarak yalnız başına ifa etmez. Genellikle alt yüklenicileri işin içine dâhil etmek durumunda kalır ki bu kişilere karşı da hukuken sorumlu olur²²⁴. Bütün bu hususlar

²¹⁶ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 102 vd; Zeltner, **a.g.e.**, N. 268.; aksi görüşte, Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 18.

²¹⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 585: Bu gerekçeyle iş sahibinin tek taraflı tazminat karşılığı fesih hakkının kaldırılabilirliğini ifade etmektedir.

²¹⁸ Mathias Preussner, ‘‘Die Pflicht zur Kooperation- und ihre Grenzen’’, **Festschrift für Reinhold Thode zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 80.

²¹⁹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 60.

²²⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 585.

²²¹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 60.

²²² Yüklenicinin kamu ihalelerine katılma yeterliliği, müteahhitlik karnesine göre belirlenir. Müteahhitlik karnesi, fiilen gerçekleştirilen iş bitirmeye göre yükseldiğinden işin fiilen ifa edilmesinde yüklenicinin korunmaya değer bir hukuki menfaati vardır. Bu menfaatin mevcudiyeti aşikar olmasına rağmen, müstakbel nitelikte olması nedeniyle para ile takdir ve ikame edilmesi oldukça güçtür.

²²³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 585.

²²⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 268.

birlikte değerlendirildiğinde, yüklenicinin eserin bizatihi meydana getirilmesinde ücrete kavuşmanın ötesinde menfaatleri olabileceğini ortaya koymaktadır.

3. Dava Hakkının Tanınmasında –Özellikle Uygulamadan- Doğan Güçlükler

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlaline, yükleniciye dava ve cebri icra hakkı tanınması yoluyla uygun bir hukuki yaptırım uygulanabileceği hususu, işin uygulaması dikkate alındığında, tartışmalıdır. Öncelikle aynen ifaya ilişkin bir davanın açılmış olması, taraflar arasındaki güveni temelden sarsmak suretiyle eserin meydana getirilmesine ilişkin ifa sürecini esaslı surette sıkıntıya sokar²²⁵. Ayrıca yargılama süreçlerinin zamansal ve parasal maliyeti dikkate alındığında, bu hukuki mekanizmanın inşaat süreçlerinin gerçekleriyle çoğu zaman uyumlu olmadığı tespit edilir. Bu yönüyle değerlendirildiğinde, yükleniciye tanınacak bir dava hakkının eserin meydana getirilmesi noktasında etkili bir hukuki yöntem olduğu hususu tartışmalıdır. İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğüne riayet etmediği takdirde, bundan doğan her türlü maliyet artışları ve zararları karşılamak durumunda kalması, daha esaslı bir yaptırım olabilir. Ancak bu bağlamda eser sözleşmesinde borcun bizatihi ifa edilmemesinden dolayı yüklenicinin karşı edim niteliğindeki ücret talep hakkının ötesindeki –sözgelimi olumsuz reklam-zararının tespiti çok güçtür²²⁶. Diğer taraftan yüklenicinin sözleşmenin ifasında *özel bir menfaatinin* olduğu durumlarda dahi, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü kesin ve nihai olarak yerine getirmekten imtina ederse, yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Zira TBK m. 484'e göre iş sahibi bu gibi özel projeleri konu edinen sözleşmeleri de herhangi bir gerekçe göstermeksizin dilediği zaman tazminat karşılığı feshetme hakkına sahiptir. Meğer ki taraflar, aksini sözleşme ile kararlaştırmış olsunlar²²⁷. Ancak vurgulamak gerek ki, iş sahibinin TBK m. 484 hükmüne göre sözleşmeyi feshetme hakkı açık bir sözleşme hükmü ile

²²⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N.269.

²²⁶ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 60.

²²⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 270.

kaldırıldığı veya sözleşmenin yorumundan bu neticeye varılabildiği durumda yüklenicinin aynen ifayı talep hakkı mevcut olduğu kabul edilebilir²²⁸.

4. İş ve İşlemin Hukuki Niteliğine Göre Yapılan Değerlendirmeler

Kanunda açıkça düzenlenmeyen ve dürüstlük kuralından doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü söz konusu olduğunda bunun müstakil olarak ifa davasına konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Gerçek ve teknik anlamdaki borçların aksine, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifa davasına konu olabileceği durumlar istisnai niteliklidir. *İlke olarak birlikte hareket etme yükümlülüğü, teknik anlamda asli edim yükümü niteliğindeki sözleşmeden doğan borç ile külfet arasında yer alan diğer davranış yükümü*²²⁹ *niteliğindedir*²³⁰. Bu nedenle müstakil nitelikte bir davaya konu olmaları söz konusu değildir. Ancak somut olayın koşulları dikkate alındığında sözleşme amacının ve tarafların menfaatinin değerlendirilmesi suretiyle müstakil bir dava hakkı söz konusu olabilir. İstisnai durumlarda somut olayın özellikleri dürüstlük kuralına göre değerlendirildiğinde dava hakkının yükleniciye tanınması gerekli ve ölçülü olduğu durumlarda bu hakka cevaz verilmelidir. Somut olayın bütün unsurları birlikte değerlendirildiğinde yüklenicinin sözleşme ile talep etmeye haklı olduğu *karşı edim menfaati* başka bir şekilde yeterli derecede korunamıyorsa, bu takdirde kendisine aynen ifayı talep hakkının tanınması gereklidir. Davaya konu olacak birlikte hareket etme yükümlülüğü, somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde olabilir.

Diğer taraftan koruma yükümü niteliğindeki yan yükümlerin dava edilebilirliği tartışmalıdır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü sadece ve genel olarak sözleşmenin ifa edileceği taahhüdüne dayanmaktaysa, bu takdirde dava konusu edilemez. Ancak, somut olayda birlikte hareket etme yükümlülüğü aynı zamanda bir somut koruma yükümü niteliğinde ise davaya konu olabilir²³¹. Bazı

²²⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1345.

²²⁹ Diğer tasniflerin tanımlamasına göre müstakil olmayan yan yüküm ya da bağımlı yan edim yükümü terimi tercih edilmektedir.

²³⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 347.

²³¹ Hartmann, **Mitwirkung**, s. 63.

yazarlara göre ise sözleşmeden doğan asli edim yükümü gibi koruma yükümleri de borç ilişkisi kapsamında değerlendirilir ve dava konusu edilebilir²³². İlke olarak sadece ifası kabil edimler, dava konusu edilebilirler. Bu anlamda koruma yükümü niteliğinde birlikte hareket etme yükümleri aynen ifa davasına konusu edilemez²³³.

Koruma yükümünün dava edilemezliği, çoğu kez koruma yükümünün kendine özgü yapısal niteliğinden ötürü uygulanamaz olduğu gerekçesiyle savunulmaktadır. Gerçekten koruma yükümü, diğer tarafın hukuki varlık ve menfaatlerinin sözleşenin alanından doğacak sebeplerle zarara uğramasının engellenmesi şeklinde genel ve soyut nitelikli bir yükümlülüktür. Bu haliyle somut hukuki yarar ortaya koyulmadığından davaya konu olabilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan koruma yükümü kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durum söz konusu olduğunda, çoğu kez dava açılmak suretiyle gerekli önlem alınmadan zarar doğmuş bulunur. Ancak, koruma yükümünün gerçek hayattan kaynaklanan sebeplerle dava yoluyla uygulamasının güçlüğü, bunun her durumda ve kesin olarak dava konusu olamayacağı anlamına gelmez. Zira uygulama güçlüğü, koruma yükümünün hukuk dogmatığı açısından esaslı bir unsur değildir. Pekala sözleşen tarafın hukuki varlıkları belirli bir zaman dilimi içerisinde sürgit bir tehlikeye maruz kalabilir. Bu gibi durumlarda koruma yükümü kapsamında dava açılması ve hukuki varlıkların korunması olanaklıdır.

5. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

TBK m. 470 vd. düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerinde iş sahibini birlikte hareket yükümlülüğünde ifaya dava ve icra yoluyla zorlanabileceğine ilişkin bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. Bu nedenle taraflar, aksini sözleşme ile kararlaştırmadığı sürece, kanuni modele göre tanzim edilen *tipik* bir eser sözleşmesinde ilke olarak yüklenicinin iş sahibini dava yoluyla birlikte hareket etmeye icbar etmesi mümkün değildir.

²³² Medicus, **Schuldrecht AT**, N. 424.

²³³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 41.

Taraflar sözleşme ile yükleniciye bu nevi bir dava ve icra hakkını tanıma hakkına sahiptirler²³⁴. Taraflarca sözleşmede açıkça düzenlendiği ve iş sahibince ifa edilmediği takdirde yüklenici nama ifa yoluna da gidebilir²³⁵. Her bir somut olayda taraflar arasında bağtlanan sözleşmenin yorumlanmasında böyle bir hakkın öngörülüp öngörülmediği tespit edilmelidir²³⁶. Bu tespit yapılırken sözleşmenin yorumlanması kurallarından istifade edilir. Bu bağlamda iş sahibinin dilediği zaman yükleniciye tam tazminat ödeme karşılığında sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı değerlendirilmede dikkate alınmalıdır. Zira TBK m. 484 hükmü, aynı zamanda yasa koyucunun eser sözleşmesinin ifasındaki temel yaklaşımını da ortaya koymakta ve sözleşmenin bizatihi ifasını, iş sahibinin tasarrufuna bırakmaktadır, yeter ki karşı edimi tam olarak yükleniciye ödesin. Taraflar, TBK m. 484 hükmünde öngörülen iş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkını ortadan kaldırmışlarsa²³⁷, bu halde yüklenicinin sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi suretiyle borcun fiilen ifasını talep hakkı olduğu kabul edilmelidir²³⁸.

Birlikte hareket etme yükünün ihlalinde yüklenicinin dava hakkı değerlendirilirken öncelikle birlikte hareket etme yükümlülüğünün işlevi, yani sözleşmenin usulüne uygun olarak ifa edilmesinin sağlanması, dikkate alınmalıdır. Yükleniciye müstakil olarak yan edimi yükümü niteliğindeki birlikte hareket yükümlülüğünün dava yoluyla talep edilmesi hakkının sağlanması, iş sahibini sözleşmeyi ifa etmesi için bir baskı aracı işlevini görebilir. Dava hakkının yükleniciye bizatihi tanınması, iş sahibini birlikte hareket etmeye icbar edecek önemli bir mekanizmadır ki, çoğu kez bunun doğrudan işletilmesine gerek dahi kalmaz. İstisnai mahiyette ve somut olayın koşullarına göre yüklenicinin ücret talep

²³⁴ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 23.

²³⁵ Saecker/Rixecker/Oetker, **Münchener Kommentar**, § 642 N. 23.

²³⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 271.

²³⁷ Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 377, N. 10; İsviçre Öğretisinde bazı yazarlar, TBK m. 484'e karşılık gelen Art. 377 OR hükmünün iş sahibi lehine emredici olduğunu ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, taraflar iş sahibinin tazminat karşılığı derhal fesih hakkını sözleşme ile kaldıramaz; Bizim de katıldığımız aksi görüşe göre ise, iş sahibinin tazminat karşılığı fesih hakkı, ihtiyari bir nitelik arz etmektedir. Bu bağlamda, yüklenicinin sözleşmeyi ifa etmesinde, karşı edim niteliğindeki ücreti talep hakkının ötesinde, korunmaya değer menfaatleri söz konusu olabilir. Bu nedenle, tarafların, TBK m. 484 hükmünün sınırlandırılması veyahut kaldırılmasına ilişkin anlaşmaları, ilke olarak geçerlidir, detaylar için Bkz. Gauch, **Werkvertrag**, N. 587.

²³⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 588.

hakkının ötesinde –çoğu zaman para ile değerlendirilmesi güçlük arz eden itibari nitelikteki- ağır zararları söz konusu olduğunda ya da yüklenicinin karşı edim menfaatine kavuşması başka şekilde temin edilemiyorsa, kanaatimizce bu hakkın dürüstlük kuralına dayanılarak tanınması gerekir. Yüklenicinin karşı edim menfaati bir miktar paranın dışında biricik ve özel nitelikte olduğu durumlarda, alacaklının temerrüdü hükümleri ile tazminat hükümleri, yüklenicinin haklı menfaatlerinin korunması için yeterli değildir. Yüklenicinin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün ihlali, aynı zamanda yüklenicinin biricik nitelikte karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği durumlarda, doğrudan *borçlunun temerrüdü* hükümlerine başvurmak olanaklıdır. Bu bağlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki ediminin aynen ifası talep ve dava edilebileceği gibi TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna da başvurmak olanaklıdır. İşin tabiatı gereği, ifa davası yerine TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna gidilmesi yüklenici açısından daha yararlıdır²³⁹. Zira mahkeme ilamına rağmen iş sahibi, İİK m. 30 ve 343 hükümlerinde öngörülen yaptırımları göze alarak birlikte hareket etme yükümünü ifasından imtina ederse, yüklenici aynen ifa davası ile varmak istediği amaca ulaşamaz. Buna karşılık TBK m. 113'e göre nama ifa yetkisi aldığı takdirde, birlikte hareket etme yükümü kapsamındaki gerekli iş veya işlemi, masrafı ve hasarı, iş sahibine ait olmak üzere bizzat ifa edebilir. Yüklenici ancak bu sayede eserin meydana getirilmesini sağlama amacına ulaşır.

Özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde olduğu gibi yüklenicinin talep edeceği karşı edimin para olmadığı, biricik nitelikli arsa payının devrini talep hakkı olduğu durumlarda bu husus daha açık görülür. Sözleşmeden doğan menfaat dengesi bu nevi özellikli olduğu eser sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi, aynı zamanda yüklenicinin özel nitelikli karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği takdirde, yüklenicinin aynen ifayı talep hakkı olduğu kabul edilmelidir. Zira bu takdirde TBK m. 483, m. 484 ve m. 485 hükümleri yüklenicinin karşı edim menfaatine kavuşmasını temin edememektedir. Kanaatimizce, yüklenicinin bu nevi özel nitelikte bir karşı edim talep hakkının

²³⁹ Bu gerekçeden ve eser sözleşmesi pratiğindeki öneminden hareketle işbu çalışmada nama ifa kurumu detaylı olarak incelenmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm I. D. 3.

olduğu sözleşme ilişkilerinde, somut durumun gerekleri ve menfaat dengesi dikkate alınarak sözleşmenin yorumundan iş sahibinin TBK m. 484 hükmüne göre sözleşmeyi tazminat karşılığı fesih hakkının zımnen kaldırıldığı sonucuna dahi varılabilir. Zira TBK m. 484 hükmünün ratio legisi, yüklenicinin o ana kadar hak etmiş olduğu karşı edimini tam olarak karşılanması koşuluyla sözleşmenin feshedilebilmesini esas almaktadır. Yüklenicinin karşı ediminin (arsa payının devrini talep hakkında olduğu gibi) tam olarak karşılanamadığı durumlarda TBK m. 484 hükmünün uygulanabilmesi olanaklı değildir.

D. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde İfa Davası

1. Arsa Payı Devri Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Synallgma ve Yüklenicinin Kanuni Modelden Ayrılan Özel Nitelikteki Edim Menfaati

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki eylemleri, yüklenicinin *edim menfaatine* zarar vermediği durumlarda birlikte hareket etme kapsamındaki ilgili işlem veya eylem külfet olarak nitelenebilir. Ancak somut durumda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki eylemlerinin gereğine uygun olarak ifa edilmemesi nedeniyle yüklenicinin borcunu yerine getirememesi ve bundan ötürü de karşı edim menfaatini kaybettiği durumlarda yüklenicinin edim menfaatinin zarar gördüğü tespit edilir. Meselenin menfaat dengesine göre adaletle çözümlenebilmesi için *yüklenicinin edim menfaati her bir eser sözleşmesinde tespit edilmek durumundadır*. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen, *çifte tipli* karma niteliğe sahip atipik bir sözleşmedir²⁴⁰. Zira arsa sahibinin borcu, taşınmaz satımında satıcının asli edim borcu olan taşınmazın mülkiyetini geçirme borcudur. Buna karşılık yüklenicinin borcu ise eser sözleşmesinde asli edim borcu olan eseri meydana getirme ve yapılan

²⁴⁰ Yavuz, **a.g.e.**, s. 558; Mustafa Reşit Karahasan, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, C.1-2, İstanbul 2002, s. 646; Arzu Genç Arıdemir; ‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler’ Sorunu Bakımından Hukuki Durum’’, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s.449; Katip, **a.g.e.**, s. 5; Şebnem Akipek/ Erkan Küçükgüngör, **Sözleşme Rehberi**, 2. Baskı, Ankara 2000, s. 122; Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 4 vd.

bağımsız bölümün mülkiyetini devretme borcudur²⁴¹. Tarafların bu asli edim borçları, karşılıklı mübadele ilişkisi içerisinde. Görüldüğü üzere, kanunda düzenlenen iki sözleşme tipine ait edimler, kanunun öngörmediği tarzda bir mübadele ilişkisi içerisinde. Genel olarak söylenebilir ki, kat karşılığı inşaat sözleşmesi arsa sahibinin borcu bakımından taşınmaz satış sözleşmesi, yüklenicinin borcu bakımından ise eser sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Şu halde kat karşılığı inşaat sözleşmesi, taşınmaz mülkiyetinin devri ve eser sözleşmesi unsurlarını bir arada barındıran çifte tipli karma bir sözleşmedir²⁴².

Türk hukukunda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde özel bir durum söz konusudur. Türk Borçlar kanununda öngörülen eser sözleşmesi kurumunda yüklenicinin karşı edim menfaati bir miktar paranın ödenmesinden ibarettir. Gerçekten TBK m. 470 hükmünde eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir *bedel* ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır²⁴³. Oysa arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde durum farklıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin asli edim borcu, sözleşme ve ilgi projede inşası öngörülen bağımsız bölümlerden müteşekkil yapıyı inşa etmek suretiyle arsa sahibine teslim etmektir²⁴⁴. Buna karşılık arsa sahibinin asli edim borcu, sözleşmede kararlaştırılan *arsa payını yükleniciye devretme* borcudur²⁴⁵. Eserin meydana getirilmesi borcu ile arsa payının devri borcu synallagma içerisinde²⁴⁶. Yüklenici, adeta sözleşme konusu yerin mülkiyetinden belirli bir pay kazanmaktadır. İş sahibi birlikte hareket etme yükümünü gereği gibi yerine getirmeyerek yüklenicinin borcunu ifa etmesini olanaksızlaştırdığı durumlarda,

²⁴¹ Pervin Ayazlı, “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları- Hukukî Özellikleri- Şekil Sorunu)”, **MÜHFHAD, Ocak-Nisan 1987**, S. 4, s. 43-51, s. 43; Çiğdem Kırca, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, 22. **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, BildirilerTartışmalar, 15 Aralık 2006**, Ankara 2007, s. 75-98, s. 81

²⁴² Şerafettin Gökalp, “Yargıtay İçtihatları Işığında İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Bazı Sorunlar”, **BBD, Yıl: 6, S. 16, Kasım 1982**, s. 3-5.

²⁴³ Karşı edimi oluşturan ücretin paradan başka bir şey olduğu takdirde artık istisna akdinden söz edilemez. Bu yönde bkz. Enis Torun, “İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması Ve Sonuçları”, **Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 3-4, Temmuz-1982**, s. 410-427, s. 414; Aksi görüş, Altaş, Eser, s. 42.

²⁴⁴ Gürkan Çoşkun, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu**, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 25.

²⁴⁵ Erman, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 50.

²⁴⁶ Yavuz, **a.g.e.**, s. 558.

esasinda dolayli olarak kendi asli edim borcunun ifasından kaçınmaktadır. Zira yüklenici eseri meydana getirmek suretiyle borcunu ifa ettiği oranda ve o anda, karşı edim niteliğindeki arsa payının kendisine devrini talep edebilir.

Yüklenicinin bu edim menfaati, sözleşme konusu olan ve yüklenici tarafından meydana getirilen taşınmaza ilişkin olduğundan ünük nitelikte, yani biriciktir. Yüklenicinin taşınmazın bir kısım hissesinin mülkiyetini talep hakkı ilke olarak para ile *aynen* ikame edilemez niteliktedir. Zira kural olarak borçlu hangi edimi borçlanmışsa onu ifa ederek borcundan kurtulabilir²⁴⁷. Yüklenici kazanacağı aynı nitelikteki bu mülkiyet hakkından, tazminat talep edebilme hakkı karşılığında vazgeçmesi gerektiğini ileri sürmek, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde sözleşmenin üzerine bina edildiği synallagmayı, yani tarafların asli edim yükümlerinin karşılıklı değişim ilişkisini, dikkate almamaktır. Yüklenicinin karşı edim niteliğindeki talep hakkı, bu durumda bir aynı hak talebine ilişkindir. Bu aynı hak, münhasıran ilgili taşınmaza ilişkin olduğundan ünük, diğer deyişle biricik niteliktedir. Bu nedenle yüklenicinin karşı edim menfaatinin mümkün olabildiğince sözleşmede kararlaştırıldığı şekli ile, yani ilgili arsa payına ya da bağımsız bölümlere ilişkin aynı hakkın iktisap edilmesine olanak sağlayacak şekilde korunması gerekmektedir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü yerine getirmediği durumlarda, borç ilişkisinin bozulan dengesini dağıtıcı adalet ilkesine göre yeniden sağlanması gerekmektedir²⁴⁸. Bu ise borç ilişkisi olağan mecrasında gitseydi hangi durumda olacak idiyse o hale gelmesini sağlayacak talep hakkının yükleniciye sağlanması yoluyla gerçekleştirilir. Arsa sahibinin bu borcu asli edim yükümü niteliğinde olduğundan asıl olan bu borcun aynen ifa yoluyla yerine getirilmesidir²⁴⁹. Kural olarak aynen ifa mümkün olduğu sürece, hem alacaklı hem de borçlu edimin aynen ifasının yerine getirilmesini talep etmek durumundadırlar.

²⁴⁷ İpek E., **a.g.e.**, s. 23.

²⁴⁸ Aday, **a.g.e.**, s. 218.

²⁴⁹ Yargıtay arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenicinin arsa payının devri yerine tazminat talebini kabul eden yerel mahkemenin kararını, ‘‘...asıl olan sözleşmedeki edimin aynen ifası olup aynen ifa mümkün olduğu sürece karşı tarafın bedel ödemeye zorlanamayacağını, yüklenicinin tapu iptal ve tescil davası açma hakkının saklı tutularak, davanın reddine karar verilmesi gerektiği...’’ gerekçesiyle bozmuştur. Y. 15. HD. 9.12.2005 T, 2004/7424 E., 2005/6700 K., (www.kazanci.com).

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali suretiyle sözleşmenin ifasını zorlaştıran ya da engelleyen iş sahibidir. İş sahibinin kendi yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle aynı sözleşme kapsamında meydana getirilecek eserin mülkiyetinin sözleşmede kararlaştırılan bir kısım hissesinin yüklenici tarafından iktisap edilmesine ilişkin edim menfaatini zedeleyememelidir. *Yüklenicinin asli edim menfaati, ilke olarak meydana getirilecek arsanın belirli bir payını, bina yapılmış ise sözleşmede kararlaştırılan bağımsız bölümlerin mülkiyetini iktisap etmektir.* Yüklenicinin buna hak kazanabilmesi için, sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu ifa etmiş olması gerekmektedir. Bu ise, ancak *öncelikli edimini ifa ile yükümlü iş sahibi* üzerine düşen birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa ettiği takdirde mümkündür. Bu nedenle bu tür menfaat dengesinin söz konusu olduğu sözleşmelerde iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmediği takdirde *borçlu temerrüdüne düşer*²⁵⁰.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğini yerine getirmediği takdirde, yapma, yapmama ve verme niteliğindeki edimler için yüklenici TBK m. 113 hükmünde düzenlenen nama ifa kurumuna müracaat etmek suretiyle ilgili birlikte hareket etme yükümünü, iş sahibi namına ifa etme hakkına sahip olmalıdır. Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki *synallagma* ilişkisi dikkate alındığında, karşılıklı edim menfaatlerinin sağlanması ekseninde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülerinin *müstakil olarak ifası talep ve dava edilebilir nitelikte bir borç* oldukları sonucuna varılabilir. Karşılıklı edim menfaatinin bu ekseninde olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesi, alacaklının temerrüdüne değil, doğrudan borçlunun temerrüdüne neden olur.

Yüklenicinin karşı edim menfaati bir miktar paranın dışında biricik ve özel nitelikte olduğu durumlarda, alacaklının temerrüdü hükümleri ile tazminat hükümleri, yüklenicinin haklı menfaatlerinin korunması için yeterli değildir. Yüklenicinin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün ihlali, aynı zamanda yüklenicinin biricik nitelikte karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği

²⁵⁰ Detaylar ve gerekçelendirme için bkz. III. Bölüm II. B. 4. b. (3).

durumlarda, doğrudan *borçlunun temerrüdü* hükümlerine başvurmak olanaklıdır. Bu bağlamda iş sahibinin ediminin aynen ifası talep edilebileceği gibi TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna da başvurmak olanaklıdır.

2. Aynen İfa Talebi

a. Genel Olarak

Türk İsviçre hukuk sisteminde, ifa olanaklı olduğu sürece edimin ifasının sağlanması ilke edinilmiştir²⁵¹. Borcun ifası mümkün olduğu sürece alacaklı gecikmiş ifayı talep etmek ve gerektiğinde cebri icra yoluyla elde etme imkânına sahiptir. Alacaklının sahip olduğu en öncelikli imkân borcun aynen ifasını talep hakkıdır. Türk Borçlar Kanununda her ne kadar aynen ifa talebi müstakil bir kurum olarak açıkça düzenlenmemiş ve sadece iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde düzenlenmiş ise de, alacaklının aynen ifayı talep hakkının mümkün olan her ifa bakımından mevcut olduğu kabul edilmektedir²⁵². Türk-İsviçre hukuk sisteminin dayandığı temel ilkeler dikkate alındığında, alacaklının aynen ifayı talep hakkı, alacaklının başvurabileceği yegâne yol niteliğindedir. Bu imkân söz konusu olduğu sürece alacaklı ilke olarak tazminat ya da sözleşmeden dönme yoluna başvuramaz²⁵³. Sözleşmeden doğan borca aykırılık halinde borç muaccel olduğu ve ifası da imkânsız olmadığı²⁵⁴ takdirde alacaklı ilke olarak aynen ifayı talep etmek durumundadır²⁵⁵. İfa davasının konusunu ilke olarak her türlü borç teşkil edebilir. İfa

²⁵¹ Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2011, s. 134; Serozan, **İfa**, s. 221; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1115 vd.; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵³ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵⁴ Yargıtay, yapı ruhsatının alınması için gerekli hukuki işlemlerin tesisinden imtina eden arsa sahibinin yerine borcu ifa etmek için yükleniciye izin verilmesine ilişkin kararında, ahde vefa, sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereği geçerli bir sözleşmenin ayakta tutulmasının ve ifa edilmesinin esas olduğunu, ancak davalının bu edimin ifasına zorlanabilmesi için, **ifanın imkânsız olmaması ve muaccel olması gerektiğini** belirtmiş, ilgili kamu kurumundan sözleşmede kararlaştırılan inşaatın yapılıp yapılamayacağına dair bilgi edinilerek karar verilmesi gerektiği sonucuna ulaşmıştır. Y. 15. HD. 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K., (www.kazanci.com).

²⁵⁵ Başak Başoğlu, **Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi**, İstanbul 2012, s. 72.

davasına konu edim, verme, yapma ya da yapmama borcu niteliğinde olabilir²⁵⁶. Ayrıca borçlunun kusurlu olması ya da temerrüde düşmüş olması şartı aranmaz²⁵⁷.

İfa davası, usul hukukunda eda davası olarak tanımlanmıştır. HMK m. 105 hükmüne göre, eda davası, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya ya da yapmamaya mahkûm edilmesinin talep edildiği dava olarak tanımlanmıştır. Borçluyu bir şeyi vermeye, bir işi yapmaya veya yapmamaya mahkûm etmek suretiyle edimin ifasına olanak sağlayan davaya, ifa (eda davası) adı verilmektedir²⁵⁸. İfa davası, borcun konusunu teşkil eden edimin niteliğine göre farklılık arz edebilir.

b. Verme Borçlarında

Borçlu, mülkiyetini nakletmeyi üstlendiği taşınır bir malın mülkiyetini nakletmekten haksız olarak kaçındığı takdirde, alacaklı ifa davasıyla mahkemedен malın kendisine teslim edilmesine hükmedilmesini talep edebilir²⁵⁹. Taşınır malın mülkiyetinin naklinde malın zilyetliğinin mülkiyetin nakli amacıyla devir alana geçirilmesi gerekmektedir. Mahkeme tarafından verilen hüküm ile taşınır malın mülkiyeti kendiliğinden alacaklının mülkiyetine geçmeyecek, icra hukuku prosedürü ile borçlunun zilyetliğinde yer alan mal, borçludan alınarak alacaklıya teslim edilmesi ile, malın zilyetliğinin nakli ile mülkiyet hakkı alacaklıya geçecektir²⁶⁰. Bu bağlamda mahkeme ilamı, taşınır malın mülkiyetinin devri amacıyla zilyetliğinin naklinde borçlunun rızası yerine geçer²⁶¹.

Taşınır mal borçlunun zilyetliğinde bulunmadığı veya yeri tespit edilemediği takdirde ifa imkânsızlığı söz konusu olacaktır. Bu durumda İİK m. 24 hükmü gereği malın ilamda belirtilen değeri, borçludan tahsil edilmek suretiyle hüküm gereği yerine getirilecektir²⁶².

²⁵⁶ Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 921.

²⁵⁷ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1116; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵⁸ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1116; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 329.

²⁵⁹ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1116; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 332.

²⁶⁰ Reisoğlu, **a.g.e.**, s. 341; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 332; Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, **İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı**, Ankara 2007, s. 406.

²⁶¹ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay Özdemir, **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009, s. 67; Rona Serozan, **Taşınır Eşya hukuku**, İstanbul 2007, s. 115 vd.

²⁶² Kuru/Arslan/Yılmaz, **a.g.e.**, s. 406.

Borçlu, yükümlü olduğu taşınmaz mülkiyetinin nakli borcunun gereği olarak tescil talebinde bulunmaktan haksız olarak kaçındığı takdirde, alacaklı TMK m. 716/I hükmü uyarınca açacağı tescile zorlama davasıyla mahkemeden mülkiyetin kendisi adına devir ve tescilini isteyebilir²⁶³. Bu dava, usul hukuku açısından her ne kadar eda davası niteliğinde ise de mahkeme tarafından verilen hüküm yenilik doğurucu niteliktedir²⁶⁴. Mahkeme hükmünün kesinleşmesi ile birlikte karar, hükmünü doğurur ve mülkiyet davacıya geçer. Karar gereğinin tapu sicilinde işlenmesi, bildirici/açıklayıcı niteliktedir²⁶⁵.

c. Yapma Borçlarında

Yapma borçları zamanında ifa edilmediği durumlarda imkânsızlık söz konusu olmadıkça, aynen ifası her zaman talep edilebilir. Yapma edimlerinin ifası, ilke olarak borçludan ancak onun fiziksel ve ruhsal durumu borcun ifasını elverişli olduğu, dürüstlük kuralı ve ahlaki ilkelere göre alacaklının menfaatinin gerçekleştirilmesinin borçludan beklenilebildiği durumlarda talep edilebilir²⁶⁶.

Her ne kadar yapma borçları bakımından borçlu, belirli bir yapma borcunun ifasına mahkûm edilebilirse ve tazyik niteliğinde belirli tedbirler işletilebilirse de, kendisinin bu borçların gereğini aynen ifa etmesi nihayetinde zorla sağlanamaz²⁶⁷. Zira kimse bir eyleme ve tutuma zorlanamaz²⁶⁸. Bu durumda alacaklının edim menfaatine kavuşması sorunu ortaya çıkmaktadır.

Bir yapma borcunun söz konusu olduğu durumlarda, borç ifa edilmediği takdirde alacaklının sadece tazminatla yetinmesi gerektiği kabul edilebilir. Ancak bu takdirde alacaklı ifanın yerine getirilmesi suretiyle meydana gelecek edim menfaatini elde edemeyecek, sadece borçludan ifa yerine tazminat talebinde bulunabilecektir. Türk hukuk sistemi, diğer birçok yabancı hukuk sisteminde olduğu gibi, yapma borcu alacaklısına tazminat talep hakkına alternatif olarak, ifası mümkün bir yapma

²⁶³ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 324.

²⁶⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, **a.g.e.**, s. 324.

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 332.

²⁶⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 106 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, **a.g.e.**, s. 36.

²⁶⁷ Serozan, **İfa**, s. 222.

²⁶⁸ Roma Hukukunda geçerli ilke, ‘‘Nemo praecise cogi protest ad facum’’.

borcunu, borçlu dışında bir üçüncü kişi tarafından ifa edilmek suretiyle edim menfaatine kavuşmasına olanak sağlayacak bir talep hakkını kabul etmiştir. Türk hukukunda bu kurum, nama ifa olarak adlandırılmakta ve TBK m. 113 hükmünde düzenlenmektedir. Uygulanma şartlarında bazı farklılıklar olmakla birlikte, Türk Borçlar Kanununun özel hükümlerinde bu hükme paralel düzenlemeler mevcuttur. Eser sözleşmesine ilişkin olması nedeniyle TBK m. 473/II hükmünü anmakta yarar görüyoruz.

Öğretide bazı yazarlar, TBK m. 113 hükmünün uygulama şartlarının belirsizliği nedeniyle, hükmün uygulanabilirliğinin güçleştiğini, bu nedenle temerrüt sonucu müspet zarar kurumuna daha ziyade itibar etmek gerektiğini ileri sürmektedirler²⁶⁹. Ancak kanaatimizce, Türk hukuk uygulamasında tarafların mahkeme kararlarının gereğini rızaen yerine getirme noktasındaki isteksizlikleri ve hatta özellikle tazminata ilişkin mahkeme kararının anlamlı olarak uygulanmasını olanaksız kılmaya yönelik taktik ve teşebbüsleri dikkate alındığında, mahkeme kararının icra aşamasında uygulanabilirliğini azami düzeyde olanaklı kılması nedeniyle en azından *irade beyanında bulunmaya ilişkin yapma borçları* bakımından, nama ifa kurumu giderek önemini arttırmaktadır. Bu kurum sayesinde alacaklı daha seri ve güvenilir bir hukuki yol ile ifayı sağlama olanağına kavuşmaktadır. Bu yüksek önemine binaen kurum, aşağıda detaylı olarak ve özellikle eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki edimin ifasının sağlanması açısından detaylı olarak incelenmiştir²⁷⁰.

d.Yapmama Borçlarında

Türk Borçlar Kanununda yapmama borçlarında aynen ifaya ilişkin açık bir hükmün olmaması, ifa hakkının tanınması için bir engel değildir. Zira HMK m. 105 hükmüne göre eda davası kapsamında davalının bir şey yapmamaya da mahkûm edilmesinin talep edilebileceği belirtilmektedir. Hakikaten somut durumda alacaklının menfaati, tazminattan ziyade yapmama niteliğindeki borcun aynen ifasının sağlanmasında olabilir. Esasında bu durum, borca aykırılığa rağmen, ortaya

²⁶⁹ Serozan, **İfa**, s. 222.

²⁷⁰ Bkz. III. Bölüm I. D. 3. Başlığı.

çıkan neticenin bertaraf edilmesinin alacaklının edim menfaati açısından bir anlam ifade etmeye devam ettiği durumlarda söz konusudur. Bu gibi durumlarda alacaklının tazminat ile yetinmesini kabul etmek, onun haklı *edim menfaatine* aykırılık teşkil edebilir²⁷¹. O nedenle, kategorik olarak yapmama borçlarında aynen ifa talebinin mümkün olamayacağı görüşüne iştirak etmiyoruz²⁷². Alacaklının hukuki menfaati bulunduğu sürece yapmama borçlarının da ifası talep edilebilir²⁷³.

Elbette aynen ifaya mahkûmiyet her ifa bakımından ifanın gerçekten gerçekleşmesini sağlamaz²⁷⁴. Yapmama borcunun icra safhası, İİK m. 30 hükmünün uygulanması kapsamındadır. Yapmama borcuna ilişkin mahkemenin kararı borçluya tebliğ edilerek gereği talep edilir. Buna rağmen borçlu gereğini ifadan imtina ettiği takdirde, İİK m. 343 hükmüne göre üç aya kadar tazyik niteliğinde ceza tehdidi söz konusu olabilir. Ancak, vekâletten azletmeme örneğinde olduğu gibi bir yapmama borcuna aykırılık halinde iş sahibinin iradesi yerine geçecek bir mahkemenin kararı ile hukuki sonuç temin edilmiş olur.

3. TBK m. 113 Hükmünde Öngörülen Nama İfa

a. Genel Olarak

TBK m. 113 hükmüne göre, bir yapma borcu ifa edilmediği takdirde, alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere, işin bizzat kendisi ya da üçüncü bir kişi tarafından yapılmasını mahkemeden talep etme hakkına sahiptir. TBK m. 113 hükmüyle paralellik arz eden ve ilke olarak mahkeme ilamlarının uygulanması safhasında sözkonusu olan İİK m. 30 hükmüne göre bir işin icrasına ait mahkeme ilamının gereğini, borçlu ifa etmezse ve eğer işin bizzat borçlu tarafından yapılması gerekmiyorsa, masrafi borçluya ait olmak üzere işin başkasına yaptırılması olanaklıdır.

²⁷¹ Dural, **a.g.e.**, s. 21.

²⁷² Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 335.

²⁷³ İpek E., **a.g.e.**, s. 324.

²⁷⁴ Aday, **a.g.e.**, s. 155.

TBK m. 113 hükmünde öngörülen kurum, nama ifa olarak tanımlanmaktadır. Namına ifa, yapma borcu niteliğindeki bir borç, borçlu tarafından yerine getirilmediği takdirde, ifasının borçlu yerine alacaklı tarafından bizzat yerine getirilmesi ya da üçüncü bir kişiye yaptırılmasını ifade eder²⁷⁵. Bu bağlamda vurgulanması gereken husus, alacaklı tarafından borçlu yerine ifa edilen borcun masraf ve hasarının borçluya ait olmasıdır²⁷⁶. Eser sözleşmesinin ifasında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü kapsamındaki borcun yerine getirilmesinde eylemin ifasından ziyade çoğu zaman ilgili işlemi yapmaya hukuken yetkili olmak daha büyük önem arz etmektedir. Gerçekten arsanın teslim edilmesi cümlesinden olmak üzere ilgili arsadaki işgalcilerin tahliyesinin sağlanması ya da yapı ruhsatının alınması örneklerinde olduğu gibi *hukuken gerekli işlemlerin tesisini talep edebilme yetkisi* öne çıkmaktadır. İşlem yapma yetkisine binaen işlem tesisini talep edildikten sonra esasında gerekli iş ve işlemler, kamu otoritesinin ilgili tasarrufu ve memurları eliyle gerçekleşmektedir. Bu gibi durumlarda ilgili edimin alacaklısının borçlunun yerine bir edimi ifa edebilmesi için, bir yetkiye sahip olması, ilgili hukuki işlem tesisini talep etme yetkisine sahip olması gerekir. Bu gibi durumlarda nama ifa kurumu kapsamında mahkeme kararı ile yetkili kılınma söz konusu olabilmektedir²⁷⁷.

TBK m. 113 hükmüne göre, borçlu yerine edimin alacaklı tarafından ifa edilmesinde ilke olarak hâkimden izin alınması gerektiği görülmektedir. Buna karşılık TBK m. 113 hükmü ile aynı amaca yönelmiş olan TBK m. 473/II hükmü, herhangi bir mahkeme kararı veya hâkim iznini gerekli görmemekte, borçluya bir süre verdikten sonra derhal harekete geçebilme yetkisi vermektedir. Yine aynı amaca yönelmiş olan İİK m. 30 hükmüne göre nama ifa yoluna gidebilmek için öncelikle mahkemeden bir ilam alınması ve borçlunun ilamın gereğini yerine getirmemiş olması gerekmektedir.

²⁷⁵ Şirin Aydınçık, **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında**, İstanbul 2013, s. 73; Jörg Schmid, “Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht”, **Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 606.

²⁷⁶ Jörg Niklaus, **Das Recht auf Ersatzvornahme gemaess Art. 366 Abs. 2 OR**, Dissertation, St. Gallen 1999, s. 113.

²⁷⁷ Weber, **Berner Kommentar**, OR Art. 98 N. 78.

TBK m. 473/II hükmünün eser sözleşmesinin ifasında yükleniciyi değil, iş sahibini yetkili kılması; İİK m. 30 hükmünün mahkeme ilamlarının icrasında uygulama imkânına sahip olması nedeniyle eser sözleşmesinde iş sahibi birlikte hareket etme yükümü kapsamındaki iş veya işlemi gereğine uygun olarak ifa etmediği takdirde yüklenici lehine uygulanması söz konusu olabilecek kurum TBK m. 113 hükmünde düzenlenen nama ifa kurumudur. Bu nedenle, aşağıda sırasıyla kurumun hukuki niteliği, uygulanma şartları ve hukuki sonuçları açıklanmaya çalışılacaktır.

b. Nama İfanın Hukuki Niteliği

Nama ifanın hukuki niteliğine ilişkin muhtelif görüşler mevcuttur. Bu görüşler, hukuki nitelemenin ötesinde hükmün uygulanma şartlarında farklı gerekliliklerden hareket etmektedir. Görüşler arasındaki en belirgin farklılık, hükmün uygulanmasında borçlunun kusurunun gerekliliğinin öngörülüp öngörülmemesinde ortaya çıkmaktadır. Ayrıca nama ifa davasının niteliği de diğer bir tartışma konusudur. Aşağıda bu görüşler, en temel hatları ile kısaca takdim edilecektir.

(1) İfa Görüşü

Bu görüşe göre nama ifaya izin verilmesine ilişkin talep, *aynen ifa* talebi kapsamında değerlendirilmelidir²⁷⁸. Borçluya karşı yöneltebilecek mevcut bir yapma borcu söz konusu olduğu takdirde, herhangi bir ilave prosedüre gerek kalmaksızın, hâkime başvurularak nama ifa için izin talebinde bulunulabilir. Hâkimden alınacak izin kararı, eda hükmü olmak zorunda değildir. Alacaklı önceden borçludan ifa talebinde bulunmaksızın doğrudan namına ifa için mahkemeden izin talebinde bulunabilir²⁷⁹.

²⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, **a.g.e.**, s. 921 vd; Walter Fellmann, ‘‘ Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR-Vollstreckungstheorie der Erfüllungstheorie’’, **recht 1993**, s. 109-118, s.

²⁷⁹ Fellmann, **a.g.e.**, s. 116.

(2) Cebri İcra Görüşü

Öğretide yazarların çoğunluğu TBK m. 113 hükmünü yapma edimleri yönünden özel bir cebri icra sistemi olarak değerlendirmektedir²⁸⁰. Bu görüşe göre, TBK m. 113'te öngörülen düzenlemeyle kanun koyucu, yapma edimleri yönünden alacaklıya ilave bir cebri icra imkânı sağlamak suretiyle yapma edimlerinin bu şekilde de aynen ifasının gerçekleştirilebilmesini amaçlamıştır. Bu görüşe göre hâkimin alacaklıya işi bizzat yapma ya da üçüncü bir kişiye yaptırma konusunda yetki verebilmesi için, borçlu hakkında önceden alınmış bir *edaya* mahkûmiyet kararı gereklidir. Edimin ifasını öngören mahkeme ilamına rağmen borçlunun borcunu ifa etmemiş olması gerekir²⁸¹. Zira hükmün amacı eda hükmüne rağmen borcunu yerine getirmeyen borçlunun ediminin cebri icrasını sağlamaya yöneliktir. Hükmün uygulanabilmesi için borçlunun borcunu ifa etmemede *kusurlu* olması şart değildir²⁸². Bununla beraber borçlu borcunu ifa etmemede kusurlu ise ayrıca ifa etmeme dolayısıyla uğranılan zararın tazmini talep edilebilir²⁸³.

(3) Tazminat Görüşü

Türk Borçlar Kanununun 113'ncü maddesinin kurum olarak düzenlendiği hükmün sistematik yorumundan hareket eden bu görüş, TBK m. 113 hükmünde, yapma borçlarında alacaklının ifa imkânsızlığından dolayı uğradığı zararın tazmininin öngörüldüğünü ileri sürmektedir²⁸⁴. TBK m. 113 hükmüne göre nama ifayı talep hakkına sahip olabilmek için TBK m. 112 hükmünde belirtilen koşulların

²⁸⁰ Weber, **Berner Kommentar**, OR Art. 98 N. 46; Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 88; Oser/Schönenberger, **Zürcher Kommentar**, OR Art. 98 N. 1; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1032 vd.; Serozan, **İfa**, s. 222 vd.

²⁸¹ Weber, **Berner Kommentar**, OR Art. 98 N. 46; Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 90.

²⁸² Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 91; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1033.

²⁸³ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 91 vd.

²⁸⁴ Markus Müller-Chen, **Folgen der Vertragsverletzung**, Habilitation, Basel 1999, s. 128; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 333.

gerçekleşmiş olması gerekir²⁸⁵. Bu görüş, tazminat tanımlaması ile tutarlı olarak TBK m. 113 hükmünün uygulanmasında borçlunun kusurunu gerekli görmektedir²⁸⁶.

(4) İkame Değer Görüşü

Bu görüşe göre, borçlunun aynen ifa yükümlülüğünün sona ermesi gereklidir²⁸⁷. Nama ifa, aynen ifa demek değildir. Nama ifa, edimin masrafı borçluya ait olmak üzere bir başkası tarafından yerine getirilmesidir. Bu durum ise ancak bir ifa ihlalinde *tali* olarak söz konusu olabilir²⁸⁸. Hükmün uygulanabilmesi için, alacaklı, borçluya ihtar çekmek suretiyle ek süre vermeli, bu sürenin sonunda borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, aynen ifadan vazgeçtiğini derhal borçluya bildirmelidir²⁸⁹. Nama ifa için mahkemeden bir eda hükmü alınması gerekli değildir. Ancak hükmün uygulanabilmesi için TBK m. 112’de öngörülen şartlar ve ilke olarak borçlunun *kusuru*, gereklidir.

(5) Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Görüşümüz

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, TBK m. 113 hükmü ile İİK m. 30 hükmü, ayrı uygulama şartları taşıyan ayrı hükümlerdir²⁹⁰. Bu nedenle TBK m. 113 hükmünün uygulanabilmesi için, mahkemeden bir eda hükmünün alınması gerekli değildir. Alacaklı tarafından borcun ifa edilmesi için alacaklıya *izin* verilmesi yeterlidir. Zaman, günümüz toplum ve ekonomisinde en önemli maliyet unsurudur, üstelik ilke olarak ikame edilebilmesi de söz konusu değildir. Bu nedenle, kanunun açıkça öngörmediği bir eda hükmünün gerekliliğini kabul etmek, alacaklının hakkını kullanabilmesini gereksiz yere zorlaştırmaktadır. Zira hâkim, alacaklı tarafından borcun ifasına ilişkin izin prosedüründe alacaklının talebinin hukukiliğini ve yerindeliğini yeterince denetlemekte, bu kapsamda borçlunun hakkı yeterince korumaktadır. TBK m. 113 hükmünün ratio legisi, borçluya borç -bir eda hükmüyle

²⁸⁵ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 375 vd.

²⁸⁶ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 375 vd.

²⁸⁷ Niklaus, **a.g.e.**, s. 29 vd.; Zarife Şenocak, **Eser Sözleşmesinde Ayının Giderilmesini İsteme Hakkı**, Turhan Kitabevi, Ankara 2002, s. 194.

²⁸⁸ Niklaus, **a.g.e.**, s. 29; Şenocak, **a.e.**, s. 194.

²⁸⁹ Niklaus, **a.g.e.**, s. 33; Şenocak, **a.e.**, s. 195.

²⁹⁰ Y. 15. HD. 02.05.1994 T., 1994/2023 E.; 1994/2796 K.

dahi pratikte- ifa ettirilemeyeceğinden²⁹¹ hareketle alacaklıya borcun ifası için *izin* verilmesi yönündedir.

Diğer açıdan TBK m. 113 hükmü, TBK m. 473/II hükmünün ışığında değerlendirilmelidir. Hukukun uygulanmasında adalet, çoğu zaman hukuksal eşitlik ilkesi üzerinden gerçekleşir. Bu ise benzer olgular karşısında benzer hükümlerin uygulanması ile sağlanır. Hükümler farklı lafızda ise, bu takdirde uygulanma şartlarının azami düzeyde muadil bir yöntem ve yorum ile uygunlanması gözetilir. Bir yapma borcunun ifasını konu alan TBK m. 473/II hükmünde mahkeme kararı dahi aranmazken TBK m. 113 hükmünde hâkim izni ile yetinilmeyip eda hükmü niteliğinde bir mahkeme ilamının gerekliliğini aramak çelişki teşkil eder. Bu nedenle, TBK m. 113 hükmünün uygulanmasında kanaatimizce, hâkim izni yeterlidir.

TBK m. 113 kapsamında talep edilecek izin ille de asli edim borcuna ilişkin olmak zorunda değildir. Özellikle eser sözleşmesinin ifasında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü kapsamında muhtelif nitelikte yan edim yükümleri ya da eserin meydana getirilmesi için gerekli işlem tesisine ilişkin yetki verilmesi durumu da söz konusu olabilir. Özellikle kapsamlı yapı projelerinde eserin meydana getirilmesinin farklı safhalarında ortaya çıkacak iş sahibinden kaynaklı engellerde sürekli bir eda hükmünün gerekliliğini kabul etmek, TBK m. 113 hükmünün pratikte uygulanabilirliğini güçleştirmek, nihayetinde sözleşmenin ifasını zorlaştırmak anlamına gelir. TBK m. 113 hükmünün değerlendirilmesi ve uygulanmasında Yargıtay'ın yaklaşımı da esasında bu yöndedir. Yargıtay bir kararında davacının talebinin BK m. 97/I (TBK m. 113) hükmünce *izin* isteğinden ibaret olduğunu ve bu nedenle bir *tedbir* niteliğinde olduğunu, tedbir kararlarına karşı temyiz yoluna gidilemeyeceğini, bu kapsamda verilen iznin haklı olup olmadığının ancak davacı tarafça masraf hakkında esas dava açıldığı takdirde incelenebileceğini ifade etmiştir²⁹².

Mahkeme tarafından verilecek nama ifaya izin ile birlikte, artık borçlunun borcunu ifa etme imkânı ortadan kalkmaktadır. Üstelik alacaklı tarafından borçlunun

²⁹¹ Aslında bu yönüyle tazminat görüşündeki *ifa imkânsızlığı* gerekçesi önem arz etmektedir.

²⁹² Y. 4. HD. 5.5.1960 T., 1960/7305 E., 1960/4490 K., (www.kazanci.com).

namına ifa edilecek borcun masraf ve hasarına da borçlu katlanacaktır. Bu yönüyle bakıldığında nama ifa izni, sözleşmeden dönme yaptırımında olduğu gibi oldukça ağır hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle, TBK m. 113 hükmünün uygulama şartları, borçlunun temerrüdünün genel şartları dikkate alınarak belirlenmeli ve yorumlanmalıdır²⁹³. Nitekim Yargıtay'ın kabul ettiği yaklaşım da aynı yöndedir²⁹⁴. TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna başvurabilmek için öncelikle borçlunun temerrüdü mevcut olmalıdır²⁹⁵. Alacaklı nama ifa izni almak için, borçluya ihtar çekmek suretiyle ek bir süre vermeli ve borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, artık edimin borçlu tarafından ifa edilmesinden vazgeçildiğini, hukuki öngörülebilirliğin gereği olarak ve borçlunun da menfaatinin korunması için, derhal kendisine bildirmelidir²⁹⁶. Ek süre vermenin yararsız olacağı hallerde, alacaklı doğrudan mahkemeye nama ifa izni için müracaat edebilir. Nama ifa, esasında borçlusu tarafından yerine getirilecek edimin ifası olduğundan, mahkemeden izin alabilmek için borçlunun *kusurlu* olması gerekli değildir²⁹⁷.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi niteliğindeki bir eser sözleşmesinin ifasında iş sahibi sözleşme ya da dürüstlük kuralından doğan birlikte hareket etme yükümünü, gereği gibi ifa etmediği takdirde, yüklenici borçlunun temerrüdü şartlarına göre TBK m. 113 hükmü kapsamında, masrafı ve hasarı iş sahibine ait olmak üzere, borcun ifasını iş sahibi namına ifa edilmesi için izin isteyebilir. İş sahibinin arsayı teslim yükümünü yerine getirmediği ve söz gelimi olası toprak kayması gibi bir zarar tehlikesi mevcut olduğu durumlarda, yüklenici *izin almaksızın* dahi, kuyu temel istinat perdesinin yapılması, ankraj sisteminin yapılması gibi gerekli önlemleri alabilir. Bu durumda TBK m. 530 uyarınca gerçek olmayan vekâletsiz işgörme hükümleri uygulanır²⁹⁸.

²⁹³ Temelde aynı yönde Aydınçık, **a.g.e.**, s. 101 vd.

²⁹⁴ İlgi içtihadında Yargıtay, yüklenici sıfatındaki borçlunun edimin ifasında temerrüde düşmesi durumunda, arsa sahiplerinin BK m. 106 hükmünde düzenlenen üç seçimlik haktan birini kullanabileceğini, eksik ve kusurlu işlerin nama ifa yoluyla BK m. 97 hükmüne göre istenebileceğini, zira nama ifanın esasında sözleşmenin aynen ifası kapsamında olduğuna karar vermiştir. Y. 15. H.D. 11.12.2002 T., 2002/5721 E., 2002/5764 K. ve Y. 15. HD. 06.04.1989 T. 1988/2909 E., 1989/1783 K.

²⁹⁵ Y. 15. HD. 09.12.2004 T., 2004/922 E., 2004/6861 K., (www.kazanci.com).

²⁹⁶ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 106 vd.

²⁹⁷ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 106;

²⁹⁸ Y. 13. HD. 09.03.1987 T., 1987/1024 E., 1987/1335 K., (www.kazanci.com).

c. Nama İfanın Şartları

(1) Borçlunun Edimini İfa Etmemesi

TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna başvurabilmek için temel koşul, borçlunun muaccel ve ifası mümkün borcunu, alacaklının talebine rağmen ifa etmemesidir. Borçlunun borcunu ifa etmemesinde kusurun gerekliliği tartışmalıdır. Nama ifanın hukuki niteliğine ilişkin görüşlerde belirttiğimiz gibi, ifa görüşü ve cebri icra görüşüne göre borçlunun kusurlu olması gerekli değildir. Ancak, tazminat görüşü ve ikame değer görüşüne göre borçlunun kusurlu olması gereklidir. Kanaatimizce nama ifa talebi, esasında aynen ifa talebinin sadece borcun ifa edeni açısından görünüm değiştirilmiş halidir. Zira nama ifaya konu edimin kendisinde ve hukuki niteliğinde herhangi bir değişiklik söz konusu değildir. Aynen ifa talebinin ileri sürülmesinde borçlunun kusurlu olması şartı aranmadığından nama ifa talebinde de borçlunun kusurlu olması gerekli değildir²⁹⁹.

(2) Nama İfası Kabil Bir Edimin Mevcut Olması

Her ne kadar TBK m. 113 hükmünün başlığı yapma ve yapmama borçları ise de, somut durumda borç konusu *edimin niteliği ve ifa usulü* dikkate alındığında, borçlu adına üçüncü kişi tarafından edimin ifası kabil ise, kanaatimce verme borçları açısından da hüküm uygulanabilmelidir.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki, TBK m. 113 hükmüne göre nama ifanın istenebilmesi için edimin asli edim borcu olması şart değildir. Yan edim yükümü niteliğindeki edimler de TBK m. 113 kapsamında değerlendirilir³⁰⁰. Bu bağlamda yan edim yükümünün hukuki kaynağının sözleşme hükmü, açık kanun hükmü ya da doğrudan dürüstlük kuralı olması açısından herhangi bir fark yoktur. Esasında arsa payı karşı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin asli edim borcu arsa payının devri olduğundan bu borcun dışındaki arsanın teslimi, malzemelerin teslimi, gereki ruhsat ve izinlerin alınması gibi bütün edimler, genellikle yan edim yükümü niteliğinde

²⁹⁹ Aynı yönde, Aydıncık, **a.g.e.**, s. 114.

³⁰⁰ Y. 15 HD. 21.10.2002 T., 2002/2692 K., 2002/4759 E., (www.kazanci.com).

olacaktır. Önemine binaen aşağıda yapma, verme ve yapmama borçları açısından hükmün uygunabilirliği açıklanmaya çalışılacaktır.

i. Yapma Borçlarında Durum

Yapma borcu niteliğindeki edimler, ilke olarak TBK m. 113 hükmü kapsamında nama ifa davasına konu olabilir. Bu bağlamda borcun kaynağı herhangi bir önem taşımamaktadır. Borç, açık bir sözleşme hükmünden kaynaklanabileceği gibi doğrudan kanun hükmünden ya da dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir. Yapma borcu kavramı, geniş manada bütün işgörme borçlarını kapsayacak şekilde mütalaa edilmelidir³⁰¹. İşin mahiyeti gereği, borçlunun sorumluluğunun sadece özenli ifa yükümlülüğünden ziyade, nesnel sonuç sorumluluğunun söz konusu olduğu *bir edim sonucunun* meydana getirilmesinin üstlenildiği yapma borçları bakımından hükmün uygulanması daha elverişlidir³⁰². Ancak bu zorunlu koşul değildir. Bunun ötesinde yapma borcu kavramının kapsamına, başkasına ait işleri yürütme, koruma yükümlülükleri, bilgi ve hesap verme yükümlülükleri gibi yükümlülükler de girer. Özellikle vurgulamak gerekir ki, eser sözleşmesi kapsamında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki borçlar, diğer davranış yükümü (ifaya yardımcı yükümlerden işbirliğinde bulunma yükümü) niteliğinde değilse, genellikle yan edim yükümü niteliğindedir. Yan edim yükümü niteliğindeki borçlar için de TBK m. 113 hükmüne başvurmak mümkündür³⁰³. Zira bir borç ilişkisinde genellikle amaç, birincil edim yükümlülüklerinin, sözleşme ya da kanun ile kapsamı belirlenen borca uygun bir şekilde yerine getirilmesi ve bu sayede hukuksal ilişkinin tasfiye edilmesidir. Bu temel amaç doğrultusunda edimin usulüne uygun olarak yerine getirilmesini sağlamaya dönük yan edim yükümleri de en nihayetinde aynı amaca yönelmektedir³⁰⁴.

İrade beyanında bulunma borcu da, yapma borcu kavramı içerisinde değerlendirilir. Bu bağlamda, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin gerekli idari işlemlerin tesisini talep etmesi ve özellikle yapı ruhsatını alması,

³⁰¹ Weber, **Berner Kommentar**, OR Art. 98 N. 53; Von Tuhr/Peter, **a.g.e.**, s. 45.

³⁰² Aydınçık, **a.g.e.**, s. 153.

³⁰³ Ingo Saenger, **Einsweiliger Rechtsschutz und materieller Selbsterfüllung**, Tübingen 1998.

³⁰⁴ Aday, **a.g.e.**, s. 146.

sözleşmede iş sahibince gerçekleştireceği açıkça öngörülmemiş olsa bile, dürüstlük kuralından doğan bir *yan edim yükümü* niteliğinde olup, TBK m. 113 hükmü anlamında nama ifa davasına konu olabilir³⁰⁵. İrade beyanına mahkûmiyet hallerinde borçlunun beyanda bulunması, diğer deyişle borcunu ifa etmesi değil, onun irade beyanı yerine geçecek bir kararın hâkimin kurucu hükmü ile tesis edilmesi ya da iş sahibinin iradesi yerine geçmek üzere bu işlerin ifası için yükleniciye yetki verilmesi söz konusudur³⁰⁶. Mahkemenin hükmü, dava konusu irade beyanında bulunma borcunun niteliğine göre etkisini farklı şekillerde göstermektedir. Mesela işe başlanabilmesi için belirli idari işlem ve izinlerin alınması gerekmektedir. Bu bağlamda yapı ruhsatının alınması, kat irtifakının kurulması, yapı kullanma izninin alınması gibi işlemler sayılabilir. Sözleşmeden aksi kararlaştırılmadığı ve durumun koşullarından (ilgili işlemler için yükleniciye vekâletname verilmesi) aksi anlaşılmadığı sürece bu işlemleri mülkiyet hakkına bağlı olarak iş sahibi yapmakla yükümlüdür. İş sahibi bu işlemlerin gereğini ifa etmekten kaçındığı takdirde, yüklenici TBK m. 113 hükmüne göre mahkemedен ilgili işlemleri tesis etmek için ifaya izin alabilir. Yargıtay'ın istikrarlı içtihadı bu yöndedir³⁰⁷.

Yargıtay'ın iş sahibinin edimini öncelikle ifa ile yükümlü olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde benimsediği temel içtihat da bu yöndedir. Buna göre Yargıtay, içinde bulunan gecekondular yıkılarak, başka şahıslara ait ev, kömürlük, garaj gibi yapılar varsa bu gibi yapıların da kaldırılarak, inşaat yapılacak *arsanın* yüklenici şirkete teslimini davalı arsa sahiplerinin yüklendiği bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde TBK m. 97 (BK m. 81) hükmü gereği, belirtilen yükümlülükler, arsa sahiplerinin "*öncelikli edimi*" kapsamında olduğunu; sözleşmenin ifa ile sonuçlanabilmesi için tarafların yüklenmiş oldukları edimlerini *öncelik sırasına göre* ifa etmeleri gerektiğini belirtmiştir. Olayda yüklenici, inşaat ruhsatı alarak arsa sahiplerinin belirtilen öncelikli edimlerinin ifasını beklemeden inşaata başlamış ise

³⁰⁵ Weber, **Berner Kommentar**, OR Art. 98 N. 57.

³⁰⁶ Aday, **a.g.e.**, s. 155.

³⁰⁷ Yargıtay ilgi kararında, inşaata başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerektiğini; davalının, sözleşmeden ve işin mahiyetinde anlaşılan bu edimini yerine getirmemesi halinde mahkemece, **davalının iradesi yerine geçmek üzere, bu işlerin ifası için davacıya yetki verilmesine karar verilmesi gerektiğini vurgulamıştır**. Y. 15. HD. 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K., (www.kazanci.com).

de ihtarnamesini arsa sahiplerine göndererek yukarıda belirtilen edimlerinin yerine getirilmesini istemiş; ancak *arsa sahipleri* öncelikli edimlerini ifa etmemiş ve *borçlu temerrüdüne* düşmüşlerdir. Yargıtay, yüklenicinin yüklendiği edimini tamamen yerine getirebilmesi için, tecavüzlü gecekondunun kaldırılmasının zorunlu olduğu ve arsa sahiplerinin, gecekondunun sahipleriyle uzlaşarak ya da dava açarak gecekondunun sözleşme konusu parselde tecavüzlü kısmının kaldırılmasını sağlamadıkları dava konusu olayda, *TBK m. 113 (BK m. 97)* hükmüne göre, yüklenicinin ediminin ifasını engelleyen gecekondunun malik ya da sahipleriyle yapılacak anlaşma yoluyla; anlaşma sağlanamıyor ise sorumluları hakkında dava açarak gecekondunun kal'ini sağlayabilmek için yükleniciye *yetki* verilmesi gerektiğine karar vermiştir³⁰⁸.

Buna karşılık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde yüklenici edimini ifa etmek suretiyle eseri teslim etmek ve karşılığında öngörülen arsa payını, kat mülkiyeti söz konusu olduğunda bağımsız bölümlerin mülkiyetini talep ettiği durumlarda, iş sahibinin mülkiyeti devretme borcundan kaçındığı durumlarda, mahkemenin hükmü *TMK m. 716* ve *TBK m. 185* hükümlerinin kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibinin iradesi yerine geçer ve kararlaştırılan bağımsız bölümlerin mülkiyeti mahkeme kararının kesinleşmesi ile yükleniciye geçer.

ii. Verme Borçlarında Durum

Verme borçları açısından *TBK m. 113* hükmünün uygulanabilirliği öğretide tartışmalıdır. Öğretide çoğunluk görüşü, verme borçları bakımından *TBK m. 113* hükmünün uygulanamayacağı kanaatindedir³⁰⁹. Buna karşılık bazı yazarlar verme borçları bakımından da hükmün uygulanabileceğini savunmaktadırlar³¹⁰. Kanaatimizce somut olayda verme borcu, ifa edilme şekli açısından edim sonucunun taahhüt edildiği yapma borcu niteliğine yaklaştığı durumlarda ve özellikle sözleşme ilişkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sözleşmenin başarıyla ifa edilebilmesi

³⁰⁸ Y. 15. HD. 28.01.2010 T., 2009/659 E., 2010/323K., (www.kazanci.com)

³⁰⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 98 N. 4.

³¹⁰ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 92; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s 376.

açısından ilgili edimin ifasının kaçınılmaz olduğu durumlarda, en azından kıyasen, TBK m. 113 hükmü uygulanabilir. Eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında verme borçları da söz konusu olabilir. Söz gelimi, eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemelerin iş sahibi tarafından temin edilmesi borcunda iş sahibi bu verme borcunu yerine getirmediği takdirde, yüklenici sözleşmeden doğan borcunu ifa etmek suretiyle eseri meydana getiremeyecektir. Eser meydana getirilemeyeceği için yüklenici biricik nitelikteki karşı edim menfaati olan *arsa payının devrini* talep edemeyecektir. İş sahibinin verme borcu niteliğindeki yan edim yükümlülüğünün nama ifa kurumu kapsamında yüklenici tarafından yerine getirilebilmesi, eserin meydana getirilerek sözleşme ilişkisinin başarıyla sonuçlandırılması bakımından hukuken korunmaya değer bir menfaat olarak zorunlu görülmektedir³¹¹.

Kişisel edim olarak da tanımlanan şahsa bağlı yapma borçları ile verme borçları arasındaki ayırım, borcun ifasının üçüncü kişi tarafından yerine getirilip getirilemeyeceği, borçlunun ölümünde edim yükümlülüğünün mirasçılara intikal edip etmeyeceği ve borçlunun iflasında borcun akıbeti bakımından belirleyicidir³¹². Borçlunun şahsına bağlı olmayan yapma borçları ve verme borçlarının ifası, ilke olarak borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilebilir. Buna karşılık kişisel edim olarak da tanımlanan borçlunun şahsına bağlı yapma borçları üçüncü bir kişi tarafından yerine getirilemez. Borçlunun ölümü halinde verme niteliğindeki borçlar ve borçlunun şahsına bağlı olmayan yapma borçları sona ermez, mirasçılara intikal eder. Buna karşılık borçlunun şahsına bağlı yapma borcu sona erer. Borcun ifa edilebilirliği açısından verme borçları ve borçlunun şahsına bağlı olmayan yapma borçları büyük oranda benzerlik göstermektedir. Her ne kadar TBK m. 113 ve İİK m. 30 hükümleri, borçlunun şahsına bağlı olmayan yapma borçlarını açıkça düzenlemiş olsa da kanaatimizce verme borçları da en azından kıyasen hükümlerin uygulama kapsamına girebilir³¹³. Verme borcu niteliğindeki bir edimin sözleşme ilişkisi

³¹¹ Aksi görüşte, Aydınçık, **a.g.e.**, s. 158. Yazar, verme borçları açısından nama ifa yoluna başvurmanın bir zorunluluk olarak ortaya çıkmadığı kanaatindedir.

³¹² Eren, *Borçlar Hukuku*, s. 106 vd.; Kocayusufoğlu, **a.g.e.**, s. 36.

³¹³ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 92; Hugo Oser/Wilhelm Schönerberger, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Teil (Halbband): Art. 1-**

içerisinde alacaklının yan edim yükümü niteliğinde yer almasına karşın, sözleşme ilişkisinin borçlu tarafından başarıyla ifa edilmesinde önkoşul niteliğinde olduğu durumlarda nama ifa yoluna başvurmak bir zorunluluk olarak ortaya çıkmaktadır³¹⁴. TBK m. 113 hükmünün uygulanma şartlarında, masrafın borçluya ait olması unsuru bazı durumlarda, borçlu adına borcun ifa edilmesi *iznine sahip olunması* unsurunun gerisinde kalır. Söz gelimi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi gerekli malzemleri temin etme borcunu ifa etmediği durumlarda, yüklenici eseri meydana getirme borcunu ifa edemeyecek, bunun neticesinde karşı edim olarak inşa edilecek taşınmazın mülkiyetinden hisse talebinde bulunamayacaktır.

iii. Yapmama Borçlarında Durum

Öncelikle kabul etmek gerekir ki, yapmama borcuna aykırılık, çoğu zaman artık borcun ifa edilmesini anlamsızlaştıracak, adeta imkânsızlığa neden olacaktır. Bu durumda yapmama borcuna aykırılık sadece tazminat sorumluluğuna neden olacaktır. TBK m. 113/II hükmüne göre yapmama borcuna aykırı davranıldığı takdirde, borçlu tazminat ile sorumlu tutulabilecektir. Ancak yapmama borcuna aykırı davranış nedeniyle ortaya çıkan borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasının, alacaklının edim menfaati açısından anlamlı ve hukuken korunmaya değer olduğu durumlarda TBK m. 113/III hükmüne göre alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere, borca aykırı durumun ortadan kaldırılması için kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilecektir³¹⁵. Söz gelimi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde eserin meydana getirileceği arsaya ulaşım, sadece bitişik parselden olduğu durumda sözleşmenin tarafı ve bu parselin maliki sözleşme ile kararlaştırılan girişi kapatmama (duvar örmeme) borcuna aykırı davrandığı durumda, yüklenici TBK m. 113/III hükmüne göre duvarın kaldırılması için kendisinin yetkili kılınmasını isteyebilir. Bu

183, 2. Aufl. Zürich 1929, OR Art. 98 N. 3; Rolf H. Weber, **Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmung 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109**, Bern 2000, OR Art. 98 N. 56.

³¹⁴ Buna karşılık Doktrinde bir görüş, verme borçlarında edimin aynen ifası bağlamında nama ifa yoluna başvurmanın bir hukuki gereklilik/zorunluluk olarak ortaya çıkmadığını; alacaklının verme borcu niteliğindeki edim menfaatinin başka surette temin ederek buna ilişkin masrafları borçludan tazminat olarak talep edebileceğini ileri sürmektedir. Bu yönde Aydınçık, **a.g.e.**, s. 12; Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil OR AT**, Bern 2009, § 44 N. 20, 22; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 98 N. 4.

³¹⁵ Benzer yaklaşımda Serozan, **İfa**, s. 223.

örnekte olduğu gibi yüklenicinin edim menfaati, bitişik parselde inşaatı yapmak suretiyle karşı edim menfaati niteliğindeki arsa payının ya da bağımsız bölümlerin mülkiyetinin devrini talep etmektedir. Borca aykırı davranışa rağmen borcun ifası imkânsızlaşmadığı gibi ortaya çıkan borca aykırı durumun ortadan kaldırılmasında alacaklının *biricik nitelikte bir edim menfaati* mevcuttur. TBK m. 113/III hükmü yapmama borçlarına aykırılık açısından esasında restore edici bir işlev arz eder. Gerçekten burada yapmama niteliğindeki bir borcun nama ifa yoluyla ifa edilmesi değil, yapmama niteliğindeki borca aykırı davranış neticesinde ortaya çıkan durumun, masrafı borçluya ait olmak üzere, nama ifa yoluyla ortadan kaldırılması söz konusudur.

Hukukumuzda açık bir düzenleme olmadığından yapmama niteliğindeki bir borca ayırılık durumunda, aynen ifanın talep edilip edilemeyeceği hususu öğretilerde tartışmalıdır. Doktrinde bazı yazarlar, yapmama borçlarını kesin vadeli işlem olarak değerlendirmekte³¹⁶ ve yapmama borcuna aykırılığın esas itibariyle imkânsızlığa sebep olduğunu belirtmektedirler³¹⁷. Bazı durumlarda yapmama borcu devamlı şekilde borçlanılmış olabilir. Bu durumda her borca aykırılık sözleşme ilişkisinin müspet ihlalini teşkil edecektir³¹⁸. Bu görüşe göre yapmama borcuna aykırılık durumunda, şartları mevcutsa alacaklı TBK m. 97/I hükmüne göre tazminat talep edebilecektir.

Doktrinde bazı yazarlar, yapmama borcuna aykırı davranıldığı durumlarda, borç devam ettiği ve ifa mümkün olduğu sürece imkânsızlık hükümleri, inhisari olarak uygulama alanı bulmaz³¹⁹. Alacaklı, TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna başvurabileceği gibi borçlunun temerrüdü hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir³²⁰. Kanaatimizce bu görüş üstün tutulmalıdır. Edimlerin yapma ve yapmama şeklinde olumlu ve olumsuz olarak tanımlanması, edimin fiilen icra ediliş biçimine göredir. Yoksa edimin hukuki niteliği ve özellikle

³¹⁶ Ali Naim İnan, **Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht**, Ankara 1956, s. 47.

³¹⁷ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 302 ve 335.

³¹⁸ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 302.

³¹⁹ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 97. N. 135.

³²⁰ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 53; Hermann Becker, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht; Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, Bern 1941, Art. 102 N. 26; Bucher, **a.g.e.**, s. 334.

edimin ifa edilmesinde alacaklının *edim menfaatine* göre değildir. Söz gelimi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde gerekli yapı ruhsatının alınması ya da diğer resmi işlemlerin tesisini iş sahibinin bizzat yapmaması ya da yükleniciye vekâlet vermemesi, yapma borcuna aykırılık oluştururken; bu işlemler için gerekli vekâletname verildikten sonra yüklenicinin haksız olarak azledilmesi, tarafların asli edimin ifasının gerçekleşmesini önleyecek veya tehlikeye sokacak bir davranışta bulunmama yükümlülüğü kapsamında yapmama borcuna aykırılık oluşturur³²¹. Bu nedenle olumlu edimli borçlarda olduğu gibi olumsuz edimli borçlarda da, borca aykırılık, imkânsızlığa sebep olmadığı ve alacaklının korunacak bir menfaati söz konusu olduğu durumlarda, aynen ifa talep edilebilir³²².

Nihayet ifade etmek gerekir ki her iki görüşe göre, borçlunun yapmama borcuna aykırı davranışı TBK m. 112 hükmünün uygulama şartları altında tazminat sorumluluğunu gerektirir.

(3) Edimin İfasının Talep Edilebilir Durumda Olması

TBK m. 113 hükmü gereği nama ifaya başvurabilmek için önkoşul ifanın hukuken ve fiilen talep edilebilir durumda olması gerekir³²³. Borcun ifası, fiilen ve mümkün olmakla birlikte, ifayı talep etmenin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hallerde alacaklı lehine TBK m. 113 hükmü uygulanamaz. Bu durumda ifanın talep edilebilmesi hukuken mümkün değildir. Ancak şartlar mevcutsa, ifanın imkânsızlaşması nedeniyle tazminat talebinde bulunulabilir³²⁴. Bu bağlamda ifanın

³²¹ Yargıtay ilgi kararında, arsa sahibinin sözleşmenin feshine ilişkin açtığı davanın reddedilmesi durumunda sözleşmenin yürürlükte olduğunu; vekâletten azledilen yüklenicinin ifaya izin isteminde bulunmakta yararı olduğunu kabul etmiştir. Y. 15. HD. 22.2.2001 T., 2000/440 E., 2001/997 K., (www.kazanci.com)

³²² Mustafa Dural, ‘‘Akitten doğan Yapmama Borçları’’, **MHAD**, 4. Yıl 6. Sayı, 1970, s. 7-22, s. 20.

³²³ Yargıtay, davalının edimin ifasına zorlanabilmesi için, **ifanın imkânsız olmaması ve muaccel olması gerektiği** kanaatindedir. Yargıtay’a göre, geçerli bir sözleşmenin ayakta tutulması ve ifa edilmesi, aahde vefa ve sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereği esastır. Ancak bu bağlamda mahkemece öncelikle, dava konusu olayda ilgi parsel üzerine inşaat yapılmasının sürekli ve mutlak bir şekilde imkânsız olup olmadığı resmi mercilerden sorulup tespit edilmelidir. Yargıtay’a göre, böyle bir imkânsızlık bulunduğu takdirde BK m. 20 ve 117 hükmü gereği sözleşmenin ifası istenemez. Y. 15. HD. 17.2.1994 T., 1993/3539 E., 1994/830 K. (www.kazanci.com).

³²⁴ Schwenzer, **a.g.e.**, s. 432; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 376.

aşırı bir masraf gerektirmesi hususu önem taşır. Nama ifa yoluyla borcun yerine getirilmesinde, masrafa ve hasara borçlu katlanacağından, edimin ifasının borçlu açısından yüksek bir masraf gerektirdiği ve fakat buna karşılık, alacaklı açısından edim menfaatinin oldukça düşük olduğu durumlarda, nama ifa yoluna başvurulması dürüstlük kuralına aykırılı teşkil edebilir. Yargıtay'ın kanaati de aynı yöndedir³²⁵.

Alacaklı ifa yerine tazminat isteme hakkını kullandığı ya da sözleşmeden dönmek suretiyle zararının tazminini talep ettiği durumlarda artık nama ifayı talep edemeyeceğinden TBK m. 113 hükmüne başvuramaz³²⁶. Zira yenilik doğurucu haklar bir kez kullanılmakla sona erer. Yenilik doğurucu hak kullanıldıktan sonra bundan dönülmesi mümkün olmadığı gibi, alternatif olarak mevcut olan ve kullanılmayan diğer yenilik doğurucu hakların kullanılabilmesi olanağı da ortadan kalkar.

Diğer taraftan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin söz konusu olmadığı ya da yüklenicinin eseri meydana getirmede korunmaya değer bir özel menfaatinin söz konusu olmadığı bir eser sözleşmesinde yüklenicinin karşı edim menfaati belirli bir miktar paranın ödenmesindedir. Bu nevi bir sözleşme ilişkisinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki edimi, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı ve dürüstlük kuralından da aksi kabul edilemediği durumlarda, diğer davranış yükümü (diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yükümlerden işbirliğinde bulunma yükümü) niteliğinde olabilir. Bu yan borçlar, asıl borca bağımlı bir nitelik arz ettiğinden müstakil olarak dava edilmeleri mümkün değildir. Elbette bu durumda iş sahibinin bağımlı yan borca aykırı davranışı nedeniyle borcun gereği gibi ifa edilmesi neticesinde yüklenicinin tazminat talep hakkı gündeme gelecektir. Bu gibi durumlarda yüklenici karşı edim mefaati tazminat kurumu ile yeteri derecede korunduğundan esasında mezkûr diğer davranış yükümü niteliğindeki bağımlı yan borçların ifasının talep edilememesi yüklenici açısından herhangi bir sakınca teşkil etmeyecektir.

³²⁵ Y. 13. HD. 23.03.1984 T., 1984/442 E., 1984/225 K., (www.kazanci.com).

³²⁶ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 87.

d. Nama İfanın Hukuki Sonuçları

(1) Alacaklının Borcu İfa Etme Hakkının Doğması

TBK m. 113 hükmünün en önemli hukuki sonucu, borçlunun yerine alacaklının ya da üçüncü kişinin borcu ifa etme hakkının doğmasıdır. Bu hak, özellikle irade beyanında bulunularak işlem tesisinin talep edildiği yapma borçlarında *talep edebilme izni* olarak tezahür eder. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde inşaat yapabilmek için ilgili kamu kurumları nezdinde yapı ruhsatı alınması, iskân alınması gibi işlemlerin tesisinin talep edilmesi gerekli olduğundan işlemi yapmaya yetkili olmak büyük önem arz etmektedir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümü kapsamındaki yapma, verme ve yapmama niteliğindeki borçlar söz konusu olduğunda ise, yüklenici iş sahibinin yerine bizzat kendisi veya işin ehli üçüncü kişi marifetiyle ilgili borcun yerine getirilmesini sağlayabilir.

Aydınlığa kavuşturulması gereken diğer bir husus, nama ifa kararından sonra borçlunun borcunu ifa etme hakkının mevcut olup olmadığı meselesidir. Öğretide bazı yazarlar nama ifa kararı ile birlikte borçlunun borcunu ifa hakkının ortadan kalktığını ifade etse de, kanaatimizce alacaklı, nama ifa kararına konu teşkil eden işlem veya eylemin ifasına başlamadığı sürece, borçlu ifayı yerine getirebilir. Zira TBK m. 113'e göre verilen hüküm, alacaklı ya da üçüncü kişinin borçlu yerine borcu *ifa edebilmesi iznini* öngörür, borçlunun artık borcunu *ifa edemeyeceğini* değil. Hüküm ile birlikte borcu ifa etme hakkı açısından borçlunun sıfatında herhangi bir değişiklik olmamaktadır. Ancak alacaklı nama ifa kararı doğrultusunda ilgili edimin ifasına başladığı andan itibaren, mükerrer ifa riskinin bertaraf edilmesi için o ana kadar borcunu ifa etmeyen borçlunun artık ifayı yerine getirme hakkının ortadan kalktığı kabul edilmelidir³²⁷. Borçlu ifa kararından sonra fakat alacaklı tarafından ifaya başlanılmadan önce borcunu ifa ettiği takdirde alacaklı, borçlunun vakitli olarak borcunu ifade etmemesi dolayısıyla mahkeme yoluna başvurmasından mütevellit tahakkuk eden masraflarını borçludan talep edebilir.

³²⁷ Vurgulamak gerekir ki, yüklenici nama ifa kapsamında iş veya işlemin ifasına başlamadan ya da başladıktan sonra dahi, yüklenici ve iş sahibi *mutabık kaldıkları* takdirde, iş sahibi iş veya işlemin gereğini kendisi ifa edebilir. İş sahibi anlaştıktan sonra ifadan tekrar vazgeçerse, bu takdirde yüklenici yeniden bir hakim iznine gerek kalmaksızın, nama ifa kapsamında işin gereğini ifa edebilir.

(2) Tahakkuk Edecek Masrafların Borçluya Ait Olması

TBK m. 113 hükmüne göre, alacaklının ya da üçüncü kişinin ifası, borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesi gibi hukuki sonuç doğurur³²⁸. TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa izniyle birlikte ifanın yerine getirilmesi kapsamında tahakkuk edecek masrafların da borçludan talep edilmesi olanaklıdır. Bu bağlamda talep edilebilecek masrafların hukuki niteliği öğretilerde tartışmalıdır. Doğacak masrafları, müspet zarar³²⁹ olarak tanımlayan görüşlerin yanı sıra, sebepsiz zenginleşme³³⁰ olarak tanımlayan görüşler de mevcuttur. Buna karşılık kanaatimizce bu masraflar, borçlunun ifa yükümlülüğünün yerine gelen ikame bir nitelik arz etmekle sözleşmeden doğan bir rücu alacağı niteliğindedir³³¹. Borcun alacaklı ya da üçüncü kişi tarafından ifa edilmesi ile birlikte, borçluya yönelik ifa talebi masrafların ödenmesi talebine dönüşmektedir³³². Nama ifa masraflarının talep edilebilmesi, nama ifa işlemlerinin fiilen gerçekleştirilerek masrafların tahakkuk etmiş olması koşuluna bağlıdır. Alacaklı, ilgili işlemi üçüncü kişiye yaptırdığı takdirde, bu kişiyi ödemiş olduğu ücretleri talep edebileceği gibi, işi bizzat kendisi tarafından yapıldığı durumlarda harcamış oldu emek ve zamana uygun bir masraf da talep edebilir³³³.

Buna karşılık, borçlunun borcunu ifa etmesi karşılığında alacaklıdan talep edebileceği karşı edimi talep hakkı bakidir. Alacaklı, TBK m. 113 hükmüne göre almış olduğu izin doğrultusunda ilgili iş veya işlemin ifasında tahakkuk edecek masraflar için avans talebinde de bulunabilir. Kanaatimizce, bu bağlamda tarafların karşılıklı ücret ve masraf talep hakları yönünden takas hükümlerinin uygulanması mümkündür³³⁴.

³²⁸ Niklaus, **a.g.e.**, s. 112.

³²⁹ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 375.

³³⁰ Ringier, **a.g.e.**, s. 46.

³³¹ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 109 vd.

³³² Niklaus, **a.g.e.**, s. 115.

³³³ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 277.

³³⁴ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 283.

(3) Edim Hasarının Borçluya Ait Olması

Hasar kavramı, geçerli bir borç ilişkisinde borcun doğumu ile ifası arasındaki zaman diliminde tarafların sorumlu olmadığı tesadüfi bir olay neticesinde taraflardan birinin ediminde meydana gelen zararı ifade etmektedir. TBK m. 113 hükmünde hasarın borçluya ait olacağı belirtilmektedir. Hükümde kastedilen hasar, edim hasarıdır. Edim hasarı, edim konusunun kötüleşmesine rağmen borçlunun borcundan kurtulamayarak onu gereği gibi yeniden ifa etmesi riskidir. Bu bağlamda alacaklı nama ifa yoluyla edimin ifası sürecinde edim konusu telef olduğu ya da kötüleştiği takdirde, borçlu borcundan kurtulamayacak ve ifa tam olarak gerçekleştirilinceye kadar tahakkuk edecek tüm ifa masraflarını ödemekle yükümlü olacaktır³³⁵. Hasarın borçluya ait olması kuralı, alacaklı ya da üçüncü kişi tarafından yerine getirilen nama ifanın esasında borçlunun ifa yükümlülüğünün yerine kaim olmasının neticesidir.

E. İş sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfasından Kesin ve Nihai Olarak İmtina Etmesi TBK m. 484 Anlamında Değerlendirilebilir mi?

Eser sözleşmesi hükümlerine bakıldığında, sadece iş sahibi lehine sebep göstermeksizin sözleşmenin feshi hakkı tanındığı; buna karşılık yüklenici açısından bu nevi bir hakkın söz konusu olmadığı görülmektedir. TBK m. 484 uyarınca iş sahibi, eserin tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir. İş sahibi lehine kanundan kaynaklanan bu fesih hakkının kullanımı için herhangi bir özel koşul gerekli değildir³³⁶. TBK m. 1/2 gereği iş sahibinin sözleşmenin feshine ilişkin irade açıklaması açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünden kesin ve nihai olarak imtina ederek örtülü olarak TBK m. 484'e göre sözleşmeyi feshetmiş kabul edebilir³³⁷. Bu anlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünden kesin ve nihai olarak imtina etmesinin TBK m. 484

³³⁵ Aydınçık, **a.g.e.**, s. 111 vd.

³³⁶ Peter Gauch, ‘Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag- Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts’, **Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990**, Düsseldorf, 1990, s. 35.

³³⁷ Temelde aynı görüşte bkz. Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 113.

anlamında sözleşmenin feshi yönünde bir irade beyanı olup olmadığı, somut olayın bütün koşulları ve sözleşme hükümleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre belirlenir.

İş sahibi, bir tarafta birlikte hareket etme yükümlülüğünü kesin ve nihai olarak ifadan kaçınırken diğer taraftan da sözleşmeyi açıkça feshetmeyerek TBK m.484'e göre yapılan işin değerinin ödenmesi ile tazminat sorumluluğundan kaçamaz. İş sahibi bu şekilde çelişkili davranarak bir yandan yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu kusurlu olarak engellemesi, diğer yandan da sözleşmenin devam ettiğini ileri sürmesi "venire contra factum proprium" teşkil eder ve hukuken korunmaz³³⁸. İş sahibinin keyfi bir şekilde birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal ederek yükleniciyi sözleşmeyi feshetmeye icbar etmesi, sözleşmeye sadakat ve dürüstlük ilkesi ile bağdaşmaz³³⁹. Bu durumda TMK m. 2 gereği kaçınılmak istenen hukuki sonuç, yaptırım olarak uygulanmalı ve yüklenicinin lehine olduğu takdirde, tazminat hesaplaması TBK m. 484'e göre yapılmalıdır³⁴⁰. İsviçre Federal Mahkemesi bu durumda tazminatı TBK m. 484 hükümlerine göre belirleme eğilimindedir³⁴¹.

Gauch'a göre iş sahibi kusurlu davranışı ile sözleşmeyi ihlal ettiği takdirde, yükleniciye sözleşmeyi feshetme hakkı tanınmalıdır. Bu durumda sözleşme sanki iş sahibi tarafından TBK m. 484'e göre feshedilmiş gibi iş sahibinin ücret ve tazminat sorumluluğunun doğması gerekir³⁴². İş sahibinin sözleşmenin feshedilmesinde herhangi bir kusuru yoksa bu takdirde iş sahibi TBK m. 486'ya göre sorumlu olmalıdır³⁴³.

İş sahibi TBK m. 484'e göre sözleşmeyi tazminat karşılığı feshetmediği ve fakat birlikte hareket etme yükümlülüğünü de ihlal ettiği takdirde, yüklenici TBK m. 106, 110, 123, 126'ya göre sözleşmeyi feshedebilir. Bu durumda yüklenicinin karşı edimi talep hak ve menfaati, en azından TBK m. 484'de öngörüldüğü oranda

³³⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 273.

³³⁹ Skauradszun, **NZBau 2010**, s. 89.

³⁴⁰ Farklı gerekçelendirme ile fakat netice itibariyle aynı yönde bkz. Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, 113.

³⁴¹ Fréderic Krauskopf, "Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen", **BRT 2007**, s. 45. Ayrıca bkz. BGE 98 II 115, E. 2.

³⁴² Gauch, **Rücktritt**, s. 45 vd.; Krauskopf, **a.g.e.**, s. 64.

³⁴³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 599.

korunmalıdır³⁴⁴. İş sahibi TBK m.484'e göre sözleşmeyi feshettiği takdirde, o ana kadar yapılan işin karşılığını ve sözleşmenin vaktinden evvel feshedilmesi nedeniyle yüklenicinin doğan bütün zararlarını karşılamak durumundadır³⁴⁵. Bu hükmeye göre belirlenecek tazminat miktarı, iş sahibinin ifanın imkânsızlaşmasına kusurlu olarak sebep olmak dolayısıyla TBK m. 485/2'de öngörülen tazminat miktarındaki kadardır³⁴⁶. Tazminatın hesaplanmasında Yargıtay'ın kabul ettiği yöntem TBK m. 408'e göre kesinti yöntemi değil; toplama yöntemidir³⁴⁷.

F. Tamamlanan Eserin Teslim Alınmaması Nedeniyle İş Sahibinin Temerrüdü

1. Genel Olarak

TBK m. 470 anlamında yüklenicinin bir eser 'meydana getirmesi' borcu, aynı zamanda meydana getirilen eserin teslim edilmesini³⁴⁸ de kapsamaktadır. Diğer deyişle, yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan eseri meydana getirmesi kadar, bu eseri iş sahibine teslim etmesi de onun asli borcudur³⁴⁹. O nedenle yüklenici eseri teslim etmediği ya da edemediği sürece borcundan kurtulmuş olmaz. Yüklenicinin sözleşmede öngörülen sürede eseri meydana getirmek suretiyle iş sahibine teslim

³⁴⁴ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, §642, N. 19, bb.; temelde aynı yönde Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 114 vd.

³⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda iş sahibi yükleniciye gönderdiği yazıyla işin durdurulduğunu bildirmiş ve mutabakatla tasfiye edilmesini teklif etmiştir. Yüklenici, bu yazıyı her türlü haklarını saklı tutarak imza etmiştir. Yüklenici, iş sahibinin tek taraflı olarak inşaatı durdurması yüzünden uğradığı her türlü zarar ve ziyanın isteyeceğini bildirmiş ve böylece sözleşmenin feshinde ve tasfiyesinde kendi muvafakatının olmadığını, buna iş sahibi tarafından haksız olarak zorlandığını açıklamıştır. Buna göre kararda yüklenicinin durdurma sebebi ile kendisine yaptırılmayan kalan işlerden ötürü kâr yoksunluğu tazminatı isteyebileceği vurgulanmıştır. YHGK 15/05/1996 T. 1996/15-208 E., 1996/324 K., (www.kazanci.com).

³⁴⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 275.

³⁴⁷ Yargıtay kararına konu olayda BK m. 369 hükmüne göre, yüklenici zararı hesaplanırken BK'nın 325. maddesinde ifade edilen kesinti yöntemi değil, toplama yöntemi uygulanacağı belirtilmiştir. Bu yöntemde, yüklenicinin fesih tarihine kadar yaptığı giderlere (olumsuz zarar), şayet eser tamamlanmış olsaydı o tarihte elde edeceği net kar (olumlu zarar) eklenerek toplam zarar miktarı bulunur. Y. 15. HD. 27.01.2012 T. ve 2010/7098 E. Ve 2012/350 K.,(www.kazanci.com).

³⁴⁸ Öğreti'de 'meydana getirilen eserin teslim borcunun' TBK m. 470 hükmünde açıkça ifade edilmemiş olması, eksiklik olarak tanımlanmıştır. Bkz. Alper Mustafa Gümüş, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 1.

³⁴⁹ Gökhan Dirican, **Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması**, İstanbul, 2007, s. 4-5; Hüseyin Altaş, **Eserin Teslimden Önce Telef Olması**, Ankara, 2002, s. 43.

etmesi, özellikle kapsamlı yapı eserlerinde büyük önem arz etmektedir. Keza çoğu zaman işin karmaşıklığı ve büyüklüğünün yanında kararlaştırılan teslim tarihi adeta hayati öneme haizdir. Söz gelimi olimpiyat müsabakalarının düzenleneceği spor kompleksinin³⁵⁰ zamanında meydana getirilmemesi ya da uluslararası nitelikli bir fuar³⁵¹ için gerekli yapıların meydana getirilmemesinin itibar kaybı dolayısıyla yaratacağı zarar, olağanüstü niteliklidir. Bu tür eserlerin meydana getirilmesini konu edinen sözleşmelerde kararlaştırılan eserin *öngörülen zamanda* yüklenici tarafından meydana getirilmemesi durumunda, adeta yüklenicinin iflasına neden olabilecek düzeyde cezai şartlar öngörülmektedir. Yüklenicinin bu sorumluluğunu ifa edebilmesi, çoğu zaman iş sahibinin eserin teslim alınmasında etkin bir işbirliğinde bulunmasına bağlıdır.

Türk Borçlar Kanunda eser sözleşmesi kurumunda tamamlanan eserin iş sahibi tarafından teslim alınması hususu, münhasıran ve açıkça öngörülmüş olmasa da diğer hükümlerin ve sözleşmenin tabiatından bu hukuki neticeye varılmaktadır³⁵². Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan ve yerine getirmekle yükümlü olduğu bütün işleri ifa etmediği takdirde eser tamamlanmış sayılmaz³⁵³. Bir eserin tamamlanmış olmasından kasıt, sözleşmede öngörülen bütün işlerin yüklenici tarafından ifa edilmiş olması suretiyle eserin meydana getirilmesini ve meydana getirilen bu eserin objektif ölçüler içinde kullanım amacına uygunluğunu ifade eder³⁵⁴. Yüklenici tarafından meydana getirilen eseri iş sahibi teslim almakla yükümlüdür. TBK m. 483/1 hükmünde “...iş sahibi, eseri teslim almada temerrüde düşmedikçe...” ifadesi; TBK m. 486 hükmünde “... İş sahibi eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür...” ifadesi; TBK m. 479/1 hükmünde “... İş sahibinin bedel ödeme borcu, teslim anında muaccel olur...” ifadesi ile TBK m. 475; m. 477; m. 478 hükümlerinde geçen *teslim ve eserin kabulü*

³⁵⁰ Vygen, **BauR 1983**, s. 210.

³⁵¹ Vygen, **BauR 1983**, s. 210.

³⁵² Erman, **a.g.e.**, s. 29; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 125; Aral, **a.g.e.**, s. 348.

³⁵³ Mustafa Reşit Karahasan, **İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuat, C.1**, Ankara 1997, s. 260.

³⁵⁴ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 125.

kavramları birlikte değerlendirildiğinde iş sahibinin tamamlanan eseri teslim almakla yükümlü olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır³⁵⁵.

Tamamlanan eserin iş sahibine teslimi olgusuna hem yüklenici hem de iş sahibi açısından önemli hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Öncelikle yüklenici, sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcundan ancak teslim ile kurtulmaktadır. Eser meydana getirilmiş olsa bile iş sahibine teslim edilmedikten ya da teslim için arz edilmedikten sonra yüklenici borcundan kurtulamaz. İkinci olarak, eser teslim edildiğinde sözleşmede iş sahibi lehine öngörülen ipotek ya da teminat gibi tali nitelikli hakların kullanılması olanaksız hale gelir. Üçüncü olarak, teslim edilen eserin muayene ve tespit edilen ayıpların ihbar edilmesi bakımından süre işlemeye başlar. Keza ayıba karşı tekeffül sorumluluğu açısından zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Eserin teslimi geciktikçe yüklenici açısından hukuki belirsizlik ve ayıba karşı tekeffül nedeniyle sorumlu olma riski devam eder. Dördüncü olarak, eserin teslimi ile birlikte hasar iş sahibine geçer. Beşinci olarak, yüklenici eseri teslim etmekle kararlaştırılan ücreti talep etme hakkına kavuşur³⁵⁶.

2. Taşınır Eserin Teslim Alınmasında İş Sahibinin Temerrüdü

Sözleşme konusu taşınır bir eser olduğu takdirde, yüklenici eseri meydana getirdikten sonra sözleşme hükümlerine göre ve sözleşmenin ifası amacıyla iş sahibine arz etmesi, diğer bir ifadeyle, iş sahibinin eser üzerinde doğrudan zilyet olmasının sağlanması yoluyla olur³⁵⁷. İş sahibi bu bağlamda tamamlanan taşınır eseri teslim almaktan imtina ettiği takdirde, bundan doğan zarara katlanmakla yükümlüdür. Yüklenici meydana getirdiği eseri teslim edene kadar korumakla yükümlüdür³⁵⁸. Bu anlamda zarar, teslim alınmayan eserin bakımı ve korunması

³⁵⁵ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 91 OR N. 69; Asuman Turanboy, ‘‘Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti’’, **AÜHFĐ, C. 41, S. 1-4**, s. 154.

³⁵⁶ Çiğdem Soysal, ‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin de Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdünün Sonuçları’’, **PARADOKS, Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, (e-dergi)**, <http://www.paradoks.org>, S. 2.

³⁵⁷ Gürhan Ayan, ‘‘Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı’’, **Prof. Dr.Erdoğan MOROĞLU’na 65. Yaş Gün Armağanı**, İstanbul 1999, s.795.

³⁵⁸ Peter Oppler, ‘‘Zur Pflicht des Auftragnehmers, seine Leistungen vor Beschädigung und Winterschäden zu schützen’’, **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, s. 713.

masraflarıdır. Eserin teslim alınmaması yüklenicinin iş yapma kapasitesini olumsuz etkiliyorsa, bundan mütevellit zararın tazmini iş sahibinden talep edilebilir³⁵⁹.

Diğer taraftan yüklenici TBK m. 107 ve 108 hükümlerine göre hareket etme hakkına sahiptir³⁶⁰. TBK m. 107/1 hükmüne göre alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edilecek şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir³⁶¹. İlke olarak bütün taşınır eserler tevdi edilebilir niteliktedir. Tevdi yerini hâkim belirler. Ticari mallar hâkim kararı olmadan da bir ardiyeye tevdi edilebilir. Yüklenici tarafından yapılacak tevdi, ifa yerine geçeceğinden eserin, sözleşme ile taahhüt edilen niteliklere ve öngörülen kullanım amacına uygun olarak meydana getirilmiş olması gerekir³⁶².

Eserin tevdi edilmesi için ilke olarak hâkim kararı gereklidir. TBK m. 107'ye göre eserin tevdi edilmesi için iş sahibinin uyarılması gerekli değildir. Tevdi için iş sahibinin uyarılması önkoşul değildir. Bununla beraber, en azından eser tevdi edildikten sonra iş sahibine durumun bir ihtar ile bildirilmesi, meselenin tabiatı gereğidir³⁶³. Zira tevdi anından sonra hasar ve giderler iş sahibine ait olacağından yapılacak ihtar ile iş sahibinin bu bağlamda gerekli tedbirleri alma imkânına kavuşturulması gerekir³⁶⁴. Özellikle iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düştüğünü

³⁵⁹ Yargıtay kararına konu olayda iş sahibine ait otomobilin bakım ve onarımının yapılması için yüklenicinin servisine teslim edilmiştir. Yüklenici, iş sahibine gönderdiği ihtarnamesiyle aracın onarımının yapıldığını bildirmiş ve on gün içinde onarım bedelinin ödenmesini ve aracın teslim alınmasını istemiştir. Yargıtay meselenin nitelemesinde, iş sahibinin aracını teslim almada alacaklı temerrüdüne; iş bedelinin ödenmesinde de borçlu temerrüdüne düştüğünü tespit etmiştir. Kararda yüklenicinin, alacaklı temerrüdü sonucu ihtarnamenin tebliği ile dava tarihi arasındaki süre içinde aracın iş sahibi tarafından teslim alınmaması sebebiyle gerçekleşen maddi zararının iş sahibinden istenebileceği ifade edilmiştir. Buna göre, yüklenicinin işyerini haksız olarak işgali sonucu iş kaybı gerçekleşmiş ise buna bağlı olarak gelir kaybı ve dolayısıyla maddi zararının olacağı kabul edilmiştir. İş sahibinin temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren aracının işgal ettiği servis alanını kötüniyetli zilyet olarak da işgalinde bulundurduğundan burasını haksız alıkoymuş olması yüzünden yükleniciye vermiş olduğu zararları ödemek zorunda olduğu ifade edilmiştir. Kararın hukuki gerekçelendirilmesinde eser sözleşmesinin, karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı sözleşmelerden olduğu Borçlar Kanununun 106/1. maddesine göre, karşılıklı borçları içeren bir sözleşmede, iki taraftan biri mütemerrit olduğu takdirde, alacaklı diğer taraf akdin ifasıyla birlikte gecikme sebebiyle gerçekleşen olumlu maddi zararının tazminini de isteyebileceği ifade edilmiştir. Y. 15. HD. 02.11.2004 T. 2004/2290 E., 2004/5557 K., (www.kazanci.com).

³⁶⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1325 vd.

³⁶¹ BGE 136 III 178, s. 185.

³⁶² Aynı doğrultuda, Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 82.

³⁶³ Bucher, **a.g.e.**, s. 323.

³⁶⁴ Jakob Biedermann, **Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat**, Dissertation, Zürich 1944, s. 134 vd.

bilmediği durumlarda, yüklenicinin kendisini eserin tevdi edileceği veya şartları mevcutsa edildiği hususunda bilgilendirilmesi, dürüstlük kuralı gereğidir³⁶⁵. Aksine davranış yüklenicinin diğer davranış yükümünün ihlali nedeniyle tazminat sorumluluğunu gerektirebilir.

TBK m. 108'e göre sözleşme konusu olan şeyin niteliği veya işin özelliği tevdi edilmesine uygun düşmez veya teslim edilecek şey bozulabilir ya da *bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri* gerektirir ise, borçlu, alacaklıya önceden ihtarda bulunması koşuluyla, hâkimin izniyle onu açık arttırma yoluyla sattırıp bedelini tevdi edebilir. Hükmün amacı, niteliği gereği tevdi edilemeyen bir şeyin tevdi edilebilir bir şey ile ikame edilmesidir³⁶⁶. Eser sözleşmeleri bakımından TBK m. 108/1 alt. 3'te öngörülen "... *bakımı, korunması veya tevdi edilmesi önemli bir gideri* gerektirir ise..." durum uygulama alanı bulabilir. Tevdi gideri, eserin değerine oranla yüksek olduğu durumlarda önemli gider unsuru mevcuttur³⁶⁷. Sözleşme konusu eser, nitelik ve kalitesini muhafaza etmesine rağmen, zaman unsurunun belirleyiciliğindeki piyasa koşulları nedeniyle vakit geçtiğinde değer kaybedeceği öngörülebildiği takdirde, bozulabilir kavramı altında müteala edilerek satımının talep edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³⁶⁸. Ticari satım için sipariş verilen sezon kıyafetleri bu duruma örnek gösterilebilir.

Teslim edilecek şey, borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak gidere oranla değeri az ise, satışın açık arttırma yoluyla yapılması zorunlu olmadığı gibi, hâkim, önceden ihtarda bulunma koşulunu aramaksızın satışa izin verebilir. Bu hükmün amacı, niteliği gereği tevdi için elverişli olmayan eşyanın tevdiye elverişli eşyaya, yani paraya dönüştürülmesidir³⁶⁹. Yüklenici tarafından satış talep edilecek eserin, sözleşme ile taahhüt edilen niteliklere ve öngörülen kullanım amacına uygun olarak meydana getirilmiş olması gerekir. Ancak bu durumda TBK

³⁶⁵ Koller, **AT II**, s. 382 vd.

³⁶⁶ Hubert Stöckli, "Selbsthilfeverkauf eines Flugzeugs nach Abschluss der Wartungsarbeiten-Entscheid des Bundesgerichts 2. Maerz 2010 (BGE 136 III 178)", **BR 2010**, s. 178.

³⁶⁷ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 OR N. 19.

³⁶⁸ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 Or N. 18.

³⁶⁹ Halil Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları**, İstanbul 1996, s. 78.

m. 108'e göre satma hakkı kullanılabilir. Yüklenici daha önce tevdi ettiği eseri, tekrar geri almak suretiyle satışını isteyebilir.

TBK m. 108 hükmünün diğer önemli uygulama şartı, alacaklıya önceden ihtarda bulunulmasıdır. Bu unsurun amacı, alacaklıya satışı engellemek için son bir şans tanımaktır³⁷⁰. Her ne kadar kanunda açıkça yer almasa da ihtarın maksadı dikkate alındığında alacaklıya makul bir süre verilmesi gerekir. Aksi takdirde ihtardan beklenen maksadın hâsıl olma ihtimali söz konusu olmaz. Bu bağlamda TBK m. 123 hükmünde öngörülen süre için geçerli kıstaslar esas alınabilir³⁷¹. Zira fonskiyon bakımından büyük oranda benzerlik arz etmektedir. Öğretide çoğunluk görüşü, alacaklı teslim almayacağını evvelemerde beyan etmiş olsa bile kendisine gerekli ihtarın yapılması gerektiği kanaatindedir³⁷². Kanaatimizce somut olayın bütün koşulları birlikte değerlendirildiğinde alacaklı teslimden imtina etmesi neticesinde sözleşme konusu eserin satımı söz konusu olabileceğini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, bu takdirde yükleniciyi ihtar ile yükümlü tutmamak gerekir³⁷³.

Eser sözleşmesinin konusunu sadece imal değil, aynı zamanda tadilat ya da tamirat işlerini de kapsamaktadır. Yükleniciye gerekli tadilat ya da tamirat için bırakılan bir taşınır eşyanın mülkiyeti, iş sahibindedir. Bu durumda satımı istenen eşya üzerindeki mülkiyet hakkı, satıma engel teşkil eder mi sorusu gündeme gelecektir. Alacaklının temerrüdünde satımın istenmesi, sadece borçlu yararına değil, çoğu zaman alacaklının da yararına olduğundan mülkiyeti alacaklıya ait olsa dahi, hükümde önögülen sıkı rejime uyulmak kaydıyla, satım istenebilir³⁷⁴. TBK m. 108 hükmü bu konuda borçluya gerekli *tasarruf yetkisini* vermektedir.

TBK m. 108/2 hükmüne göre, teslim edilecek şey, borsada kayıtlıysa veya piyasa fiyatı varsa ya da yapılacak gidere oranla değeri az ise, satışın açık artırma yoluyla yapılması zorunlu olmadığı gibi, hâkim, önceden ihtarda bulunma koşulunu

³⁷⁰ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 OR N. 27.

³⁷¹ Stauber, **a.g.e.**, N. 432.

³⁷² Weber, **Berner Kommentar**, Art. 93 OR N. 29; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 OR N. 27.

³⁷³ Aynı doğrultuda, Stauber, **a.g.e.**, N. 440.

³⁷⁴ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 OR N. 26; aksi görüşte, Alfred Koller, **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II**, Bern 2006, s. 386.

aramaksızın satışa izin verebilir. Eser sözleşmesi bakımında bu hüküm misli ile belirlenen bir eser meydana getirildiği durumlarda uygulama alanı bulabilir.

Öğreti ve İsviçre Federal Mahkemesine göre istisnai durumlarda borçlu satımı istemeye yükümlü kabul edilebilir³⁷⁵. Borçlunun satımı isteme yükümlülüğünün kaynağını dürüstlük kuralı oluşturmaktadır³⁷⁶. Satımın istenmemesinin aynı zamanda alacaklı için ağır zararların doğmasına neden olabileceği öngörülebildiği durumlarda, borçlunun satımı istememesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir³⁷⁷. Yüklenici açısından meydana getirilen eserin tevdi edilmesi mi yoksa TBK m. 108'e göre satılmasının mı daha yararlı olacağı her bir somut olaya göre belirlenir. Eserin tevdi edilmesinde, tevdi maliyetinin riskine her zaman yüklenici katlanacağından bazı durumlarda eserin satılması kendisi için daha yararlı ve elverişli olacağından somut durumun koşulları gerektirdiği takdirde meydana getirilen eserin satılmasını talep etmesi isabetli olabilir.

Yüklenici tarafından satımın istenmiş ve gerçekleştirilmiş olması, asli edim borcunun ifa edildiği anlamına gelmez. Borçlu, satım sonucu tahsil edilen bedelden kendi alacağını aldıktan sonra bakiyesini alacaklıya takdim etmek veya TBK m. 107'ye göre tevdi ettirmek; eğer tahsil edilen bedel borçlunun alacağını karşılamıyorsa, mahsup ettirmek durumundadır. Borçlu ancak bu aşamadan sonra borcundan kurtulur.

3. Taşınmaz Eserin Teslim Alınmasında İş Sahibinin Temerrüdü

Aksine bir usul taraflarca öngörülmedikçe, konusu taşınmaz olan eser sözleşmelerinde yüklenici, eseri meydana getirdiğini iş sahibine bildirmek suretiyle sözleşmeden doğan borcunu ifa etmiş ve eseri teslim etmiş olur³⁷⁸. Bu bildirim açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Taşınmaz eser, iş sahibinin arsası üzerinde inşa edildiği takdirde, öngörülen bütün işler tamamlanarak yüklenici tarafından iş

³⁷⁵ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 93 OR N. 59; BGE 132 III 715.

³⁷⁶ Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, **OR AT**, N. 3186; doğrudan sözleşme ilişkisine dayandıran görüş için bkz. Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 82.

³⁷⁷ BGE 115 II 451.

³⁷⁸ BGE 113 II 267; BGE 115 II 459.

sahibinin yararlanmasına terkedilmesi örtülü bildirim ile teslim anlamına gelmektedir.

İş sahibinin, sözleşmede öngörülen ifa modalitelerine uygun olarak meydana getirilen eseri haklı bir neden olmaksızın teslim almaktan kaçınması, alacaklının temerrüdü niteliğindedir. Eser sözleşmesi kurumunda meydana getirilen eserin teslim alınması borcunu açıkça düzenleyen bir hüküm mevcut olmamakla beraber, işin tabiatı ve diğer hükümler birlikte değerlendirildiğinde iş sahibinin tamamlanan eseri teslim almakla yükümlü olduğu, bu teslim almanın kendisi açısından bir *borç* teşkil ettiği sonucuna varılmaktadır³⁷⁹. Gerçekten TBK m. 486 ‘... *İş sahibi eserin tamamlanan kısmından yararlanabilecek ise, onu kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür...*’ hükmüne amirdir. Burada kabul etmek ile ifade edilmek istenen eserin, sözleşmeye uygunluğunun onaylanması anlamındaki teknik tabir niteliğindeki kabulden ziyade teslim alma eylemidir.

Taraflar, anahtarın teslim edilmesi veya beraberce gözden geçirmek suretiyle teslim alma gibi özel bir teslim şeklini öngörebilirler. Taraflar sözleşmede özel bir teslim şekli kararlaştırmışlarsa ve iş sahibi birlikte hareket etmek suretiyle eseri teslim almaktan imtina ederse ya da teslimine engel olursa, iş sahibinin bu davranışı TBK m. 484 anlamında sözleşmenin tazminat karşılığı feshedildiği şeklinde yorumlanamaz. Zira TBK m. 484’e göre tazminat karşılığı fesih ancak eserin tamamlanmasından (teslime hazır hale gelmesinden) önce söz konusu olabilir.

İş sahibi meydana getirilen taşınmaz eseri teslim almaktan imtina ettiği takdirde, yüklenici taşınmaz üzerinde zilyetliği sağlayan anahtarların tevdi mahalline teslimi ve durumun iş sahibine bildirilmesi yoluyla da teslimi gerçekleştirebilir³⁸⁰. Ancak sözleşme konusu eser, bu nevi basit bir taşınmaz olmaktan ziyade kapsamlı, tefrişatlı bir yapı projesi olduğu takdirde mesele nasıl çözülecektir?

TBK m. 110 hükmüne göre borcun konusu, *bir şeyin teslimini gerektirmiyorsa*, alacaklının temerrüdü halinde borçlu, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre sözleşmeden dönebilir. Bu hükmün, konusu taşınmaz olan eser

³⁷⁹ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 209.

³⁸⁰ Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 206.

sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliğinin tartışılması gerekmektedir. TBK m. 110 hükmü, ilk bakışta sadece yapma borçları için öngörüldüğü ve verme borçlarını kapsamadığı izlenimini uyandırmaktadır. Oysa TBK m. 107 ve m.108 hükümleri ile birlikte ve sistematik açıdan değerlendirildiğinde, eser sözleşmesi gereği meydana getirilen taşınmaz niteliğindeki eserin teslim alınmaması durumunu, kapsamı dışında bırakmak istediği sonucuna varılamaz. Zira eser sözleşmesi her ne kadar meydana getirilen eserin teslimini asıl borç olarak belirlemekteseyse de sözleşmenin tabiatı gereği öncelikle eserin yapma edimi ile meydana getirilmesi gerekmektedir. Eser henüz meydana getirilmesi safhasında yüklenici yapma borcunu ifa ederken, iş sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünde TBK m. 110 vd. hükümlerinin uygulama alanı bulacağına bir tartışma mevcut değildir. Keza, tamamlanmış bulunan taşınır niteliğindeki eserin teslim alınmasında alacaklının temerrüdüne düşen iş sahibi açısından TBK m. 107 ve m. 108 hükümlerinin uygulanacağı da sabittir. Ancak niteliği gereği bizatihi teslim elverişli olmayan ya da üzerinde tasarrufu sağlayan unsurların teslimi (anahtarların vs.) üzerinden teslimi olanaklı olmayan kapsamlı yapı projelerinin tesliminde iş sahibi temerrüde düştüğü takdirde sorun nasıl çözülecektir?

TBK m. 110 hükmü yapma borçlarını kapsadığına göre yapmak suretiyle meydana getirildikten sonra ancak teslim edilebilen taşınmaz niteliğindeki eser sözleşmeleri bakımından da geçerli olması gerekir. Yüklenicinin eserin tamamlandığına ilişkin rapor ve hesapları da kapsayan bir noter ihtarı ile iş sahibine eseri teslim etmeye hazır olduğunu beyan etmesi, teslim gibi hukuk sonuç doğurur³⁸¹. TBK m. 110 hükmünün ratio legisi bunu gerektirir. Aksine bir yorumla, TBK m. 110 hükmünün uygulanmaması, hukuk mantığı, dürüstlük ve güven kuralı ile çelişir³⁸². Yüklenici TBK m.110 hükmüne göre sözleşmeden dönerek borcundan kurtulma imkânına sahiptir. Yüklenici bu şekilde sözleşmeyi feshederse, TBK m. 486 hükmü

³⁸¹ Yargıtay kararına konu olayda yüklenici eser sözleşmesinin kendisine yüklediği borcu ifa ederek teslim amade olduğunu iş sahibine bildirmiş ve bakiye alacağının tediyesini istemiştir. İş sahibi borcunu yerine getirmekten kaçındığı için proje ve hesaplar BK m. 91. hükmü doğrultusunda notere tevdi edilmiş arta kalan borç ödenerek proje ve hesapların alınması ihtarname ile iş sahibine bildirilmiştir. Kararda, yüklenicinin dava konusu edilen bakiye alacağını iş sahibinen istemede haklı olduğu ifade edilmiştir. Y. 15. HD. 07/07/1975 T., 1975/1109 E., 1975/3440 K., (www.kazanci.com).

³⁸² Dayınlarlı, **Temerrüt**, s. 208.

kıyasen uygulanarak sözleşme ile belirlenen eser meydana getirilerek teslim edilmiş gibi hukuki sonuçlar doğar ve özellikle kararlaştırılan ücretin tamamına hak kazanılır.

Kanaatimizce, sözleşmeye uygun olarak meydana getirilen eserin teslim alınması iş sahibi açısından teknik anlamda bir borçtur³⁸³. İş sahibi eseri teslim almadan imtina ettiği durumda alacaklının temerrüdü yanında borçlunun temerrüdünde de bulunmaktadır. Bu durumda, yüklenici TBK m. 110'nun yanında ayrıca doğrudan borçlunun temerrüdü, (TBK m. 117-126), hükümlerine göre de hareket edebilir³⁸⁴. Yüklenici somut olayın koşullarını dikkate alarak dilerse alacaklının temerrüdü, dilerse doğrudan borçlunun temerrüdü hükümlerinin işletilmesi yoluna gidebilir. Çoğu zaman borçlunun temerrüdünü tercih etmesi yüklenicinin menfaatlerini korumada daha etkili olacaktır.

Sadece tamamlanmış eserin teslim alınması yükümlülüğü mevcut olduğundan bu gerekçeye binaen ileride doğacak olası ihtilafları bertaraf etmek için öncelikle mahkemeye müracaat ile tayin edilecek teknik bilirkişi marifetiyle taşınmaz niteliğindeki eserin, sözleşmede öngörülen ifa modalitelerine uygun olarak meydana getirildiği ve öngörülen kullanma amacına uygunluğunun tespit ettirilmesi gerekmektedir.

II. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesi

A. Genel Olarak

Temel örnek: Eserin meydana getirilmesine ilişkin genel imalat programına göre elektrik tesisatının imalatını üstlenen yüklenici, kaba inşaat ve beton işleri bittikten sonra 1 Mart 2015 tarihinde elektrik işlerinin imalatına başlayacak ve 1 Temmuz 2015 tarihinde teslim edecektir. İnşaat öngörülen seviyeye ancak 1 Haziran 2015 tarihinde ulaştığından elektrik işlerini üstlenen yüklenici, edimin ifasına 1 Haziran 2015 tarihinde 3 ay gecikmeli başlayabilmektedir.

³⁸³ Daha önce ifade edildiği gibi İsviçre/Türk Hukukunda, Alman hukukunda BGB § 640/1 C.'e tekabül eden ve eserin teslim alınmasını açıkça borç olarak tanımlayan bir hüküm mevcut değildir.

³⁸⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 281.

Türk Borçlar Kanunu, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle *eserin meydana getirilmesinin gecikmesi* hususunu, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlememektedir. Eserin meydana getirilmesi safhasında *geçici nitelikte* dahi olsa iş sahibinin bu davranışı, borçlu konumundaki yüklenicinin bir yapma borcu niteliğinde olan eserin meydana getirilmesi borcunu ifa edebilmesi için *kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma* niteliğindedir. Bu nedenle, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle sözleşme konusu eserin meydana getirilmesinin gecikmesi durumunda, ilke olarak Türk Borçlar Kanununun 106 vd. maddelerinde düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Bu durumda öncelikle yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmesi olanaksızlaşır ve sözleşmede öngörülen vade iş sahibinin temerrüdü kadar uzamış olur. Ayrıca TBK m. 483/1 gereği iş sahibi temerrüt durumunda iken edim ve ücret hasarı riskine katlanır. Yüklenici, TBK m. 106, 110, 123, 124, 125/2-3, 126 hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir veya sözleşmeyi feshedebilir ve iş sahibi kusurlu ise zararının tazminini talep edebilir.

İş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğü hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşme konusu eserin yüklenici tarafından *meydana getirilmesi gecikebilir*³⁸⁵. Bu bağlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, sürekli ve objektif imkânsızlığa neden olmaksızın, sözleşme konusu eserin ya tamamının ya da belirli kısımlarının *tarafların belirlediği vakitte* meydana getirilmesini olanaksız kılar. Bu gibi durumlarda yüklenici için belirli maliyetler söz konusu olabilir. Yüklenici, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesini beklediği süre içerisinde kendi üretim imkânlarını ve kapasitesini hazır bulundurmak nedeniyle ilave personel, zaman ve girdi maliyetlerine katlanmak durumunda kalır³⁸⁶.

³⁸⁵ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 4.d.

³⁸⁶ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642 N. 4. c.

B. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinin Şartları ve Hükümleri

İş sahibi, sözleşmede öngörülen ya da eserin meydana getirilmesi sürecinin gereğinden doğan bir zamanlamaya uygun olarak üzerine düşen işbirliğini göstermediği; gerekli iş ve işlemlerin ifasını gecikmeli olarak gerçekleştirdiği durumlarda geç ifa sözkonudur. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesinde iş sahibi, yapma borcu niteliğinde olan eserin meydana getirilmesi borcunun yüklenici tarafından ifa edilmesinde *kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınmak suretiyle alacaklı temerrüdüne düşmekte*; sözleşme ilişkisi yüklenici tarafından sonlandırılmadan, iş sahibince gerekli iş ve işlemlerin ifası gecikmeli olarak gerçekleştirmektedir. İş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesi bakımından gerekli koşullar, birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ifa edilmemesindeki gibidir. Bu nedenle, bu aşamda iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesine ilişkin açıklamalara atıf yapmakla yetinilmektedir³⁸⁷.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü zamanında ifa etmemesi neticesinde alacaklının temerrüdüne düştükten sonra yüklenicinin uyarısı üzerine veya kendiliğinden gerekli iş ya da işlemi *gecikmeli* olarak ifa etmektedir. Bunun neticesinde eserin meydan getirilmesi süreci sekteye uğramaktadır. Eser, taraflarca sözleşmede kararlaştırılan veya işin niteliği gereği objektif olarak öngörülen sürede ve maliyetle meydana getirilememektedir.

C. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinin Sonuçları

1. İlave Süre Verilmesi

İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi nedeniyle alacaklının temerrüdüne düştüğü takdirde, yüklenici sözleşmeden dönebileceği gibi belirli şartlar altında sözleşmeyi ileriye yönelik feshetme yoluna da gidebileceği daha

³⁸⁷ Bkz. III. Bölüm I. B. 3.

önce izah edilmiştir³⁸⁸. Ancak yüklenici bu hakların henüz kullanmadığı zaman diliminde iş sahibi açısından alacaklı temerrüdü sona erdiği takdirde, yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu ifa etmesi gerekir. Bu durumda belirli bir zaman diliminde borcunu ifa edemeyen yüklenici açısından meydana getirilecek eserin teslim tarihi, borcun ifa modalitelerine uygun ifa edilmesi açısından ve iş sahibine karşı geç ifa nedeniyle sorumlu olmamak açısından önem arz etmektedir.

Öncelikle tespit etmek gerekir ki, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi neticesinde yüklenici taaahüt etmiş olduğu edimi, sözleşme ile kararlaştırılan tarihte teslim etmemesi nedeniyle borçlunun temerrüdüne düşmez. Zira iş sahibi bir yandan borcun ifası için öncelikle kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken iş veya işlemi ifa etmekten imtina ederken; diğer taraftan yükleniciden bu zaman diliminde borcunu ifa ve kararlaştırılan vadede eseri teslim etmesini talep etmesi, çelişkili bir davranış olması hasebiyle dürüstlük kuralına aykırıdır³⁸⁹. İş sahibinin temerrüdü nedeniyle borcun ifa edilemediği zaman dilimi sanki mevcut olmamış gibi meydana getirilecek eserin teslim tarihi aynı kalmaz. Sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hareketle iş sahibinin temerrüdü süresi kadar teslim tarihi ertelenir³⁹⁰.

Eserin meydana getirilmesi süreci, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde sekteye uğradığı ve işin gereğine göre devam ettirilemediğinde, yüklenici bu durumu TBK m. 472/3 uyarınca *hemen iş sahibine bildirmek zorundadır*. Bu takdirde, yüklenicinin eseri meydana getirmek için ilave olarak makul bir süre talep hakkı doğar³⁹¹. Yargıtay içtihadına göre bu süre, iş sahibinden kaynaklanan süreyi dikkate alacak makul bir süredir³⁹². İlave makul süreden anlaşılması gereken, eserin meydana getirilmesi sürecinin sekteye

³⁸⁸ Bkz. III. Bölüm I. B. 4. e. (1) ve (2).

³⁸⁹ Stauber, **a.g.e.**, N. 706.

³⁹⁰ Stauber, **a.g.e.**, N. 706.

³⁹¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 682; Hülmann, **Bauablaufstößen**, s. 822.

³⁹² Yargıtay kararına konu olayda inşaat yapılacak arsa üzerinde, arsa sahibine ait gecekondunun bulunduğu ve bu bina yıkılmadığından belediye tarafından inşaat izni verilmemiştir. Kararda iş sahibinin kusurundan veya tarafların iradesi dışında oluşan mücbir sebeplerden meydana gelmiş ise gecikmeden yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı, eski binadan kaynaklanan makul bir gecikme süresinin saptanarak teslim süresine eklenmesi gerektiği vurgulanmıştır. Y. 15 HD. 22.04.2008 T., 2008/925 E., 208/2676 K., (www.kazanci.com).

uğramasıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ortaya çıkan zamansal gecikmeyi kapsayacak bir zaman dilimidir³⁹³. Bu bağlamda, yüklenici, işin teknik gereğine uygun olarak ilave süre talebini doğuran olayları tespit etmek ve ortaya koymak durumundadır³⁹⁴.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlali nedeniyle eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkan gecikmeyi, ilke olarak *yüklenici daha fazla performansla bertaraf etmekle yükümlü değildir*. Eserin teslim tarihi, iş sahibinden kaynaklanan gecikme nedeniyle makul bir süre kadar ertelenir. Bu anlamda makul süre, en az gecikme kadardır. Ancak, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde yatan sebep ve eserin meydana getirilmesini engelleyen olayın bütün unsurları dikkate alınarak³⁹⁵ bu süreden daha fazla olması her zaman mümkündür. Eserin teslim tarihinin ertelenmesinin dogmatik gerekçesini, tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak sözleşmedeki boşluğun doldurulması oluşturur³⁹⁶. Bu nedenle, somut olayın bütün şartları ve işlemin hukuki tabiatı dikkate alındığında teslim tarihinin ertelenmesinden başka bir neticeye varılabiliyorsa ya da taraflar sözleşmede başka bir çözüm öngörmüşlerse, bu halde buna göre mesele çözümlenir³⁹⁷.

³⁹³ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 822.

³⁹⁴ Dirk Reister, “Bauzeitnachtraege nach § Nr. 5 VOB/B, § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB“, **Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag**, München 2005, s. 127.

³⁹⁵ Yargıtay kararına konu olayda doğalgaz tesisat yapım ve cihaz montaj sözleşmesi imzalanmış, bu sözleşmede iş sahibi ile yüklenicinin yapacağı işler ve yükümlülükleri ayrı ayrı gösterilmiştir. Sözleşmede işin teslim tarihi 10.04.2005 olarak belirlenmiş, daha sonra 20.09.2005 tarihinde teslim protokolü düzenlenmiştir. Yerel mahkeme senetlerin iade edildiğinden bahisle menfi tespit davasında karar verilmesine yer olmadığına karar vermiş, tazminat istemini ise kabul ederek BK m.161 hükmüne göre indirim yapmıştır. Yargıtay kararında, taraflar arasındaki asıl sözleşmenin geçerliliğini koruduğunu işin teslim tarihinin 10.04.2005 olarak kabul edilerek iş sahibine düşen yükümlülüklerin süresinde yerine getirilip getirilmediğinin, gecikme var ise bunun teslim süresine etkisinin tespit edilerek gecikmede davacı iş sahibinin kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini ifade ederek, gecikmede yüklenici kusurunun varlığı kabul edilerek gecikme tazminatına hükmedilmesini hukuken isabetli bulmamıştır Y.15 HD. 28.9.2009 T., 2008/4952 E., 2009/4899 K., (www.kazanci.com).

³⁹⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 250.

³⁹⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 250.

2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinden Doğan Maliyet Artışı Nedeniyle İlave Ücret Talebi

a. Genel Olarak

Yüklenicinin sözleşmeden doğan borcunu zamanında ifa etmesi, sadece iş sahibinin menfaati açısından değil, aynı zamanda yüklenici açısından da önemlidir. Sözleşmede kararlaştırılan eserin öngörülen maliyetle meydana getirilmesi, işgücü, makine ekipmanı gibi bütün üretim unsurlarının öngörülen hesaplama ve zaman planlamasına göre kullanılabilmesine bağlıdır³⁹⁸. Zira yüklenici sözleşmeden doğan borcun ifasında doğacak maliyet hesaplamasına imalat süresini de dâhil etmektedir. İmalat süresinin uzamasının doğrudan sonucu, iş makineleri, emek unsuru gibi üretim faktörlerinin optimum kapasitenin altında³⁹⁹ ve bu nedenle öngörülenden daha fazla bir süre ile üretime tahsis edilmesi neticesinde doğacak maliyet artışıdır⁴⁰⁰.

İmalat süreci, iş sahibinden kaynaklanan sebeplerle sekteye uğradığında, yüklenici gerekli önlemleri almak ve üretim unsurlarının yeniden organizasyonu ile imalat sürecini yeniden düzenlemek durumunda kalabilir ki bu durum kaçınılmaz olarak ilave bir maliyet artışını beraberinde getirmektedir⁴⁰¹. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi, kimi durumlarda sonradan ortaya çıkabilir ki bu andan sonra yüklenici sözleşmeden doğan borcunu, öngörülenden çok daha ağır koşullarda ve maliyetle ifa etmek durumunda kalabilir⁴⁰². Daha açık bir ifadeyle, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereğine uygun, ayıpsız ve vakitlice ifa etmediği takdirde, yüklenicinin ilave teknik ve yönetsel tedbirler almaksızın eseri sözleşmede öngörülen vadede ve ayıpsız bir şekilde meydana getirebilmesi ya olanaklı değildir ya da ya olanaklı olması için tahakkuk edecek ilave maliyetlere katlanması kendisinden beklenemez⁴⁰³. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi dolaylı olarak

³⁹⁸ Hürlimann, *Bauablaufstörungen*, s. 816; Reiner Schumacher, **Die Vergütung im Bauwerkvertrag: Grundvergütung-Mehrvergütung**, Freiburg 1998, s. 582 vd.

³⁹⁹ Hürlimann, *Bauablaufstörungen*, s. 816.

⁴⁰⁰ Klaus Vygen, ‘‘Behinderung des Auftragnehmers und ihre Auswirkungen auf die vereinbarte Bauzeit’’, **BauR 1983**, s. 210.

⁴⁰¹ Hürlimann, *Bauablaufstörungen*, s. 816.

⁴⁰² Strunk, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁰³ Hoffmann, **a.g.e.**, s. 218.

yüklenicinin borcunu gereği gibi ifa edememesi, yani eseri meydana getirememesi, riskini de arttırmaktadır⁴⁰⁴.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklanan ve yüklenicinin sözleşme gereği üstlendiği borcu ifa etmesini engelleyen hususları yüklenicinin sözleşmenin kurulması aşamasında öngörme olanağı yoktur⁴⁰⁵. Bu nedenle eserin meydana getirilmesi sürecinde sözleşme taraflarının sorumluluk ve risk alanlarının belirlenmesi gerekmektedir⁴⁰⁶. İş sahibinin sorumluluk alanında yer alan bir hususun, eserin meydana getirilmesine ilişkin olumsuz etkisi söz konusu olduğunda, bunun hukuki sonuçlarına ve özellikle maliyetine iş sahibi katlanmak durumundadır. Ancak, çoğu zaman eserin meydana getirilmesindeki risk faktörlerinin, taraflardan hangisinin sorumluluk alanına dâhil olduğu kolayca belirlenemez. Özellikle kanunda ya da sözleşmede düzenlenmeyen ve fakat işin tabiatı gereği dikkate alınması gereken bir husus söz konusu olduğunda mesele ziyadesiyle güçleşir.

b. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Geç İfa Edilmesinden Doğan İlave Maliyet

Eserin öngörülen zamanda bitirilmesi, aynı zamanda yüklenicinin menfaati açısından da büyük önem arz etmektedir. Zira yüklenici, taahhüt etmiş olduğu eseri meydana getirirken, ticari kapasite ve üretim olanaklarını *belirli bir zaman için bu işe tahsis* edeceğini öngörmüş ve bu doğrultuda bir hesaplama ile belirli bir kâr elde edeceği varsayımı ile işi üstlenmiştir. Bu nedenle eserin meydana getirilme süresinin uzaması, aynı zamanda yüklenicinin ticari olanak ve üretim unsurlarının⁴⁰⁷ öngörülenden fazla bir süre ve muhtemelen daha pahalı bir maliyet periyodunda⁴⁰⁸ bu işe tahsis edilmesi neticesinde borcun ifası *maliyeti* ciddi oranda artacak ve kuvvetle muhtemel yüklenicinin zararına neden olacaktır. Almanya’da bu bağlamda

⁴⁰⁴ Riedl, **a.g.e.**, s. 276.

⁴⁰⁵ Strunk, **a.g.e.**, s.3.

⁴⁰⁶ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar** § 642 N. 2.a.

⁴⁰⁷ Bu kapsamda personel, makine ve ekipman unsurları ile işin yürütülmesi için gerekli parasal unsurlar zikredilebilir.

⁴⁰⁸ Bu unsur zorunlu olmamakla beraber, Türkiye gibi görece enflasyonun olduğu ekonomilerde üretim unsurlarının maliyeti/fiyatı müteakip zaman dilimlerinde ilke olarak artmaktadır.

tahakkuk eden maliyet artışlarının, planlanan maliyetin % 30-50'sine tekabül ettiği tespit edilmiştir⁴⁰⁹.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi, eserin meydana getirilmesi safhasına göre, yüklenicide muhtelif ilave maliyetlere ve/veya zararlara neden olabilir. Bu zarar kalemlerinin önceden tahdidi olarak belirlenebilmesi olanaklı değildir. Zarar kalemleri ve miktarları her somut olayın niteliğine göre farklılık arz edebilir ve tespit edilmesi lazım gelir. Bununla beraber emsal teşkil edebilecek tipiklikte olan en yaygın zarar türlerinin bazılarına örnek kabilinden kısaca değinmek gerekir.

Birincisi, iş sahibi gerekli işbirliğini göstermediği zamanda dahi yüklenicinin eseri meydana getirme yükümlülüğü, sözleşmeden dönüldüğü/feshedildiği ana kadar devam ettiğinden bu iş için tahsis ettiği üretim unsurlarını hazır bulundurmak⁴¹⁰, üretim yapmaksızın muhafaza etmeden doğan maliyetler vardır. Söz gelimi metro inşaatı için getirilen tünel açma makinesinin bütün ekipman ve personeli ile üçüncü bir firmadan kiralandığı durumlarda iş sahibinden kaynaklanan sebeple ayıpsız yer teslimi yapılamaması nedeniyle işe başlanamaması/devam ettirilememesi durumundan doğan ilave giderler. İkincisi, ilke olarak eser meydana getirilerek teslim edildiği anda yüklenicinin sorumluluğu biter. Ancak bu aşamada iş sahibi alacaklı temerrüdünde bulunduğundan TBK m. 483/1 gereği hasara katlanmak durumundadır⁴¹¹. Bununla birlikte, somut olayın şartları dikkate alındığında dürüstlük kuralı gereği, yüklenici, iş sahibinden kaynaklı bir sebeple eserin meydana getirilmesinin devam ettiremediği durumlarda dahi, eseri muhtelif tehlikelere karşı korumakla yükümlü olabilir. Bu bağlamda bizatihi eserin korunması ya da risklerin sigortalattırılmasından doğan ilave giderler söz konusu olabilir. Üçüncüsü, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yüklenici hakkını korumak amacıyla lehine doğan hukuki kurumların işletilmesi için yaptığı giderler. Dördüncüsü, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal nedeniyle

⁴⁰⁹ Hans-Gustav Olshausen, "Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusaetzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf", **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18 Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 323.

⁴¹⁰ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 27.

⁴¹¹ Detaylar için bkz. III. Bölüm III. B.

eserin öngörülen tarihte tamamlanarak teslim edilemediği durumlarda müteakip siparişlerin alınamamasından doğan kazanç kayıplarının oluşturduğu zararlar⁴¹². Beşincisi, birlikte hareket etme yükümlülüğü iş sahibince vakitinde ifa edilmediği için eserin meydana getirilmesi gecikecektir. Bu borcun gecikmeli ifası nedeniyle yüklenici, müteakip sözleşmelerden doğan taahhütlerini ihlal etmesi neticesinde cezai şart ve/veya tazminat ödemek durumunda kalabilecektir⁴¹³.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ve gereği gibi yerine getirmemesi kural olarak yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesini de geciktirmektedir. TBK m. 479/1 gereği yüklenicinin alacağı, eserin teslimi anında muaccel olacağına göre⁴¹⁴, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü geç ifa etmesi durumunda, yüklenicinin sözleşme gereği karşı edim olan ücretini talep hakkı –en azından- ertelenmektedir. Böyle bir durumda yüklenicinin ücretini geç alması nedeniyle faiz talep etme hakkı mevcuttur⁴¹⁵.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesine rağmen yüklenici sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu usulüne uygun olarak ifa etmek durumunda kalabilir. Bu durumda yüklenicinin borcunu ifa maliyeti öngörülen daha yüksek olabilir⁴¹⁶. Çünkü birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin eserin meydana getirilmesine etki eden olumsuz neticeleri, *çoğu kez sözleşme başında öngörülenden daha fazla zaman, emek/işgücü ve daha maliyetli teçhizat ve üretim usulleriyle bertaraf edilebilir*⁴¹⁷. Bu gibi durumlarda iş sahibi, ilke olarak kendisinden kaynaklanan maliyet artışlarını karşılamak durumundadır.

Diğer taraftan yüklenicinin, iş sahibinin yerine birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesi, otomatikmen bu iş ve/veya işlem kapsamında tahakkuk eden masrafları talep edebileceği anlamına gelmemektedir. Yüklenici, ilgili iş veya işlemleri ifa etmemiş olsaydı, zararın artacağı durumlarda ve iş sahibini açıkça uyarılmış

⁴¹² Koller, **Berner Kommentar**, Art. 366 OR N. 772.

⁴¹³ Koller, **Berner Kommentar**, Art. 366 OR N. 772.

⁴¹⁴ İfade etmek gerekir ki, eserin teslim edilmesi ile bedelin muaccel olacağını öngören TBK m. 479 hükmü, emredici nitelikte olmayıp taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Bkz. Emre Gökyayla, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 13. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2015, s. 552.

⁴¹⁵ Strunk, **a.g.e.**, s. 9

⁴¹⁶ Hürliemann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

⁴¹⁷ Hürliemann, **Bauablaufstörungen**, s. 817.

olmak kaydıyla, yüklenici birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ifa etmiş olduğu iş ve işlemler nedeniyle doğan giderlerini vekâletsiz iş görme hükümlerine göre talep edebilir⁴¹⁸. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle eserin meydana getirilmesinde kaybedilen zamanın telafi edilmesine yönelik ilave tedbirleri yüklenici alabilir. İş sahibinin menfaati gerektirdiği ve en azından farazi iradesinin o yönde olacağı varsayılabilir⁴¹⁹ takdirde, bu bağlamda tahakkuk eden ilave giderler TBK m. 529'da öngörülen vekâletsiz işgörme hükümlerine göre iş sahibinden talep edilebilir⁴¹⁹.

Zira iş sahibi her ne kadar gerekli işbirliğinde bulunmasa da sözleşme ile kararlaştırılan eserin meydana getirilmek suretiyle kendisine teslimini istemekte gerçek/farazi iradesi mevcuttur. Diğer deyişle eserin meydana getirilmesi safhasında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında bir işlem veya eylemde duraksadığı ve somut olayın koşulları birlikte değerlendirildiğinde gerekli üretim unsurlarının muhafazası lazım geldiği takdirde, iş sahibi doğacak ilave giderleri karşılamakla yükümlüdür. Zira TBK m. 529/1 uyarınca iş sahibi, kendi menfaatine yapılması halinde, işgörenin gereğine göre zorunlu ve yararlı bulunan bütün masrafları faiziyle ödemek ve yüklenicinin gördüğü iş dolayısıyla üstlendiği edimleri ifa etmek ve hâkimin takdir edeceği zararı gidermekle yükümlüdür⁴²⁰.

Eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkan aksaklıkların sebepleri ile sonuçlarının sıcağı sıcağına açıkça tespit edilmesi⁴²¹ ve ihtilaf konusu dışına çıkarılarak mutabık kalınması önem arz etmektedir⁴²². Olası ihtilafların önlenmesi açısından yüklenici ile iş sahibi arasında ek bir sözleşme yapılarak, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle eserin meydana getirilmesinde kaybedilen zamanın telafi edilmesine yönelik yüklenici tarafından alınacak tedbirlerin ve tahakkuk edecek ilave giderlerin açıkça belirlenmesi tavsiye edilmektedir⁴²³.

⁴¹⁸ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, §642 N. 15, aa.

⁴¹⁹ BGH, **BauR 1986**, 346 vd.

⁴²⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Vor Art. 91 N. 7.

⁴²¹ Gerektiğinde teknik veyahut Mahkemece atanacak resmi bilirkişiler marifetiyle meselenin tespiti gereklidir.

⁴²² Ralf Leinemann, "Die Ermittlung und Berechnung von Ansprüchen aus gestörtem Bauablauf", **NZBau 2009**, s. 624.

⁴²³ Klaus Dieter Kapellmann, Beschleunigungen, **NZBau 2009**, s. 541.

İsviçre Hukukuna⁴²⁴ göre iş sahibinden kaynaklanan nedenlerle eserin meydana getirilmesindeki maliyet artışları ve bundan doğan *ilave ücret* talep hakkı, makul oranlı bir risk ve kârın da dikkate alındığı gerçek maliyetlere göre hesaplanır⁴²⁵. Buna karşılık Alman Hukukunda yüklenici § 6 Abs. 6 VOB/B uyarınca iş sahibinden *tazminat* talep etme hakkına sahiptir. Her ne kadar İsviçre Hukukunda mesele tazminat kavramı kapsamında değerlendirilmese de pratik sonucu bakımından iki hukuk sistemi arasında kayda değer bir fark mevcut değildir. Çünkü Alman Hukukunda tazminatın hesaplanması, *gerçek maliyet artışına* göre yapılmaktadır. Kanaatimizce, eser sözleşmesi kurumunun, tarafların hak ve sorumlulukları bakımından esas aldığı hukuki menfaat dağılımı, İsviçre Hukukundaki düzenleme ile müsavi olduğundan İsviçre Hukukundaki çözüm, ilkesel olarak Türk Hukuku bakımından da geçerli kabul edilmelidir. İş sahibinden kaynaklanan nedenlerle eserin meydana getirilmesindeki maliyet artışları ve bundan doğan *ilave ücret* talep hakkı hesap edilirken, makul oranlı bir risk ve kâr oranı dikkate alınmalıdır. Bu çözüm, TBK m. 481 hükmünün ratio legisi ile uyum içindedir.

c. Maliyet Artışı ve Tazminat Kavramları

Öncelikle maliyet artışı ve tazminat kavramlarının tanımlanması ve aralarındaki farkların açıklanması gerekmektedir⁴²⁶. Maliyet artışı ya da ilave sarfiyat ile kastedilen, sözleşmenin ifası sürecinde iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin meydana getirilmesinde doğan her türlü ilave giderdir. İlave sarfiyat, iş sahibi gereği gibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmiş olsaydı eserin meydana getirilmesinde, muhafazasında ve tesliminde tahakkuk etmeyecek giderleri kapsamaktadır. Bu giderler, eserin öngörülen objektif meydana getirme maliyetine ilave doğan ve yüklenici tarafından karşılanan giderlerdir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde eserin meydana getirilmesi için gerekli üretim unsurlarının hazır bulundurulması; meydana getirilmekte olan eserin iş sahibinden

⁴²⁴ Kapellmann, *NZBau 2009*, s. 541.

⁴²⁵ Gauch, *Werkvertrag*, N. 948; Hürlimann, *Bauablaufstörungen*, s. 820.

⁴²⁶ Alman hukukunda ilave giderler için 'Entschädigungsanspruch'; doğan zararlar için 'Schadenersatzanspruch' ve ilave ücret için 'Mehrvergütungsanspruch' kavramları kullanılmaktadır.

kaynaklı sebeple öngörülen tarihte meydana getirilerek teslim edilmemesi nedeniyle korunmasından doğan giderler bu kapsamda zikredilebilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle doğan ilave sarfiyatlara iş sahibinin katlanması için *kusurlu* olması gerekli değildir⁴²⁷.

Buna karşılık tazminat kavramı, bizatihi eserin meydana getirilmesi ya da korunması maliyetinin ötesinde, birlikte hareket etme yükümlülüğünün vakitli ifa edilmemesi neticesinde yüklenicinin malvarlığından meydana gelen eksilmelerdir. Yüklenicinin yoksun kaldığı kâr veya üçüncü kişilerle yaptığı sözleşmelerden doğan taahhütlerini, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle ifa edememesi neticesinde doğan sorumluluğu, tazminat kavramı içerisinde değerlendirilir. Zira bu kapsamda doğan malvarlığı eksilmelerinin sebebi doğrudan sözleşme konusu esere ilişkin değildir. Teknik anlamda tazminata konu olan zarar kalemi içerisinde değerlendirilen bu malvarlığı eksilmelerinin iş sahibinin talep edilebilmesi için iş sahibinin kusurlu olması gerekir.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yüklenicide meydana gelen malvarlığı eksilmeleri çoğu zaman, hem ilave sarfiyat kavramı hem de tazminat kavramı içerisinde mütalaa edilebilir⁴²⁸. Bu nitelikteki malvarlığı eksilmelerinin telafisi için yüklenici dilerse ilave masraf talebinde bulunabileceği gibi iş sahibine karşı tazminat talebinde de bulunabilir. Ancak, tazminat talebi açısından iş sahibinin kusurlu olması gerekeceğinden ilave masraf talebinde bulunulması çoğu zaman yüklenicinin lehinedir.

d. Değere Göre Bedel Belirlendiği Durumlarda İlave Ücret

Taraflar TBK m. 481 anlamında değere göre bedel kararlaştırmışlarsa ya da açıkça bedeli kararlaştırmamaları nedeniyle TBK m. 481 uygulama alanı bulursa, bu halde bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir. Bu durumda *maliyet artışından doğan riski iş sahibi taşımaktadır*. Diğer taraftan iş sahibi, alacaklının temerrüdünde bulunmasından

⁴²⁷ Wilhelm Götze, ‘‘Bauzeit-und kostenrechtliche Behandlung von aussergewöhnlichen Witterungseinflüssen’’, **NZBau 2010**, s. 724.

⁴²⁸ Koller, **OR AT II**, S. 490.

ötürü eserin meydana getirme maliyeti, sözleşme kurulurken objektif olarak öngörülebilir maliyetin de üzerine çıkar. Bu bağlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ve gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle eserin meydana getirilmesindeki maliyet artarsa, bu halde yüklenicinin talep edebileceği bedel otomatik olarak artar⁴³¹. Bu anlamda iş sahibinin temerrüdü neticesinde tahakkuk eden ilave maliyetler bedelin belirlenmesinde dikkate alınır⁴³². Bu ilave maliyetlerin iş sahibinden talep edilmesinde akdedilen sözleşme içeriği ve hükümleri dikkate alındığında, gerekli hukuki dayanak bulunmadığı durumlarda, TBK m. 529 hükmüne göre hareket edilerek zorunlu ve yararlı masraf kaleminden değerlendirilmek suretiyle iş sahibinden talep edilmesi cihetine gidilebilir⁴³³.

Aynı hukuki durum, taraflarca eser *bedelinin yaklaşık* olarak belirlendiği durumlarda da geçerlidir. TBK m. 482/1'e göre başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılacağı anlaşılırsa iş sahibi, bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteyebileceği gibi, eser henüz tamamlanmamışsa, yükleniciyi işe devamdan alıkoyarak, tamamlanan kısım için hakkaniyete uygun bir bedel ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir. Hükümün iş sahibi lehine uygulanabilmesinin en önemli koşulu *iş sahibinin kusurunun olmamasıdır*. Hükümdeki kusur kavramından kasıt, dar ve teknik anlamda bir kusur olmayıp, iş sahibinin hukuki alanına dâhil ve iş sahibinden kaynaklanan her türlü sebeplerdir. Bu anlamda iş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ve gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle eserin meydana getirilmesindeki maliyet artışına katlanmak durumundadır⁴³⁴.

Diğer taraftan, iş sahibinin maliyet artış riski sınırsız değildir. Yüklenici TBK m. 471/1-2 gereği basiretli bir yüklenici gibi hareket ederek üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterik, sadakat ve özenle ifa etmek

⁴³¹ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, S. 818; aynı doğrultuda Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 32.

⁴³² Olshausen, **a.g.e.**, s. 323.

⁴³³ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N 35.

⁴³⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 300.

durumundadır⁴³⁵. Yüklenici, bu özen yükümlülüğüne aykırı davranmak suretiyle eserin meydana getirilmesinde neden olduğu maliyet artışı için ücret talep edemez⁴³⁶.

Başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedel, hem iş sahibinden hem de yükleniciden kaynaklanan sebeplerle aşılırsa, bu takdirde iş sahibinin sözleşmeden dönmek veya sözleşmeyi feshetme hakkı bulunmamaktadır. Ancak, iş sahibi, TBK m. 482/2 gereği bedelden uygun bir miktarın indirilmesini isteme hakkına sahiptir. Bu uygun miktarın belirlenmesinde yüklenicinin kusur ve sorumluluğu dikkate alınır⁴³⁷. Yaklaşık bedel iş sahibinden kaynaklanan sebeple başlangıçta öngörülenden yüksek tahakkuk ettiği durumlarda TBK m. 482/1 hükmü uygulanmaz.

e. Götürü Bedel Belirlendiği Durumlarda İlave Ücret

(1) İlave Ücret Talebinin Gerekçesi

Taraflar, yüklenicinin giderleri dikkate alınmaksızın bedeli önceden belirlemişlerse mesele daha karmaşıktır. Eser sözleşmesinde bedel, götürü olarak belirlendiğinde sonradan ilke olarak tek taraflı değiştirilemez⁴³⁸. Bu takdirde, değere göre ücret belirleme durumundakinin tam aksine, maliyet artışı riskine yüklenici katlanmak durumundadır⁴³⁹. TBK m. 480/1 gereğince yüklenici, öngördüğünden fazla emek veya masraf yapmış olsa dahi bedelin arttırılmasını isteyemez. Eser sözleşmesine ilişkin bu hüküm, irade özerkliğinin sözleşmedeki yansıması olan sözleşmeye bağlılık⁴⁴⁰, diğer deyişle ahde vefa ilkesinin (pacta sunt servanda) gereğidir⁴⁴¹. Bu bağlamda, ücretin düşük belirlenmesinin riskine yüklenici katlanmak

⁴³⁵ Yüklenicinin özen ve sadakat borcu hakkında detaylı bilgi için bkz, K. Emre Gökyayla, “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat Ve Özen Borcu”, **GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Armağanı 2002, C. I, S. 1**, s. 785-805.

⁴³⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 462.

⁴³⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 301.

⁴³⁸ Ingo Mittenzwei, “Geschäftsgrundlage und Vertragsrisiko beim Pauschalvertrag“, **Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag**, München 2002. s. 622.

⁴³⁹ Hürlimann, **Baublaufstörungen**, s. 818.

⁴⁴⁰ Hasan Erman, “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamalar”, **İÜHFİM, İstanbul 1973, s. 601-619**, s. 602.

⁴⁴¹ Başak Baysal, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, İstanbul, 2011, s. 477-484**, s. 478; Bu doğrultuda, sözleşme yapıldıktan sonra, durumlarda sözleşmenin kurulduğu ana göre hiç bir

durumundadır⁴⁴². Götürü bedel kararlaştırıldığı durumlarda yüklenici bilerek belirli oranda bir maliyet artışı/kâr kaybı/zarar riskini göze almaktadır⁴⁴³. Ne var ki burada üstlenilen risk sınırsız değildir. Nihayetinde iş sahibinin talep ve yönlendirmesi doğrultusunda meydana getirilen eser, sözleşme ile kararlaştırıldan önemli oranda farklı olduğu durumlarda iş sahibinin kararlaştırılan ücrette direnmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder⁴⁴⁴. Sözleşmede götürü bedelin kararlaştırılmış olması sadece sözleşme kapsamına dâhil işler için geçerlidir, iş sahibi ek işler için ayrıca bedel ödemekle yükümlüdür⁴⁴⁵. Böyle bir durumda iş sahibi kararlaştırılan götürü bedelde direnemediğine göre, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde maliyet artışı söz konusu olduğunda götürü bedelde *evleviyetle* direnememesi gerekir. Bu nedenle, götürü bedel belirlendiği durumlarda, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde iş sahibinin temerrüdünden mütevellit tahakkuk edecek ilave maliyetlere yüklenicinin katlanması beklenemez⁴⁴⁶. Çünkü sözleşmenin üzerine bina edildiği menfaatler dengesine göre yüklenicinin üstlendiği bu riskin kapsamına iş sahibinden kaynaklanan maliyet artışları girmez. TBK m. 480/1 hükmü, sadece "*eserin*" meydana getirilmesinin öngörülenden fazla emek ve masraf gerektirdiği durumları kapsamaktadır. İş sahibinden kaynaklanan maliyet artışları, bu hüküm kapsamında değerlendirilmemelidir⁴⁴⁷. Yüklenicinin eseri meydana getirme borcunu, ilk olarak öngörülen maliyetle ifa etmeye hakkı vardır⁴⁴⁸. Bunun aksinin kabul edilmesi, eserin meydana getirilmesi maliyetinin ve dolayısıyla yüklenicinin elde edeceği gelirin iş sahibinin keyfi tutumuna bağlı olması sonucunu doğurur⁴⁴⁹. İş sahibinin temerrüdü neticesinde eserin meydana getirilmesinde

değişiklik olmadığı ya da değişikliğin pek önemli bulunmadığı hallerde '*Ahde vefa*' ilkesinin uygulanması dürüstlük kuralı gereğidir. Bkz. Haluk Tandoğan, 'Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu', **BATİDER, Cilt XI, Sayı 1, Haziran 1981**, s.51-65, s. 59.

⁴⁴² Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 818.

⁴⁴³ Damla Mamük, **Eser Sözleşmesinde Götürü Bedel ve Sonuçları**, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016, s. 30.

⁴⁴⁴ Richard Riedl, 'Einige Fragen der Risikozurechnung bei Bauverträgen im Verhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer sowie bei verschiedenen Unternehmereinsatzformen', **Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag**, Wiesbaden und Berlin 1997, s. 275.

⁴⁴⁵ Turgut Uygur, **İnşaat Hukuku**, s. 915.

⁴⁴⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1336.

⁴⁴⁷ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 819.

⁴⁴⁸ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 26.

⁴⁴⁹ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 818.

tahakkuk eden ilave maliyetlere yüklenicinin katlanması, dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz⁴⁵⁰.

Yüklenicinin söz konusu ilave maliyetleri iş sahibinden talep edebilmesi gerektiği hususunda herhangi bir tartışma mevcut değildir. Ancak yüklenicinin bu talebinin hangi kurum ve hükümlere göre iş sahibinden talep edilebileceğinin tartışılması gerekmektedir.

Alman Hukukunda § 642 BGB gereği, iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlemin ifasında alacaklının temerrüdüne düştüğü takdirde, yüklenici makul bir giderim/ecir (Entschaedigung) talep edebilir. Giderim/ecir (Entschaedigung) kavramı öğretinin baskın çoğunluğu tarafından özel nitelikli bir tazminat olarak kabul edilmektedir⁴⁵¹. TBK m. 106/1 alt. 2'ye göre alacaklı haklı bir sebep olmaksızın borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa temerrüde düşmüş olur. TBK m. 107/1 uyarınca alacaklının temerrüde düşmesi durumunda borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Hükümde ifade edilen gider, tamamlanarak teslim alınmayan eserin tevdi edilmesine ilişkindir. İsviçre/Türk Borçlar kanununda eser sözleşmesi kurumunda iş sahibinin temerrüdü neticesinde eserin meydana getirilmesi maliyetinde doğan artışı doğrudan talep edebilmeyi olanaklı kılan § 642 BGB'ye müsavi özel nitelikli açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durumda yüklenicinin talebini dayandırabileceği genel nitelikli muhtemel hükümlerin doğrudan veya kıyasen uygulanma ihtimallerinin tartışılması gerekmektedir.

(2) Alacaklının Temerrüdü Hükümleri

TBK m. 107/1 hükmüne göre alacaklının temerrüdünde borçlu, hasar ve giderleri alacaklıya ait olmak üzere, teslim edeceği şeyi tevdi ederek borcundan kurtulabilir. TBK m. 107 hükmünün uygulanmasında iş sahibinin kusurlu olması gerekli değildir. Meydana getirilen eserin teslim edilmesinde TBK m. 107 vd. hükümlerinin doğrudan uygulanabileceğinde herhangi bir tartışma mevcut değildir.

⁴⁵⁰ Damla Gürpınar, *Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir 2006, s.91 vd.

⁴⁵¹ Saecker/Rixecker/Oetker, *Münchener Kommentar*, § 642 N. 16.

Eser '*meydana getirilmekte iken*' iş sahibi ifa ile yükümlü olduğu iş ve işlemleri ifa etmediği takdirde mesele nasıl değerlendirilecektir?

İş sahibi, alacaklının temerrüdünde bulunduğu süre içerisinde yüklenicide meydana gelen giderleri karşılamakla yükümlüdür⁴⁵². Yüklenicin eseri meydana getirme borcu devam ettiği süre nedeniyle tahakkuk eden ilave giderler, iş sahibi tarafından ödenecek karşı edim miktarına eklenmelidir⁴⁵³. İş sahibinin kusur şartına bağlı olmayan bu sorumluluğu, TBK m. 107/1 hükmünün kıyasen uygulanmasının sonucudur. TBK m. 107/1 hükmüne göre iş sahibi tevdi masraflarını karşılamak durumunda olduğuna göre, *meydana getirilmekte olan eserin korunması* da aynı hüküm kapsamında değerlendirilebilir. Bu anlamda benzer masraf kalemleri aynı hüküm kapsamında yorumlanabilir⁴⁵⁴. Örneğin meydana getirilmekte olan bir yapıda iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmediğinden imalat sürecine devam edilememektedir. Yüklenici, imalata devam edemediği yapının her türlü tehdit ve tehlikelerden korunması için aldığı veya aldıracağı ilave tedbirlerden doğan giderler bu kapsamda değerlendirilebilir. Zira TBK m. 107 hükmünün bir amacı da, alacaklının temerrüdü neticesinde ortaya çıkan ilave masrafların alacaklı tarafından karşılanmasının sağlanmasıdır. Diğer taraftan borçlu TBK m. 107'ye göre tevdi yoluna gittiği takdirde ortaya çıkan masrafların alacaklı tarafından karşılanması gerektiğine göre; yüklenici tevdi işlemine müsavî bir davranışla meydana getirilmekte olan eseri kendisi koruduğu takdirde bu masrafların evleviyetle karşılanması gerekir. Zira çoğu zaman yüklenici tarafından yapılacak masraflar, üçüncü kişinin görevlendirildiği durumda doğacak masraflardan daha az olacağından iş sahibinin daha yararlıdır.

Şu hade somut olayın şartları ve özellikle ortaya çıkan *ilave maliyet kalemlerinin niteliğine* göre alacaklının temerrüdü hükümlerine göre yüklenici bu ilave maliyetleri iş sahibinden talep edebilir. Bunun için iş sahibinin kusurlu olması gerekli değildir.

⁴⁵² Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 32; Bucher, a.g.e., s. 325.

⁴⁵³ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N. 35.

⁴⁵⁴ Koller, **OR AT II**, s. 393.

(3) Vekâletsiz İş Görme Hükümleri

Alacaklının temerrüdünde ortaya çıkan ilave giderleri vekâletsiz iş görme kurumunun ilkelerine⁴⁵⁵ (TBK m. 529 vd. hükümlerine) göre yüklenici alacaklıdan talep edebilir. Özellikle geçici süre teslim alınmayan eserin korunması için yapılan zorunlu ve yararlı masraflar bu kapsamda değerlendirilmektedir⁴⁵⁶. Zira bu masraflar, eserin korunması için yapıldığından iş sahibinin menfaatine uygun olduğu kadar eseri sonradan teslim almak istediğinde iradesine de uygundur⁴⁵⁷. Her ne kadar sözleşme gereği eseri meydana getirme borcu yüklenicinin sorumluluğunda ise de iş sahibi alacaklının temerrüdüne düştüğünde TBK m. 483 gereği hasar iş sahibine geçer. Bu andan itibaren medyana getirilmekte olan eserin korunmasına ilişkin yapılacak giderler⁴⁵⁸ ile yüklenicinin sözleşme gereği yapmakla yükümlü olmadığı giderler vekâletsiz iş görme hükümleri anlamında başkası, yani iş sahibi yararına kabul edilebilir. Bu anlamda yüklenici tarafından iş sahibinden talep edilebilecek giderler zorunlu ve yararlı olmak ve işin gereğine uygun olmak durumundadır. Bunun için iş sahibinin kusurlu olması gerekli değildir.

(4) Sebepsiz Zenginleşme Hükümleri

TBK m. 77/1 hükmü uyarınca haklı bir sebep olmaksızın, bir başkasının malvarlığından veya emeğinden zenginleşen, bu zenginleşmeyi geri vermekle yükümlüdür. Sözleşme veya vekâletsiz iş görme hükümlerine göre ileri sürülemeyen talepler söz konusu olduğunda sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre hareket edilebilir. Yüklenici, sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcunu, öngörülebilir objektif maliyet ve koşullarda ifa etme hakkına sahiptir. İş sahibinin sözleşmeye aykırı davranışının sonucunda doğan giderlere yüklenicinin katlanması beklenilemez. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü zamanında ifa etseydi eserin meydana getirilmesi veya muhafaza edilmesi bakımından tahakkuk etmeyecek

⁴⁵⁵ Uwe Diehr, ‘‘Zahlungsansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen im VOB-Vertrag-Verhältnis der Anspruchsgrundlagen’’, **ZfBR 2006**, s. 317.

⁴⁵⁶ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 26; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 75.

⁴⁵⁷ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 75.

⁴⁵⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 422 OR N. 1 ve 6: Sözgelimi eserin muhtemel risklere karşı sigorta ettirilmesi.

olan ilave giderler esasında yüklenici tarafından sözleşme gereği yapılması gerekli olmayan giderlerdir. Taraflar arasında bağitlanan sözleşmede değere göre bedel öngörölmüş olsaydı bu giderler, makul bir kâr payı ilavesiyle iş sahibi tarafından karşılanacaktı. *Yüklenici tarafından yapılan bu giderler dolaysıyla iş sahibi tasarruf yoluyla zenginleşmektedir*⁴⁵⁹. Bu giderler, sırf birlikte hareket etme yükümlölüğünün iş sahibi tarafından zamanında ifa edilmemesi nedeniyle doğan giderlerdir. Birlikte hareket etme yükümlölüğünün geç ifası, sözleşmeden doğan diğer davranış yükümü başlığı altında tasnif edilen ifaya yardımcı yükümlerden işbirliği yapma yükümünün ihlalini oluşturduğundan haklı bir neden teşkil etmez. Bu nedenle bu giderler sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında talep edilebilir. Bunun için iş sahibinin kusurlu olması gerekli değildir.

(5) Sözleşme

Birlikte hareket etme yükümlölüğünün geç ifa edilmesinden doğan ilave maliyetlerin yüklenici tarafından talep edilebilmesinin en güçlü hukuki dayanağı taraflar arasında bağitlanan sözleşmedir. İlave maliyet talebi, açıkça veya zımnen sözleşmede kararlaştırıldığında yüklenici talebini sözleşme hükmüne dayandıracaktır⁴⁶⁰. Sözleşmede bedel, değere göre belirlendiğinde doğan ilave maliyetler hesaplamada dikkate alınacağından akdedilen sözleşme doğrudan ilave maliyetlerin talep edilmesinin hukuki dayanağını oluşturur. Sözleşme götürü bedel ile kararlaştırıldığında tarafların farazi iradesi dikkate alınarak sözleşme tamamlayıcı olarak yorumlanmalıdır⁴⁶¹. Taraflar, sözleşmeyi akdetmek suretiyle eserin meydana getirilmesi için gerekli işbirliğini sergileyeceklerini ortaya koymaktadırlar. Bu husus, ahde vefa ve dürüstlük kuralının sonucudur. Bu bağlamda yüklenici, iş sahibi tarafından borcun ifa edilmesinin engellenmeyeceğine inanmakta, farazi olarak güvenmekte hakkı vardır.

İş sahibi alacaklının temerrüdünde bulunsa da TBK m. 484'e göre yüklenicinin bütün zararını karşılamak suretiyle sözleşmeyi dilediği zaman

⁴⁵⁹ Schwenger, **a.g.e.**, N. 55.

⁴⁶⁰ Koller, **Berner Kommentar**, Art. 366 OR N. 779.

⁴⁶¹ Peter Gauch/Walter Schlupep/Jörg Schmid/Heinz Rey, **Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I**, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003, N. 1256 vd.

feshedebilir. İş sahibi sözleşmeyi ayakta tutarak esere kavuşmak istediği takdirde, birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal suretiyle alacaklının temerrüdünde bulunması nedeniyle eserin meydana getirilmesinde doğan ilave maliyetlere katlanmak durumundadır. İş sahibinin bir yandan sözleşmeyi feshetmeye kararlaştırılan esere kavuşmak istemesi; diğer yandan kendisinden kaynaklanan ilave maliyetleri karşılamaması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Götürü bedelde kararlaştırılan ücrette, ticari hayatın gerekleri dikkate alındığında, objektif olarak eserin meydana getirilmesinin gerektirdiği maliyet dikkate alınarak üzerine makul bir kâr payı eklenir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkan ilave maliyet, götürü bedel kapsamında değerlendirilemez. Aksi takdirde, iş sahibi TBK m. 484 hükmünün mali sonucundan kaçınmak için birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğini ifa etmeyerek sözleşmeyi *haksız surette* nihayetlendirme usulünü tercih eder. Sözleşmeyi sonlandırmak isteyen iş sahibi TBK m. 484'e göre hareket etmek ve yüklenicinin bütün zararını karşılamak durumundadır. Bir şeyin menfaatine nail olan mazarratına da mütehammil olur.

Kanaatimizce § 642 BGB'den öngörülen çözüm, makul olduğundan ilkesel olarak kabul edilmelidir⁴⁶². Bu ilkeden hareketle sipariş değişikliği hükümlerinin kıyasen uygulanması ile yükleniciye makul bir giderim/ecir talep hakkı tanınmalıdır. Hakikatan iş sahibinin üzerine düşen yükümlülüğü ifa etmemesi, mali sonucu itibariyle sipariş değişikliği gibi değerlendirilebilir. Yüklenici tarafından gerekli uyarı yapıldıktan sonra iş sahibi davranışının mali sonuçlarını bilmek ve sonuçlarına katlanmak durumundadır. Sözleşme içeriği ve tarafların farazi iradelerine göre sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan bu neticeye ulaşamadığı takdirde, mesele kanun boşluğu olarak değerlendirilerek hâkim tarafından dürüstlük kuralına göre doldurulmalıdır⁴⁶³. Taraflar, götürü ücreti belirlerken eserin meydana getirilmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa ederek yaratacağı katkıyı farazi olarak dikkate almaktadırlar⁴⁶⁴. Bu nedenle, birlikte hareket etme yükümlülüğünün vakitli ve gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle doğan maliyet artışı,

⁴⁶² İsviçre Hukuku açısından aynı yönde bkz. Gauch, **Werkvertrag**, N. 1337.

⁴⁶³ Gauch, **a.e.**, N. 1337 vd.

⁴⁶⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1337.

tarafarca belirlenen götürü ücretin kapsamında değildir. Eserin meydana getirilmesinde iş sahibinin temerrüdünden kaynaklanan ilave giderlerin iş sahibi tarafından karşılanmasına ilişkin kanunda bir hüküm olmadığından TMK m. 1/2 anlamında kanunda boşluk vardır⁴⁶⁵. Yüklenicinin bu anlamda ilave maliyet talebi temel ilkelerden ve hukuk düzeninden kaynaklanmaktadır⁴⁶⁶. Eserin meydana getirilmesinin gecikmesi iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ve gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklanması yeterli olup, ayrıca iş sahibinin *teknik anlamda kusurlu* olması gerekmemektedir⁴⁶⁷. Bu çözüm yolu aynı zamanda borçlunun temerrüdü hükümleri ile de paralellik arz etmekte ve kanunun sistematığına uygunluk arz etmektedir.

Bu bağlamda izah edilmesi lazım gelen diğer bir husus, talep edilebilecek ilave maliyetler kapsamında yüklenicinin *makul oranda bir kâr* talep edip edemeyeceği meselesidir. Yüklenici müstakil bir tacir olarak sözleşme ile taahhüt ettiği yükümlülüklerin ifası kapsamında belirli riskleri üstlenmiş olmakta; iş sahibinden kaynaklanan sebeple sözleşme süresinin uzadığı durumlarda yüklenici bu riski taşımaya devam etmektedir. Bu riske paralel olarak makul oranlı bir kâr payının da hâkim tarafından yüklenici lehine takdir edilmesi lazım gelmektedir.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, eserin meydana getirilmesindeki maliyet artışı hem iş sahibi hem de yükleniciden kaynaklanan sebeplere dayanıyorsa, bu halde tarafların kusur ve sorumlulukları dikkate alınarak maliyet artışı taraflar arasında paylaşılacaktır⁴⁶⁸.

(6) İlave Maliyet Talep Edilebilmesi için Yüklenicinin Sorumluluğu

Eser sözleşmesinde işin uzmanı statüsünde olan yüklenicidir. TBK m. 472/3 hükmü bu statü dağılımının neticesidir. Yüklenicinin işin uzmanı sıfatıyla eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkan olası aksaklıkları iş sahibine bildirmek, kendisini uyarmakla yükümlüdür. Yüklenici, iş sahibinin birlikte hareket etme

⁴⁶⁵ Gauch, **a.e.**, N. 1337; Schulin, **a.g.e.**, 90 vd.; Reiner Schumacher, **a.g.e.**, N. 349.

⁴⁶⁶ Schumacher, **a.g.e.**, N. 350.

⁴⁶⁷ Zeltner, **a.g.e.**, N. 305.

⁴⁶⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 306.

yükümlülüğünü ihlal ettiği takdirde kendisini uyarmalı, davranışının neden olabileceği ilave maliyet artışlarını ve bu bağlamda kendisinin herhangi bir sorumluluk kabul etmeyeceğini beyan etmelidir. TBK m. 472/3'ün uygulanmadığı istisnai durumlar burada da geçerlidir. Bu hallerde yüklenicinin uyarma yükümlülüğü mevcut değildir. *Yüklenicinin iş sahibini uyarması yükümlülüğü hem ilave maliyet talebi hem de tazminat talebi bakımından zorunlu koşuldur.*

Yüklenici, iş sahibinin eserin meydana getirilmesi yönünde iradesinin devam ettiğini bildiği veyahut devam etmek istediğini iyi niyetle varsayma hakkına sahip olduğu sürece doğan ilave giderleri talep edebilir. Eserin meydana getirilip getirilmeyeceğine ilişkin tereddüt ortadan kalktığı ve iş sahibinin kesin ve kararlı bir şekilde üzerine düşen birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmeyeceği ortaya çıktığı takdirde, yüklenici sözleşmeden dönmeli veya meydana getirilen eserin seviyesine göre sözleşmeyi feshetmek yoluna giderek zararının tazmini talep etmelidir. Yüklenici eserin meydana getirilmesinin iş sahibi tarafından kesin olarak istenmediğini 'bile bile' üretim kapasitesini muhafaza etmek için ilave giderler yapması TBK m. 114 ve 52 hükümleri çerçevesinde değerlendirilerek yüklenicinin aleyhine olarak hesap edilecek tazminattan mahsup edilebilir. Hukuki açıklık ve ispat kolaylığı bakımından yüklenici, eserin meydana getirilmesi bakımından gerekli birlikte hareket etme yükümlülüğünü iş sahibine açıkça izah etmeli; gereği yapılmadığı takdirde olası hukuki sonuçlar hakkında iş sahibini açıkça uyarmalıdır. Somut olayın koşulları gerektirdiği takdirde teknik bilirkişiden istifade edilerek durum tespitinin yapılmasında yarar vardır.

3. İş Sahibinin Tazminat Sorumluluğu

a. Genel Olarak

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü geç ifa etmesi veya hiç ifa etmemesi kural olarak TBK m. 106 anlamında alacaklının temerrüdü niteliği taşır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ifa etmemesi neticesinde TBK m. 110'nun yollamasıyla TBK m. 123-126 hükümlerine göre sözleşmeden dönüldüğü

takdirde tazminat talebinin söz konusu olabileceği daha önce açıklanmıştır⁴⁶⁹. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *geçici olarak ifa etmemesi* nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini açısından mesele nasıl değerlendirilecektir? Öğreti’de çoğunluk görüşü, alacaklının temerrüdünde borca aykırılıktan ziyade bir külfet ihlali söz konusu olduğundan hareketle *sözleşme devam ettiği sürece* iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinden tazminat sorumluluğunun söz konusu olamayacağını ileri sürmektedir⁴⁷⁰. Bu görüş, borçlunun, alacaklının temerrüdü nedeniyle TBK m. 110’nun yollamasıyla TBK m.123-126 hükümlerine göre *sözleşmeden döndüğü takdirde* tazminat hakkını kabul etmektedir⁴⁷¹. Kimi yazarlar, bu konuda açık bir yasal dayanak eksikliğinin giderilmesi amacıyla bir ‘‘Yargıçsal Tazminat İlkesi’’ (Richterliches Entschädigungsprinzip) geliştirilmesi gerektiği kanaatindedirler⁴⁷². Buna karşılık bazı yazarlar, vekâletsiz iş görme hükümlerinin kıyasen uygulanarak tazminat talep edilebileceğini, ancak bu tazminatın sadece alacaklının temerrüdü neticesinde ve doğrudan sonucu olarak ortaya çıkan zararları kapsayabileceğini ileri sürmektedir. İş sahibince birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle eserin öngörülenden fazla bir maliyet ile meydana getirilmesinden doğan ilave ücret ödeme sorumluluğunun ötesinde *teknik anlamda bir tazminat sorumluluğunun* söz konusu olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

b. Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

Somut olayda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi, hem iş sahibi açısından borçlunun temerrüdünü hem de TBK m. 112 anlamında borcun gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) durumunu oluşturabilir. Zira iş sahibinin temerrüdü aynı zamanda sözleşme ile belirlenen ya da dürüstlük kuralı gereği sözleşme ilişkisinde mündemiç olan bir *yan yükümün* ihlalini

⁴⁶⁹ Bkz. III. Bölüm I. B. 4. e.

⁴⁷⁰ Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 92 OR N. 8; Weber, **Berner Kommentar**, Art. 92 OR N 10; von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 73.

⁴⁷¹ Weber, **Berner Kommentar**, Art. 95 OR N 17; Schraner, **Zürcher Kommentar**, Art. 95 OR N 18; Keller/Schöbi, **a.g.e.**,s. 294; Koller, **OR AT II**, s. 391.

⁴⁷² Gauch/Schluep/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 3202.

oluşturabilir⁴⁷³. Çoğunlukla bu, diğer davranış yükümü başlığı altında tasnif edilen ifaya yardımcı yükümlerden işbirliği yapma yükümünün ihlali niteliğinde olacaktır. Bu gibi durumlarda yüklenici diğer haklarının yanında iş sahibinden zararlarının tazmini talep edebilir.⁴⁷⁴

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü geç ifa etmesi neticesinde yüklenicide meydana gelen zararlara yüklenicinin katlanması beklenemez. Öncelikle tespit etmek gerekir ki, genel anlamda birlikte hareket etme yükümlülüğü, istisnalar saklı kalmak üzere, ilke olarak yan yüküm (diğer davranış yükümü) niteliğinde bir borçtur. Borç ilişkisinde mündemiç bir borcun kusurlu olarak ihlali neticesinde ortaya çıkan zarar, tazminat sorumluluğunu gerektirir⁴⁷⁵. İkinci olarak iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ifa etmediği durumlarda tazminat talep edilebildiğine göre geçici olarak ifa etmemesi neticesinde ortaya çıkan zararın farklı değerlendirilmesi için herhangi bir dogmatik gerekçe mevcut değildir. Tazminat sorumluluğunun gerekleri olan kusurlu bir davranışla borca aykırı davranılması neticesinde zararın ortaya çıkması unsurları mevcut olduğu sürece geçici ve hiç ifa etmeme açısından mesele sadece ortaya çıkan zarar ve tazminat miktarı bakımından önem arz etmektedir.

Türk Borçlar Kanununda sözleşme taraflarından biri, kusurlu davranışla sözleşme ya da kanundan doğan bir borcu ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkan zararı tazmin etmesi gerektiğine dair temel hukuki dayanak TBK m. 112 hükmünde düzenlenen borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) kurumunu oluşturmaktadır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *vakitli* olarak ifa etmediği durumlarda tazminat sorumluluğunun dayanağını TBK m. 112 oluşturmaktadır⁴⁷⁶. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlemin gereğini zamanında ifa etmeyerek bir taraftan borcun ifasını olanaksızlaştırırken diğer taraftan borcun ifasını talep etmesi açıkça hakkın kötüye kullanımındır⁴⁷⁷. Gerçekten bu davranış, dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilen

⁴⁷³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 262.

⁴⁷⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 263.

⁴⁷⁵ Bucher, **a.g.e.**, s. 334; Koller, **OR AT II**, s. 159.

⁴⁷⁶ Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, **OR AT II**, N. 2529; Bucher, **a.g.e.**, s. 335 vd.

⁴⁷⁷ Stauber, **a.g.e.**, N. 874.

çelişkili davranmama ilkesinin ihlalidir. İş sahibinin bu davranışı aynı zamanda sözleşme ve kanundan doğan ve borç ilişkisinde mündemiç olan bir davranış kuralının ihlalidir. Bu ihlal TBK m. 112 anlamında borca aykırı davranış olarak nitelendirilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, Türk Borçlar Kanununda eserin meydana getirilmesi yükümlülüğü, ilke olarak yüklenicinin sorumluluğundadır. Taraflarca sözleşmede açıkça kararlaştırıldığı ya da somut olayın koşulları dikkate alındığında sözleşmenin yorumundan ve dürüstlük kuralından iş sahibinin birlikte hareket etmeye "*borçlu*" olduğu sonucuna varılabildiği takdirde, borca aykırı davranış niteliği taşıdığından TBK m. 112 anlamında sözleşmenin ihlali olarak değerlendirilir. Taraflar birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen belirli iş ve işlemlerin iş sahibi tarafından gereği gibi ifa edilmemesi durumunda tazminat ya da cezai şart ödenmesini kararlaştırabilecekleri gibi iş sahibinin tazminat sorumluluğu örtülü olarak da öngörülmüş olabilir. Öğretide bazı yazarlar, tedarikçiler ya da alt yükleniciler tarafından yapılması gereken birlikte hareket etme yükümlülüğüne ilişkin iş ve işlemler, iş sahibi tarafından bizzat üstlenildiği takdirde, iş sahibinin tazminat sorumluluğunun zımnen kabul edildiği sonucuna varılabileceğini ileri sürmektedir⁴⁷⁸. Bu gibi durumlarda, her halükârda TBK m. 112 gereği iş sahibinin sorumluluğu cihetine gidilerek, maliyet artışından doğan ilave ücret ödeme talebinin ötesinde, doğan zararın giderilmesi talep edilebilir⁴⁷⁹.

c. Tazminat Talebinin Şartları

İş sahibinin sözleşmeden doğan birlikte hareket etme yükümlülüğünü *gereğine uygun olarak zamanında yerine getirmemesi*, TBK m. 112 anlamında sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) durumunu oluşturur. Eser sözleşmesinin hukuki karakteri, tarafların borçları, hükümlerde düzenlenen hukuki risk alanları ve buradan ortaya çıkan tarafların menfaat dengesi dikkate alındığında yüklenicinin, iş sahibinin sözleşmeye aykırı surette birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal ederek neden olduğu zarara katlanması beklenemez. İş sahibi,

⁴⁷⁸ Werz, **a.g.e.**, s. 273.

⁴⁷⁹ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 820.

birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesi sonucunu doğuran ve sözleşmeyi ihlal eden eylem ya da eylemsizliğinin neticesine katlanmak durumundadır. Bunun için tazminatın koşullarını teşkil eden aşağıdaki unsurların birlikte mevcut olması gerekir.

(1) Borca Aykırı Kusurlu Bir Davranış

İş sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi (kötü ifa) kurumuna göre sorumlu olması için kusurlu olması gerekir. İş sahibinin tazminat sorumluluğu TBK m. 112 hükmüne dayanmaktadır. Hukuk düzenimizde kusursuz sorumluluk istisnai niteliktedir. Gerek TBK m. 112 hükmü gerekse hukuk düzenimizin tazminat sorumluluğunda kabul ettiği ilke, kusurlu sorumluluktur. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü zamanında yerine getirmeyerek eserin meydana getirilmesinde bizzat ya da yardımcı kişiler marifetiyle *kusurlu olarak gecikmeye* neden olmuşsa, yüklenicinin bundan doğan bütün zararlarını karşılamakla yükümlüdür⁴⁸⁰. Kusura ilişkin genel ispat yükümlülüğünün aksine, TBK m. 112 hükmüne göre borçlu, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde ise iş sahibi, kusurlu olmadığını ispat ile mükelleftir. Aksi takdirde kusurlu olduğu kabul edilir.

(2) Borca Aykırı Davranış ile Zarar Arasında Uygun İlliyet Bağı

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesi nedeniyle yüklenicinin tazminat talebinde bulunabilmesi için ortaya çıkan zarar, iş sahibinin alacaklının geçici temerrüdüne düşmesinin uygun sonucu olmalıdır. Somut olayda ortaya çıkan zarar doğurucu sonuç, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesinin uygun sonucu olmalıdır. İş sahibinin zarar doğurucu davranışı ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. İsviçre Federal Mahkemesi içtihadına göre ‘...bir olayla sonuç arasında uygun illiyet bağının bulunması, olayların olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre olayın o tür bir sonuç yaratmaya elverişli bulunmasına, bu nedenle de bu olaydan o sonucun doğmasına genel olarak uygun görülmesine

⁴⁸⁰ Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali nedeniyle doğan ilave maliyeti, *iş sahibi kusurundan bağımsız* olarak karşılamakla yükümlüdür.

bağlıdır...’’⁴⁸¹. Keza Yargıtay’ın müstakar içtihadına göre ‘‘bir olay hayattaki genel deneyim ve olayların doğal akışına göre diğer bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur; olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğer bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay, uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincisinin nedeni sayılır’’⁴⁸². İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü geç ifası nedeniyle geçici olarak alacaklının temerrüdüne düşmesi, yüklenici açısından muhtelif zararların uygun illiyet bağı kapsamında sebebi olabilir.

TBK m. 472/3 gereği yüklenicinin işin uzmanı sıfatıyla eserin meydana getirilmesinde ortaya çıkan olası aksaklıkları ve zarar doğurucu hususları iş sahibine bildirmek, kendisini uyararak yükümlüdür. Yüklenici, bunu yapmadığı takdirde, işin niteliğine göre uygun illiyet bağı kesilebilir. Bu durumda zarara yüklenici katlanmak durumunda kalır. TBK m. 472/3’ün uygulanmadığı istisnai durumlar burada da geçerlidir. Bu hallerde yüklenicinin uyarma yükümlülüğü mevcut değildir.

(3) Zarar

Zarar unsuru, tazminat sorumluluğunun olmazsa olmaz koşuludur. Zararın olmadığı yerde tazminat sorumluluğu doğmaz⁴⁸⁴. Zira sorumluluk hukukunun başlıca amacı gerçekleşen zararı gidermektir⁴⁸⁵. Sorumluluk hukukunda zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olarak tanımlanır⁴⁸⁶. Zarar, malvarlığında pasiflerin artması, aktiflerin azalması ya da kârdan yoksun kalınması şeklinde ortaya çıkar. Birlikte hareket etme yükümlülüğü geç ifa edildiği durumlarda sözleşmeden dönülmediğinden menfi zarar söz konusu olmaz. Yüklenicinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifasını talep hakkı⁴⁸⁷ mevcut olmadığından edimin ikamesi niteliğinde teknik anlamda bir müspet zarar da söz konusu değildir. Burada yüklenicinin *zararı, zamana ilişkin yarardan* doğmaktadır. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesi sözleşmenin

⁴⁸¹ BGE 132 III 715, 718; BGE 129 V 177, 181.

⁴⁸² Y. 4. HD. 13.9.1988 T. 4147 E. ve 7408 K.

⁴⁸⁴ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 520.

⁴⁸⁵ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 520.

⁴⁸⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 521.

⁴⁸⁷ Sözleşmedeki özel menfaat durumu nedeniyle doğrudan borçlunun temerrüdü hükümlerinin uygulanabildiği sözleşme ilişkileri bundan müstesnadır. Bkz. III. Bölüm I. B. 4. b. (3).

usulüne uygun ve öngörülen vadede ifa edilmemesi neticesini doğurur. Yüklenici öngörülen tarihte borcundan kurtulamaz. Bu takdirde, iş sahibinin tazmin etmekle yükümlü olduğu zarar, birlikte hareket etme yükümlülüğünün vakitli ifası neticesinde sözleşme usulüne uygun olarak ifa edilmiş olsaydı yüklenicinin malvarlığının arz edeceği durum ile ihlal nedeniyle sözleşmenin geç ifa edilmesi sonucunda oluşan durum arasındaki fark kadardır⁴⁸⁸. Tazmin edilecek zararın miktarı, ihlal edilen borca bağlıdır⁴⁸⁹.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün geç ifa edilmesi neticesinde yüklenicinin malvarlığında meydana gelen zararlar, doğrudan eserin meydana getirilmesine ve korunmasına ilişkin olduğu sürece ilave maliyet kavramı içerisinde değerlendirilebileceğinden tazminat sorumluluğundan ziyade ilave maliyet talebine göre hareket edilmesi isabetli olur. Zira ilave maliyet talebinde iş sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur. Oysa tazminat sorumluluğundan iş sahibinin kusurlu olması gereklidir. Tazminat sorumluluğunun konusunu oluşturabilecek zarar kalemlerinin evveleminde tahdidi bir şekilde belirlenmesi olanaklı değildir. Ancak en sık görülen zarar kalemlerini örnek kabilinden saymak gerekir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ifa etmemesi nedeniyle yüklenici borcunu süresinde ifa ederek borcundan kurtulamadığı durumlarda personel, üretim unsurlarını ve sermayesini müteakip siparişlerde kullanamadığından yoksun kaldığı kar; İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü vakitli ifa etmemesi nedeniyle yüklenici borcunu süresinde ifa ederek borcundan kurtulamaması neticesinde müteakip sipariş ve sözleşmelerden doğan borcunu gecikmeli olarak ifa etmesi dolayısıyla ödemek durumunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar ile muhtelif sözleşmelerle bağlı olduğu ve gecikme nedeniyle borcunu usulüne uygun olarak

⁴⁸⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 381.

⁴⁸⁹ Müller-Chen, **a.g.e.**, s. 60.

yerine getiremediği malzeme tedarikçilerine, alt yüklenicilere⁴⁹⁰ ya da başka iş sahiplerine karşı sorumlu olduğu tazminatlar bu kapsamda zikredilebilir⁴⁹¹.

Takdir edilecek zararın hesaplanmasında TBK m. 114'ün yollamasıyla TBK m. 51 ve 52 hükümleri uygulama alanı bulur. Eser sözleşmesinde asıl sorumluluk işin uzmanı sıfatıyla yüklenicidedir. Yüklenicinin bu bağlamda gerekli uyarıyı *geç* yapması, olası tehlike ve sonuçlar hakkında iş sahibini *tam* aydınlatmaması TBK m. 52 anlamında dikkate alınır.

III. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Kötü İfası

A. Eserin Ayıplı Olarak Meydana Getirilmesinde İş Sahibinin Sorumluluğunun Hukuki Koşulları ve Sonuçları

1. Yasal Dayanakların Takdimi ve Uygulama Alanlarının Tespiti

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğine uygun ifa edilmemesi neticesinde eser, sözleşmede öngörülen niteliklere ve ifa modalitelerine uygun olarak meydana getirilmemiş olabilir. Bu durumun tespiti, öncelikle hangi hüküm ve koşullara göre yapılacak ve akabinde hukuki sonuçları neler olacaktır? Bu bölümde eser sözleşmesi kurumunda düzenlenen muhtelif hükümler dikkate alınmak suretiyle bu soruya cevap aranmaya çalışılacaktır.

Eser sözleşmesinde eserin sözleşmeye ve ifa modalitelerine uygun olarak meydana getirilmesinde asli sorumluluk, eserin meydana getirilmesini, nesnel sonuç sorumluluğu altında taahhüt eden yüklenicidedir⁴⁹². O itibarla eserin gereğine uygun meydana getirilip getirilmemesinin asli muhatabı yüklenicidir. Ancak, eser

⁴⁹⁰ Aynı iş kapsamında yüklenici, bir alt yüklenici görevlendirdiği takdirde, alt yüklenicinin borcunu vakitli olarak ifa etmesine olanak sağlamadığı için yüklenicinin ödemek durumunda kaldığı tazminat ve cezai şartlar bu bağlamda zikredilebilir. Günümüzde eser sözleşmesinin yaygın olarak konusunu oluşturan inşaat sözleşmelerinden doğan borçların ifasını yüklenici, ilke olarak, alt yüklenicilere taşere etmektedir.

⁴⁹¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 259.

⁴⁹² Klaus Englert, Das "Systemrisiko" bei der Ausführung von Tiefbauarbeiten“, S. 203-218, **Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag**, Düsseldorf 1997, s. 208.

sözleşmesinde sözleşme konusu, sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut değildir. İş sahibi, sözleşmenin kurulmasından sonra, işin niteliği ve somut koşulların belirlediği nitelik ve yoğunlukta, eserin meydana getirilmesine etki eder ve eserin kendi talepleri doğrultusunda meydana getirilmesini sağlar. İş sahibinin bu etkinliği kapsamındaki talep ve talimatları, işin gereğine uygunluğu ilkesi ile her zaman örtüşmeyebilir. İş sahibinin bu etkililiği, yüklenicinin üzerine düşen sorumlulukları yerine getirmek kaydıyla, yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğunun da ilke olarak sınırını oluşturur. Eserin ayıpsız ve gereği gibi meydana getirilmesinin beri tarafında yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğu yer alırken, diğer tarafında iş sahibinin eserin ayıplı meydana getirilmesine katlanma ve belirli koşullar altında yükleniciye karşı hukuki sorumluluğu yer almaktadır.

Eserin meydana getirilmesi sürecine iş sahibinin etkin olarak müdahil olmasına olanak sağlayan muhtelif hükümler, aynı zamanda ve farklı koşullar altında iş sahibinin sorumluluğunu da belirlemektedir. Bu hükümler, birlikte değerlendirildiğinde eser sözleşmesinde tarafların menfaat dengesini ve bu menfaat dengesine binaen öngörülen riziko dağılımını da yansıtmaktadır⁴⁹³. İş sahibinin bu hükümlerde öngörülen ve eserin meydana getirilmesine ilişkin etkisi, birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Hükümler, farklı uygulama şartlarında, ancak ilke olarak birbirini tamamlar şekilde uygulama alanı bulabileceği gibi, belirli koşullar altında bu hükümlerin yarışmalı olarak uygulanması ihtimali de mevcuttur. Aşağıda her bir kurum, uygulama şartları, hukuki sonuçları ve kurumların birbirini etkileme koşul ve sınırları tartışılacaktır.

TBK m. 112, 472/3, 476, 483, 485 hükümleri dikkate alındığında eser sözleşmesinde iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple öngörülen eserin meydana getirilmesinde herhangi bir eksiklik, ayıp, yok olma veya imkânsızlaşma durumu olduğu zaman, bunun hukuki ve mali neticesine iş sahibi katlanmak durumundadır.

- TBK m. 112: *Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.*

⁴⁹³ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 2.

- TBK m. 472/3: *Eser meydana getirilirken, iş sahibinin a) sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için b) gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur.*
- TBK m. 476: *Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın d) iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya e) herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*
- TBK m. 483/2: *Eserin iş sahibince f) verilen mazleme veya g) gösterilen arsanın ayıbı veya h) iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararın giderilmesini de isteme hakkı vardır.*
- TBK m. 485: *Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili i) beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşırsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.*

İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

2. İş Sahibinden Kaynaklanan Sebep Eserin Ayıplı Meydana

Getirilmesi: (TBK m. 472/3 ve TBK m. 476 Hükümleri)

a. Ayıplı İfadan İş Sahibinin Sorumlu Olması: Hüküm İçeriği

Öncelikle eser sözleşmesinde ayıp kavramından ne anlaşılması gerektiği ifade edilmelidir. Genel olarak kabul edildiği üzere, eser sözleşmesinde ayıp kavramından anlaşılması gereken, bir eserin aynı türden başka bir eserin ortalama vasıflarıyla karşılaştırıldığında taşımaması gereken özellikleri taşıması veya olması gereken özelliklerin olmamasıdır⁴⁹⁴. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, ayıplı iş ve eksik iş birbirinden farklı kavramlardır. Ayıplı iş, vasıf noksanlığını ifade ederken; eksik iş yapılmayan işi ifade eder⁴⁹⁵. Bu hukuki nitelendirme, mevcut olguda farklı hükümlerin uygulanmasını ve hukuki neticesinin farklı olması sonucunu doğurur. Belirli şartlar altında eksik iş söz konusu olduğunda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması gerektiğine ilişkin öğretilerdeki hâkim görüşün aksine⁴⁹⁶, Yargıtay'ın yerleşik içtihadına göre eksik iş söz konusu olduğunda, ilke olarak, teslim gerçekleşmiş olmaz ve bunun sonucu olarak ayıba karşı tekeffül hükümleri de uygulama alanı bulmaz. Bu durumda iş sahibi TBK 112 uyarınca eksiklikten kaynaklanan zararın tazminini isteyebilir⁴⁹⁷.

TBK m. 476 hükmü, eserin ayıplı olmasının herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olması durumunda, iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayacağını belirtmektedir. Özellikle iş sahibi tarafından tahsis edilen arsanın ayıplı olması ya da iş sahibi tarafından sağlanan ve eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemenin ayıplı olması nedeniyle eserde ayıplar meydana gelirse, bu takdirde yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu söz konusu değildir. İş sahibince sağlanan malzeme ya da tahsis edilen arsanın ayıplı olmasından doğan riske iş sahibi katlanır. İnşaat sözleşmelerinde, iş sahibinin

⁴⁹⁴ Mustafa Cahit Günel, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar", **Prof. Dr. Ergün Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004, s. 411.

⁴⁹⁵ Sanem Aksoy Dursun, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı", **Legal Hukuk Dergisi**, Y.:2011, C.: 9, s. 1847.

⁴⁹⁶ Halil Akkanat, "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat", **Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan**, Ankara 2006, s.75

⁴⁹⁷ YHGK. 27.09.2000 T. 15-1134 E. /1191 K., (www.kazanci.com).

hazırladığı veya mimar mühendislere hazırlattığı inşaat proje ve planlarında hata olması veya inşaatla ilişkin başkaca teknik belgelerde yapılan bir yanlışlığın inşaatla ayıba yol açması halinde, yüklenici üzerine düşen ihbar yükümlülüğünü yerine getirmiş olmak kaydıyla sorumlu tutulamaz.

İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi neticesinde eser, ayıplı olarak meydana getirilmiş olabilir⁴⁹⁸. Bu durumda iş sahibi ayıplı eseri kabul etmek zorunda olabileceği gibi belirli koşulların varlığı halinde yüklenicinin tazminat talep hakkı da mevcuttur⁴⁹⁹. Hem eserde hem de eserdeki ayıbın neticesinde iş sahibinin diğer varlıklarında meydana gelen zarara kendisi katlanmak durumundadır⁵⁰⁰. Bu gibi durumlarda eser ayıplı olarak meydana getirilmişse, bu halde yüklenici bu ayıplardan sorumlu değildir. İş sahibi, TBK m. 476 uyarınca ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamaz⁵⁰¹.

TBK m. 476 anlamında iş sahibinin kusurundan bahsedebilmek için eserdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklanması gerekir⁵⁰². Ayıbın bizzat tek başına iş sahibinden kaynaklanması gerekli değildir. Ayıbın ortaya çıkmasında iş sahibinden kaynaklanan davranışın yalnız başına etkili olabilecek kadar ağır olması yeterlidir⁵⁰³. Bu bağlamda iş sahibinin aktif bir eylemi şart değildir. İş sahibinin kendi hukuki ve fiili alanında olması, diğer deyişle onun faaliyet alanına ilişkin bir sebeple ayıbın ortaya çıkması yeterlidir. Bu bağlamda iş sahibinden kaynaklanan sebep, onun sorumlu olduğu fiili veya hukuki risk alanında bulunmalıdır. İkinci bölümde tartışılan birlikte hareket etme yükümleri mevcutsa, bu takdirde doğrudan TBK m. 476'nın uygulanması cihetine gidilebilir. Ancak bunun için iş sahibinin herhangi bir yasal veya sözleşmesel yükümlülüğü ihlal etmiş olması zorunlu ve gerekli değildir⁵⁰⁴.

⁴⁹⁸ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, §642, N. 4.c.

⁴⁹⁹ Müller-Foel, **a.g.e.**, s. 121.

⁵⁰⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 313.

⁵⁰¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 286.

⁵⁰² Gauch, **Werkvertrag**, N. 1918; Bühler, **Zürcher Kommentar**, N. 16 vd.; Buna karşılık, Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 369 N. 4c: Temel/asıl sebebin (Hauptursache) yükleniciden kaynaklanmasını yeterli görmektedir;

⁵⁰³ Tandoğan, **Borçlar**, s. 209; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s. 301.

⁵⁰⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1917.

b. İş Sahibinin Hatalı Talimatı

Eserin meydana getirilmesi dinamik bir süreçtir. Bu safhada iş sahibi talimatlarla eserin talep ve arzularına göre meydana getirilmesine katkıda bulunur. Bu bağlamda ifade etmek gerekir ki, iş sahibinin talimatları sözleşme içeriğini değiştirecek derece, kapsam ve nitelikte olamaz. Talimatlar, sözleşme çerçevesi içerisinde kalmak kaydıyla teknik kurallara uygun ve özellikle yüklenicinin uygulayacağı teknik düzeni bozmayacak nitelikte olmak durumundadır⁵⁰⁵. İş sahibi talimatlarını sözlü verebileceği gibi yazılı olarak da verebilir. İspat açısından talimatların yazılı olması önem arz etmektedir. Talimatlar her zaman iş sahibi tarafından verilmek zorunda değildir. İş sahibinin yetkili temsilcisi tarafından verilen talimatlar da iş sahibi tarafından verilmiş gibi değerlendirilir.

Her ne kadar basit yapı eserleri bakımından planlama ve uygulama aynı yüklenici tarafından yapılsa da kapsamlı ve özellikli yapı projelerinde genellikle planlama, mimarlık ve tasarım hizmetleri farklı bir kişi (mimarlık/müşavirlik şirketi); buna karşılık işin uygulaması farklı bir yüklenici tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu ayrım, planlamadan kaynaklanan ayıp ve hatalar ile uygulamadan kaynaklanan ayıpların birbirinden ayrılmasını ve özellikle planlama safhasına ilişkin hataların tespitini zorunlu kılmaktadır⁵⁰⁶. Uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, iş sahibi belirli uzmanları yardımcı kişisi olarak görevlendirmektedir. İş sahibinin yetkili uzmanı veya temsilcisi tarafından yükleniciye hatalı talimat verilmesi mümkündür. İş sahibi tarafından seçilen mimar veya mühendisler yükleniciye karşı sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinde inşaat sahibinin yardımcı şahsı durumundadırlar. Yüklenici, iş sahibi tarafından kendi mimar veya mühendisine hazırlanmış plan ve projenin yapı tekniği kurallarına uygunluğunu denetlemek ve bir hata ya da eksiklik görürse, inşaat sahibine derhal bildirmekle yükümlüdür. Bununla beraber, mimari plan ve projelerin hazırlanması, mesleki bir öğrenim, uzmanlık ve tecrübe gerektirmektedir. Bu meslekler, ilke olarak bu süreçten geçen

⁵⁰⁵ Ayhan Uçar, **İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009, s. 234.

⁵⁰⁶ Fank Peters, “Die fehlerhafte Planung des Bestellers und ihre Folgen“, **Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2008/10**, s. 610.

kişilerce mesleki tekel hakkı kapsamında ifa edilmektedir. Bu nedenle, yüklenicinin plan ve projeleri denetlemesi bir üst denetim niteliğinde olamaz; ilke olarak, yüklenici uzman kişilerce hazırlanmış proje ve planların yapı tekniği açısından doğruluğunu kabul etmede haklıdır. Yüklenici, bilgisi, mesleği, proje ve planlara hâkim olması gerektiği oranda denetimle yükümlü olmalı ve bu ölçüye göre anlayabileceği yanlışlıkları ihbar etmemek dolayısıyla sorumlu olmalıdır⁵⁰⁷.

Görevlendirilen mimar veya mühendislerin talimatları nedeniyle eserde bir ayıp meydana gelirse, bu takdirde TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle iş sahibinin sorumluluğu cihetine gidilir⁵⁰⁸. Hüküm kapsamında talimat kavramı, iş sahibinin tavsiye ya da önerilerini değil; kesin ve bağlayıcı talep ve uygulama talimatlarını kapsar⁵⁰⁹. İş sahibi veya yardımcı şahıslarının vermiş olduğu talimatlar, işin icrasına, yöntem ve yapısına ilişkin olabileceği gibi kullanılacak malzemelere ilişkin de olabilir⁵¹⁰. Keza iş sahibince görevlendirilecek alt yükleniciler veya zamanlama konusundaki talimatları da bu kapsamda değerlendirilir⁵¹¹.

Ayrıca ifade etmek gerekir ki, sorumluluğun iş sahibine ait olduğunun kabul edilebilmesi için eserdeki ayıp ile iş sahibinin talimatı arasında uygun illiyet bağının mevcut olması gerekir. Ayrıca iş sahibi tarafından verilen talimatın hatalı olduğu konusunda da yüklenici tarafından açıkça uyarılmış olması ancak uyarıya rağmen iş sahibinin talimatında ısrarcı olması gerekmektedir. Diğer deyişle, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun kalkması için yüklenicinin kontrol ve uyarı yükümünü yerine getirmiş olması gerekmektedir⁵¹².

⁵⁰⁷ Seliçi, **İnşaat**, s. 191.

⁵⁰⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1934; Trachsel, **a.g.e.**, N. 238; Öz, **İnşaat Sözleşmesi**, s. 199; Seliçi, **İnşaat**, s. 192.

⁵⁰⁹ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 369 N. 27; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 79.

⁵¹⁰ Fahrettin Aral, **Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri)**, Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2010, s. 357;

⁵¹¹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art 369 N. 7.

⁵¹² Seliçi, **İnşaat**, s. 194.

c. Eserin Meydana Getirilmesinde İş Sahibinin Sağladığı veya Kullanılmasını Talep Ettiği Malzeme

Kapsamlı yapı projelerinin meydana getirilmesinde iş sahibinin müdahillliği azami düzeydedir. İş sahibi eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemeyi ve diğer üretim unsurlarını ve hatta taşeronları bile belirlediği durumlar oldukça yaygındır. İş sahibi, yükleniciye eseri meydana getirmesi için belirli bir malzemeyi kullanma veya kullanılacak malzemeyi belirli bir üretici ya da satıcıdan alması konusunda talimat verirse, bu takdirde kullanılan malzemenin ayıplı olmasından ötürü yüklenici TBK m. 475'de öngörülen ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulur⁵¹³. Ancak bunun için eserdeki ayıbın, iş sahibinin malzeme, üretim unsuru ya da taşeron seçimine ilişkin talimatından kaynaklanması ve yüklenici tarafından yapılan uyarıya rağmen iş sahibinin talimatında ısrar etmiş olması gerekir⁵¹⁴. Özellikle taşınmaz eser inşa edilmesine ilişkin sözleşmelerde yükleniciye teslim edilen arazinin ayıplı olması da söz konusu olabilir. İnşaat sözleşmelerinde bozukluk, inşaat sahibine ait olan arsanın elverişsiz olmasından kaynaklanıyor ise, kural olarak sorumluluk inşaat sahibine aittir. Bu durumda yüklenici arsanın inşaata elverişsizliği ve niteliklerine ilişkin bir sorumluluk taşımaz. Ancak yüklenici yine de kontrol ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Her ne kadar inşaatın üzerinde yapıldığı arsa ve eserin meydana getirilmesinde kullanılan planlar malzeme olarak tanımlanamaz ise de bunlar açısından da TBK m. 472 hükmü kıyasen uygulanabilir⁵¹⁵. İş sahibi tarafından tahsis edilen arsayı yüklenicinin öngörülen inşaata elverişli olup olmadığı yönünden kontrol etmesi, eserin gereği gibi meydana getirilmesi açısından olası bir engel mevcut olması durumunda iş sahibini açıkça uyarması gerekir⁵¹⁶.

⁵¹³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1979 vd.

⁵¹⁴ Peter Gauch/Victor Aepli/Hubert Stöckli, **Praejudizienbuch OR**, Zürich 2012, Art. 365 N. 2.

⁵¹⁵ Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 69; Aral, **a.g.e.**, s. 344.

⁵¹⁶ Seliçi, **İnşaat**, s. 191.

d. Ön Yüklenici veya Yan Yükleniciden Kaynaklanan Ayıplar

Sözleşmenin konusuna ve meydana getirilecek eserin niteliğine göre yüklenici kendi adına ve hesabına yaptığı bir sözleşme ile işin tamamını veya bir kısmını bir başkasına yaptırabilir. Bu takdirde alt eser sözleşmesinin konusunu, kısmen veya tamamen ilk eser sözleşmesinin konusu oluşturur. Alt eser sözleşmesi yapılması durumunda, eser sözleşmesiyle aldığı işi, alt eser sözleşmesiyle kısmen veya tamamen başkasına yaptıran yüklenici, iş sahibi konumundadır⁵¹⁷.

Kapsamlı yapı projelerinde ekonomik olarak işi domine eden iş sahibi olduğundan eserin meydana getirilmesinde çoğunlukla yüklenicinin, kendisinin (İş sahibinin) belirlediği taşeronlarla çalışmasını talep etmektedir⁵¹⁸. İş sahibi, yükleniciye eseri meydana getirirken belirli bir alt yüklenici ile çalışması konusunda talimat verir ve yüklenicinin alt yüklenicinin yetkinliği ve güvenilirliği konusundaki uyarısına rağmen, talimatında ısrarcı olursa, bu takdirde yüklenicinin alt yüklenici tarafından yapılan işler nedeniyle ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ortadan kalkar⁵¹⁹. Ancak bunun için yüklenicinin, alt yükleniciye talimat vermede ve denetlemede herhangi bir ihmalinin olmaması gerekir. Bununla beraber yüklenici, alt yüklenicinin yetkinliği ve güvenilirliğini araştırmak zorunda değildir⁵²⁰.

Kapsamlı yapı projelerinde görülen bir diğer önemli üretim şekli, muhtelif üretim unsurları arasındaki eş ya da yakın zamanlı imalatı esas alan yarışmalı yönetimdir. Bazı durumlarda iş sahibi, yüklenicinin bu yönde bir talebi olmaksızın ya da yüklenicinin görüşü alınmaksızın, doğrudan muhtelif ön/yan yükleniciler görevlendirmektedir. Bu sistemde aynı anda birden çok ön/yan yüklenici eserin meydana getirilmesinde etkindir. Ön yüklenici tarafından yapılan imalat nedeniyle ortaya çıkan ayıplar nedeniyle yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Önyükleniciden kaynaklanan ayıplı ifa, ilke olarak arsanın ayıplı olması gibi

⁵¹⁷ Türker Yalçınduran, **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara 2000, s. 24.

⁵¹⁸ Peter Siegburg, "Baumaengel aufgrund fehlerhafter Vorgaben des Bauherrn", **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 411 vd.

⁵¹⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 19.

⁵²⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2027.

değerlendirilir⁵²¹. Bu durumda da ayıba iş sahibinin sebep olduğu kabul edilmektedir⁵²². Ön yüklenici ya da yan yüklenici tarafından meydana getirilen eserdeki ayıplara ilke olarak iş sahibi katlanmak zorundadır. Ön yüklenici iş sahibinin TBK m. 116 anlamında ifa yardımcısı olmamasına rağmen, bunun ayıplı imalatının müteakip yüklenicinin borcunu ifasında ayıba neden olduğu takdirde, iş sahibi buna katlanmak durumundadır⁵²³. İş sahibinin buradaki sorumluluğu ilke olarak TBK m. 472/3 hükmündeki gibidir. Hükmün uygulamasına paralel olarak bu durumda da yüklenicinin uyarma yükümlülüğü, ilke olarak mevcuttur⁵²⁴. Yüklenici, üzerine kendi edimini ekleyeceği önceki edimi, kendi yapacağı işe elverişliliği açısından incelemek ve durumu iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Söz gelimi hafriyatın düzgün alınmaması üzerine inşaa edilecek temel ve ankraj sisteminin ayıplı olmasına neden olacaksa, sonraki yüklenici bir önceki yüklenicinin edimini kontrol edip, durumu iş sahibine bildirmelidir. Bu bildirim üzerine iş sahibi tarafından gereken önlemlerin alınmaması veya somut olayın şartları nedeniyle bu nevi bir denetim ve ihbar yükümünün sonraki yükleniciden beklenemeyeceği durumlarda yüklenici sorumluluktan kurtulur. Nihayetinde müteakip yüklenicinin önceki yüklenicinin yaptığı işi muayene etmesi genel özen yükümlülüğünden doğmaktadır⁵²⁵.

Burada yüklenicinin uyarma yükümlülüğü, genel uyarma yükümlülüğünden farklı bir hususiyet arz etmektedir. Yüklenici, iş sahibinin önyüklenicilerini genel denetleme görevlisi değildir⁵²⁶. Yüklenici, önyüklenicinin yapmış olduğu imalatların kendi yapacağı imalatı olumsuz etkileyecek ise ve ancak bu yönlerini iş sahibine bildirmekle yükümlüdür⁵²⁷. Bu bağlamda açık ayıplar ile özenli bir muayenede tespit edilecek ayıplar bu kapsamda değerlendirilir.

⁵²¹ Gauch, ‘‘Das Risiko des Werkmangels’’, **Baurechtstagung (BRT) 1983**, Tagungsunterlagen 5, s. 127.

⁵²² Gauch, **Werkvertrag**, N. 2038.

⁵²³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2038.

⁵²⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2039.

⁵²⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 216.

⁵²⁶ Seliçi, **İnşaat**, s. 193.

⁵²⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 2040;

e. Önkoşul: Yüklenicinin İş Sahibini Uyarması

İş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin ayıplı meydana getirilmesi neticesinde yüklenicinin sorumsuzluğu madalyonun bir yüzünü; yüklenicinin nesnel sonuç sorumluluğu gereği eseri ayıpsız meydana getirme yükümlülüğü ise diğer yüzünü oluşturmaktadır. Yüklenicinin sorumluluğunun doğup doğmaması bakımından belirleyici unsur, yüklenicinin iş sahibini işin teknik gereğine uygun olarak uyarması hususudur⁵²⁸. Yüklenicinin TBK m. 476 hükmüne göre ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kalkması için TBK m. 472/3'e göre ihtar sorumluluğuna riayet etmiş olması gerekir. Yüklenicinin bu sorumluluğu hem işin uzmanı olmasından hem de dürüstlük kuralından doğmaktadır⁵²⁹. Yüklenici kendisine teslim edilen proje ve uygulama talimatlarının işin teknik gereğine uygunluğunu denetlemeli ve gerektiğinde iş sahibini uarmalıdır⁵³⁰. Yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzeme veya tahsis edilen arsanın ayıplı olduğunu fark etmemesi nedeniyle iş sahibini uarmazsa bu takdirde ayıba karşı tekeffülden sorumludur. Yüklenici gerekli uyarıyı yaptığı takdirde sorumluluktan kurtulur⁵³¹. Ancak bunun için ayıbın açıkça fark edilir olması ya da yüklenicinin denetim yükümlülüğünün olması ve ortalama bir denetimle bu ayıbın tespiti mümkün olmalıdır.

TBK m. 476 anlamında iş sahibinin hatalı talimatında ısrarcı olmasından kaynaklanan ayıbın hukuki sonuçlarına kendisinin katlanması için, yüklenici tarafından şekil ve esas bakımından yeterli bir uyarının yapılması gerekir⁵³². TBK m. 472/3'e göre yüklenici, eserin gereği gibi meydana getirilmesinde ortaya çıkan

⁵²⁸ Phillip Kraus/Steffan Kraus, "Zur Rechtsnatur der Prüfungs- und Hinweispflicht im Bauvertragsrecht: Vom Bau SOLL zum Bau İST", **Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag**, Köln 2007 S. 223; Eren, **İnşaat Sözleşmeleri**, s. 79; Aral, **a.g.e.**, s. 358.

⁵²⁹ Reiner Hochstein, "Zur Systematik der Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im VOB-Bauvertrag", **Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986**, Düsseldorf 1986, s. 171.

⁵³⁰ Hochstein, **a.g.e.**, s. 171; Seliçi, **İnşaat**, s. 194.

⁵³¹ Yargıtay kararına konu olayda demir, çimento vs. malzemenin iş sahibi tarafından teslim edilmesi kararlaştırılmıştır. Eser meydana getirilirken iş sahibi yeni demir aldırılmamıştır. Yüklenici, iş sahibini yapının her zaman çökebileceği hususunda uyarması üzerine kendisinin de usta olduğunu bildirerek işe devam edilmesini istemiştir. Kararda, bu durumda yüklenicinin akdi ilişkiden doğan zarardan sorumluluğunun BK m. 361 hükmüne göre ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Y. 15. HD. 1984/2720 E., 1984/3994 K. (www.kazanci.com).

⁵³² Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art 369 N. 8.

sorunları vakit geçirmeksizin iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumludur. Bu sorumluluk sadece ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun devamı ile sınırlı olmayıp, gerek iş sahibinde gerekse üçüncü kişilerde doğacak zararın karşılanmasını da kapsar⁵³³. Yüklenicinin bu uyarı yükümlülüğü, kaynağını dürüstlük kuralında bulan özel nitelikli bir aydınlatma yükümlülüğüdür. Yüklenici, iş sahibi tarafından sağlanan malzemeyi, yükümlenilen borcun niteliği ile tarafların teknik bilgi düzeyine göre kontrol etmek durumundadır⁵³⁴. Hukuki nitelik ve tanımlanmasından bağımsız olarak iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında ifa etmiş olduğu iş ve işlemler, yüklenici tarafından amaç ve gereğine uygunluğu yönünden denetlenmelidir.

Bu bağlamda yüklenicinin uyarı yükümlülüğü muhtelif hususlara ilişkin olabilir. Örnek kabilinden ifade edilirse, iş sahibi tarafından sağlanan malzemenin ayıplı olması; eserin meydana getirileceği arsanın ayıplı olması; yükleniciye teslim edilen projelerin teknik kurallara⁵³⁵ ve mevzuata aykırı olması; eserin gereğine uygun ve zamanında meydana getirilmesini engelleyen üçüncü kişi ya da diğer engelleyici koşullardan kaynaklanan ve iş sahibi ile yüklenicinin risk alanından doğan durumlar; eğer yüklenicinin borcunun ifasına etkisi varsa diğer yüklenici

⁵³³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olayda, yüklenici iş sahası içinde kalan üçüncü kişiye ait değirmen ve ark nedeniyle iş sahibini uyarmamıştır. Neticede üçüncü kişide zarar meydana gelmiştir. Kararda, bu durumda çay mecrasının projeye uygun olarak değiştirilmesi, tedbirli bir iş adamı sıfatıyla yüklenicinin gereken dikkat ve ihtimamı göstermesi ve üçüncü şahsa ait değirmenin zarar göreceğini bilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kararda, yüklenicinin BK m. 357 hükmünde öngörülen ihbar yükümlülüğünü derhal yerine getirmediğinden doğan zararın sonuçlarından sorumlu olduğu vurgulanmıştır. YHGK 18.04.1986 T.,1984/15-745 E.,1986/435 K., (www.kazanci.com).

⁵³⁴ Seliçi, **İnşaat**, s. 191.

⁵³⁵ Yargıtay kararına konu olayda yüklenici mimarı proje ile betonarme projeler arasındaki uyumsuzluğu bir yana bırakarak imalata devam ederek, bina balkonlarında 35. cm.lik taşkınlık olacak şekilde imalat yapmış, bundan dolayı inşaat belediyece mühürlenerek durdurulmuştur. Bunun üzerine iş sahibi sözleşmeyi feshetmiştir. Kararda, işinin uzmanı olması gereken yüklenicinin eseri sözleşmeye, projelerine ve kamu düzeni ile ilgili imar mevzuatına uygun yapması gerektiği, BK m. 357 hükmüne göre işin devam ettiği sırada projeler iş sahibince verilse bile iş sahibinin verdiği malzemenin kusurlu olduğu anlaşılırsa, yüklenicinin bu durumu iş sahibine bildirmesi gerektiği, aksi takdirde yüklenici bunun sonuçlarına katlanmakla mükellef olduğu ifade edildikten sonra, somut olayda yüklenicinin mimari ve betonarme projeler arasındaki uyumsuzluğa rağmen durumu iş sahibine bildirmeyerek imalata devam etmek suretiyle sonuçta iş sahibine mali külfet getirir biçimde iş ürettiğinden ve bu haliyle ortaya çıkan eser yapımının belediyece durdurulmasına neden olduğundan iş sahibince yapılan fesihte yüklenicinin kusurlu olduğu vurgulanmıştır. Y. 15. HD. 30.05.2002 T, 2002/1403 E., 2002/2888 K., (www.kazanci.com).

tarafından meydana getirilen eserdeki ayıplar⁵³⁶, sayılabilir. Keza, iş sahibi tarafından sunulan plan ve projelerin doğruluğunun yüklenici tarafından denetlenmesi de bu kapsamda değerlendirilmektedir⁵³⁷. Bu hususlar nedeniyle eserin gereğine uygun ya da zamanında meydana getirilmesine hanel getirecek bir tehlike söz konusu olduğu takdirde, yüklenicinin uyarma yükümlülüğü mevcuttur. Bu bağlamda talimatın elverişsizliği ve eserin meydana getirilmesine ilişkin olumsuz etkisi konusunda uzman olmayan iş sahibi yüklenici tarafından açıkça ikaz edilmelidir⁵³⁸. Yüklenici tarafından yapılacak ikaz, müteahhit veya yetkili temsilcisi tarafından iş sahibi veya yetkili temsilcisine yapılmalıdır. İş sahibinin yetkili olmayan yardımcı kişisine yöneltilen veya müteahhidin yetkili olmayan yardımcı kişisi tarafından yapılan ikaz geçerli değildir⁵³⁹.

Yükleniciye ait bu yükümlülük, dürüstlük kuralı ile TBK m. 472/3'ün somut durumun niteliğine göre ya doğrudan ya da kıyasen uygulanmasından ve özellikle taraflar arasında bağtlanan sözleşmenin yorumundan doğar⁵⁴⁰. Zira yüklenici, iş sahibine nazaran daha ziyade işin uzmanı konumunda olduğundan, kanun bu sorumluluğu yükleniciye yüklemekte ve ihlalinde gerçekleşen neticeye kendisinin katlanmasını öngörmektedir⁵⁴¹. Eser sözleşmesi kurumu yükleniciyi işin uzmanı kabul etmektedir. Bu nedenle, meydana getirilecek eser konusunda hiç ya da az bilgisi bulunan iş sahibi, bu konuda uzman kabul edilen yüklenici tarafından uyarılmalıdır⁵⁴². Yüklenicinin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğüne ilişkin iş ve işlemlerini amaç ve gerek yönünden denetlemesi '*teknik anlamda gerçek bir borç*' niteliğinde olup, yüklenici bunu yerine getirmediği takdirde, iş sahibinden kaynaklanmış olsa bile, eserin ayıplı ve/veya vaktinde meydana getirilmemesi

⁵³⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. N. 18 vd.

⁵³⁷ Frank Peters, 'Die fehlerhafte Planung des Bestellers und ihre Folgen', **NZBau 2008**, s. 610.

⁵³⁸ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 12.

⁵³⁹ Uçar, **a.g.e.**, s. 238.

⁵⁴⁰ Yargıtay kararında yüklenicinin ihbar yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediği, işin ayıplı olup olmadığı ve ayıplı ise derecesi yanlar arasındaki sözleşme hükümleri de değerlendirilerek saptanacağını vurgulamıştır. Y. 15. HD. 12.7.2004 T., 2003/6666 E., 2004/3894 K., (www.kazanci.com).

⁵⁴¹ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 12.

⁵⁴² Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 369 N. 9.

nedeniyle sorumlu olur⁵⁴³. Bu anlamda yüklenicinin sorumluluğu TBK m. 112'ye göre tayin edilir⁵⁴⁴. Yargıtay'ın görüşü de aynı istikamettedir.⁵⁴⁵

TBK m. 472/3'ün kıyasen uygulanması anlamında uyarı yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken somut olayın bütün koşulları dikkate alınır. Sözleşmeden doğan borcun gereğine uygun olarak ifası ne kadar fazla tehlikeye düşerse, bu takdirde yüklenici o kadar erken ihbar etmekle yükümlüdür. İş sahibi eserin meydana getirilmesi sürecini yakından takip etme durumu arttıkça, söz gelimi iş sahasında bilfiil ve sürekli bulunmaktaysa, yüklenicinin ihbar yükümlülüğü azalır⁵⁴⁶. Yüklenici, uyarma yükümlülüğü kapsamında eserin meydana getirilmesini olumsuz etkileyen hususları, somut ve açıkça ifade etmelidir. Yüklenicinin ihbar yükümlülüğü, eserin meydana getirilmesinden doğan ve yüklenici tarafından tespit edilen veya tespit edilmesi lazım gelen sorunlara ilişkindir. Yüklenicinin ihbar yükümlülüğü için, makul ve gerekçeli şüphe yeterli olup, sorunlara ilişkin kesin bilgi gerekli değildir.

Yüklenici tarafından yapılacak ihtar, hukuki karakteri bakımından esasında irade açıklaması olmayıp bir beyan açıklamasıdır. İhtarın amacı, eserin meydana getirilmesine etki etme anlamında yetkili konumda ve fakat işin gereğinin gerektirdiği uzmanlık konusunda çoğu zaman yeterli bilgi ve tecrübeden yoksun iş sahibini hatalı talimatından döndürmektir. Yüklenici, iş sahibine yaptığı ihtar ile açık ve anlaşılabilir bir şekilde vermiş olduğu talimatın meydana getirilecek eserde bir ayıba neden olabileceğini ve bu nedenle kendisinin herhangi bir sorumluluk kabul etmeyeceğini beyan etmesi gerekir⁵⁴⁷. Her ne kadar kanunda '*yapılacak ihtarda sorumluluğun yüklenici tarafından açıkça reddedilmesi gerektiğine dair ifade*' zorunlu bir unsur olmasa da İsviçre Federal Mahkemesi içtihadı bu yöndedir. Öğreti'de, kanaatimce de haklı olarak, hatırı sayılır bir çoğunluk bu görüşü reddetmektedir⁵⁴⁸. Zira uyarının amacı sadece iş sahibini talimatı sebebiyle doğabilecek zararlardan dolayı uyarmaktır. Kaldı ki TBK m. 476 hükmünde

⁵⁴³ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 642, N. 13.

⁵⁴⁴ Peters, **NZBau 2008**, s. 612.

⁵⁴⁵ Y. 15. HD. 02.11.2011 Tarih, 2011/4747 E. 2011/6430 K., (www.kazanci.com).

⁵⁴⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 365 N. 19.

⁵⁴⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 9; Seliçi, **İnşaat**, s. 194; Aral, **a.g.e.**, s. 367.

⁵⁴⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1941; Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 369 N. 9; Uçar, **a.g.e.**, s. 240.

müteahhitin ikaz yükümü ile ilgili olarak; talimatta ısrar edilmesi halinde müteahhidin olası zaradan sorumlu olmayacağını ayrıca belirtilmesi gerektiğine ilişkin bir uygulama şartı mevcut değildir. Bununla beraber meseleyi soyut ve kategorik olarak tanımlamaktan ziyade olası ihtilaflarda somut olayın bütün şartları dikkate alınarak bir çözüme varılması en adil yöntem olarak gözükmektedir. Ancak yüklenici, her halükarda ihtara neden olan düşüncesinin teknik gerekçelerini iş sahibine bildirmelidir⁵⁴⁹. Yüklenicinin soyut ve genel açıklamaları ile kendi işi olsaydı başka şekilde hareket edeceğini beyan etmesi, ihtarın esasa ilişkin koşulu bakımından yeterli değildir⁵⁵⁰. Yüklenici, iş sahibine ihtarı yaptıktan sonra bu konuda iş sahibinin kararını beklemesi gerekir⁵⁵¹. Ancak uyarıya rağmen iş sahibi talimatında ısrarcı olur veya herhangi bir açıklamada bulunmaz ise, susma iş sahibinin verdiği talimat doğrultusunda işin devam etmesini istediği anlamına geleceğinden bu durumda yüklenici sorumluluktan kurtulacaktır⁵⁵². Yüklenici yukarıda izah edilen gereklerine uygun olarak iş sahibini uyarmasına rağmen, iş sahibi hatalı talimat ya da planların uygulanmasında ısrarcı ise, yüklenici uygulamaktan başka bir seçeneğe sahip değildir⁵⁵³. Bütün koşullar birlikte değerlendirildiğinde ihtara rağmen, iş sahibinin kararını değiştirmeyeceği varsayılabilirse, bu takdirde ihtar koşulu yerine gelmiş kabul edilir⁵⁵⁴. Yüklenici durumu bildirmenin faydasız olacağını veya yüklenici tarafından bildirilecek hususun iş sahibinin bildiğini ve buna bağlı olarak doğabilecek tehlikeleri de göze almış olduğunu kanıtlaması halinde ihbar yükümünü yerine getirmemiş olsa dahi bildirmemeden sorumlu olmayacaktır⁵⁵⁵.

Yüklenicinin, kendisiyle sözleşme ilişkisi içerisinde bulunan alt yüklenicilerinin ihbar yükümlülüğünü ifa etmemesinden dolayı yardımcı şahsın sorumluluğuna dair hükümlere göre sorumluluğu mevcuttur⁵⁵⁶. TBK m. 472/3 hükmü eser meydana getirilirken ifadesini kullansa da, sözleşmenin akdedilmesi ile

⁵⁴⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 211; Seliçi, **İnşaat**, s. 107.

⁵⁵⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 9.

⁵⁵¹ Peters, **NZBau 2008**, s. 610.

⁵⁵² Seliçi, **İnşaat**, s. 196; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 213.

⁵⁵³ Peters, **NZBau 2008**, s. 611.

⁵⁵⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1949; Seliçi, **İnşaat**, s. 197; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 214.

⁵⁵⁵ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 111.

⁵⁵⁶ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 365 N. 71.

eserin meydana getirilmesine başlanması arasındaki zaman dilimine de kıyasen uygulanır⁵⁵⁷. Diğer taraftan sözleşmenin akdedilmesinden önceki aşamada gözle görülebilen açık hususlar için sadece yüklenicinin aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olup, TBK m. 472/3'ün uygulanmasına olanak yoktur⁵⁵⁸.

Her ne kadar yüklenicinin ihbar yükümlülüğü söz konusu olsa da, istisnai olarak iş sahibi tarafından bilinen (ve bilinçli olarak göze alınan) ve eserin gereğine uygun olarak ve zamanında meydana getirilmesini engelleyen hususların bildirilmemesi ihbar yükümlülüğünün ihlalini oluşturmaz⁵⁵⁹. Bu hususların iş sahibince bilindiğini ispat yükümlülüğü yüklenicidedir⁵⁶⁰. Vurgulamak gerekir ki, bu hüküm bağlamında yüklenicinin borca aykırılığı söz konusu olduğunda, iş sahibi somut olayın koşullarına göre objektif olarak yüklenicinin gerekli uyarıyı yapması gerekirken yapmadığını ispat ile yükümlüdür⁵⁶¹.

Nihayet ifade etmek gerekir ki kanun müteahhit tarafından yapılacak ikazı belli bir şekle tabi tutmamıştır. Ancak, ikazın yazılı veya resmi şekilde yapılması gerek açıklık gerekse ispat kolaylığı açısından müteahhit lehinedir. Ayrıca taraflarca yazılı şekil sözleşmede kararlaştırıldığı takdirde dahi, karine olarak öngörülen yazılı şeklin sözleşmede geçerlilik şartı olacağına ilişkin TBK m. 17 hükmü, müteahhidin bildirim yükümlülüğü açısından uygulama alanı bulmaz. Bu nedenle yazılı şekil karine olarak bildirim geçerliliğine etki etmeyip; sadece bildirim yapıldığını ispat etmek bakımından önem arz eder⁵⁶².

f. İstisna: Yüklenicinin Uyarı Yapmaksızın Sorumluluktan Kurtulması

Kanunda bu yönde açık bir ifade mevcut olmasa da öğreti ve yargı, hükmün amacı teorisinden hareketle geliştirdiği çözüm ilkesine göre, eserin ayıplı meydana getirilmesi TBK m. 472/3 anlamında iş sahibinin sorumluluğunda olduğu istisnai

⁵⁵⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 830.

⁵⁵⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 830.

⁵⁵⁹ Alfred Koller, **Berner Kommentar zu Art. 363-366 OR, Band VI (Das Obligationenrecht) 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhältnisse), 3. Teilband (Die Erfüllung der Obligationen)**, 1. Unterteilband, Bern 1998) Art. 365 N. 71.

⁵⁶⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 365 N. 23.

⁵⁶¹ Peters, **NZBau 2008**, s. 612.

⁵⁶² Seliçi, **İnşaat**, s. 195; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 213.

nitelikteki belirli durumlarda, yüklenici tarafından herhangi bir ihtar yapılmamış olsa dahi, yüklenici TBK m. 475’de düzenlenen ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilir.

Yüklenici, ihtar yapmış olsaydı bile iş sahibinin hatalı talimatında ısrar edeceğini ve bu nedenle eserdeki ayıbın her halükarda ortaya çıkacağını ispat edebilirse, bu takdirde sorumluluktan kurtulur⁵⁶³. Eser sözleşmesi kurumunun temelinde yatan düşünceye göre, esas olarak yüklenici işin uzmanı konumundadır ve bu gerekçeyle eserin sözleşme gereğine uygun meydana getirilmesinden ilke olarak kendisi sorumludur. Kurumun temel aldığı ve olağan kabul edilen bu durumun aksine iş sahibi, sözleşme konusu hakkında uzman ise ve bu uzmanlığı doğrultusunda talimatlarını veriyorsa, bu takdirde yüklenici herhangi bir ihtarda bulunmasa dahi, eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinden sorumlu olmaz⁵⁶⁴. İş sahibinin uzman kabul edilmesi için kendisinin veya yetkili temsilcisinin talimat konusunu oluşturan hususlar hakkında gerekli teknik bilgi ve tecrübeye sahip olmak suretiyle kendisinin vermiş olduğu talimatların doğruluğunu denetleyebilecek ve bu nedenle eserin ayıplı olarak meydana gelebileceğini fark edebilecek durumda olması gerekir⁵⁶⁵.

Özellikle kapsamlı yapı projelerinde iş sahibinin görevlendirdiği müşavirler, mimarlar, ilgili mühendisler ve genel süreç yönetimi uzmanları söz konusudur. Uzmanlığa dayalı teknik işbölümünün gelişmesi nedeniyle eser sözleşmesi kurumunun temel aldığı ‘*iş sahibinin konuya yabancı ve yüklenicinin işin ehli olduğu*’ düşüncesi, özellikle bu tür projeler açısından iş sahibinin mimar veya mühendisler marifetiyle konu hakkında aydınlatıldığı ve bu kişilerin yüklenicinin ifa borcunu denetleme anlamında iş sahibince yetkilendirildiği gerçeği karşısında yumuşatılmalı ve gerektiğinde yüklenici tarafından herhangi bir ihtar yapılmamış olsa dahi, yüklenicinin sorumluluğu cihetine gidilmemelidir⁵⁶⁶. Ancak dürüstlük ilkesi burada da geçerlidir. İş sahibinin gerekli teknik bilgi ve tecrübeye sahip olduğu durumlarda, yüklenici talimatın yanlışlığını ya bilmemeli ya da bilmesi

⁵⁶³ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 14; Uçar, **a.g.e.**, s. 241.

⁵⁶⁴ Seliçi, **İnşaat**, s. 197; Tandoğan, **a.g.e.**, s. 214.

⁵⁶⁵ BGer v. 7.8.2008, 4A_166/2008, E.2.1.

⁵⁶⁶ Nihayetinde aynı fikirde Gauch/Aepli/Stöckli, **a.g.e.**, Art. 369 N. 7.

gerekmemelidir⁵⁶⁷. Ancak yüklenici, iş sahibinin verdiği talimatın yanlışlığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu takdirde eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinin yegâne/münhasır sebebi iş sahibinin bu talimatı değildir⁵⁶⁸. Bu durumda yüklenicinin uyarı yükümlülüğü devam eder⁵⁶⁹. Özellikle açık ayıplar veya yüklenicinin iş sahibince verilen talimatın yerindeliğini sözleşme ya da ticari örf gereği müteakiben kontrol etmekle yükümlü olduğu bu gibi durumlarda yüklenici TBK m. 476'ya göre sorumluluktan kurtulamaz⁵⁷⁰.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, iş sahibi tarafından verilen talimatın yanlışlığı ya da isabetsizliği her zaman belirgin olmayabilir. Bu takdirde yüklenicinin bu talimatın isabetliliğini denetleme yükümlülüğü olup olmadığı hususu, tarafların ayıp nedeniyle sorumluluğunu belirleyecektir. Yüklenicinin teknik bilgi ve tecrübesinin, iş sahibinkinden üstün düzeyde olduğu durumlarda, bu yükümlülüğün var olduğu kabul edilir. Ancak iş sahibi, meydana getirilecek eser konusunda gerekli teknik bilgi ve tecrübeye sahip ise, bu takdirde yüklenici, iş sahibi tarafından verilen talimatın yerinde ve isabetli olduğunu varsaymak suretiyle kontrolünü yapmak zorunda değildir. Ancak tarafların yüklenicinin inceleme yükümlülüğünü açıkça kararlaştırdıkları durumlarda veya yüklenicinin iş sahibi tarafından verilen talimatı somut olaydaki uzmanlık durumu sebebiyle iş sahibinden daha doğru olarak değerlendirebilme kapasitesinde ve imkânında olduğu durumlarda yüklenicinin sorumluluğu devam eder⁵⁷¹.

g. İş Sahibinden Kaynaklanan Sebeple Eserin Ayıplı Meydana Getirilmesinin Hukuki Sonuçları: (TBK m. 472/3 ve TBK m. 476)

İş sahibinin sorumluluğu başlığı altında düzenlenen TBK m. 476 hükmüne göre: Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını

⁵⁶⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1958.

⁵⁶⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 369 N. 16.

⁵⁶⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 213, 214.

⁵⁷⁰ Bühler, **Zürcher Kommentar**, N. 51 vd.

⁵⁷¹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 214; Seliçi, **İnşaat**, s. 197 vd.

kullanamaz⁵⁷². Esasında bu hükmün dolaylı neticesi odur ki, yüklenicinin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcu, iş sahibinin talimatını ifa etme borcuna dönüşmekte ve hükümde belirlenen unsurlar⁵⁷³ yönünden sınırlanmaktadır⁵⁷⁴.

Hükümde ifade edilen eserin ayıplı olmasından doğan haklarla kast edilen, TBK m. 475’de düzenlenen sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme, eserin ücretsiz onarılmasını isteme ve zararın tazminini talep haklarıdır. Bu bağlamda, eserin ayıplı olarak meydana getirilmesi ve teslim edilmesi neticesinde yüklenici herhangi bir hukuki yaptırıma muhatap olmaz. İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ayıplı olarak meydana getirilen eseri teslim almak ve yüklenicinin ücretini tam olarak ödemek zorundadır⁵⁷⁵. Bu kapsamda yüklenicinin ayıbı gidermek yükümlülüğü yoktur⁵⁷⁶.

Meydana getirilen eserdeki ayıbın yegâne/münhasır kaynağı iş sahibine yüklenebilecek bir sebepten, bu takdirde müteakip zararların tazmini hakkı da dâhil olmak üzere TBK m. 475’de öngörülen ayıba karşı tekeffülden doğan bütün haklar ortadan kalkar⁵⁷⁷. TBK m. 476’ya göre iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmesi için eserdeki ayıp, kendisinin verdiği talimattan veya *herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek* olması gerekir. Herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek kavramından anlaşılması gereken, iş sahibinin hukuki risk alanına ait bütün etkenlerdir⁵⁷⁸. Bu anlamda, iş sahibi herhangi bir kusuru olmaksızın dahi birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle eser ayıplı olarak meydana getirilirse, bu halde TBK m. 476’ya göre ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kullanamaz⁵⁷⁹. Hemen vurgulamak gerekir ki, TBK

⁵⁷² Gauch, **Werkvertrag**, N. 1914; Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 369 N. 11 a

⁵⁷³ TBK m. 472/3 ve TBK m. 476’da sayılan ve/veya kıyasen uygulanabilecek benzer nitelikli durumlarla sınırlı olmak üzere.

⁵⁷⁴ Peters, **NZBau** 2008, s. 612.

⁵⁷⁵ Uçar, **a.g.e.**, s. 237.

⁵⁷⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N.289.

⁵⁷⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1914 ve 1503.

⁵⁷⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 434.

⁵⁷⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 290.

m. 476 gereği hakların kullanılmaması kendiliğinden gerçekleşir, herhangi bir hâkim kararına gerek yoktur⁵⁸⁰.

TBK m. 476 hükmüne göre iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kaybetmesi için, eserdeki ayıbın oluşmasında, yüklenicinin sorumlu olduğu herhangi bir etkenin etkisi olmaması gerekir. Eserdeki ayıbın oluşmasındaki sebep sadece/münhasıran iş sahibinin hukuki alanından kaynaklanırsa ve/veya iş sahibinin sorumlu olduğu bir etken olursa, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybeder. Ancak, somut olayın koşullarına göre ve özellikle zararın büyümesinin önlenmesinin gerekliliği durumunda, makul bir ücret karşılığında yükleniciden eserdeki ayıbı gidermesinin beklenmesi dürüstlük kuralına uygunluk arz edebilir.⁵⁸¹

Yüklenicinin bir kusuru varsa ve özellikle TBK m. 472/3 veya TBK m. 476'da düzenlenen bildirim ve/veya açıkça ihtar yükümlülüğünü ihlal ederse, bu halde eserdeki ayıplardan sorumlu olmaya devam eder. Ancak, iş sahibinin birlikte kusuru mevcutsa, bu halde yüklenicinin sorumluluğu daha hafif takdir edilir. Eğer eserdeki ayıbın kaynağı, *kısmen* iş sahibine yüklenebilecek bir sebebe dayanıyorsa, bu takdirde TBK m. 476 hükmü uygulanmaz. Ancak bu takdirde, TBK m. 114/2 ile 52/1'in doğrudan veya kıyasen uygulanması suretiyle yüklenicinin sorumluluğu daha hafif takdir edilir⁵⁸².

Nihayet ifade etmek gerekir ki, TBK m. 476 anlamında iş sahibine yüklenebilecek bir sebep nedeniyle eserdeki ayıbın ortaya çıktığını yüklenici ispat etmekle yükümlüdür. Bu bağlamda yüklenici, eserdeki ayıbın iş sahibinin hatalı talimatından kaynaklandığını ve kendisinin onu uyardığını ya da uyarmaya gerek olmadığını ispat etmelidir. İş sahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmak için illiyet bağına yönelik olarak kendisine yüklenebilecek sebebin eserin ayıplı olmasında kısmen etkili olduğunu ortaya koyarak kendi sorumluluğunun azaltılmasını talep edebilir.

⁵⁸⁰ Bühler, **Zürcher Kommentar**, N. 62.

⁵⁸¹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 294.

⁵⁸² Gauch, **Werkvertrag**, N. 2061; Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 369 N. 59.

h. İş Sahibi ve Yüklenicinin Birlikte Sorumlu Olduğu Ayıplar

Kapsamlı yapı projelerinin gerçekleştirilmesinde düzinelerce süje etkin olduğundan eserin ayıplı meydana getirilmesinde çoğu zaman sebep münhasıran bir taraftan kaynaklanmayabilir. TBK m. 476'nın uygulanabilmesi için eserdeki ayıp, sadece iş sahibinden kaynaklanan bir sebebe dayanmalıdır⁵⁸³. Eğer eserdeki ayıp iş sahibinden kaynaklanan sebebin yanında, aynı zamanda yükleniciden kaynaklanan veya onun hukuki alanına ait bir sebepten kaynaklanıyorsa, bu halde iş sahibinin sadece kısmi bir kusuru vardır ve bu halde ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kaybetmez⁵⁸⁴. Ancak, bu durumda iş sahibinin sorumluluğu ne şekilde dikkate alınacağına dair eser sözleşmesine ilişkin kanuni hükümlerde herhangi bir açıklık mevcut değildir. Sorumluluğun belirlenmesinde her halükarda tarafların kusur oranı dikkate alınmalıdır⁵⁸⁵. Bu durumda TBK m. 114/2'nin yollamasıyla TBK m. 52'ye göre tazminatın indirilmesine karar verilmelidir⁵⁸⁶. Meydana çıkan zararda iş sahibi kısmen pay sahibi olduğundan müteahhidin sorumluluğu azalır. Bu hükümler dikkate alınarak yüklenicinin sorumluluğu özellikle müteakip zararlar bakımından tazminatın kapsamından indirilir. Keza TBK m. 52'nin kıyas yoluyla uygulanmasıyla ücretin tenzili kısmen yapılabileceği gibi eserdeki ayıbın giderilmesine karar verilirse, bu halde doğacak masraflara, yüklenicinin kısmen katlanmasına karar verilmelidir. Yargıtay'ın çözümü de aynı yöndedir⁵⁸⁷.

⁵⁸³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1917.

⁵⁸⁴ Gauch, **a.e.**, N. 1918;

⁵⁸⁵ Y. 15. HD. 29.01.2007 T., 2006/6691 E., 2007/394 K., (www.kazanci.com).

⁵⁸⁶ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 209; Burcuoğlu, **a.g.e.**, s. 302 vd.; Aral, **a.g.e.**, s. 365.

⁵⁸⁷ Y. 15. HD. 20.04.1995 T. ve 1994/6303 E. Ve 1995/2382 K.: "... idare projeye aykırı imar ruhsatı alıp işi yaptırmak ve yüklenici de, bu durumu bile bile işi yapmak ve aykırılığın giderilmesi için daha önceden girişimde bulunmamak suretiyle kusurludurlar. Bu husus, mahkemece, değerlendirilmelidir. Öte yandan, yangın tarihi ile bu yangından doğan zararın giderilmesi için yapılan sözleşme tarihi arasında fiyatlarda meydana gelen artış nedeniyle zararın büyüdüğünün ve de bu zararın artmasına davacı idarenin sebebiyet verdiği kabulü zorunludur. Bu durumda, olaydan sonra düzenlenen tutanaklar ve ceza koğuşturma evrakı da nazara alınarak, gerçek zarar miktarı ve de olayı takip eden makul sürede bu zararın ne miktarla giderileceği hususu, konusunda deneyimli inşaat mühendisi marifetiyle tayin ve takdir edilmeli, *yanların kusur durumları ile BK'nın 43. ve 44. maddeleri gereğince uygulanacak hakkaniyet kuralları da gözönünde bulundurularak hasil olacak sonuç uyarınca bir hüküm kurulmalıdır...*". (www.kazanci.com).

B. Meydana Getirilmekte Olan Eserin Hasar Ve Zıyanda İş sahibinin Sorumluluğu: (TBK m. 483/2)

1. Genel Olarak

‘*Periculo conductoris*’, ‘Eserin tehlikesi yüklenici üzerinedir’, bu ilkeye göre Roma Hukukunda iş sahibince eser kabul edildiği ana kadar, eserin hasar⁵⁸⁸ ve ziyana yüklenici katlanırdı⁵⁸⁹. Bu ilke, TBK m. 483 hükmünde esas alınmış, istisnaen iş sahibinin sorumluluğu öngörülmüştür. Yüklenici edim sonucunu taahhüt etmektedir. Buna uygun olarak yasada düzenlenen koşullar altında eserin teslim edilmesine kadar ücret hasarına kendisi katlanır⁵⁹⁰. Bu nedenle, yok olan eserin meydana getirilmesi için yüklenicinin yapmış olduğu masrafları, iş sahibi karşılamakla yükümlü değildir⁵⁹¹. Eser, kısmen yok olursa, bu takdirde yok olan kısım için yüklenici ücret talep hakkı ortadan kalkar⁵⁹². Buna karşılık eserin yeniden meydana getirilmesi olanaklı ve yükleniciden beklenilebilir ise, bu takdirde yüklenici ilave ücret almaksızın eseri yeniden meydana getirmekle yükümlüdür⁵⁹³. Yüklenici, TBK m. 112 veya TBK m.116’ya göre eserin yok olması nedeniyle doğan zararı iş sahibine tazmin etmekle yükümlüdür. Ancak, eserin yok olmasında TBK m. 485/2 anlamında iş sahibinin de kusuru varsa, bu halde TBK m. 114/2’nin yollamasıyla TBK m. 52/1 gereği tazminat indirilir ya da duruma göre tamamen kaldırılabilir.

Meydana getirilen eserin teslimden önce yok olması, bizzat yüklenicinin veya onun sorumlu olduğu ifa yardımcılarının kusuruna dayanıyorsa ya da yüklenici TBK m. 483/2 gereği doğabilecek olumsuz sonuçları iş sahibine zamanında bildirmemişse, bu halde TBK m 483/2 hükmü gereği yaptığı işin değerini ve müspet zararını talep edemeyeceği gibi iş sahibine karşı borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin TBK m. 112 ve TBK m. 471 hükümlerine göre sorumlu olur.

⁵⁸⁸ Hasar kavramı ve açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm I. B. 4. b.

⁵⁸⁹ Heinrich Dernburg, **Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preussen**, 3. Auflage, 1906, s. 492.

⁵⁹⁰ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 27.

⁵⁹¹ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 22.

⁵⁹² Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 24.

⁵⁹³ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1204 vd.

TBK m. 483 anlamında istisnaen iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olabilir. Eserin teslimi ile ya da iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesi ile beraber ücret hasarı iş sahibine geçer⁵⁹⁴. Birlikte hareket etme yükümlülüğü bakımından önem arz eden husus, iş sahibinin sorumluluğu olduğundan, ilgili hükümler sadece bu yönüyle incelenecektir.

‘‘*Periculo conductoris*’’ ilkesinin istisnası, TBK m. 483/1’de öngörülen iş sahibinin temerrüdü ve TBK m. 483/2’de düzenlenen iş sahibince verilen malzeme ya da gösterilen arsa veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden eserin yok olması durumlarıdır. Bu takdirde iş sahibi, hem bedel hem de edim hasarına katlanır. İş sahibi, hem yüklenicinin sözleşmeye göre kararlaştırılan ücretini ödemek hem de ücret ile karşılanmayan giderlerini ödemek durumundadır⁵⁹⁵. Sözleşmede taraflarca herhangi bir ücret belirlenmemişse, bu takdirde TBK m. 481 uygulanır. Eserin meydana getirilmesinde kullanılacak malzemeler yüklenici tarafından karşılanmışsa, bu takdirde ayrıca bu malzemelerin ücretini de iş sahibi karşılamakla yükümlüdür. İş sahibi, eserin yok olmasında kusurlu ise, bu takdirde yüklenici iş sahibinden birlikte hareket etme yükümlülüğünün kötü ifası (gereği gibi ifa edilmemesi) nedeniyle TBK m. 112 hükmüne göre tazminat talep edebilir.

TBK m. 483’ün uygulanması için eserin *teslimden önce* yok olması gerekir⁵⁹⁶. Taraflar, sözleşme ile ne zaman eserin teslim edilmiş sayılacağını belirleyebilirler. Bu yapılmadığı takdirde teslim anı ve buna bağlı olarak hasarın geçişi kanuna göre belirlenecektir. Ancak hemen vurgulamak gerekir ki eserin teslimi için, iş sahibi tarafından eserin kabul edilmiş olması gerekmemektedir⁵⁹⁷. Büyük bir eserin meydana getirilmesini konu edinen sözleşmelerde taraflar, eserin unsurlarının kısım kısım teslim edileceğini öngörmüş olabilirler. Bu takdirde her bir kısmın teslimi ile o kısma ilişkin hasar da iş sahibine geçer.

Burada vurgulamak gerekir ki, TBK m. 483 hükmü, ihtiyari/tamamlayıcı niteliklidir. Taraflarca sözleşme ile tehlike sorumluluğunu, teslimin dışında bir

⁵⁹⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1186 ve 1191; Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 18.

⁵⁹⁵ Şafak Güleç, **Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi**, Kırıkkale Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi 2007, s. 64.

⁵⁹⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1185.

⁵⁹⁷ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 18.

hususla bağlı kılabilecekleri gibi yasada tanımlandığından farklı olarak tanımlama hakkına da sahiptirler. Keza taraflar kanunda tanımlandığından farklı sebeplerle yüklenicinin veya iş sahibinin tehlikeden/beklenmedik halden sorumlu olacağını düzenleyebilirler⁵⁹⁸. Özellikle eserin meydana getirilmesi sürecinde iş sahibinin nüfuz ve etkileme kapasitesi arttıkça, yüklenicinin beklenmedik olay nedeniyle doğacak sorumluluğunu kısıtlamak, sözleşme adaleti ile tarafların menfaatine uygun olacaktır.

2. Eserin Yok Olması ile İfanın İmkânsızlaşması Arasındaki Fark

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hukuki sonuçları dikkate alındığında TBK m. 483 ve 485 hükümleri, esasında BGB § 324 hükmünün özel bir düzenlemesi şeklindedir. Mezkûr hükümler fonksiyon ve amaç yönünden büyük benzerlik göstermektedir. BGB § 324 hükmüne göre alacaklıya isnat edilebilecek bir sebepten ötürü edimin ifası imkânsız hale geldiği durumlarda edimin borçlusu, karşı edim talep hakkını korumaktadır. Ancak edimini ifa etmekten kurtulması dolayısıyla tasarruf ettiği ya da iş gücünü başka biçimde kullanmak suretiyle elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği şeyleri kendi talebine mahsup etmek durumundadır.

TBK m. 483 eserin yok olmasını düzenlerken TBK m. 485 eserin meydana getirilmesinin imkânsızlığını düzenlemektedir. Bu nedenle eserin meydana getirilmesi imkânsızlaşmaksızın yok olması durumunda TBK m. 483 uygulanırken; iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla eser yok olmaksızın meydana getirilmesi imkânsızlaşması durumunda TBK m. 485 uygulanır. İş sahibinin hukuki risk alanında meydana gelen bir olay dolayısıyla eser yok olurken aynı zamanda eserin meydana getirilmesi imkânsızlaştığı durumda nasıl bir çözüme gidilecektir? TBK m. 485'in mefhumu muhalifinden çıkan sonuca göre eserin henüz meydana getirilmeyen ve artık meydana getirilmesi imkânsızlaşan kısımları için ücret tahakkuk etmeyeceği gibi bu kısımların meydana getirilmesi borcu da ortadan kalkmıştır. Buna karşılık TBK m. 483/2'ye göre eserin meydana getirilen ve fakat

⁵⁹⁸ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 34.

yok olan kısımları için yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini isteyebilecektir.

3. Eserin Yok Olması ve Ayıplı Hale Gelmesi Arasındaki Fark

Tesadüfen eserde meydana gelen kötüleştirmeler nedeniyle oluşan ayıplar TBK m. 474 vd. hükümlerine göre değerlendirilir. TBK m. 483 her halükarda iki olayda uygulama alanı bulur. Eğer tesadüfi olay münhasıran iş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesinden dolayı ayıbın doğmasına neden olmuşsa, bu takdirde yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu yoktur. Eserde meydana gelen tesadüfi ayıp nedeniyle iş sahibinin sağladığı malzeme yok olursa, bu takdirde de yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu yoktur⁵⁹⁹.

Eserin kısmen yok olması durumunda az önce ifade edildiği üzere TBK m. 483 uygulama alanı bulurken; eserin hasara uğraması veya kötüleştirmesi nedeniyle eserin ayıplı hale gelmesi durumunda eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümler, bu bağlamda TBK m. 476 uygulama alanı bulacaktır. İş sahibi, birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle ayıplı hale gelen eseri kabul etmek ve yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan ücretini ödemek durumundadır. TBK m. 476 gereği iş sahibi, bu durumda ayıba karşı tekeffülden doğan seçimlik haklarını kullanamaz. Ancak somut olayın koşulları ve dürüstlük kuralı dikkate alındığında yüklenici, iş sahibinin makul bir ilave ücret karşılığında hasarın giderilmesi talebini reddedemeyecektir.

4. İş Sahibinin Sorumluluğu Bakımından Hüküm İçeriği

TBK m. 483/2: Eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirmişse, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İş sahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararının giderilmesini de isteme hakkı vardır.

⁵⁹⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 5.

TBK m. 483/2 hükmü sözleşme gereği yüklenici tarafından meydana getirilen eserin teslimden evvel ve iş sahibinden kaynaklanan belirli sebeplerle yok olmasını ve hukuki sonuçlarını düzenlemektedir. Öncelikle belirlenmesi gereken husus, birlikte hareket etme yükümlerinin iş sahibi tarafından ihlali, diğer hükümlerin yanında, bu hükmün de uygulama ihtimalini ortaya çıkarır mı sorusudur. Aşağıda bu soruya yanıt aranacaktır.

TBK m. 483/2, eserin meydana getirilmesinde tehlike sorumluluğunun ilke olarak yüklenici tarafından taşınması kuralına bir istisna getirmektedir. İş sahibi eserin yok olmasına kusurlu olarak neden olmuşsa, bu takdirde yüklenicinin sorumluluğu söz konusu olmadığı gibi iş sahibinden tazminat isteme hakkı da mevcuttur. Bu bağlamda iş sahibinin ne zaman kusurlu olduğu sorusu önem kazanmaktadır. İş sahibi veya TBK m. 116 anlamındaki yardımcı kişisi, eserin yok olmasına kasıtlı bir davranış veya objektif nitelikli bir taksirle neden olduğu durumlarda kusur mevcuttur. Bu anlamda kusurun oluşması için iş sahibince sözleşmenin ihlal edilmesi şart değildir⁶⁰⁰.

TBK m. 483/2'de yasa koyucunun amacı iş sahibinden kaynaklanan ve eserin yok olmasına neden olan hususları mutlak surette ve kıyas yasağı içerisinde sınırlayıcı olarak belirlemek değildir⁶⁰¹. Zira TBK m. 483/2 hükmü, TBK m. 479 ve TBK m. 483/1 hükümlerinde öngörülen ve edim hasarı ile ücret hasarını ilke olarak yüklenicinin üzerine bırakan kuralın istisnasıdır. Her ne kadar istisnaların dar yorumlanması ve kıyasa tabi olmamasına dair hukuki ilke mevcut olsa da, somut durumda ve hükmün amacı ışığında bu ilke burada uygulanmaz. Bu nedenle, *TBK m. 483/2 hükmü, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmediği diğer durumlarda da uygulanır*⁶⁰². Menfaatlerin dengelenmesi teorisi ve sözleşme adaleti, aksini kabule olanak vermediği gibi çok benzer durumlarda tamamen zıt hukuki neticelere varılmasını anlamlandırabilmek ve hukuk teorisi açısından gerekçelendirebilmek mümkün değildir. Alman Öğretisinde öteden beri iş sahibinin sorumluluğuna neden olabilecek durumların yasaya göre daha fazla

⁶⁰⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1213.

⁶⁰¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1197 vd. ve özellikle N. 1199.

⁶⁰² Zeltner, **a.g.e.**, N. 230.

olduğu ve bu nedenle hükmün kapsamının genişletilmesi gerektiği savunulmaktadır⁶⁰³.

Gauch'a göre TBK m. 483/2'de düzenlenen durumlar tahdidi nitelikli olmayıp benzer durumlarda 'kıyas' yapılabilir. Ancak kıyas yapılırken yukarıda açıklanan gerekçelerle sadece iş sahibinin *tehlike alanı* kıstas alınmamalı, daha ziyade iş sahibinin bir etkisi neticesinde eserin yok olduğu durumlarda hükmün kıyasen uygulanmasına gidilmelidir. Nihayet tespit etmek gerekir ki, TBK m. 483/2 hükmünde yazılı üç unsur (uygulama alternatifi) kıyas yapmaya müsaittir⁶⁰⁴. Ancak burdan hareketle TBK m. 483/2 hükmünü, TBK m. 485 hükmünde olduğu gibi iş sahibinden kaynaklanan bütün sebepler kavramında olduğu gibi geniş ve risk alanı teorisine göre tehlikenin paylaşılması cihetine gidilmemesi gerekir⁶⁰⁵. İş sahibinin eseri tehlikeye düşüren bir davranışı, iş sahibince sağlanan ayıplı araç-gereçler ya da işlenmesi için iş sahibince yükleniciye verilen malzemeler, iş sahibince görevlendirilen başka bir yüklenicinin yapmış olduğu ayıplı çalışmalar (sözgelimi hafriyatın düzgün alınmaması, tünel zeminin sağlam yapılmaması vs.), kıyas kapsamında değerlendirilebilecek örnek durumlardır.

TBK m. 483/2'den açıkça anlaşılmasa da iş sahibinin kusuru, hükümde sayılan ve eserin yok olmasına neden olan eylemlerle sınırlı değildir. İş sahibinin kusuru varsa ve eser TBK m. 483/2'de iş sahibinden kaynaklanan sebeplerin dışında ve fakat iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesinden kaynaklı bir sebeple yok olması durumunda da, yüklenici yaptığı işin değerini ve sözleşmenin sona ermesi nedeniyle uğradığı müspet zararı talep hakkına sahiptir.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi neticesinde eser, henüz meydana getirilirken veya meydana getirildikten fakat teslimden önce yok olması durumunda, yüklenici herhangi bir tazminat ödemekle yükümlü olmaksızın eseri meydana getirme borcundan kurtulur. İş sahibi, eserin yok olması ya da henüz tamamlanmamışsa meydana getirilmesinin gerekmemesi

⁶⁰³ Peters/Jacoby, **Staudinger Kommentar**, § 645 N.4.

⁶⁰⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 21.

⁶⁰⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 376 N. 21.

nedeniyle doğan zarara katlanmak durumunda olduğu gibi yapmış olduğu masraflara da kendisi katlanmak zorundadır. İş sahibi, kendi malvarlığında doğan diğer zararlar için de yükleniciden tazminat talep etme hakkına sahip değildir. Yüklenicinin herhangi bir kusuru söz konusu olmadığından kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) nedeniyle TBK m. 112 hükmüne göre tazminat sorumluluğu doğmaz⁶⁰⁶.

5. Önkoşul: Yüklenicinin İş Sahibini Uyarması ve Yüklenici Açısından Diğer Koşullar

TBK m. 483/2 gereği iş sahibinin sorumlu olması için yüklenici, *doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında kendisine bildirilmek* zorundadır. Buradaki bildirim yükümlülüğü TBK m. 472/2'deki ile aynı niteliktedir⁶⁰⁷. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğü sadece doğabilecek olumsuz sonuçları bildiği ya da bilmesinin gerektiği durumlarda söz konusudur⁶⁰⁸. Yüklenici tarafından yapılacak ihtar ile doğabilecek olumsuz sonuçlar, açık ve anlaşılır bir şekilde iş sahibine veya yetkili temsilcisine bildirilmelidir. TBK m.483/2 anlamında iş sahibinin sorumlu olması için, bunun yüklenici tarafından yapılan iharda belirtilmesi şart değildir⁶⁰⁹. Ancak, olası bir usul hatası ile hak kaybına uğramamak için doğabilecek olumsuz sonuçlar için herhangi bir sorumluluğun kabul edilmeyeceğinin yüklenici tarafından belirtilmesi isabetli olacaktır. TBK m. 483/2 gereği yüklenici bildirimini *zamanında* yapmalıdır. Yüklenici doğabilecek olumsuz sonuçları *bildiği ya da bilmesinin gerektiği anda*, iş sahibine bildirimde bulunmalıdır⁶¹⁰.

Yüklenici tarafından doğabilecek olumsuz sonuçların zamanında iş sahibine bildirilmemesi bir sözleşmeye aykırılık oluşturmaktadır⁶¹¹. Bu sözleşmeye aykırılığın hukuki sonucu ise, yüklenicinin hem sözleşmeden doğan ücreti talep hakkını kaybetmesi hem de doğan zararı karşılamakla yükümlü olmasıdır⁶¹². Yüklenici, ihtar

⁶⁰⁶ Zeltner, **a.g.e.**, N. 311.

⁶⁰⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1201.

⁶⁰⁸ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 62.

⁶⁰⁹ Aksi görüşte, Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N 60.

⁶¹⁰ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1986.

⁶¹¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1201.

⁶¹² Pedrazzini, **a.g.e.**, s. 545.

yapmış olsaydı bile iş sahibince dikkate alınmayacağını ve bu nedenle sonucun değişmeyeceğini ispat ederse, bu takdirde sorumluluktan kurtulur⁶¹³.

Yüklenici açısından bir diğer önemli koşul, yüklenicinin borçlunun temerrüdüne düşmemiş olmasıdır. Yüklenici, borçlunun temerrüdüne düşmüşse, bu halde iş sahibine karşı TBK m. 119 gereği beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumlu olur. Bu nedenle, yüklenici borçlunun temerrüdünde iken eser yok olursa, bu halde yüklenici iş sahibine karşı tazminat ödemekle yükümlü olur. Yüklenicinin bu bağlamda sorumlu olması için kusurlu olması gereklidir⁶¹⁴. Yüklenici TBK m. 119/2' ye göre temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hal neticesinde eserin yok olacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenici, kusursuzluğunu kanıtlaması durumunda TBK m. 483/2 uygulanır ve iş sahibi eserin yok olmasının neticesine katlanır⁶¹⁵.

6. İstisna: Eserin Yok Olmasında İş Sahibinin ve Yüklenicinin Birlikte Sorumluluğu

TBK m. 483/2 gereği iş sahibinin sorumlu olması için yüklenici doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında iş sahibine bildirmesi gerekir. Yüklenicinin gerekli uyarıyı yapmadığı durumlarda meseleyi 'kategorik olarak' TBK m. 472/3 ve TBK m. 476'nın istisnasında olduğu gibi değerlendirirken daha dikkatli olmak gerekir. Burada menfaatler dengesi ve riziko dağılımı nispeten farklıdır. Zira TBK m. 483/2'nin mali sonucu daha ağırdır. TBK m. 472/3 ve TBK m. 476'ya göre eser meydana getirilmiş, fakat ayıplıdır. İş sahibi kendi hesabına ayıbı gidermek durumundadır. Oysa TBK m. 483/2'ye göre eser yok olduğundan iş sahibi edimine kavuşamadığı gibi ayrıca kusur halinde tazminat ödemekle sorumludur.

Eserin yok olması TBK m. 483/2'de sayılan ve iş sahibinden kaynaklanan sebeple gerçekleştiği ve fakat yüklenicinin gerekli uyarıyı yapmadığı durumlarda

⁶¹³ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 63.

⁶¹⁴ Gauch, **Werkvertrag**, N. 661.

⁶¹⁵ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 376 N. 63.

‘yarışan sorumluluk’ söz konusudur⁶¹⁶. Bu durumda yüklenici TBK m. 483/2 gereği ücret talep hakkını kaybeder ve iş sahibine karşı TBK m. 112 vd ve TBK m. 471/1 gereği tazminat ödemekle yükümlü olur. Yüklenici açısından bu ağır sonuç, TBK m. 52’nin iş sahibi açısından uygulanması yoluyla hafifletilerek ortaya çıkan kayıp, taraflar arasında paylaşılır. Eserin yok olmasında tarafların sorumluluk ve kusurları dikkate alınarak mesele değerlendirilmelidir. Yüklenici ücret talep hakkını kısmen ya da tamamen muhafaza edebileceği gibi bazen alternatif veya kümülatif olarak tazminat ödeme sorumluluğundan kısmen ya da tamamen kurtulabilir⁶¹⁷.

Çok istisnai durumlarda yüklenici uyarı yükümlülüğünü ifa etmemesine rağmen herhangi bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmaksızın iş sahibinden kısmi veya tam ücret talep hakkı söz konusu olabilir. Söz gelimi iş sahibinin sözleşme konusunda uzun yıllara dayanan tecrübesinin olduğu, gerekli ekipman ve personele sahip olduğu ve yüklenicinin tecrübesizliği kendisi tarafından bilindiği durumlarda işin yürütülmesi iş sahibinin baskın etkisi (domine) altında gerçekleşir. Esasında bu durumda yüklenicinin borcu, iş sahibinin belirlediği usul ve esaslarda ‘işgörme’ ile sınırlandırıldığı bir durum söz konusudur. Bu gibi durumlarda yüklenici uyarı yükümlülüğünü ifa etmeksizin TBK m. 483/2 hükmünün lehine uygulanmasını talep edebilmelidir.

7. Hukuki Sonuçlar

İş sahibinin gereğine uygun olarak birlikte hareket etmemesi neticesinde sözleşme konusu eser yok olursa, bu halde sözleşme ipso jure sona erer⁶¹⁸. TBK m. 485’in sistematik yorumundan bu neticeye varılır. Sözleşmenin ortadan kalkmasının neticesinde yüklenici, sözleşme gereği borçlandığı eseri yeniden meydana getirmekle veya hasara uğrayan kısımlarını tamir etmekle de yükümlü olmaz. Ancak bu kuralı, somut olayın koşullarını gözardı ederek her olayda uygulamak, TMK m. 2’de yer alan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu gibi durumlarda, üretim maliyeti

⁶¹⁶ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1214.

⁶¹⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1214.

⁶¹⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 216.

ve makul bir kârı kapsayan ilave bir ücret karşılığında, yüklenicinin eseri meydana getirme borcu devam eder⁶¹⁹.

TBK m. 483/2 gereği eserin yok olması durumunda yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini iş sahibinden isteyebilirken, sözleşme gereği üstlenilen fakat henüz ifa edilmeyen borcundan sözleşmenin sona ermesi nedeniyle kurtulur⁶²⁰. Yüklenicinin talep edebileceği ücret TBK m. 485/1 hükmünde geçerli ilke ve kurallara göre belirlenecektir.

İş sahibi, kendisinden kaynaklanan bir sebeple eserin yok olmasına *kusurlu* olarak neden olması yüzünden sözleşme ilişkisi son bulursa, bu halde yüklenicinin bundan doğan müspet zararını TBK m. 483/2 gereği karşılamakla yükümlüdür. Bu bağlamda iş sahibi TBK m. 116 gereği yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumludur. Buradaki tazminat sorumluluğu sözleşmesel ilişkiden kaynaklandığından ilke olarak iş sahibinin kusurlu olduğu kabul edilir. İş sahibi kusursuzluğunu ispat etmekle yükümlüdür. Yüklenici, sadece meydana getirilen eserin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlali nedeniyle yok olduğunu ve kendisinin TBK m. 483/2 gereği doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirdiğini ispat edecektir. İş sahibinin bu bağlamdaki tazminat sorumluluğu TBK m. 484'deki gibidir. İş sahibi, yapılmış ve yok olan kısmın karşılığı ve ayrıca yüklenicinin sözleşmenin sona ermesi nedeniyle bütün zararını karşılayacaktır.

Somut durumun bütün koşulları dürüstlük kuralına göre değerlendirildiğinde, istisnaen sözleşmenin sona ermesi kabul edilemeyecekse, bu halde iş sahibi tazminat ödemek durumunda kalmayacak ve belirlenen ücrete ilave olarak eserin tekrar meydana getirilmesi nedeniyle ilave maliyet ve makul bir kâra göre belirlenecek bir ücreti yükleniciye ödeyecektir.

TBK m. 483'e göre edim ve ücret hasarı ilke olarak meydana getirilen eserin tamamının teslimi ile beraber iş sahibine geçer⁶²¹. Ancak, özellikle meydana getirilmesi uzun zaman alan kapsamlı projelerin gerçekleştirilmesini konu edinen eser sözleşmelerinde, taraflar bütünü oluşturan projenin belirli bölümlerini kısım

⁶¹⁹ Zeltner, **a.g.e.**, N. 233.

⁶²⁰ Zeltner, **a.g.e.**, N. 235.

⁶²¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1185.

kısım teslim etmeyi kararlaştırabilirler. Bu takdirde, her bir kısmın teslimi ile beraber o bölüm açısından edim ve ücret hasarı iş sahibine geçmiş olur⁶²². Eser, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle kısmen yok olursa, bu halde dahi TBK m. 483/2 uygulanır. Yüklenici, eserin yok olan kısımlarını ilke olarak yeniden meydana getirmekle yükümlü değildir. Ancak henüz meydana getirmediği ve getirilmesi mümkün kısımları meydana getirmekle yükümlüdür. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi nedeniyle eser kısmen yok olduğu birçok durumda, dürüstlük kuralı ve sözleşmeye sadakatle sözleşmelerin mümkün olduğunca ayakta tutulmaya çalışılması ilkesi nedeniyle, yüklenici, sözleşme gereği borçlanılan eseri, bir bütün olarak meydana getirmekle yükümlü kalacaktır. Ancak iş sahibi TBK m. 483/2 gereği eserin kısmen yok olan kısmı kadar yapılan işin değerini, sözleşme ücretine ilave olarak ödemek durumunda olduğu gibi; kusuru varsa eğer, eserin kısmen yok olması nedeniyle yüklenicinin diğer zararlarını da karşılamak zorundadır. Nihayet ifade etmek gerekir ki, TBK m. 483'e göre sözleşmenin sona ermesi, amir bir hüküm olmadığından taraflarca aksi kararlaştırılabilir.

C. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün Ayıplı İfası Nedeniyle Yüklenicinin Uğradığı Zararın Tazmini

1. Kavramsal Açıklama (Kötü İfa, Gereği Gibi İfa Etmeme, Sözleşmenin Müspet İhlali)

Borçlu borcunu ifa etmiş olmakla beraber ifa TBK m. 112 anlamında gereği gibi yapılmamış olabilir. Alacaklı ilke olarak, bütün unsurlarıyla kararlaştırılan borca uygun olmayan ifayı reddedebilir. Ancak bazı durumlarda gereği gibi arz edilmeyen ifayı reddetme olanağı olmayabileceği gibi menfaati gereği reddetmek istemeyebilir. Bu durumda alacaklı, sözleşmeyle kararlaştırılan edim menfaatine tam olarak kavuşmamış olmak dolayısıyla kendisinde meydana gelen zarara katlanmak istediği, diğer deyişle borçludan zararını tazmin etme hakkından feragat ettiği anlamına gelmez. Bu bağlamda ayıplı ifa, zapt, vasfa uygun olmayan edimin ifası, ediminin

⁶²² Gauch, a.e., N. 1186.

ifası sırasında özen yükümüne aykırı davranış, diğer davranış yükümü ile yan edim yükümüne aykırı davranış dolayısıyla ortaya çıkan borca aykırılık halleri sayılabilir. Türk Hukukunda sözleşme taraflarından biri, kusurlu davranışla sözleşme ya da kanundan doğan bir borcu ihlal etmesi neticesinde ortaya çıkan zararı tazmin etmesi gerektiği hususunda ilke olarak herhangi bir tartışma mevcut değildir. Tartışma, temerrüt ve imkânsızlık halleri dışındaki borca aykırılık durumlarının kavramsal tanımlanması ve hukuki dayanaklarının açıklanmasında toplanmaktadır. Borçlunun imkânsızlık ya da temerrüt kurumları dışında tanımlanabilecek borca aykırı davranışı söz konusu olduğunda, bazı yazarlar “gereği gibi ifa etmeme”⁶²³, bazı yazarlar “kötü ifa”⁶²⁴, bazı yazarlar ise “sözleşmenin müspet ihlali”⁶²⁵ deyimini tercih etmektedirler. Nihayet bazı yazarlar “gereği gibi ifa etmeme” ve “sözleşmenin müspet ihlalini” iki ayrı borca aykırılık türü olarak değerlendirmektedir⁶²⁶.

Alman hukukunda, “kötü ifa” olarak tanımlanabilecek borca aykırı durumlar ile “yan edim ve koruma yükümlerinin” ihlali durumları, “sözleşmenin müspet ihlali” kavramı altında toplanmaktadır⁶²⁷. Sözleşmenin müspet ihlali görüşü, Alman hukukçularının büyük çoğunluğu, İsviçreli ve Türk Hukukçularının⁶²⁸ bir kısmı tarafından kabul edilmektedir. Sözleşmenin müspet ihlali görüşüne göre, tazminat sorumluluğunun dogmatik gerekçesini, kusurlu ve borca aykırı bir davranış neticesinde ortaya çıkan zararın tazminini öngören muhtelif hükümlerin⁶²⁹ bütünsel kıyası ve bu hükümler çerçevesinde hukuk düzeninin öngördüğü sorumluluk rejimi oluşturmaktadır⁶³⁰. Federal Mahkemede bazı kararlarında sözleşmenin müspet ihlali terimini kullanmaktadır. Mahkeme, taraflardan birinin sözleşme amacını tehlikeye

⁶²³ Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 107; Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1045; Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 97 N. 2;

⁶²⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 319.

⁶²⁵ Serozan, **İfa**, s. 246.

⁶²⁶ Schwenzler, **a.g.e.**, s. 381 vd.

⁶²⁷ Volker Emmerich, **Das Recht der Leistungsstörungen**, München 2005, s. 146 vd.; Esser/Schmidt, **a.g.e.**, s. 444 vd.

⁶²⁸ Serozan, **İfa**, s. 246.

⁶²⁹ TBK m. 112; 118; 125.

⁶³⁰ Bucher, **a.g.e.**, s. 334; Koller, **OR AT II**, s. 159.

düşürecek veya akamete uğratacak davranışlardan kaçınmak hususundaki genel yükümlülüğün ihlal edilmesini, sözleşmenin müspet ihlali olarak tanımlamaktadır⁶³¹.

Türk Borçlar Kanununun sistematığına bakıldığında, Alman Medeni Kanunundan farklı olarak, borca aykırılık halleri, imkânsızlık ya da temerrütten ibaret değildir. TBK m. 112 hükmünde ayrıca kanuni bir terim olarak ‘gereği gibi ifa etmeme’ kavramı kullanılmaktadır. Bu nedenle kanunda gereği gibi ifa etmeme düzenlendiğinden ayrıca sözleşmenin müspet ihlali kurumuna gerek olmadığı ileri sürülmektedir⁶³². Bu yaklaşımdan hareketle bazı yazarlar, gereği gibi ifa etmeme üst başlığı altında, kötü ifa ve yan yükümlülüklerin ihlalini toplamayı yeğlemektedirler⁶³³. Kanaatimizce ‘kötü ifa terimi’, ‘sözleşmenin müspet ihlali’ hallerini de kapsayacak şekilde ‘gereği gibi ifa etmeme’ kavramına karşılık gelmektedir⁶³⁴.

2. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İfasında Kötü İfa Olarak Değerlendirilen Başlıca Borca Aykırılık Durumları

Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi, borç ilişkisindeki niteliğine uygun olarak ve doğru bir şekilde ifa etmemesine, kötü ifa denir⁶³⁵. Diğer deyişle, borçlunun borcunu edimin bütün unsurlarıyla yerine getirmesi, gereği gibi ifadır. Gereği gibi kavramından kasıt, borçlanılan edimin ifa alacaklısına, kararlaştırılan yer ve zamanda, miktar ve niteliğine uygun olarak yerine getirilmesidir⁶³⁶. Edim gereği gibi ifa edilmediği takdirde, kötü ifa söz konusudur. Sözleşmeden doğan yükümlülükler, edim yükümlülükleri, yan yükümlülükler ve özellikle koruma yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Bu yükümlülüklerin ihlali, kötü ifa teşkil eder.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında özellikle yan edim yükümünün ihlali, davranış yükümünün ihlali ve koruma yükümünün ihlali söz

⁶³¹ BGHZ 11,80, 83; 50, 175, 177; BGH NJW 1990,3008 v.d.

⁶³² Von Tuhr/Escher, **a.g.e.**, s. 107; Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 319.

⁶³³ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1045.

⁶³⁴ Oğuzman/Öz, **a.g.e.**, s. 319.

⁶³⁵ Fahrettin Aral, **Türk Borçlar Hukukuna Kötü İfa**, Ankara 2011, s. 91.

⁶³⁶ Eren, **Borçlar Hukuku**, s. 1045.

konusu olabilir. Keza aydınlatma yükümlülüğü ve özellikle dürüstlük kuralına uygun davranma yükümlülüğünün ihlali de ifaya yardımcı yan yükümlerinin ihlali kapsamında değerlendirilir. İfaya yardımcı yan yükümlülükler dürüstlük kuralından doğar ve borçlu gibi alacaklıyı da muhatap kabul eder. Eser sözleşmesinde alacaklı konumundaki iş sahibinin bu anlamda borca aykırılığı tazminat sorumluluğunu gerektirir. Dürüstlük kuralına uygun davranmanın gereği olarak çelişkili davranma yasağı, eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü açısından özel bir öneme sahiptir. İş sahibinin TBK m. 484 hükmüne göre tam tazminat vermek suretiyle sözleşmeyi feshetmeksizin eserin meydana getirilmesini olanaklı kılmak için somut durumun icaplarına uygun olarak gerekli işbirliğini sergilemediği ve hatta aksi yönde davrandığı her durum, çelişkili davranış teşkil eder. Bu bağlamda iş sahibinin çelişkili davranışı, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Tazminat sorumluluğunun doğması için gerekli diğer unsurlar, kusur, zarar ve illiyet bağı, mevcut olduğu takdirde, iş sahibi TBK m. 112 hükmüne göre yükleniciye karşı sorumlu olur.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesine rağmen, gerekli özenle ifa etmemesi neticesinde yüklenicide bir zarar meydana geldiği takdirde, iş sahibi TBK m. 112 hükmüne göre bu zararı tazmin ile yükümlüdür. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ifa modalitesine aykırı olarak yerine getirildiği her durum esasında özen yükümüne aykırılık teşkil edebilir. İfa modalitesi kavramıyla, edimin bütün unsurlarıyla işin gereğine ve somut durumun icaplarına uygun olarak tam ve doğru şekilde yerine getirilmesi, kastedilmektedir.

Koruma yükümünün ihlali, kötü ifanın bir diğer türünü oluşturur. İş sahibi birlikte hareket etme yükümünün ifasında ve ifası vesilesiyle yüklenicinin edim menfaati dışında hukuken korunan diğer menfaatlerini ihlal etmemesi gerekir. İş sahibi birlikte hareket etme yükümünün ifası vesilesiyle yüklenicinin öğrenmiş olduğu mesleki ve teknik sırrını ifşa etmesi bu anlamda koruma yükümünün ihlalini oluşturabilir.

Sözleşme veya somut durumun icaplarından doğan bağımsız yapmama borçlarının ihlali de kötü ifa kapsamında değerlendirilir. Söz gelimi yüklenicinin

eserin meydana getirileceği arsaya girmesinin iş sahibi tarafından engellenmesi bu duruma örnek teşkil edebilir.

3. Kötü İfa (Gereği Gibi İfa Etmeme) Nedeniyle Tazminat Sorumluluğu

Eser sözleşmesinin ifasında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi, sadece eserin ayıplı meydana getirilmesi neticesini değil; aynı zamanda başka zararların doğmasına da neden olabilir. Bu zararlar, sözleşme konusu eserde herhangi bir zarar söz konusu olmaksızın doğabileceği gibi eserde meydana gelen zararın neticesinde de doğabilir. Eserde meydana gelen zararlar daha önce izah edildiğinden bu başlıkta eserin dışında meydana gelen zararlar yönünden mesele değerlendirilecektir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sözleşme konusu eserde herhangi bir zarar olmaksızın iş sahibinin diğer varlıklarında ⁶³⁷ meydana gelen zarara kendisi katlanmak durumundadır. Bu durumda yüklenici ne TBK m. 112 hükmünde düzenlenen kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) nedeniyle ne de TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur⁶³⁸. Zira yüklenicinin sorumlu olması için öncelikle sözleşmeye ya da kanuna aykırı davranmak yoluyla borca aykırı davranışının söz konusu olması gerekir. İş sahibince birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde, yüklenici gerekli uyarıyı işin icabına uygun olarak yaptığı takdirde, yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz.

Eserin yok olması veya ayıplı olması sonucunda yüklenicinin teçhizatlarında ya da personeline zararlar meydana gelebilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle sözleşme konusu esere herhangi bir etki etmeksizin yüklenicinin diğer varlıklarında meydana gelen zararlar nedeniyle iş sahibi, yükleniciye karşı sorumludur⁶³⁹. Zira dürüstlük kuralı gereği iş sahibi sözleşmenin ifası sürecinde doğru ve gerektiği gibi davranmak ve mümkün olduğunca sözleşmenin diğer tarafı olan yükleniciyi olası zararlardan korumaya

⁶³⁷ Werz, **a.g.e.**, s. 280.

⁶³⁸ Zeltner, **a.g.e.**, N. 314.

⁶³⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 1341.

çalışmakla yükümlüdür⁶⁴⁰. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü *kusurlu olarak* ihlal etmek suretiyle bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, bu halde yükleniciye karşı TBK m. 112 hükmünde öngörülen kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) nedeniyle sorumlu olur. İş sahibinin bu anlamda tazminat sorumluluğunun doğması için kendisinin *kusurlu* olması gerekir. İş sahibinin sorumluluğu, davranışlarından kusursuz sorumluluk ilkesi gereği sorumlu olduğu yardımcısı konumundaki kişilerin fillerinden de kaynaklanabilir⁶⁴¹. Bu bağlamda vurgulamak gerekir ki, iş sahibinin yardımcı kişinin davranışından sorumlu tutulabilmesi için, yardımcı kişi ile aynı davranışta bulunsaydı kusur kabul edilecek bir davranışın gerçekleşmesi gerekir⁶⁴². İş sahibinin ifa yardımcısı konumundaki kişilere talimatlar vermek suretiyle etkide bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur⁶⁴³. İş sahibinin tazminat sorumluluğunun hukuki dayanağını, TBK m. 112 hükmünde düzenlenen kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) kurumu oluşturmaktadır. Bu anlamda yan yükümlerinin ihlali de kötü ifa olarak değerlendirilir ve TBK m. 112-116'ye göre tazminat sorumluluğunu doğurur⁶⁴⁴. Bu bağlamda eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü açısından çoğu kez diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yükümlerden işbirliğinde bulunma yükümünün ya da yan edim yükümünün ihlali söz konusu olabilecektir. Şartların varlığı halinde yüklenici, tazminat talebini haksız fiil hükümlerine de dayandırma hakkına sahiptir. Ancak, yüklenicinin sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanması, kusurun tespiti bakımından yüklenicinin lehinedir. Bu durumda iş sahibinin kusurlu olduğu kabul edilir, sorumluluktan kurtulmak için iş sahibinin kusurlu olmadığını ispatlaması gerekir.

⁶⁴⁰ Hürlimann, **Bauablaufstörungen**, s. 820.

⁶⁴¹ Şenocak, **a.g.e.**, s. 134 vd.; Aral, **a.g.e.**, s. 339; Ferhat Canbolat, **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Turhan Kitapevi, İstanbul 2009, s. 161 vd.

⁶⁴² Şenocak, **a.g.e.**, s. 136; Aral, **a.g.e.**, s. 357; Uçar, **a.g.e.**, s. 234; Canbolat, **a.g.e.**, s. 161 vd.

⁶⁴³ Akkanat, **Taşeronluk**, s. 124 vd.

⁶⁴⁴ Zeltner, **a.g.e.**, N. 260.

D. Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğünün İhlali Yoluyula İş Sahibi Yüzünden İfanın İmkânsızlaşması: (TBK m. 485)

1. Genel Olarak

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi neticesinde eserin meydana getirilmesi imkânsızlaşabilir. Her ne kadar sözleşmeye göre eseri meydana getirmek yüklenicinin sorumluluğunda ise de, borcun ifa edilebilmesi için, iş sahibi, dürüstlük kuralına göre işin niteliğinin gerektirdiği birlikte hareket etme yükümünü ifa etmek zorundadır⁶⁴⁵. Aksi takdirde, iş sahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması söz konusu olur. Bu durum, alacaklı yüzünden ifanın imkânsız hale gelmesi söz konusu olup, alacaklı temerrüdünden dolayı ifanın arz edilemediği diğer durumlardan farklıdır⁶⁴⁶. Bu takdirde mesele TBK m. 485 hükmüne göre değerlendirilir. TBK m. 485'in amacı, sözleşme konusunun imkânsızlaşması durumunda yükleniciyi sözleşmeye bağlılıktan doğacak neticelerden korumaktır. Hükmün diğer bir amacı ise yükleniciyi edimini ifa ettiği oranda ve yaptığı giderler nispetinde tahakkuk eden ücret alacağına kavuşamamanın riskinden bertaraf etmektir⁶⁴⁷.

TBK m. 485/1: Eserin tamamlanması, iş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlaşarsa yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir.

TBK m. 485/2: İfa imkânsızlığının ortaya çıkmasında iş sahibi kusurluysa, yüklenicinin ayrıca tazminat isteme hakkı vardır.

Türk Borçlar Kanununda imkânsızlık kavramı tanımlanmamıştır. İmkânsızlık kavramı, mantıki, fiili ve hukuki nitelikte olabilir⁶⁴⁸. TBK m. 485 hükmü, sözleşmenin kurulmasından sonraki sürekli ve objektif imkânsızlığı düzenlemektedir. İş sahibi ile ilgili beklenmedik olay dolayısıyla imkânsızlığın ortaya çıkması anında, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesine henüz başlanmamış olabileceği

⁶⁴⁵ Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 41 ve 42.

⁶⁴⁶ Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 37.

⁶⁴⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 378 N. 1.

⁶⁴⁸ Akkanat, **Alacaklı Temerrüdü**, s. 33 vd.

gibi eser kısmen meydana getirilmiş de olabilir⁶⁴⁹. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin söz konusu olduğu bazı durumlarda da TBK m. 485 hükmü uygulama alanı bulabilir⁶⁵⁰.

2. TBK m. 485'in Temel Uygulama Şartları

a. Eserin Meydana Getirilmesinin İmkânsızlaşması

TBK m. 485'in uygulanmasının önkoşulu, eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşmasıdır. Somut olayın koşulları nedeniyle eserin meydana getirilmesi yükleniciden beklenemediği durumlarda imkânsızlık söz konusu değildir⁶⁵¹. Bu durumda, TBK m. 480/2 hükmünün uygulanması tartışılabilir. Eserin meydana getirilmesi objektif olarak olanaklı olduğu sürece, eserin iş sahibi için kullanım amacının artık kalmaması ya da ifa ile vardığı amacın ortadan kalkması söz konusu olduğu durumlarda dahi TBK m. 485 uygulanmaz. Türkiye'de çok yaygın görülen imar izinlerinin⁶⁵² geçici durdurulması örneğinde olduğu gibi imkânsızlığın geçici nitelikli olması yeterli olmayıp, sürekli nitelikte olması gerekir⁶⁵³. TBK m. 485 anlamındaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra herhangi bir zamanda ortaya çıkan sürekli ve objektif nitelikli bir imkânsızlıktır⁶⁵⁴. Bu bağlamda imkânsızlık eserin tamamı yönünden olabileceği gibi nicelik olarak eserin bir kısmına ilişkin de olabilir. Eserin meydana getirilmesinin imkânsızlığı fiili ya da hukuki sebeplerden kaynaklanabilir⁶⁵⁵. Eserin meydana getirileceği arsada imar izninin verilmemesi ya da imar yasağının bulunması veya arsanın kamulaştırılması veyahut toprak kaymasının meydana gelmesi bu bağlamda örnek verilebilir⁶⁵⁶.

Örneğin iş sahibi, yüklenici ile yapmış olduğu arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi gereği ilgili yapı ruhsatına müracaat etmediği⁶⁵⁷ gibi yükleniciye bu

⁶⁴⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 723.

⁶⁵⁰ BGE 69 II 139.

⁶⁵¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 720.; aksi görüşte, Gautschi, **Berner Kommentar**, Art. 378 N. 1.

⁶⁵² İsviçre Federal Mahkemesi BGer v. 19.5.2009, 4A_477/2008.

⁶⁵³ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 378 N. 11.

⁶⁵⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 378 N. 12.

⁶⁵⁵ Gauch, **Werkvertrag**, N. 719.

⁶⁵⁶ Gauch, **a.e.**, N. 725.

⁶⁵⁷ Akkanat, **Alacaklının Temerrüdü**, s. 39.

işlemlerin tesis ve takibi için gerekli vekâletnameyi uzunca bir süre vermemesi nedeniyle inşaaata başlanamamış; müteakip zaman içerisinde arsanın bulunduğu alanın imar planı değişmiş, arsa yeşil alan ilan edilmiş veya yapı izni değiştirilerek imalat metrekaresi azaltılmıştır. Bu örnekte;

- İş sahibi herhangi bir kusuru olmaksızın yapı ruhsatına başvurmamış veya ilgili vekâletnameyi yükleniciye vermemiş ise, bu takdirde sözleşme konusu borç ortadan kalkar ancak yüklenici borcun ifası cümlesinden yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini iş sahibinden isteyebilir.
- İş sahibi, kusurlu olarak yapı ruhsatına başvurmamış veya ilgili vekâletnameyi yükleniciye vermemiş ise, bu takdirde yüklenicinin zararını karşılayacaktır. Yüklenicinin bu bağlamdaki zararı ilke olarak sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan müspet zararıdır.

TBK m. 485/1 uyarınca eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşması, beklenmedik bir olay neticesinde ortaya çıkmış olmalıdır. Ne iş sahibi ne de yüklenicinin kusurlu olmadığı beklenmedik bir olay neticesinde ortaya çıkmalıdır⁶⁵⁸. Bunun tespiti için bir yandan olayın ortaya çıktığı koşullar incelenmeli, diğer taraftan olayın sonuçları değerlendirilmelidir. TBK m. 485/1 uyarınca beklenmedik olay iş sahibi ile ilgili olmalıdır. İmkânsızlığın sebebi ya bizzat iş sahibinin şahsı ile ilgili olmalı ya da onun hukuki ve fiili risk alanında doğmuş bulunmalıdır⁶⁵⁹.

b. Yüklenicinin Herhangi Bir Kusurunun Olmaması

Sözleşme konusu borcun imkânsızlaşması, bizzat yüklenicinin veya onun sorumlu olduğu ifa yardımcılarının kusuruna dayanıyorsa, bu halde TBK m 485 hükmü değil, borçlunun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlığa ilişkin TBK m. 112 hükmü uygulanır. Yüklenici veya onun fillerinden sorumlu olduğu TBK m. 116 anlamındaki yardımcı kişinin sözleşme konusu borcun ifasının imkânsızlaşmasında

⁶⁵⁸ Bühler, **Zürcher Kommentar**, Art. 378 N. 20.

⁶⁵⁹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 724.

etkisi varsa, bu halde TBK m. 485 anlamında iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay olmayacağından TBK m. 136 uyarınca sonraki imkânsızlığa ilişkin genel hükümlerin uygulanması söz konusu olur. TBK m. 472/3 gereği *eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur*. Yüklenicinin TBK m. 472/3 anlamında uyarı yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlarda, TBK m. 485'in uygulanması ilke olarak söz konusu olmaz⁶⁶¹. Ancak, sözleşme konusu borcun imkânsızlaşmasında TBK m. 485/2 anlamında iş sahibinin de kusuru varsa, bu halde TBK m. 114/2'nin yollamasıyla TBK m. 52/1 gereği tazminat indirilir veya duruma göre tamamen kaldırılabilir.

c. Yüklenicinin Borçlu Temerrüdünde Olmaması

Muaccel ve ifası mümkün olan bir borcun, borçlu tarafından borç ilişkisine uygun olarak ifa zamanında yerine getirilmemesine borçlu temerrüdü denir⁶⁶². Yüklenici, borçlunun temerrüdüne düşmüşse, bu halde iş sahibine karşı TBK m. 119 gereği beklenmedik hal sebebiyle doğacak zarardan sorumlu olur⁶⁶³. Bu nedenle, yüklenici borçlunun temerrüdünde iken eser sözleşmesine konu borcun ifası imkânsızlaşır, bu halde yüklenici, iş sahibine karşı tazminat ödemekle yükümlü olur. Yüklenicinin bu bağlamda sorumlu olması için kusurlu olması gerekir. Bu nedenle, yüklenici TBK m. 119/2' ye göre temerrüde düşmekte kusuru olmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik hal neticesinde edimin ifasının imkânsızlaşacağını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Yüklenici,

⁶⁶¹ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 387 N. 4; Gauch, **Werkvertrag**, N. 518.

⁶⁶² Halil Akkanat “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, **Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan**, İstanbul, 2000, s. 4 vd.; Ayşe Havutçu, **Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir, 1995, s. 23; Atalay Özdemir, **Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi**, Ankara, 2004, s. 11; Turgut Önen; **Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler**, Ankara, 1975, s. 37.

⁶⁶³ Gauch, **a.e.**, N. 517.

kusursuzluğunu kanıtlaması durumunda TBK m. 485 uygulanır ve iş sahibi edimin imkânsızlaşmasının neticesine katlanır.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, TBK m. 485/1 hükmü, TBK m. 136'ye göre özel hüküm niteliğindeki TBK m. 485/2 hükmü de TBK m.112'ye göre özel hüküm niteliğindedir. TBK m. 485 hükmü özel niteliği nedeniyle TBK m. 112 ve 136'ya nazaran öncelikle uygulanır. Buna karşılık eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşmasında yüklenicinin kusurunun olduğu durum, TBK m. 485 tarafından düzenlenmediğinden bu halde TBK m. 112 uygulama alanı bulur⁶⁶⁶.

3. TBK m. 485 Hükümünün Sonucu

a. Sözleşmenin Ortadan Kalkması ve Yapılan İşin Değerinin İstenilmesi

İş sahibinin gereği gibi birlikte hareket etmemesi neticesinde sözleşme konusu eserin meydana getirilmesi imkânsızlaşırsa, bu halde sözleşme ipso jure ve ex nunc olarak ortadan kalkar⁶⁶⁷. Sözleşmenin yasa gereği ortadan kalkması nedeniyle iş sahibi eserin meydana getirilmesini talep hakkını kaybeder. Asli edim yükümü niteliğindeki eserin meydana getirilmesini talep hakkı ortadan kalkması nedeniyle henüz imal edilmeyen ve imkânsızlaşan borçtan türeyen tali edim yükümü niteliğinde herhangi bir talep hakkı da mevcut değildir⁶⁶⁸. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde eserin meydana getirilmesi imkânsızlaşıyorsa, yüklenici karşı edimi talep hakkını korur; ancak edimi ifa etmemek nedeniyle tasarruf ettiği miktarı mahsup etmek durumundadır. Diğer deyişle, yüklenici sözleşme gereği kararlaştırılan karşı edim niteliğindeki ücretin *tamamını* talep hakkını kaybederken, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderler nispetinde bir ücreti talep hakkı mevcuttur. Bu ücretin belirlenmesinde bir yandan sözleşmede kararlaştırılan ücret diğer yandan yapılan işin değeri ve bu değere girmeyen giderler dikkate alınacaktır. Bu bağlamda iş sahibi kısmen meydana getirilen eserin, kendisine teslimini talep hakkına sahiptir.

⁶⁶⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, **Basler Kommentar**, Art. 378 N. 8.

⁶⁶⁷ Gauch, **Werkvertrag**, N. 732.

⁶⁶⁸ Gauch, **Werkvertrag**, N. 732.

b. İş Sahibinin Kusuru Halinde Tazminat Sorumluluğu

İş sahibi kusurlu olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi durumunda yükleniciye karşı TBK m. 485/2 gereği tazminat ödemekle yükümlü olur. İş sahibinin kusurlu olması, zorunlu olarak sözleşmeden doğan bir borcun ihlalini gerektirmemektedir. Tandoğan'a göre bu bağlamda teknik anlamda bir kusur aranmayacak, iş sahibi kendisinden beklenen özeni gösterseydi imkânsızlığa neden olan davranıştan kaçınabileceği anlaşılabiliriyorsa iş sahibinin kusurlu olduğu kabul edilecektir⁶⁶⁹. TBK m. 485/II hükmüne göre, iş sahibi eser sözleşmesinin icrasına engel olmamak olarak tanımlanan temel ilkeye aykırı davranması yeterlidir⁶⁷⁰. Eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşması, iş sahibinin serbest ve iradi bir davranışına atfedilebiliyorsa ya da imkânsızlığı objektif ihmal ile yaratmışsa, iş sahibinin kusuru var kabul edilir⁶⁷¹. TBK m. 485/II hükmünün lafzı diğer sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerindeki gibi "kusurlu olmadığını ispat etmedikçe" şeklinde değil, "...iş sahibi kusurluysa..." şeklindedir. Bu nedenle, aradaki sözleşmesel bağa rağmen, iş sahibinin kusurlu olmadığını ispatla yükümlü olduğu sonucuna varılamaz. İspat yükümlülüğü, ispat yüküne ilişkin genel ilke gereği, eserin meydana getirilmesi ediminin imkânsızlaşmasından lehine hak yaratan yüklenicidir. Yüklenici, sözleşme konusu borcun iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi nedeniyle imkânsızlaştığını ve kendisinin TBK m. 112 anlamında herhangi bir kusuru olmadığını ortaya koymak durumundadır⁶⁷². Keza bu bağlamda tahakkuk eden masraf ve zararı da yüklenici ispat edecektir.

TBK m. 485/2'de öngörülen tazminat, yüklenicinin müspet zararını ifade etmektedir. Müspet zarar, sözleşme usulüne uygun olarak ifa edilmiş olsaydı yüklenicinin ekonomik olarak bulunacağı durumdur⁶⁷³. Bu bağlamda tazminatın kapsamı, yüklenicinin yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderlere göre

⁶⁶⁹ Tandoğan, **a.g.e.**, s. 331.

⁶⁷⁰ İbrahim Kaplan, **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara 2013, s. 256.

⁶⁷¹ Gauch, **Werkvertrag**, N. 736; Koller, **a.g.e.**, s. 69; Bühler, **a.g.e.**, Art. 378 N. 33; Kaplan, **a.g.e.**, s. 256.

⁶⁷² Gauch, **Werkvertrag**, N. 729.

⁶⁷³ Zeltner, **a.g.e.**, N. 225.

belirlenir. Yapılan işin değerine yüklenicinin kârı da dâhildir⁶⁷⁴. Ayrıca borcun imkânsızlaşan kısmı nedeniyle yüklenicinin yoksun kaldığı kâr da tazminatın kapsamına dâhildir.

Nihayet ifade etmek gerekir ki, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali neticesinde eserin meydana getirilmesinin imkânsızlaşması durumunda iş sahibi yükleniciye karşı herhangi bir tazminat talebi yönelmez. Bu bağlamda doğan zarara kendisi katlanmak durumundadır⁶⁷⁵.

⁶⁷⁴ Gauch, **BRT 1983**, s. 19.

⁶⁷⁵ Zeltner, **a.g.e.**, N. 310.

GENEL SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

I.

Türk Borçlar Kanununda düzenlenen eser sözleşmesi kurumu, mehzaz kanunun yapıldığı dönemde egemen olan özgürlükçü düşünce anlayışı doğrultusunda iş sahibini öncelemekte, yüklenicinin eseri, iş sahibinin biricik talebi doğrultusunda vefakat onun herhangi bir etkisi olmaksızın, müstakilen meydana getirdiği varsayımından hareket etmektedir. Eser sözleşmesi kurumu ve hükümlerinin düzenlenmesinde daha ziyade basit zanaatkârlık faaliyetleri esas alınmıştır. Buna karşılık, ticari hacim ve ihtilaf yaratma potansiyeli dikkate alındığında, günümüzde eser sözleşmelerinin ağırlıklı bir kısmını oluşturan kapsamlı yapı projeleri; karmaşık teknik imalatlar; talep üzerine geliştirilen yazılım ve uygulamalar; alt ve üst yapıya ilişkin çok bileşenli ve hacimli yatırım işleri bakımından bu kanuni model tam anlamıyla yeterli gelmemektedir. Bu tür eserlerin meydana getirilmesi uzun bir ifa sürecini gerektirmekte, süreçte birbirinden bağımsız birçok kişi ve unsur etkili olmaktadır. Eserin meydana getirilmesine ilişkin ifa sürecinde teknik ve hukuki gereklilikler nedeniyle, iş sahibinin meseleye etkin şekilde dâhil olması zorunlu olmaktadır. Bu nevi projeler bakımından iş sahibinin etkili bir işbirliği olmaksızın, sözleşmenin ifa amacına ulaşması olanaksızdır. Bu nedenle iş sahibi, teknik detaylarda birlikte hareket etmek, yoğun, nitelikli ve kapsamlı bir işbirliğinde bulunmak ve adeta yüklenicinin edimini ifa edebilmesi için kendi fiili ve hukuki etki alanında bulunan koşulları, yüklenicinin borcunu ifa etmesine elverişli hale getirmekle yükümlüdür.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kavramı, sözleşmenin kurulması ile meydana getirilen eserin iş sahibine teslim edilmesi anına kadar yüklenici tarafından borcun ifa edilmesinin desteklenmesi, mümkün kılınması ve iş sahibinin arzuları doğrultusunda şekillendirilmesine dair bütün işlem ve eylemleri kapsar. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği, somut yükümlülüğün ifası ve ifanın ihlaline bağlanan hukuki yaptırımların tespiti, türü ve kapsamı açısından belirleyici önemde olmasına karşın, öğretici ve uygulamada mesele, kurumsal ve sistematik ilkeler çerçevesinde yeterince tartışılmamış; meselenin tabiatı

ve menfaatler dengesini esas alan çözüm ilkeleri geliştirilememiştir. Alman Hukukunda § 642 BGB hükmünde bu konu açıkça düzenlenmiştir. İsviçre/Türk Hukuk düzeninde eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü özel nitelikli bir hüküm ile düzenlenmemiştir. Mesele Türk Borçlar Kanununun genel hükümleri, eser sözleşmesi hükümleri ve genel ilkelere göre değerlendirilmektedir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki niteliği konusunda öğreti ve uygulamada fikir çeşitliliği mevcuttur. Birlikte hareket etme yükümlülüğü muhtelif yazarlar tarafından, asli edim yükümü, yan edim yükümü, diğer davranış yükümü, koruma yükümü ve nihayet külfet olarak nitelendirilmektedir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, borç (diğer davranış yükümü veya koruma yükümü) olarak değerlendirilirse, bu halde bu yükümlülüğün hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesi, borca aykırılık oluşturur ve iş sahibinin tazminat sorumluluğunu gerektirir. Buna karşılık hukuki niteleme külfet olarak yapıldığı takdirde, yükümlülüğün ihlalinde herhangi bir tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Zira, külfetin ihlali ilke olarak tazminat sorumluluğuna neden olmaz. Diğer davranış yükümü veya koruma yükümü olarak borç niteliğindeki iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün külfet ile ortak noktası, bu yükümlülüğünün ifasının ilke olarak dava ve cebri icra marifetiyle talep edilemeyeceği noktasında birleşmektedir. Nihayet birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki iş veya işlem, asli edim veya yan edim yükümü olarak değerlendirilirse, bu takdirde hem ifası dava yoluyla talep edilebilir hem de ihlalinde tazminat sorumluluğu söz konusu olabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali yoluyla edimin ifasının engellenmesi, külfet olarak tanımlandığında sadece alacaklının temerrüdü hükümlerine göre mesele değerlendirilebilecektir. Yüklenicinin karşı edim menfaatine bağlı olarak belirli şartlar altında iş sahibi açısından borçlu temerrüdü hükümleri doğrudan uygulama alanı bulabilecektir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bütün iş ve işlemler aynı hukuki nitelikte değildir. Münferiden her birlikte hareket etme yükümü farklı içerikte olduğundan yüklenicinin eserin meydana getirilmesi borcuna etkisi de farklıdır. Aynı sözleşmede yer almış olsa bile farklı işlevlerdeki birlikte hareket etme yükümlülüklerinin farklı hukuki karakterleri ve buna bağlı

olarak farklı hukuki sonuçları söz konusu olabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün hukuki karakterini, soyut ve kategorik olarak tanımlamaktan ziyade her bir somut iş ve işlemin niteliği ile eserin meydana getirilmesindeki etkisi dikkate alınmak suretiyle belirlenmelidir.

İlgili iş ya da işlemin hukuki niteliğinin tespitinde belirleyici kıstas hukuki menfaattir. Özel hukuk düzeninin üst normu (maxima regulası), herkesin kendi menfaatleri üzerinde ve hukukun sınırları içerisinde serbestçe tasarruf edebilme özerkliğine dayanmaktadır. İrade özerkliğini ifade eden bu üst norm, madalyonun bir yüzünü oluştururken; irade özerkliğinin sözleşmedeki yansıması olan sözleşmeye bağlılık ilkesi (pacta sunt servanda) madalyonun diğer yüzünü oluşturmaktadır. Sözleşmeler hukuku bakımından hukuki menfaatin tespitinde temel ölçüt, tarafların varmak istedikleri amaç için akdettikleri sözleşme ile bunun yorumlanmasıdır. Bu anlamda sözleşmedeki menfaat dengesi, hükmün işlevi ve amacı dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlem münhasıran iş sahibi yararına, onun hukuki menfaatine ise, bu takdirde külfet olduğu kabul edilmelidir. İlgili iş veya işlemin ifası, aynı zamanda yüklenicinin hukuki menfaatine ise, bu takdirde teknik anlamda bir yüküm söz konusudur.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün sözleşmede diğer davranış yükümü (yan yüküm) veya yan edim yükümü olarak düzenlenip düzenlenmediğini her bir somut olayda sözleşmenin yorumlanması suretiyle belirlemek gerekir. Taraflar sözleşmede bu tür açık bir hüküm öngörmemişlerse, bu takdirde mesele, somut olayın bütün unsuları ve tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak dürüstlük kuralına göre yapılacak -gerektiğinde tamamlayıcı- yorumla çözülecektir.

Taraflar sözleşmede iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü *müstakil nitelikte* ve yüklenici tarafından ifası talep ve dava edilebilir şekilde düzenlemişlerse, bu takdirde teknik anlamda bir borç söz konusudur. Bu nevi bir sözleşme hükmü, genellikle yan edim yükümü niteliğinde olacaktır.

İş sahibi, yüklenici tarafından borcun ifa edilebilmesi için *gerekli* olan bütün işlem ve eylemleri, *dürüstlük kuralından* doğan birlikte hareket etme yükümlülüğü uyarınca yapmak durumundadır. Dayanağını dürüstlük kuralında bulan birlikte

hareket etme yükümlülüğü somut olayda yan edim yükümü niteliğinde olabileceği gibi diğer davranış yükümü (özellikle ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümü) niteliğinde ya da koruma yükümü niteliğinde de olabilir.

Taraflarca sözleşmede açık bir hüküm öngörülmediği ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan da aksi sonuca ulaşılamadığı takdirde, TBK m. 470 vd. hükümlerini esas alan kanuni modele göre düzenlenen bir eser sözleşmesinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün hukuki niteliği *diğer davranış yükümü* niteliğindedir. İş sahibinin bu yükümlülüğünü daha somut olarak ifade etmek gerekirse, *diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen ifaya yardımcı yan yükümlerden işbirliği yapma yükümüdür*. Somut olayın tabiatından dolayı diğer davranış yükümü başlığı altında değerlendirilen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Bu yükümlülüklerin ihlali, ilke olarak aynen ifayı talep hakkı vermez; ancak TBK m. 112 anlamında tazminat sorumluluğu doğurur.

Yüklenicinin eserin meydana getirilmesinde özel bir menfaati söz konusu ise ve bu menfaat sözleşmenin kurulması esnasında iş sahibi tarafından biliniyor veya objektif olarak bilinmesi gerekiyorsa, bu takdirde sözleşmenin yorumundan tarafların ilgili birlikte hareket etme yükümünü, ifası talep ve dava edilebilir bir yan edim yükümü olarak düzenledikleri sonucuna varılabilir.

II.

Eserin meydana getirilmesi borcunun yüklenici tarafından ifa edilmesi sürecinde iş sahibine de düşen yükümlülükler hukuki niteliğine göre sözleşmeden, Türk Borçlar Kanununun eser sözleşmesi kurumunda düzenlenen hükümlerin doğrudan ya da kıyasen uygulanmasından veya Türk Borçlar Kanunun genel hükümlerinden ve özellikle dürüstlük kuralından doğarlar. Her hâlükârda birlikte hareket etme yükümlülüğünün kaynağını, bizatihi sözleşmenin kurulması ve bundan doğan sözleşmenin ifa edileceğine olan güven oluşturmaktadır. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüklerinin temel özelliği, yüklenici tarafından ifa edilecek borcun sınırını ve önkoşulunu oluşturmalarıdır. Birlikte hareket etme yükümlülüğü

hiç ya da gereği gibi yerine getirilmediği takdirde, yüklenici tarafından eserin meydana getirilmesi borcu ya hiç ifa edilememekte ya da öngörülen maliyetle ve öngörülen sürede ifa edilememektedir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, sözleşmenin kurulmasından ifa edilmesi aşamasına kadar ve her bir sözleşme içeriğine göre çok geniş bir spektrumda ve oldukça farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Çok bileşenli, kompleks, ifası uzun zaman alan yapıların inşasını; karmaşık teknik imalatları; kapsamlı alt ve üst yapı projelerini konu edinen eser sözleşmelerinde uygulama alanı bulan en belirgin birlikte hareket etme yükümlülüklerin edim içerikleri ve hukuki nitelikleri değerlendirildiğinde borç (diğer davranış yükümü) niteliğinde olanlar şunlardır: Eserin detaylarının belirlenmesi; esere ilişkin proje, şartname ve uygulama talimatlarının verilmesi; eserin meydana getirileceği arsanın teslimi; eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemeleri temin etme; yapı ruhsatı ve diğer izinlerin temin edilmesi; yükleniciler arasında koordinasyonun sağlanması; ön yüklenicilerin edimlerinin gereğine uygun olarak hazır edilmesi/tamamlanması; meydana getirilen eserin teslim alınması, yüklenicinin olası zararlardan korunması. Bu yükümlülükler genellikle diğer davranış yükümü başlığı altında yer alan ifaya yardımcı yükümlülüklerden işbirliği yapma yükümü niteliğindedir. İstisnaen hazırlama ve sağlama yükümlülüğü; muhafaza yükümlülüğü ya da aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olabileceği gibi koruma yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Vurgulamak gerekir ki, anılan yükümlülükler, sözleşme içeriğinde üstlendiği fonksiyona göre istisnaen ifa davasına konu olabilen yan edim yükümü niteliğinde olabilir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında değerlendirilen bazı işlem ve eylemler, hukuki sonuçlarını sadece iş sahibinin hukuk alanında meydana getirmektedir. Bu nitelikteki işlem ve eylemlerin gereğine uygun ve zamanında ifa edilmesi, sadece iş sahibinin yararınadır. İfa edilmemesi sadece iş sahibinin menfaatlerinin haleldar olması neticesini doğurur. Bu işlem ve eylemler, eserin meydana getirilmesi borcu için "*condictio sine qua non*" nitelikte değildir. Diğer deyişle iş sahibi, bu anlamda gereğine uygun ve zamanında birlikte hareket etmese dahi yüklenici sözleşme ile üstlendiği borç olan eseri meydana getirebilir. Yüklenicinin bu anlamda menfaatleri etkilenmemektedir. Tarafların menfaati

tartıldığında bu yükümlülükler yönünden iş sahibini ifaya borçlu kabul etmeye olanak yoktur. Bu yükümlülükler külfet niteliğindedir. Bu anlamda iş sahibi teslim almış olduğu eseri gözden geçirmek ve varsa ayıplarını bildirmesi külfet niteliğindedir. Eserin meydana getirilme sürecini takip ve kontrol etmesi ise, taraflarca sözleşme ile aksi kararlaştırılmadığı sürece, iş sahibi açısından külfet veya borç olarak tanımlanabilecek herhangi bir yükümlülük niteliğinde değil, ilke olarak sadece hak niteliğindedir.

Hukuki niteliği esas alındığında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü, verme borcu, yapma borcu ve yapmama borcu açısından da tasnif edilebilir. Somut durumda edimin niteliğinden doğan istisnalar saklı kalmak kaydıyla genel olarak birlikte hareket etme yükümleri, bu tasnif açısından değerlendirildiğinde müteakiben açıklanan hukuki nitelermeler tespit edilir.

Sözleşme konusu eserin detaylarının belirlenmesi, ilke olarak yapma borcu olarak tezahür eder. Belirli durumlarda iş sahibinin bu borcu irade beyanında bulunmak suretiyle yapma borcu olarak ortaya çıkar. Esere ilişkin proje, şartnamelerin ve uygulama talimatlarının yükleniciye teslim edilmesi, ilke olarak verme borcu olarak tezahür eder. Ancak proje, şartname ve uygulama talimatları iş sahibinin yedinde değilse veya henüz hazır değilse ve bunların hazırlanması iş sahibinin muhtelif yapma ve/veya irade beyanında bulunma eylem ve işlemlerine bağlı olduğu durumlarda yapma borcu söz konusudur. Arsanın yükleniciye teslimi cümlesinden ifa edilecek işlem veya eylemler genellikle yapma borcu olarak tezahür eder. Gerekli malzemelerin yükleniciye teslim edilmesi genellikle verme borcu olarak tezahür eder. Ancak somut olayda malzemeler iş sahibinin yedinde bulunmamakta ve sözleşme hükmüne göre malzemelerin üçüncü bir kişiden temin edilerek yükleniciye teslim borcu iş sahibine yüklendiği takdirde, buna ilişkin gerekli iş ve işlemlerin yapılması yapma borcu olarak da değerlendirilebilir. İş sahibi gerekli ruhsat ve izinleri temin etmesi, genellikle irade beyanında bulunmak suretiyle ilgili iş veya işlemlerin tesisini sağladığından bir yapma borcu olarak ortaya çıkar. İş sahibinin muhtelif yükleniciler arasında gerekli koordinasyonun sağlanması yapma borcu niteliğindedir. İş sahibinin eseri teslim alması, yapma borcu olarak ortaya çıkar. İş sahibinin yükleniciyi olası zararlardan koruma borcu, işin ifası usulü dikkate

alındığında genellikle yapmama borcu olarak ortaya çıkabileceği gibi doğan zarar tehlikesinin acilen bertaraf edilmesi örneğinde olduğu gibi belirli şartlar altında yapma borcu olarak da ortaya çıkabilir.

III.

Birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki ilgili iş veya işlemin hukuki niteliği olası hukuki sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali, hiç ifa etmemeyi; gereği gibi ifa etmemeyi ve geç ifayı kapsamaktadır. Türk Borçlar Kanunu, birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlal türüne göre (hiç, gereği gibi, gecikmeli olarak) değil, bu ihlale bağlı olarak meydana gelen neticeye (zararlara) göre iş sahibinin sorumluluğunu belirlemektedir. Bunun zorunlu mantıksal sonucu olarak iş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğü ihlal edilmesine karşılık ne yüklenici ne de üçüncü kişiler için herhangi bir zarar doğmaması durumunda iş sahibinin sorumluluğu söz konusu olmaz. Sadece birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlali iş sahibinin hukuki sorumluluğunu gerektirmez.

İş sahibinin hiç ya da gereği gibi birlikte hareket etmemesi TBK m. 112 anlamında sözleşmeye aykırılığı; TBK m. 106 vd. hükümlerine göre alacaklının temerrüdünü, TBK m. 117 vd. hükümlerine göre borçlunun temerrüdünü; TBK m. 472/3 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin ayıplı meydana getirilmesini; TBK m. 477/2-3 ve TBK m. 476 anlamında iş sahibi lehine ayıba karşı tekeffülden doğan hakların kaybını; TBK m. 483/1 anlamında iş sahibinin temerrüdü esnasında eserin yok olmasını; TBK m. 483/2 anlamında iş sahibinden kaynaklanan sebeple eserin yok olmasını; TBK m. 484 anlamında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü kesin ve ısrarlı olarak ihlali suretiyle sözleşmenin zımnen feshini; TBK m. 485 anlamında iş sahibi ile ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla eserin meydan getirilmesinin imkânsızlaşmasını oluşturabilir.

Türk Borçlar Kanunu, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi nedeniyle eserin meydana getirilememesi durumunu, eser sözleşmesine

ilişkin hükümlerde özel olarak düzenlenmemiştir. Bu nedenle, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ifa etmemesi nedeniyle sözleşme konusu eserin meydana getirilemediği durumda, ilke olarak Türk Borçlar Kanununun 106 vd. maddelerinde düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. İş sahibi bir işgörme borcunda alacaklı temerrüdüne düşmüş olacaktır. Zira eserin meydana getirilmesi safhasında iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamındaki bir iş veya işlemin gereğini ifadan kaçınması, borçlu konumundaki yüklenicinin yapma borcu niteliğindeki eserin meydana getirilmesi borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma niteliğindedir. Bunun için iş sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur. İş sahibinin alacaklının temerrüdüne düşmesi için yüklenici genel uyarı yükümlülüğü gereği iş sahibini uyarması ve süre vermesi gerekir. İstisnai durumlarda yüklenicinin uyarısına ve/veya süre vermesine gerek yoktur. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmediği takdirde, TBK m. 97'ye göre ödemezlik def'ini ileri süremez. Bu durumda yüklenicinin temerrüde düşmesi olanaksızlaşır. Ayrıca TBK m. 483/1 gereği iş sahibi temerrüt durumunda iken edim ve ücret hasarı riskine katlanır. Yüklenici, TBK m. 106, 110, 123, 124, 125/2-3, 126 hükümlerine göre sözleşmeden dönebilir veya belirli bir ifa aşamasına ulaşıldığı takdirde sözleşmeyi feshedebilir ve iş sahibi kusurlu ise sözleşmeden dönmede menfi zararını; sözleşmeyi feshetmede müspet zararının tazminini talep edebilir.

İş sahibinin birlikte hareket yükümlülüğünü ifaya, dava ve icra yoluyla zorlanabileceğine ilişkin açık ve/veya özel nitelikli bir hüküm hukukumuzda bulunmamaktadır. İstisnai mahiyette ve somut olayın koşullarına göre yüklenicinin ücret talep hakkının ötesinde bizzat eserin meydana getirilmesinde özel bir menfaatin olduğu durumlarda dürüstlük kuralına dayanılarak bu hakkın tanınması gerekir.

Somut durumda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki eylemlerinin gereğine uygun olarak ifa edilmemesi nedeniyle yüklenici borcunu yerine getirememesi ve bundan ötürü de karşı edim talebini kaybettiği durumlarda yüklenicinin edim menfaatinin zarar gördüğü tespit edilir. Meselenin menfaat dengesine göre adaletle çözümlenebilmesi için yüklenicinin edim menfaati her bir eser sözleşmesinde tespit edilmek durumundadır. Arsa payı karşılığı inşaat

sözleşmelerinde eserin meydana getirilmesi borcu ile arsa payının devri borcu synallagme içerisinde. İş sahibi birlikte hareket etme yükümünü gereği gibi yerine getirmeyerek yüklenicinin borcunu ifa etmesini olanaksızlaştırdığı durumlarda, esasında dolaylı olarak kendi asli edim borcunun ifasından kaçınmaktadır. Yüklenicinin iş sahibinden talep edebileceği karşı edim menfaati, sözleşme konusu olan ve yüklenici tarafından meydana getirilen taşınmaza ilişkin olduğundan ünük nitelikte, yani biriciktir. Yüklenicinin taşınmazın bir kısım hissesinin mülkiyetini talep hakkı ilke olarak para ile *aynen* ikame edilemez nitelikte olduğundan tazminat hükümleri, yüklenicinin karşı edim menfaatini yeterince korumamaktadır.

Kanaatimizce, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesindeki *synallagma* ilişkisi dikkate alındığında, karşılıklı edim menfaatlerinin sağlanması ekseninde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlerinin müstakil olarak ifası talep ve dava edilebilir nitelikte bir borç oldukları sonucuna varılabilir. Karşılıklı edim menfaatinin bu ekseninde olduğu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünü ihlal etmesi, alacaklının temerrüdüne değil, borçlunun temerrüdüne neden olur.

Yüklenicinin karşı edim menfaati bir miktar paranın dışında biricik ve özel nitelikte olduğu durumlarda, alacaklının temerrüdü hükümleri ile tazminat hükümleri, yüklenicinin haklı menfaatlerinin korunması için yeterli değildir. Yüklenicinin iş sahibinin birlikte hareket etme yükümünün ihlali, aynı zamanda yüklenicinin biricik nitelikte karşı edim menfaatine kavuşmasını engellediği durumlarda, doğrudan borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurmak olanaklıdır. Bu bağlamda iş sahibinin birlikte hareket etme yükümü niteliğindeki ediminin aynen ifası talep ve dava edilebileceği gibi TBK m. 113 hükmüne göre nama ifa yoluna da başvurmak olanaklıdır. Uygulamadan doğan unsurlar dikkate alındığından, yüklenicinin iş sahibi aleyhine borçlunun temerrüdü hükümlerine göre aynen ifayı talep etmek yerine TBK m. 113 hükmünde düzenlenen nama ifa yoluna başvurması, pratikte yüklenicinin karşı edim menfaatine kavuşması açısından daha isabetli gözükmektedir.

İş sahibinin kesin ve nihai olarak birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmemesi, somut olayın bütün koşulları birlikte değerlendirildiğinde, TBK m. 484

anlamında iş sahibinin tazminat karşılığı fesih iradesi olarak yorumlanabilir. Ancak, bu durumda mecburen sözleşmeyi feshetmek durumunda kalan yüklenicinin karşı edimi talep hak ve menfaati TBK m. 484 hükmünde öngörüldüğü oranda korunması gerekmektedir. İş sahibi, TBK m. 484 hükmüne göre sözleşmeyi tazminat karşılığı feshetmeyerek ve fakat birlikte hareket etme yükümlülüğünü de ihlal etmesi nedeniyle yüklenici TBK m. 106, 110, 123, 126 hükümlerine göre sözleşmeyi feshettiği takdirde, tazminat miktarı asgari TBK m. 484 hükmüne göre hesaplanacak tazminat kadar olmalıdır.

Eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı temerrüdü durumunda da, yüklenici borcunu ifa etmekten kurtulamamakta, sözleşme gereği eseri meydana getirme borcu devam etmektedir. Yüklenici, iş sahibine birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmesi için uygun bir mehil vermesi ve bu süre içerisinde gereğinin yapılmaması durumunda sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Bu aşamada yüklenici işin durdurulması yoluna giderse, dürüstlük kuralı gereği iş sahibinin zarara uğramamasını gözetmelidir. İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ifa etmeyeceği kesin olarak anlaşıldığı andan itibaren yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi veya somut olayın gerektirdiği özel durumlarda borçlunun temerrüdü hükümlerine ya da nama ifa kurumuna başvurması gerekmektedir. Somut olayın bütün koşulları birlikte değerlendirildiğinde iş sahibinin gerekli işbirliğini göstermeyeceği ve sözleşmenin ifa edilemeyeceği kesin surette tespit edildiği durumlarda, yüklenici sözleşmeyi sonlandırması ya da diğer hukuki yolları işletmesi, diğer deyişle iş sahibinin zararının artmaması için gereğini yapması dürüstlük kuralı gereğidir. Yüklenici, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü kesin olarak ifa etmeyeceğini görmesine rağmen, yukarıdaki hükümleri işletmemesi durumunda zararın artmasına kendisi sebebiyet vermiş olacağından TBK m. 52 uyarınca tazminatta indirime gidilir.

İş sahibi tarafından birlikte hareket etme yükümlülüğü zamanında yerine getirilmemesi nedeniyle sözleşme konusu eserin yüklenici tarafından meydana getirilmesi gecikebilir. İş sahibinin bu yükümlülüğünü zamanında ifa etmemesi, yapma borcu niteliğindeki eserin meydana getirilmesi borcunun ifa edilebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınma niteliğinde

olup, alacaklının temerrüdü hükümlerine göre değerlendirilir. Bu durumda yüklenici, eseri sözleşme ile kararlaştırılan tarihte teslim etmemesi nedeniyle borçlunun temerrüdüne düşmez. Eserin meydana getirilmesi süreci, iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü ihlal etmesi neticesinde sekteye uğradığı ve işin gereğine göre devam ettirilemediğinde, yüklenici bu durumu TBK m. 472/3 uyarınca hemen iş sahibine bildirmek zorundadır. Bu takdirde sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan hareketle iş sahibinin temerrüdü süresi kadar teslim tarihi ertelenir.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü zamanında ifa etmediği durumlarda eserin meydana getirilme süresi uzamaktadır. Yüklenicinin ticari olanak ve üretim unsurlarının öngörülenden fazla bir süre ve muhtemelen daha pahalı bir maliyet periyodunda kararlaştırılan işe tahsis etmesi neticesinde borcun ifası maliyeti ciddi oranda artmaktadır. Çünkü birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinin eserin meydana getirilmesine etki eden olumsuz neticeleri, çoğu kez sözleşme başında öngörülenden daha fazla zaman, emek/işgücü ve daha maliyetli teçhizat ve üretim usulleriyle bertaraf edilebilir. Yüklenici, tahakkuk eden ilave maliyeti, üstlenmiş olduğu riziko ile orantılı olarak eklenecek makul bir kâr oranı ile birlikte iş sahibinden talep etme hakkına sahiptir. Sözleşmede ücretin değere göre veyahut götürü olarak belirlenmesi, hukuki talep dayanakları bakımından farklılıklar arz etse de nihayetinde ilave ücreti talep hakkı bakımından herhangi bir farklılık yaratmaz. Münhasıran eserin meydana getirilmesinde tahakkuk eden ilave maliyetleri kapsayan ilave ücretin talep edilebilmesi için iş sahibinin kusurlu olması gerekli değildir.

Yüklenicinin, eserin meydana getirilmesinde tahakkuk eden ilave maliyetlere makul oranlı bir kâr payı ile belirlenen ilave ücret ile karşılanmayan malvarlığı azalmaları söz konusu olabilir. Eserin meydana getirilmesindeki gecikmeden ötürü yüklenici kendi taşeronlarına ya da kararlaştırılan tarihte başlayamadığı işler nedeniyle üçüncü kişilere ödemek durumunda kaldığı cezai şartlar bu kapsamda değerlendirilir. Somut olayda geç ifa suretiyle ihlal edilen birlikte hareket etme yükümü, borç olarak tanımlandığı durumda iş sahibi kusurlu ise, yüklenicinin diğer zararlarını karşılamakla yükümlüdür. İş sahibinin kusurlu olarak birlikte hareket

etme yükümlülüğünü geç ifa etmesi, aynı zamanda sözleşme ve kanundan doğan ve borç ilişkisinde mündemiç olan bir davranış kuralının ihlalidir. Bu ihlal TBK m. 112 anlamında borca aykırı davranış olarak nitelendirilmekte ve kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) kurumunun ilkelerine göre tazminat sorumluluğunu gerektirmektedir.

Eser tamamlanarak teslim hazır hale gelmeden, sözleşme yapıldıktan sonra eserin meydana getirilmesi esnasında iş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında gerekli iş ve işlemin ifasında temerrüde düşerse, bu takdirde TBK m. 483/1 hükmü uyarınca hasar, iş sahibine geçer. Bu aşamadan sonra hasara iş sahibi katlanır. Bu aşamadan sonra eser yok olursa, eserin bulunduğu aşama dikkate alınarak sözleşme ilişkisi TBK m. 485'e göre tasfiye edilir. İş sahibi kusurlu ise, bu takdirde yüklenicinin diğer zararlarını tazmin etmekle yükümlü olur.

Yüklenicinin uyarı yükümlülüğünü yerine getirmek kaydıyla, eserin ayıplı olması iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa, iş sahibi eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz. Esasında bu hükmün dolaylı neticesi odur ki, yüklenicinin sözleşmeden doğan eseri meydana getirme borcu, iş sahibinin talimatını ifa etme borcuna dönüşmekte ve hükümde belirlenen unsurlar yönünden sınırlanmaktadır. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğine uygun ifa edilmemesi neticesinde eser, sözleşmede öngörülen niteliklere ve ifa modalitelerine uygun olarak meydana getirilmemiş olabilir. Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereğine uygun ifa edilmemesi özellikle iş sahibinin hatalı talimatını; iş sahibinin sağladığı veya kullanmasını istediği malzemenin ayıplı ya da işin gereğine uygunsuzluğunu; iş sahibinin görevlendirdiği ön yüklenicinin eserde gerçekleştirdiği ayıplı imalatını kapsar. Bu örnekler emsal kabilinden sayılmış olup, tahdidi nitelikte değildir. Eserin meydana getirilmesinde iş sahibinin doğrudan etkili olduğu diğer durumlar da kıyasen TBK m. 472/3 ve TBK m. 476 hükümleri kapsamında değerlendirilir. Yüklenicinin TBK m. 476 hükmüne göre ayba karşı tekeffül sorumluluğunun ortadan kalkması için TBK m. 472/3'ye göre ihtar sorumluluğuna riayet etmiş olması gerekir. Yüklenicinin bu sorumluluğu hem işin uzmanı olmasından hem de dürüstlük

kuralından doğmaktadır. İş sahibi, sözleşme konusu hakkında uzman ise ve bu uzmanlığı doğrultusunda talimatlarını veriyorsa, bu takdirde yüklenici herhangi bir ihtarda bulunmasa dahi eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinden sorumlu olmaz. Uzmanlığa dayalı teknik işbölümünün gelişmesi nedeniyle eser sözleşmesi kurumunun temel aldığı “iş sahibinin konuya yabancı ve yüklenicinin işin ehli olduğu” düşüncesi, özellikle bu tür projeler açısından iş sahibinin mimar, mühendis ya da yönetici müşavirlik şirketleri marifetiyle konu hakkında aydınlatıldığı ve bu kişilerin yüklenicinin ifa borcunu denetleme anlamında iş sahibince yetkilendirildiği gerçeği karşısında yumuşatılmalı ve gerektiğinde yüklenici tarafından herhangi bir ihtar yapılmamış olsa dahi, yüklenicinin sorumluluğu cihetine gidilmemelidir.

Yüklenici uyarı yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle doğabilecek olumsuz sonuçları zamanında bildirdiği durumlarda eserin iş sahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya iş sahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olursa, bu takdirde yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. TBK m. 483/2 hükmünde zikredilen unsurlar iş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğü kapsamında yer alan iş ve işlemlerdir. TBK m. 483/2 hükmünde düzenlenen durumlar tahdidi nitelikli olmayıp benzer durumlarda kıyas yapılabilir. Ancak kıyas yapılırken iş sahibinin tehlike alanı ölçüt alınmamalı, daha ziyade iş sahibinin bir etkisi neticesinde eserin yok olduğu durumlarda hükmün kıyasen uygulanmasına gidilmelidir. İş sahibinin gereğine uygun olarak birlikte hareket etmemesi neticesinde sözleşme konusu eser yok olursa, bu halde sözleşme “ipso jure” sona erer. Sözleşmenin ortadan kalkmasının neticesinde yüklenici, sözleşme gereği borçlandığı eseri yeniden meydana getirmekle veya hasara uğrayan kısımlarını tamir etmekle yükümlü olmaz. Yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin ödenmesini iş sahibinden isteyebilir. Yüklenicinin talep edebileceği ücret TBK m. 485/1 hükmünde geçerli ilke ve hesaplamalara göre belirlenecektir. İş sahibi kendisinden kaynaklanan bir sebeple eserin yok olmasına kusurlu olarak neden olur ve sözleşme sona ererse, bu halde yüklenicinin bundan doğan müspet zararını karşılamakla yükümlüdür. Bu hükmün yüklenici lehine uygulanabilmesi için yüklenicinin herhangi bir kusurunun olmaması

ve özellikle iş sahibini uyarma yükümlülüğüne riayet etmiş olması gerekir. İş sahibi, sözleşme konusu hakkında uzman olduğu ve bu uzmanlığı doğrultusunda talimatlarını verdiği ve yüklenicinin borcunun neredeyse bu talimatların icrası ile sınırlandığı durumlarda TBK m. 52'nin uygulanması suretiyle eserin yok olmasının mali sonuçları, taraflar arasında paylaşılır.

İş sahibinin birlikte hareket etme yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sözleşme konusu eserde herhangi bir zarar olmaksızın iş sahibinin diğer varlıklarında meydana gelen zarara kendisi katlanmak durumundadır. Bu durumda yüklenici ne TBK m. 112 gereği kötü ifa (gereği gibi ifa etmeme) nedeniyle ne de TBK m. 49 ve devamında düzenlenen haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olur. İş sahibince birlikte hareket etme yükümlülüğünün ihlalinde yüklenici gerekli uyarıyı yaptığı takdirde yüklenicinin herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmaz.

Birlikte hareket etme yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmemesi nedeniyle sözleşme konusu esere herhangi bir etki etmeksizin yüklenicinin diğer varlıklarında meydana gelen zararlar nedeniyle iş sahibi, yükleniciye karşı sorumludur. Eserin yok olması veya ayıplı olması sonucunda yüklenicinin teçhizatlarında ya da personeline zararlar doğabilir. Zira dürüstlük kuralı gereği iş sahibi sözleşmenin ifası sürecinde doğru ve gerektiği gibi davranmak ve mümkün olduğunca sözleşmenin diğer tarafı olan yükleniciyi olası zararlardan korumaya çalışmakla yükümlüdür. İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü kusurlu olarak ihlal etmek suretiyle bu yükümlülüğe aykırı davranırsa, bu halde yükleniciye karşı TBK m. 112 hükmünde öngörülen borcun kötü ifası (gereği gibi ifa etmeme) nedeniyle sorumlu olur.

İş sahibi birlikte hareket etme yükümlülüğünü gereğine uygun olarak yerine getirmediği durumlarda kendisiyle ilgili beklenmedik bir olay dolayısıyla eserin meydana getirilmesi imkânsızlaşabilir. Bu halde sözleşme ipso jure ve ex nunc olarak ortadan kalkar. Yüklenici yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini isteyebilir. İş sahibinin ifa imkânsızlığının ortaya çıkmasında kusuru varsa, yüklenicinin zararını karşılamakla yükümlüdür.

KAYNAKÇA

- Akbıyıklı, Rifat** İnşaat Sözleşmeleri, Esasları ve Uygulamaları, İstanbul 2009.
- Akkanat, Halil** Alacaklının Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları, İstanbul 1996. (Akkanat, Alacaklının Temerrüdü).
- Akkanat, Halil** Taşeronluk (Alt müteahhitlik) sözleşmesi, İstanbul 2000. (Akkanat, Taşeronluk sözleşmesi).
- Akkanat, Halil** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- Akkanat, Halil** “İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 4 vd.
- Akkanat, Halil** “Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006
- Akgündüz, Ahmet/
Halil Cin** Türk Hukuk Tarihi, C. 2, İstanbul 1990.
- Akipek, Şebnem/
Küçükgüngör, Erkan** Sözleşme Rehberi, 2. Baskı, Ankara 2000.
- Akyol, Şenel** Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.

- Albaş, Hakan** Paranın Değer Kaybından Doğan Zararın Tazmin Edilebilirliği (BK. m. 105), Ankara, 2004.
- Altaş, Hüseyin** Eserin Teslimden Önce Telef Olması, Ankara 2002.
- “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Dönme Hakkı (BK. md.358), Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan”, Ankara 2006, s. 98
- Altay, Sabah** Satım Sözleşmesinde Hasarın Geçişi, İstanbul 2008.
- Altunkaya, Mehmet** Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin** Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Genişletilmiş 8. Baskı, Ankara 2010.
- Aral, Fahrettin** Türk Borçlar Hukukuna Kötü İfa, Ankara 2011.
- Ardıç, Orhan/**
- Ersol, Emel** Borçlar Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Arıdemir Genç, Arzu** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan İlave İşler ve İlave Bağımsız Bölümler’ Sorunu Bakımından Hukuki Durum” (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.
- Arık, Kemal Fikret** Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler, Ankara 1964.

- Arıkan, Mustafa** “Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları”, SÜHFD., Y.2008, S.2, C.16, s. 273 vd.
- Armbrüster,Christian/**
- Bickert,Elmar** “Unzulängliche Mitwirkung des Auftraggebers beim Bau- und Architektenvertrag“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2006/3, s. 137 vd. (Armbrüster/Bickert: NZBau 2006).
- Ayan, Gürhan** “Taşınır Şey İmaline İlişkin Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Taleplerine Uygulanacak Zamanaşımı”, Prof. Dr. Erdoğan MOROĞLU’na 65.Yaş Gün Armağanı, İstanbul 1999, s. 795 vd.
- Ayan, Serkan** İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- Aydemir, Efrail** Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Adalet Yayınevi, Ankara 2009.
- Ayazlı, Pervin** “Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi (Unsurları- Hukukî Özellikleri- Şekil Sorunu)”, MÜHFHAD, Ocak-Nisan 1987, S. 4, s. 43-51.
- Bamberger, Heinz Georg**
- /Roth, Herbert** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 3. Auflage, München 2012. (Bamberger/Roth, BGB Kommentar).

- Başpınar, Veysel** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.
- Barlas, Nami** Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, Kazancı Hukuk Yayınları No: 105, İstanbul 1992.
- Başoğlu, Başak** Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Aynen İfa Talebi, İstanbul 2012.
- Baygın, Cem** Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.
- Baysal, Başak** “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 480. Maddesinin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIX, S. 1-2, İstanbul 2011, s. 477-484.
- Becker, Hermann** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht; Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1941.
- Betschon, Alfred** Der Annahmeverzug nach dem rev. Schweizerischen Obligationenrecht unter Berücksichtigung des deutschen und französischen Rechts, Dissertation, Basel 1935.
- Berger, Bernhard** Verhaltenspflichten und Vertrauenshaftung, dargestellt anhand der Informationspflicht des Effektenhändlers, Dissertation Bern 2000.

- Berki, Şakir** Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), Sevinç Matbaası, Ankara 1973.
- Biedermann, Jakob** Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Dissertation, Zürich 1944.
- Bilir, Akgün** İş Görme Akitlerinde (Hizmet-İstisna-Akitleri) Fesih, Ankara 1994.
- Bilgili, Fatih** ‘‘Yükleme ve Boşaltma İşlerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu-Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme’’, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C.II, İstanbul 2007, s.1753 vd.
- Bögli, Roman** Der Übergang von der unternehmersichen Leistungspflicht zur Maangelhaftung beim Werkvertrag, Dissertation St. Gallen 2007.
- Bucher, Eugen** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988
- Burcuoğlu, Haluk** Eser Sözleşmelerinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990.
- Buz, Vedat** Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998. (Borçlunun Temerrüdü)
- Buz, Vedat** Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.

- Buz, Vedat** “İş sahibinin BK m.369’a göre Eser Sözleşmesini Feshi”, BATİDER, 2001, Cilt XXI, S.2, s.221 vd.
- Bühler, Theodor** Vertragsrecht im Maschienebau und Industriebau, Zürich 1987.
- Bühler, Theodor** Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363-379, Zürich 1998
- Büyükcay, Yusuf** Eser Sözleşmesi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Bydlinski, Franz** System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/New York 1996.
- Bydlinsky, Franz** Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe, 2. Auflage, Wien-New York 1991.
- Canaris, Claus-Wilhelm** “Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkungen für Dritte bei nichtigen Verträgen”, JZ 1965, s. 475-482, s. s. 475 vd.
- Canavcı, Mehmet Ali** Roma ve Türk Hukukunda İstisna Akdi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- Canbolat, Ferhat** İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülünden Doğan Hakları, Turhan Kitapevi, İstanbul 2009.
- C. Wahl, Matthias** Die Haftung des Auftraggebers im Bauwerkvertrag bei verzögerter, unterlassener und fehlerhafter Mitwirkung nach BGB und VOB/B, Tübingen, 2004.

- Çoşkun, Gürkan** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Hak Kazanan Üçüncü Kişinin Hukuki Durumu, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Glaettli, Elisabeth** Zum Schadenersatz wegen Nichterfüllung nach Art. 97 Abs. 1 und Art. 107 Abs. 2 OR, Dissertation, Zürich 1998.
- Christiansen, Julian** ‘‘Werklohnfähigkeit ohne Abnahme-Alternativen zur Rechtsfigur des Abrechnungsverhältnisses‘‘, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2010, s. 3 vd. (Christiansen, ZfBR 2010).
- Christiansen, Julian** ‘‘Bauvertrag-Vorleistung und vorzeitige Leistung- unter Einbeziehung des Entwurfs zum Forderungssicherungs-gesetz BR-Dr. 458/04‘‘, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2004, s.736 vd.(Christiansen, ZfBR 2004).
- Dalamanlı, Lütfü** Borçlar Hukuku Davaları, Eda Matbaacılık, Ankara 1988.

Dalamanlı, Lütfü/

Kazancı, Faruk/

Kazancı, Muharrem

İlmi ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, İstanbul 1990.

Dayınlarlı, Kemal

İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü, Ankara 2008. (Temerrüt).

Dayınlarlı, Kemal

İstisna Aktinin Âdemi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları, Ankara 1986. (Ademi İfa).

Dernburg, Heinrich

Die Schuldverhaeltnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preussen, 3. Auflage, Halle 1906.

Dinar, Cem

Borçlar Kanunundaki Düzenleme Açısından İstisna Sözleşmesi İle Vekalet Sözleşmesi Arasındaki Kurumsal Farklılıklar, YÜHFD., C.V, S.1, Y.2008, s.46.

Diehr, Uwe

“Zahlungsansprüche des Auftragnehmers bei Bauablaufstörungen im VOB-Vertrag-Verhältnis der Anspruchsgrundlagen“, Neue Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2006/4, s. 307 vd. (Diehr, ZfBR 2006).

- Diehr, Uwe** “Gesetzliche Entschädigung nach § 642 BGB im VOB-Vertrag unter besonderer Berücksichtigung der Schlechtwetterproblematik“, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2011/7, s. 627 vd. (Diehr, ZfBR 2011).
- Dirican, Gökhan** Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezaî Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul 2007.
- Döring, Christian** “Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers (Ändert der Bundesgerichtshof seine Rechtsprechung?)“, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1997, s. 193 vd. (Döring, Erfüllungsgehilfe).
- Döring, Christian** “Die Vorunternehmerhaftung und § 642 BGG – Gedanken zu des Rätsels Lösung“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 111 vd. (Döring, Vorunternehmerhaftung).
- Duman, İlker Hasan** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2005.
- Dural, Mustafa** “Akitten doğan Yapmama Borçları”, MHAD, 4. Yıl 6. Sayı, 1970, s. 7-22.

Dural, Mustafa /

Suat Sarı, Suat

Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 6. Bası, İstanbul 2011.

Dursun, Sanem Aksoy

‘‘Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı, Legal Hukuk Dergisi’’, Y.;2011, C.; 9, S.; 101, s. 1847.

Ediz, Seyfullah

Medeni hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

Ehrensberger, Thomas

Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht, Dissertation, Zürich 2006.

Eix, Ulrich/

Skauradszun, Dominik

‘‘Unterlassene Mitwirkung des Bestellers: Alternativen zur Kündigung?’’, **Neue Zeitschrift für Baurrecht (NZBau) 2010/2**, s. 73 vd. (Eix/Skauradszun, NZBau 2010).

Emmerich, Volker

Das Recht der Leistungsstörungen, München 2005.

Englert, Klaus

‘‘Das ‘‘Systemrisiko’’ bei der Ausführung von Tiefbauarbeiten’’, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1997, s. 203 vd.

- Erdem, Nazif** Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, Özel Hükümler, Adana 1990.
- Erdoğan, İhsan** “İstisna Sözleşmesi ve Bazı İş Görme Sözleşmeleri İle Karşılaştırılması”, SÜHFD, Ocak-Haziran 1990, Cilt 3, Sayı 1, s. 135.
- Eren, Fikret** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2015.
- Eren, Fikret** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara 1996. (İnşaat Sözleşmeleri)
- Ergezen, Muaz** İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, 1. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.
- Ergüne, Serkan** Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.
- Erman, Hasan** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2007. (İnşaat Sözleşmesi)
- Erman, Hasan** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüdü, **İBD 1984**, C. 58, s. 209 vd.
- Erman, Hasan** “Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamalar”, **İÜHFM, İstanbul 1973**, s. 601-619.
- Erman, Hasan** İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Hâller (BK 365/2), İstanbul 1979. (BK 365/2).

- Erman, Walter/**
- Schwenker, Hans Christian** Hand Kommentar, Köln, 2008.
(Erman/Schwenker, BGB Handkommentar).
- Erman, Walter**
- /Westermann, Harm Peter** Erman BGB Kommentar, 10. Auflage, Köln 2014 (Erman, BGB Kommentar).
- Ertaş, Şeref** ‘‘Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinden Doğan Hak ve Borçların Devri’’, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell’e Armağan, İzmir 2001.
- Esser, Josef/Eike Schmidt** Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil, Bremen 1984. (Esser/Schmidt, Schuldrecht AT).
- Fikentscher, Wolfgang** Schuldrecht BT, Berlin 1985.
- Foell-Müller, Christoph** Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Berlin 1982.
- Fuchs, Heiko** Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, München/Unterschleissheim, 2003.
- Gartz, Benjamin** ‘‘Obliegenheitsverletzungen des Bauherrn nach dem ‘‘Glasfassadenurteil’’ des Bundesgerichtshofs’’, **Baurecht (BauR) 5/2010**, s. 703 vd. (Gartz, BauR 2010).

Gauch, Peter/ Aepli, Victor /

Stöckli, Hubert

Praejudizienbuch OR, Zürich 2012.

(Gauch/Aepli/Stöckli).

Gauch, Peter / Schluep,

Walter René

Schweizerische Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Zürich 1991, (Gauch/Schluep, OR AT).

Gauch, Peter/ Schluep,

Walter/Schmid, Jörg/

Rey, Heinz

Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003. (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR AT, I).

Gauch, Peter/Schluep, Walter /

Schmid, Jörg / Rey, Heinz

Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band II, 8. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2003. (Gauch/Schluep/Schmid/Rey, OR AT, II).

Gauch, Peter

Das Risiko des Werkmangels, Baurechtstagung (BRT) 1983, Tagungsunterlage 5, s. 115 vd. (Gauch, BRT 1983).

Gauch, Peter

Sanierung, Reparatur und Umbau-Vertragsrechtliche Probleme, BRT 1991, Bd. 1, s. 23 vd. (Gauch, BRT 1991).

Gauch, Peter

Werkvertrag, 5. Auflage, Zürich/Basel/Genf, Auflage 2011 (Gauch, Werkvertrag).

- Gauch, Peter** “Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag-Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts“, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf 1990, s. 35 vd. (Gauch, Rücktritt) .
- Gautschi, Georg** Berner Kommentar Art. 363-379 OR Der Werkvertrag, Band VI: Obligationenrecht. 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse. 3. Teilband, Bern 1967, (Gautschi, Berner Kommentar).
- Gürpınar, Damla** Eser Sözleşmesinde Ücretin Arttırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006.
- Gümüş, Alper Mustafa** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014.
- Gökalp, Şerafettin** “Yargıtay İçtihatları Işığında İnşaat Sözleşmelerinden Doğan Bazı Sorunlar”, BBD, Yıl: 6, S. 16, Kasım 1982, s. 3-5.
- Gökyayla, Emre** Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009.
- Gökyayla, Emre** “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat Ve Özen Borcu”, GÜHFD, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Armağanı 2002, C. I, S. 1, s. 785-805.

- Göktürk, Hüseyin Avni** Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Ankara 1951.
- Gökyayla, Emre** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara 2015.
- Götz, Heinrich** Obliegenheiten und positive Forderungsverletzung-BGHZ 11, 80, Jus 1961, s. 58 vd. (Götz, Obliegenheiten).
- Götze, Wilhelm** ‘‘Bauzeit- und kostenrechtliche Behandlung von außergewöhnlichen Witterungseinflüssen‘‘, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2010/12, s. 721 vd. (Götze, NzBau 2010).
- Gross, Heinrich** ‘‘Die verweigerte Abnahme‘‘, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf 1990, s. 53 vd.
- Gursky, Karl Heinz** Schuldrecht Besonderer Teil, Heidelberg 1996.
- Güleç, Şafak** Eser Sözleşmesinin Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi, Yüksek Lisans Tezi 2007, YÖK Tez Tarama Merkezi (yok.gov.tr).
- Gümüş, Alper** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt 2, İstanbul 2012.

- Günel, Mustafa Cahit** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar”, Prof. Dr. Ergün Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004, s. 411.
- Elgin, Haydar** “Borçlunun Temerrüdü ve Şartları”, AD, 1986, S. 3, s. 7-18.
- Hatemi, Hüseyin /**
- Serozan, Rona /**
- Arpacı, Abdülkadir** Borlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 1992.
- Hartmann, Christian** “Der Gegenleistungsanspruch des Werkunternehmers bei unterlassener Mitwirkung des Bestellers“, Betriebsberater (BB) 1997 Heft 7, s. 326 vd. (Hartmann, BB 1997).
- Hartmann, Christian** Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers – Ein Beitrag zum Recht der Leistungsstörungen-, Berlin 1997. (Hartmann, Mitwirkung).
- Hartmann, Stephan** Die Rückabwicklung von Schuldverhältnissen, Kritischer Vergleich der Rechtslagen, Habilitation Luzern 2005. (Hartmann, Rückabwicklung).

- Hartung, Sven** “Die Abnahme im Baurecht“, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2007, s. 1099 vd. (Hartung, NJW 2007).
- Havutçu, Ayşe** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995.
- Henninger, Anton** “Die Anzeige- und Abmahnpflichten des Unternehmers“, Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2009“, s. 69 vd. (Henninger, BRT 2009).
- Hochstein, Reiner** “Zur Systematik der Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers im VOB-Bauvertrag“, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf 1986, s.165 vd.
- Hoffmann, Gerhard** “Die rechtliche Einordnung der Mitwirkungspflichten des Auftraggebers beim Bauvertrag“, Festschrift für Götz von Craushaar zum 65. Geburtstag, Düsseldorf 1997, s. 217 vd.
- Honsell, Heinrich** Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil, Bern 1995.

Heinrich Honsell/

Nedim Peter Vogt/

Wolfgang Wiegant

Basler Kommentar, Basel/Bern/Zürich, 5. Auflage 2011. (Honsell/Vogt/Wiegand, Basler Kommentar).

Henss, Olaf

Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt a. M. 1988.

Hüffer, Uwe

Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln – Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge-, Berlin 1976.

Hürlimann, Roland

“Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn“, Gauch’s Welt, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich, 2004, s. 182 vd., (Hürlimann, Bauablaufstörungen).

Hürlimann Roland

“Koordination komplexer Bauverträge-was die Praxis lehrt“, Tagungsunterlagen (BRT) 2005, s. 205 vd. (Hürlimann, BRT 2005) .

Hürlimann, Roland

“Werkabnahme gemäß SIA 118 und die Mangelhaftung“, Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2007, s. 139 vd.(Hürlimann, BRT 2007).

- İnal, Tamer** Borca Aykırılık ve Sonuçları, 2. Bası, İstanbul 2009.
- İnan, Ali Naim** Die Unmöglichkeit der Leistung im deutschen, schweizerischen und türkischen Recht, Ankara 1956.
- İnan, Ali Naim/**
- Yücel, Özge** Borlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2016
- İpek, Eyüp** Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2016.
- İpekyüz, Filiz Yavuz** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul 2006.
- Ingenstau, Heinz/**
- Korbion, Hermann** Kommentar zur VOB Teile A und B, 14. Auflage, Düsseldorf 2001.
- Kaçak, Nazif** Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyyatı, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006.
- Kaiser, Gisbert** ‘‘Die Gefahrtragung im Bauvertrag‘‘, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf 1986, s.197 vd.

- Kanber, Kemal** “Arsa Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu”, Yargıtay D, C. 24, S. 3, Temmuz 1998, s. 356-368.
- Kapellmann, Klaus Dieter** “Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, § VI VOB/B-Vertragspflichten und keine Obliegenheiten“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2011/4, s. 193 vd. (Kapellmann, NZBau 2011).
- Kapellmann, Klaus Dieter** “In sich abgeschlossene Teile der Leistung gemäß VOB/B“, Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, s. 31 vd. (In sich abgeschlossene Teile der Leistung gemäß VOB).
- Kapellmann, Klaus Dieter** Beschleunigungen, NZBau 2009, s. 538 vd. (Kapellmann, Beschleunigungen).
- Kaplan, İbrahim** Türk İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983. (Mimarlık Sözleşmesi)
- Kaplan, İbrahim** İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2013.
- Kaplan, İbrahim** “Eser Sözleşmelerinde İşin Başkasına Yaptırılması ve İhale Farkı Tazminatları”, Batider Cilt XIII-Sayı 1 Haziran 1985, s. 5 vd.

- Karahasan, Mustafa Reşit** Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Tümü Yeniden İşlenmiş ve Genişletilerek Yenilenmiş Baskı, C.1-2, İstanbul 2002.
- Karahasan, Mustafa Reşit** İnşaat, İmar, İhale Hukuku, Doktrin, Yargıtay, Danıştay, Sayıştay Kararları, İlgili Mevzuat, C..1, Ankara 1997.
- Karataş, İzzet** Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2009.
- Kartal, Bilal** Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 1993.
- Karayalçın, Yaşar** Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara 1975.
- Kaya, Özgür Katip** Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İstanbul 1993.
- Keller, Max /Schöbi, Christian** Das schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Auflage, Basel/Frankfurt a. M. 1988. (Keller/Schöbi).
- Kırca, Çiğdem** “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Sözleşmeden Dönmenin Üçüncü Kişilere Etkisi”, 22. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler, Tartışmalar, 15 Aralık 2006, Ankara 2007, s. 75-98.
- Kieserling, Friedhelm** “Mangelverantwortlichkeit mehrerer Baubeteiligter“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2002/5, s. 241 vd. (Kieserling, NZBau 2002).

- Kniffka, Rolf** “Die Kooperationspflichten der Bauvertragspartner im Bauvertrag“, A Privates Baurecht (JbBauR)“, 2001, s.1 vd, (Kniffka, JbBauR 2001).
- Kniffka, Rolf** “Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Abrechnung nach Kündigung des Bauvertrags“, Jahrbuch Baurecht (BauR) 2000, s.1 vd. (Kniffka, BauR 2000).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 4. Bası İstanbul 2008.
- Koç, Nevzat** İsviçre-Türk hukukunda alacaklının Temerrüdü, Ankara 1992.
- Kohler, Josef** Annahme und Annahmeverzug, Archiv für Bürgerliches Recht 13 (1897), s.149 vd.
- Koller, Alfred** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, Bern 2006. (Koller, OR AT II).
- Koller, Alfred** Berner Kommentar zu Art. 363-366 OR, Band VI (Das Obligationenrecht) 2. Abteilung (Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse), 3. Teilband (Die Erfüllung der Obligationen), 1. Unterteilband, Bern 1998. (Koller, Berner Kommentar).
- Koller, Alfred** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil OR AT, Bern 2009.
- Krauskopf, Frédéric** “Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen“, Tagungsunterlagen (BRT) 2007, s. 29 vd. (Krauskopf, BRT 2007).

- Kraus, Philipp/Kraus, Steffen** “Zur Rechtsnatur der Prüfungs- und Hinweispflicht im Bauvertragsrecht, Vom Bau-SOLL zum Bau-IST“, Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln, 2007, s. 223 vd.
- Kreuzer, Stehle /**
- Hans Joachim** “Grundprobleme des Gläubigerverzugs“, Juristische Ausbildung (JA) 1984, s. 69 vd. (Kreuzer/Stehle, JA 1984).
- Kostakoğlu, Cengiz** İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul 2008.
- Köpcke, Günther** Typen der positiven Vertragsverletzung, Stuttgart 1965, s. 70.
- Kupczyk, Björn** “Begriff, Voraussetzungen und Rechtsfolgen der Abnahme“, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2012, s. 3353 vd. (Kupczyk, NJW 2012).
- Kural, Orhan Cevdet** Açıklamalı İlmi ve Kazai İçtihatlı İnşaat Hukuku, Ankara 1983.
- Kurt, Leyla Müjde** Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.

Kuru, Bakir/

Arslan, Ramazan/

Yılmaz, Ejder

İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2007.

Kürşat, Zekeriya

Eser ve Vekalet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHFİM., C. LXVII, S. 1-2, 2009, s. 146-147.

Kürşat, Zekeriya

“İmkânsızlığın Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesine Etkileri”, Prof. Dr. Ergun ÖZSUNAY’a Armağan, İstanbul 2004, s.753 vd.

Lachmann, Ulrike

“Die Rechtsfolgen unterlassener Mitwirkungshandlungen des Werkbestellers“, BauR 1990 Heft 4, s. 409. (Lachmann, BauR 1990).

Lang, Andreas/Rasch, Dirk

“Allgemeine Geschäftskosten bei einer Verlängerung der Bauzeit“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 417 vd.

Langen, Werner/Schiffers,

Karl-Heinz

“Leistungs- Prüfungs- und Hinweispflichten des Auftragnehmers bei konventioneller und zieldefinierter Baudurchführung“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 436 vd.

- Larenz, Karl** Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.
- Lehmann, Heinrich** Anmerkung BGHZ 11, 80, JZ 1954.
- Leinemann, Ralf** “Die Ermittlung und Berechnung von Ansprüchen aus gestörtem Bauablauf“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2009/10, s. 609 vd. (Leinemann, NZBau 2009).
- Leineweber, Anke** “Sachwalterpflichten des Architekten beim gestörten Bauablauf“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 476 vd.
- Lenzen, Elmar** Ansprüche gegen den Besteller, dem Mitwirkungspflichten unmöglich werden, Baurecht (BauR) 2/1997, s. 210 vd. (Lenzen, BauR 1997).
- Leinemann, Ralf** “Die Ermittlung und Berechnung von Ansprüchen aus gestörtem Bauablauf“, NZBau 2009, s. 624 vd. (Leinemann, NZBau).
- Leupertz, Stefan** “Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht“, Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, München 2010., s.139 vd.
- Leupertz, Stefan** “Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht“, Baurecht (BauR) 12/2010, s. 1999 vd. (Leupertz, BauR 12/2010).

- Locher, Horst/ Locher, Ulrich** Das Private Baurecht, München 2012.
- Lüchinger, Klaus** Schadenersatz im Vertragsrecht, Dissertation Freiburg 1999.
- Medicus, Dieter** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, München 1984.
- Medicus, Dieter** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 17. Auflage, München 2006.
- Meierhöfer, Christine** Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers und Rechtsfolgen der Verletzung bei Individualsoftwareerstattungsverträgen, Hamburg, 2012.
- Meurer, Wolfgang** “Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien-Konsequenzen für die Baupraxis“, Die Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 15/2001, s. 848 vd. (Meurer, MDR 2001).
- Mamuk, Damla** Eser Sözleşmesinde Götürü Bedel ve Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2016.
- Merz, Hans** Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, I. Teilband, Basel 1984. (Merz OR AT I).

Messerschmidt, Burkhard/

Voit, Wolfgang

Beck'sische Kurz Kommentare, Band 60, Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, Kommentar zu §§ 631 ff. BGB, München 2008. (Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht).

Mittenzwei, Ingo

“Geschäftsgrundlage und Vertragsrisiko beim Pauschalvertrag“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 621 vd.

Morgen, Christoph

Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers im VOB/B-Bauvertrag –Zugleich Darstellung einer Methode der Vertragsauslegung zur Bestimmung der Rechtsnatur der Mitwirkungshandlungen des Bestellers im allgemeinen Werkvertragsrecht, Berlin 2005.

Motzke, Gerd

“Der Planervertrag-Beauftragung, Abwicklung, Abrechnung zwischen BGB und HOAI“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 639 vd. (Motzke, Planervertrag).

Motzke, Gerd/Bauer,

Günter/Seewald, Thomas

Prozesse in Bausachen, 2. Auflage, Baden Baden 2014 (Motzke/Bauer/Seewald: Prozesse).

Motzke, Gerd/vd.

Beck'scher VOB-Kommentar, München 2008.

(Motzke VOB-Kommentar).

- Möller, Nils Kleine** “Die Haftung des Auftraggeber gegenüber einem behinderten Nachfolge-Unternehmer“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2000, s. 401 vd. (Kleine-Möller, NZBau 2000).
- Möller, Nils Kleine** “Die Leistungsverweigerungsrechte des Bauunternehmers vor der Abnahme“, Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag, Wiesbaden und Berlin, 1995, s. 193 vd.
- Müller-Chen, Markus** Folgen der Vertragsverletzung, Habilitation, Basel 1999.
- Müller-Chen, Markus/**
- Furrer, Andreas** Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich-Basel-Genf 2008.
- Neuenschwander, Markus** Die Schlechterfüllung im Schweizerischen Vertragsrecht, Bern 1971.
- Niklaus, Jörg** Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Dissertation, St. Gallen 1999.
- Nicklisch, Fritz** “Arbeitsteilung und Risikoverteilung im Werkvertragsrecht“, Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, s. 713 vd. (Nicklisch, Arbeitsteilung).
- Nicklisch, Fritz** “Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag“, Betriebsberater, (BB) 1979, S. 533 vd. (Nicklisch, BB 1979).

- Niemöller, Christian** “Die Abnahme nach § 12 Nr. 4 VOB/B“, Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf 1999, s. 340 vd.
- Oberhauser, Iris** “Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers auch nach Abnahme“, Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, München 2010, s. 167 vd.
- Oetker, Hartmut/**
- Maultzsch, Felix** Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage, Heidelberg 2007, (Kısaca: Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhaeltnisse).
- Oğuzman, M. Kemal /**
- Öz, M. Kemal** Turgut Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2009.
- Oğuzman, Kemal/**
- Seliçi, Özer/**
- Oktay Özdemir, Saibe** Eşya Hukuku, İstanbul 2009.
- Olgaç, Senai** İstisna Akdi, Ankara 1977.
- Olshausen, Hans-Gustav** “Planung und Steuerung als Grundlage für einen zusätzlichen Vergütungsanspruch bei gestörtem Bauablauf“, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, s. 323 vd.

Oser, Hugo /

Schönenberger, Wilhelm

Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 1. Teil (Halbband): Art. 1-183, 2. Aufl. Zürich 1929.

Oswald, Christoph

Analyse der Sorgfaltspflichtverletzung im vertraglichen wie ausservertraglichen Bereich, Zürich 1987, s.119.

Oppler, Peter

“Zur Pflicht des Auftragnehmers, seine Leistungen vor Beschädigung und Winterschäden zu schützen“, Festschrift für Walter Jagenburg zum 65. Geburtstag, München 2002, s. 714 vd.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin

“İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezaî şart (Gecikme Cezası) Kayıtları” GÜHFD, Haziran-Aralık 1999, Cilt 3, Sayı 1- 2, s. 65 vd.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin

Bankacılık İşlemlerinde Bankaların Müşterilerini Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara 2004.

Öktem, Seda

“Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi”, C. 80, S. 2006/5, s. 1952.

Önen, Turgut

Karşılıklı Borç Doğuran Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdüyle İlgili Genel Mahiyetteki Hükümler, Ankara 1975.

- Öz, Turgut** İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989.
- Öz, Turgut** İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2016.
- Özay, Merter** Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2006.
- Özdemir, Atalay** Özel Hukukta Paranın Değer Kaybının Giderimi, Ankara 2004.
- Özyörük, Sezer** İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borlar Kanununun 371. Maddesine Feshin Sonuçları, İstanbul 1988,
- Palandt Otto/**
- Bassenge, Peter v.d.** Palandt-Bürgerliches Gesetzbuch, BGB Kommentar, München 2015, (Bassenge, Palandt BGB Kommentar).
- Pause, Hans-Egon /**
- Vogel, Achim Olrik** Bauvertragsrecht, München 2011.
- Pause, Hans-Egon** ‘‘Welche Regeln der Technik sind für die Beurteilung der Mangelfreiheit massgeblich?’’ , Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, München 2010.
- Pedrazzini, Mario** ‘‘Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag’’, Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht, Siebenter Band, 1. Halband, Basel-Stuttgart 1977,

Peters, Frank/

Jacoby, Florian/

von Staudingers, Julius Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB-Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, Werkvertragsrecht, 15. Neubearbeitung, Berlin 2013. (Peters/Jacoby, Staudinger Kommentar).

Peters, Frank “Die Fälligkeit der Werklohnforderung“, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf 1986, s. 337 vd.(Peters, Werklohnforderung).

Peters, Frank “Die Vergütung des Unternehmers in den Fällen der §§ 643, 645, 650 BGB“, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf, 1990. s. 201 vd. (Peters, Vergütung).

Peters, Frank “Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2011/11, s. 641 vd. (Peters, NZBau 2011).

Peters, Frank “Die fehlerhafte Planung des Bestellers und ihre Folgen“, Neue Zeitschrift für Baurecht (NZBau) 2008/10, s. 609 vd., (Peters, NZBau 2008).

Piel, Rudolf “Zur Abgrenzung zwischen Leistungsänderung (§ 1 Nr.3,2 Nr. 5 VOB/B) und Behinderung (§ 6 VOB/B)“, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, s. 349 vd.

- Preussner, Mathias** “Die Pflicht zur Kooperation- und ihre Grenzen“, Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, s. 77 vd.
- Prütting, Hans/
Wegen, Gerhard/
Weinreich, Gerd** BGB Kommentar, 4. Auflage, Köln 2009 (Prütting/Wegen/Weinreich, BGB Kommentar).
- Putzier, Eckart** “Pro und Contra Pauschalpreisvertrag“, Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, S. 109 vd.
- Reister, Dirk** “Bauzeitnachträge nach § 2 Nr. 5 VOB/B, § 6 Nr. 6 VOB/B und § 642 BGB“, Festschrift für Rheinhold Thode zum 65. Geburtstag, München 2005, s. 125 vd.
- Reisoğlu, Sefa** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2011.
- Reisoğlu, Sefa** Hizmet Akdi, Mahiyeti Unsurları-Hükümleri, Ankara 1968.
- Riedl, Richard** “Einige Fragen der Risikozurechnung bei Bauverträgen im Verhältnis Auftraggeber-Auftragnehmer sowie bei verschiedenen Unternehmereinsatzformen“, Festschrift für Wolfgang Heiermann zum 60. Geburtstag, Wiesbaden und Berlin, 1997, s. 269 vd.
- Rümelin, Gustav** Dienstvertrag und Werkvertrag, Tübingen 1905.

- Seliçi, Özer** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978. (İnşaat)
- Seliçi, Özer** Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1976.
- Serozan, Rona** Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona** Taşınır Eşya hukuku, İstanbul 2007.
- Serozan, Rona** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Üçüncü Cilt., İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, İstanbul 2014.
- Serozan, Rona** “Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü”, (Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004).
- Saecker, F. Jürgen/**
- Rixecker, Roland/**
- Oetker, Hartmut** Münchener Kommentar, BGB, Band 4, Schuldrecht-BT 2, § § 611-704, 6. Auflage, München 2012. (Saecker/Rixecker/Oetker, Münchener Kommentar).
- Schenker, Franz** Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Dissertation Freiburg 1988.
- Schilder, Hendrik** Der Anspruch aus § 642 BGB –Grundlagen und Berechnung der zusaetzlichen Vergütung, Köln 2006.
- Schlechterin, Peter/**

- Schmidt-Kassel, Martin** Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 6. Völlig neubearbeitet Auflage, Tübingen, 2005. (Kisaca: Schlechterin/Kassel, Schuldrecht AT).
- Schmid, Jörg** ‘‘Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht’’, Norm und Wirkung, Festschrift für Wolfgang Wiegand zum 65. Geburtstag’’, München 2005.
- Schmalzl, Max** Die Auswirkung des § 278 BGB im Verhältnis des Bauherrn zu den anderen Baubeteiligten, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf, 1990., s. 225 vd.
- Schmidt, Reiner** Die Obliegenheiten, Karlsruhe 1953.
- Schmoeckel, Mathias** ‘‘100 Jahre BGB: Erbe und Aufgabe’’, NJW 1996, s. 1700 vd. (Schmoeckel, NJW 1996).
- Scheube, Jan** Die Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag- Obliegenheit oder Pflicht? Jena, 2004.
- Scheube, Jan** ‘‘Die Rechtliche Einordnung der Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag und ihre Folgen’’, Kappellmann/Vygen, Jahrbuch Baurecht 2006, s. 83 vd. (Scheube, Jahrb Baurecht 2006).

- Schraner, Marius** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Art. 68-96 OR, Die Erfüllung der Obligationen, Band V/1e-Das Obligationenrecht, 3. völlig neubearbeitete Auflage, Zürich 2000.
- Schulin, Hermann** “Schuldnerrechte bei vertragswidrigem Verhalten des Gläubigers, insbesondere bei Dienstleistungsobligationen”, Koller (Hrsg.) Haftung aus Vertrag, St. Gallen 1998.
- Schumacher, Reiner** Die Vergütung im Bauwerkvertrag: Grundvergütung-Mehrvergütung, Freiburg 1998, s. 582 vd.
- Schwarze, Torsten** Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, Berlin, 2003.
- Schwarze, Torsten** “Auswirkungen der bauvertraglichen Kooperationverpflichtung“, Baurecht (BauR) 6/2004, s. 895- 904. (Schwarze, BauR 6/2004).
- Schwenzer, Ingeborg** Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006 (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrech AT).
- Selimoğlu, Yaşar Engin** “Eser Sözleşmesi ve Kavramlar”, Prof. D. Faruk EREM’e Armağan, Ankara 1999. (Faruk Erem’e Armağan)
- Selimoğlu, Yaşar Engin** İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.

- Siegburg, Peter** “Zur Klage auf Abnahme einer Bauleistung“, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2000, s. 507 vd. (Siegburg, ZfBR 2000).
- Siegburg, Peter** “Baumängel aufgrund fehlerhafter Vorgaben des Bauherrn“, Festschrift für Hermann Korbion zum 60. Geburtstag am 18. Juni 1986, Düsseldorf 1986, s. 411 vd.
- Siegenthaler, Thomas** Die Maengelhaftung bei der Lieferung von Maschinen: nach schweizerischem Obligationenrecht und unter Berücksichtigung der Liefer- und Montagebedingungen des Vereins Schweizerischer Maschinen-Industrieller, Dissertation Freiburg, Zürich 2000.
- Stoffel, Mario** Die Submission nach schweizerischem Baurecht, Diss. Freiburg, Wintherthur 1981.
- Stoll, Heinrich** “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung“, **AcP** 136, s. 257.
- Soergel, Hans Teodor/**
- Siebert, Wolfgang,** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: 12. Auflage, Stuttgart 1990. (Soergel, BGB Kommentar §).
- Sonntag, Gerolf** “Die Abnahme im Bauvertrag“, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2009, s. 3084 vd. (Sonntag, NJW 2009).

- Soysal, Çiğdem** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin de Müteahhidin Teslim Borcunda Temerrüdünün Sonuçları, PARADOKS, Ekonomi, Sosyoloji ve Politika Dergisi, (e-dergi), <http://www.paradoks.org>
- Stauber, Demian** Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges, Staempfli Verlag, Bern 2009.
- Stöckli, Hubert** “Selbsthilfeverkauf eines Flugzeuges nach Abschluss der Wartungsarbeiten-Entscheid des Bundesgerichts 2. März 2010, BGE 136 III 178“, Baurecht (BR) 2010, s. 177 vd. (Stöckli, BR 2010).
- Strunk, Marcus Daniel** Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags –Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Annahmeverzug und ihrer historischen Entwicklung- Bonn 2008.
- Sungurbey, İsmet** “Müteahhidin Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapının Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Bir Ücret Ödenmesi Gerekir” Sayın Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’a Zorunlu Bir Yanıt, YHD, C. 5, S. 2, 1982, s. 173 vd.
- Sungurbey, İsmet** Medeni Hukuk Sorunları, Arsa Payı Karşılığında Kat Yapımı (İnşaat) Sözleşmesinin, Müteahhidin Borçlu Temerrüdüne Düşmesi Yüzünden Feshi ve Ölümüyle Sona Ermesi, C. 4, İstanbul 1999.

- Şahin, İrfan** Sözleşme Özgürlüğü ve Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008.
- Şahin, Turan** Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcu ve İfada Temerrüdü, Ankara 2012.
- Şenocak, Zarife** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Tandoğan, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt I/ 1, 5. Bası, İstanbul 1988
- Tandoğan, Haluk** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt II, Evrim Basım-Yayın-Dağıtım, İstanbul 1989.
- Tandoğan, Haluk** Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerinde Görüşler, BATİDER, C.11, S. 1, Y. 1981, s. 28-49.
- Tandoğan, Haluk** “Kamu Sektöründe İhaleye Çıkarılan İşlerde Fiyat Artırma veya Fesih Yetkisi Veren Kararnamelerin İdare ve Müteahhitler İçin Bağlayıcı Olup Olmadığı Sorunu”, BATİDER, Cilt XI, Sayı 1, Haziran 1981, s.51-65.
- Tandoğan, Haluk** “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırdedilmesi”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 311 vd.

Tekinay, Selahattin Sulhi /

Akman, Sermet /

Burcuoğlu, Haluk/

Altop, Atilla

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.

Tercier, Pierre

Les Contracts Speciaux, Schulthess Polygraphischer Verlag, 3. Editions, Zürich 1995.

Trachsel, Heriert

Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmaengeln, die Alleinverantwortlichkeit (Art. 369 OR) und die geteilte Gewährleistung, Dissertation St. Gallen 2007.

Tunçomağ, Kenan

Türk Borçlar Hukuku C. 2 Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.

Turan, Enis

İstisna Akdinde Ücretin Götürü Yöntemle Saptanması Ve Sonuçları, Yargıtay Dergisi, C. 8, S. 3-4, Temmuz-1982, s. 410-427.

- Turanboy, Asuman** Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, s. 154.
- Uçar, Ayhan** İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2009.
- Usta, Songül** “Eser Sözleşmesinin Konusu, Özellikleri ve Tarafları”, İBD., C.84, S.6, Y. 2010, s.3523.
- Uygur, Turgut** Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri, C. 5. Ankara 1993.
- Uygur, Turgut** Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Birinci Cilt, Ankara 1997, (İnşaat Hukuku).
- Uygur, Turgut** İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, Cilt: I, 1. Bası, Adil Yayınevi, Ankara 1998.
- Üçer, Mehmet** Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007.
- Weber, Rolf H.** Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmung 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109, Bern 2000.
- Voit, Wolfgang** “Der antizipierte Vertragsbruch und seine Auswirkungen im Baurecht“, Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, München 2010, s. 225 vd.

- Von Craushaar, Götz** “Risikotragung bei mangelhafter Mitwirkung des Bauherrn“, Baurrecht (BauR) 1987 Heft 1, s. 14 vd. (v. Craushaar, BauR 1987).
- Von Craushaar, Götz** “Die Rechtsprechung zu Problemen des Baugrundes“, Festschrift für Horst Locher zum 65. Geburtstag am 20. Oktober 1990, Düsseldorf, 1990, s. 9 vd. (v. Craushaar, Rechtsprechung zu Problemen des Baugrundes).
- Von Craushaar, Götz** “Der Vorunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftraggebers“, Festschrift für Klaus Vygen zum 60. Geburtstag, Düsseldorf 1999. s. 154 vd. (Kısaca: v. Craushaar, Festschrift für Klaus Vygen).
- Von Gehlen, Hans** “Haftung des Auftraggebers bei einem durch seinen Vorunternehmer verursachten Baustillstand-zugleich Anmerkungen zu den Urteilen des BGH vom 21.10.1999 – VII ZR 185/98 und vom 13.01.2000 – VII ZR 38/99“, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2000, s. 291 vd. (v. Gehlen, ZfBR 2000).
- Von Thur, Andreas/
Escher, Arnold** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Band I, Zürich 1974.
- Vygen, Klaus** Bauvertragsrecht nach VOB und BGB, 2. Auflage, Wiesbaden/Berlin 1991.

- Vygen, Klaus** “Behinderungen des Auftragnehmers und ihre Auswirkungen auf die vereinbarte Bauzeit“, Baurecht (BauR) 1983 Heft 3, s. 210 vd. (Vygen, BauR 1983).
- Vygen, Klaus** “Der Entschädigungsanspruch gemäß § 6 Nr. 6 Satz 2 VOB/B (2006), in: Vom Bau-SOLL zum Bau-IST“, Festschrift für Klaus Dieter Kapellmann zum 65. Geburtstag, Köln, 2007. s. 223. (Vygen, Entschädigungsanspruch).
- Walter, Hans Peter** “Auf dem Weg zum Schuldverhaeltnis”, recht 2005, s. 73 vd.
- Wieacker, Franz** Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung, Frankfurt a. M.
- Weber, Rolf H.** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 68-96 OR, Band VI (Das Obligationenrecht) 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen) 4. Teilband (Die Erfüllung der Obligationen) 2. Auflage, Bern 2005.
- Weber, Rolf H.** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Artikel 97-109 OR, Band VI (Das Obligationenrecht) 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen) 5. Teilband (Die Folgen der Nichterfüllung) Bern 2000.
- Wertheimer, Frank** Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen, JuS 1993, s. 650 vd.

Werner, Ulrich/

Pastor, Walter

Der Bauprozess, 15. Auflage, Köln 2015
(Werner/Pastor: Der Bauprozess).

Werz, Jean Claude

Delay in Construction Contracts, Dissertation,
Freiburg 1994.

Yakuppur, Sendi

Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinde
Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim
Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009.

Yalçınduran, Türker

Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara
2000.

Yavuz, Cevdet

Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler,
Yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2007.

Yavuz, Nihat

Eser ve Hizmet Sözleşmesi, Eski ve Yeni Türk
Borçlar Kanununun Getirdikleri, İstanbul 2011.

Yener, Mehmet Deniz

Yener, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba
Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları,
EÜHFD., C.IV, S.1, Y.2009, s.158.

Yücer, Zeynep İpek

Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme
ve Bildirim Külfetleri, Doktora Tezi, Ankara
2012.

Yıldırım, Ayça Akkayan

“Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde
Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa
Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona
Ermenin Etkileri”, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a
Armağan, Vedat Yayıncılık, İstanbul 2004, (s.49-
86).

- Yıldırım, Zeynep** Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sözleşmeden Dönmesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.
- Zeltner, Urs** Die Mitwirkung des Bauherrn bei Erstellung des Bauwerkes, Freiburg, 1993.
- Zevkliler, Aydın/**
- Havutçu, Ayşe** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2007.
- Ziegler, Thomas** ‘‘Zu den Pflichten des Bauherrn und seinem Mitverschulden bei der Planung des Bauvorhabens und der Überwachung der bauausführenden Unternehmer‘‘, Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht (ZfBR) 2003, s. 523 vd. (Ziegler, ZfBR 2003).
- Zimmerli, Ulrich** Die Baubewilling: Bedingung und Auflage, Band 2, BRT 1983, s. 7 vd.

ÖZ GEÇMİŞ

1978 yılında Almanya’da doğdum. Hukuk lisans eğitimimi, 2002 yılında Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde 75,16 mezuniyet ortalaması ile tamamladım. Yüksek lisans eğitimimi, özel hukuk ve kamu hukukunda çift anadalda Albert Ludwig Universitaet Freiburg i. Br.’da ‘‘Magna Cum Laude’’ başarı derecesi ile 2006 yılında tamamladım. Yüksek lisans eğitimi kapsamında ‘‘Leasing sözleşmesinde leasing alanın ayıplı mal tesliminde Alman ve Türk Hukukuna Göre Korunması’’ isimli tezi hazırladım. Askerlik görevimi, Bolu Askerlik Şubesi Başkanı Vekili olarak 2007 yılında tamamladım. İngilizce ve Almancaya profesyonel düzeyde vakıfım. 2008 yılından beri İstanbul-Zincirlikuyu’da serbest avukatlık yapmaktayım.