



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Osman Levent ÖZAY

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞSAHİBİNİN ALACAKLI SIFATIYLA TEMERRÜDÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2020



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Osman Levent ÖZAY

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞSAHİBİNİN ALACAKLI SIFATIYLA TEMERRÜDÜ

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2020

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Osman Levent ÖZAY'ın bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Prof. Dr. Şahin AKINCI (İmza)

Üye : Doç. Dr. Süleyman YILMAZ (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Agâh Kürşat KARAUZ (İmza)

Tez Başlığı: Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 10/07/2020

Mezuniyet Tarihi : 06/08/2020

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerkere uygun bir biçimde tarafımca yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Osman Levent ÖZAY





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Osman Levent ÖZAY
Öğrenci Numarası	20145226004
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Alacaklı Sıfatıyla Temerrüdü
Turnitin Ödev Numarası	1362699193

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam sayfalık kısmına ilişkin olarak, .../...../..... tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 9

alıntılar dahil %12'dir.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR CETVELİ.....	viii
ÖZET	xii
SUMMARY	xiii
TEŞEKKÜR.....	xiv
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE ALACAKLI TEMERRÜDÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. Eser Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler.....	6
1.1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı	6
1.1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	6
1.1.2.1. Eser	7
1.1.2.2. Meydana Getirme	13
1.1.2.3. Bedel.....	16
1.1.2.4. Anlaşma	17
1.1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları	17
1.1.3.1. İşsahibi.....	18
1.1.3.2. Yüklenici	20
1.1.4. Eser Sözleşmesinde Tarafların Borçları	21
1.1.4.1. İşsahibinin Borçları	21
1.1.4.2. Yüklenicinin Borçları	22
1.2. Alacaklının Temerrüdü Hakkında Genel Bilgiler	23
1.2.1. Genel Olarak.....	23
1.2.2. Tarihi Gelişimi.....	24
1.2.3. Alacaklının Temerrüdünün Karşılaştırmalı Hukukta Düzenlenişi	27
1.2.3.1. Alman Hukuku	27
1.2.3.2. İsviçre Hukuku	28
1.2.3.3. Fransız Hukuku	30
1.2.3.4. Avusturya Hukuku.....	31
1.2.3.5. İngiliz Hukuku.....	31
1.2.3.6. Uluslararası Düzenlemelerde.....	32
1.2.4. Alacaklının Temerrüdünün Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması	34

1.2.4.1. Borçlunun Temerrüdü.....	34
1.2.4.2. Gereği Gibi İfa Etmeme	37
1.2.4.3. İfa İmkânsızlığı.....	38
1.2.4.4. Ödemezlilik Defi.....	43
1.2.5. Alacaklının Temerrüdünün Hukuki Niteliği	44
1.2.5.1. Genel Olarak.....	44
1.2.5.2. Doktrindeki Görüşler	44
1.2.5.2.1. Genel Olarak.....	44
1.2.5.2.2. Külfet Görüşü	45
1.2.5.2.2.1. Külfet Kavramı.....	45
1.2.5.2.2.2. Külfete İlişkin Doktrindeki Görüşler	46
1.2.5.2.2.3. Alacaklı Temerrüdünün Külfet İhlali Niteliği.....	51
1.2.5.2.3. Yükümlülük Görüşü	53
1.2.5.2.4. Hak Görüşü.....	57
1.2.5.2.5. Karma Görüş	57
1.2.5.3. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	58
1.2.6. Alacaklının Temerrüdünün Şartları.....	61
1.2.6.1. Ön Şart: Borç İlişkisi	62
1.2.6.2. Borca İlişkin Şartlar.....	63
1.2.6.2.1. İfa Edilebilir Olma.....	63
1.2.6.2.2. Mümkün Olma.....	64
1.2.6.3. Borçluya İlişkin Şartlar.....	64
1.2.6.3.1. İfaya Hazır Olma	64
1.2.6.3.2. İfa Teklifi.....	67
1.2.6.4. Alacaklıya İlişkin Şartlar	70
1.2.6.4.1. Alacaklının Yerine Getirmesi Gerekli Bir Davranışın Bulunması.....	70
1.2.6.4.2. Kaçınma.....	73
1.2.6.4.3. Haklı Sebebin Bulunmaması	76
1.2.7. Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları.....	77

İKİNCİ BÖLÜM

İŞSAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

2.1. Borç Bakımından Şartlar	82
2.1.1. Borcun İfa Edilebilir Olması	82

2.1.2. Borcun Mümkin Olması	83
2.2. İşsahibi Bakımından Şartlar.....	84
2.2.1. İşsahibinin Alacaklı Temerrüdüne Sebep Olan Davranışlarının Varlığı.....	84
2.2.1.1. Genel Olarak.....	84
2.2.1.2. İşsahibinin Davranışlarının Hukuki Niteliği.....	86
2.2.1.2.1. Genel Olarak.....	86
2.2.1.2.2. Külfet Görüşü	87
2.2.1.2.3. Yükümlülük Görüşü	88
2.2.1.2.4. Karma Görüş	89
2.2.1.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	90
2.2.1.3. İşsahibinin Davranışlarının Türleri.....	94
2.2.1.3.1. Kaynağına Göre	95
2.2.1.3.2. Davranışın Konusuna Göre	95
2.2.1.3.3. Gerçekleştiren Kişiye Göre	96
2.2.1.3.4. Yapılacağı Yere Göre	98
2.2.1.3.5. Yapılacağı Zamana Göre	99
2.2.2. İşsahibinin Davranıştan Kaçınması	100
2.2.2.1. Genel Olarak.....	100
2.2.2.2. Hazırlık Fiillerinden Kaçınma	102
2.2.2.2.1. Hazırlık Fiilleri	102
2.2.2.2.2. Kaçınma.....	105
2.2.2.2.2.1. Hiç Yerine Getirmeme	105
2.2.2.2.2.2. Geç Yerine Getirme.....	108
2.2.2.2.2.3. Eserin Meydana Getirilmesi Faaliyetinin Engellenmesi	111
2.2.2.3. İfanın Kabulünden Kaçınma.....	112
2.2.2.3.1. Genel Olarak.....	112
2.2.2.3.2. Teslim ve Kabul	112
2.2.2.3.2.1. Teslim ve Teslim Alma Kavramı	112
2.2.2.3.2.2. Kabul Kavramı	115
2.2.2.3.2.3. Değerlendirme	117
2.2.2.3.2.4. Teslimin Gerçekleşmesi	123
2.2.2.3.2.4.1. Taşınır Eserlerde	123
2.2.2.3.2.4.2. Taşınmaz Eserlerde	125
2.2.2.3.2.4.3. Fikrî Eserlerde	127

2.2.2.3.2.4.4. Bağımsız Maddi Varlığı Olmayan Eserlerde	127
2.2.2.3.3. Ayıplı ve Eksik Eserlerin Teslimi	128
2.2.2.3.4. Kabulden Kaçınma	133
2.2.2.3.4.1. Yüklenicinin Hâkimiyetindeki Eserlerde	133
2.2.2.3.4.2. İş sahibinin Hâkimiyetindeki Eserlerde	137
2.2.2.3.4.3. Tarafların Teslim ve Kabule İlişkin Anlaşma Yaptığı Hallerde	138
2.2.2.3.5. Kabul Sonrası Davranışlardan Kaçınma.....	140
2.2.2.4. Kısmi Alacaklı Temerrüdü	141
2.2.2.5. Kaçınmanın Borçlu Temerrüdü Oluşturması	143
2.2.3. Kaçınmanın Haklı Sebebe Dayanmaması	145
2.3. Yüklenici Bakımından Şartlar	147
2.3.1. Genel Olarak.....	147
2.3.2. İfaya Hazır Olma	147
2.3.3. İfa Teklifi.....	149
2.3.4. Bildirim Yükümlülüğü	154

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞ SAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM ve SONUÇLARI

3.1. Yüklenicinin Edim Yükümlülüğü Bakımından Sonuçları	160
3.1.1. Genel Olarak.....	160
3.1.2. Edim Yükümlülüğünden Kurtulma Bakımından.....	160
3.1.2.1. Tevdi Hakkı	160
3.1.2.1.1. Genel Olarak.....	160
3.1.2.1.2. Tevdinin Şartları.....	161
3.1.2.1.2.1. Tevdi Eden ve Edilen Kişi.....	161
3.1.2.1.2.2. Tevdi Konusu	162
3.1.2.1.2.3. Tevdi Yeri ve Zamanı.....	164
3.1.2.1.2.4. Hâkimin Kararı.....	165
3.1.2.1.3. Tevdinin Hukuki Sonuçları	166
3.1.2.1.3.1. Yüklenici ve Tevdi Yeri Bakımından	166
3.1.2.1.3.2. İş sahibi ve Tevdi Yeri Bakımından.....	167
3.1.2.1.3.3. Yüklenici ve İş sahibi Bakımından	169
3.1.2.1.4. Tevdinin Geri Alınması.....	172
3.1.2.2. Satma Hakkı	174

3.1.2.2.1. Genel Olarak.....	174
3.1.2.2.2. Şartları	175
3.1.2.2.2.1. Satma Hakkını Kullanan Kişi.....	175
3.1.2.2.2.2. Satma Hakkının Konusu.....	175
3.1.2.2.2.3. Satma Hakkının Yeri ve Zamanı	178
3.1.2.2.2.4. Hâkimin Kararı.....	179
3.1.2.2.2.5. İşsahibine İhtar	180
3.1.2.2.2.6. Açık Artırma ile Satış.....	182
3.1.2.2.3. Hukuki Sonuçları.....	182
3.1.2.3. Dönme/Fesih Hakkı.....	184
3.1.2.3.1. Genel Olarak.....	184
3.1.2.3.2. Şartları	188
3.1.2.3.2.1. Alacaklı Temerrüdü.....	188
3.1.2.3.2.2. Süre Verilmesi	191
3.1.2.3.2.3. Sözleşmenin Başka Bir Sebeple Sona Ermemiş Olması (TBK m. 484)	193
3.1.2.3.2.4. İşsahibinin Davranışının Asli Edim Yükümlülüğüne İlişkin Olması... ..	196
3.1.2.3.2.5. Fesih Hakkını Kullanmaktan Feragat Edilmemiş Olması	197
3.1.2.3.3. Sonuçları.....	197
3.1.2.3.3.1. Genel Olarak.....	197
3.1.2.3.3.2. Sona Ermenin İleriye Etkisi	198
3.1.2.3.3.3. Sona Ermenin Geçmişe Etkisi	198
3.1.2.3.3.3.1. Yapılan İşin Değeri	199
3.1.2.3.3.3.1.1. Götürü Bedelde	201
3.1.2.3.3.3.1.2. Değere Göre Bedelde	202
3.1.2.3.3.3.1.3. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde.....	205
3.1.2.3.3.3.2. Değere Girmeyen Giderler	206
3.1.2.3.3.4. Tazminat Talebi.....	209
3.1.2.3.4. Kısmi Fesih.....	214
3.1.2.4. Davranışın Yüklenici Tarafından Yerine Getirilmesi	215
3.1.3. Edime İlişkin Sorumluluk Bakımından	218
3.1.3.1. Hasar Bakımından	218
3.1.3.2. Yüklenicinin Sorumluluğunun Hafiflemesi.....	222

3.1.3.3. Yüklenicinin Borçlu Temerrüdü.....	224
3.2. Yüklenicinin Malvarlığı Eksilmelerine İlişkin Talepleri Bakımından Sonuçları....	226
3.2.1. Yüklenicinin, İş sahibinin Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Ortaya Çıkabilecek Malvarlığı Eksilmeleri.....	226
3.2.1.1. Genel Olarak.....	226
3.2.1.2. Alacaklı Temerrüdünün Türüne Göre	227
3.2.1.2.1. Kabul Temerrüdünde.....	227
3.2.1.2.2. Hazırlık Fiilleri Temerrüdünde.....	228
3.2.1.3. Ek Gider.....	230
3.2.1.3.1. Gider Kavramı	230
3.2.1.3.2. Giderlere İlişkin Şartlar	234
3.2.1.3.2.1. İlliyet Bağı.....	234
3.2.1.3.2.2. Sözleşmeyle İlgili Olma	235
3.2.1.3.3. Giderlerin Kapsamı.....	236
3.2.1.4. Diğer Malvarlığı Eksilmeleri.....	240
3.2.1.4.1. Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk	240
3.2.1.4.2. Yoksun Kalınan Kâr	240
3.2.2. Yüklenicinin Talepleri.....	240
3.2.2.1. Genel Olarak.....	240
3.2.2.2. Alacaklı Temerrüdüne Dayalı Ek Gider Talebi.....	241
3.2.2.3. İş sahibinin Hazırlık Fiillerinde Temerrüdüne Dayalı Ek Bedel Talebi.....	245
3.2.2.3.1. Genel Olarak.....	245
3.2.2.3.2. Hukuki Niteliği.....	245
3.2.2.3.2.1. Doktrindeki Görüşler.....	245
3.2.2.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler.....	247
3.2.2.3.2.2.1. Alman Hukuku (BGB §642)	247
3.2.2.3.2.2.2. Avusturya Hukuku (ABGB §1168).....	249
3.2.2.3.2.3. Görüşümüz	250
3.2.2.3.3. Şartları	251
3.2.2.3.3.1. Bedelin Götürü Belirlendiği Geçerli Bir Eser Sözleşmesi	251
3.2.2.3.3.2. Hazırlık Fiillerinde Temerrüt	252
3.2.2.3.3.3. Aksine Anlaşma Olmaması	252
3.2.2.3.3.4. Yüklenicinin Sorumluluğunun Bulunmaması	254
3.2.2.3.4. Kapsamı	254

3.2.2.3.4.1. Gerekli ve Özen Borcuna Uygun Nitelik	254
3.2.2.3.4.2. Fiilen Yapılan Giderlere İlişkin Olma.....	255
3.2.2.3.5. Hesaplama	256
3.2.2.3.5.1. Değere Göre Bedelde	256
3.2.2.3.5.2. Götürü Bedelde.....	259
3.2.2.3.6. İspat	261
3.2.2.3.7. Zamanaşımı	262
3.2.2.4. Tazminat	263
3.3. İşsahibinin Bedel Ödeme Yükümlülüğü Bakımından Sonuçları.....	267
3.3.1. Eser Sözleşmesinin İfasında Sıra.....	267
3.3.1.1. Genel Olarak.....	267
3.3.1.2. İşsahibinin Alacaklı Temerrüdünün İfa Sırasına Etkisi.....	268
3.3.1.2.1. Hazırlık Fiillerinde Temerrütte.....	268
3.3.1.2.2. Kabul Temerrüdünde	271
3.3.2. İşsahibinin Bedel Borcunun Muacceliyeti.....	272
3.3.2.1. Genel Kural (TBK m. 479/I)	272
3.3.2.2. Kısmi İfa (TBK m. 479/II)	273
3.3.2.3. Anlaşma	276
3.3.2.4. Ayıplı ve Eksik Eser Tesliminde	279
3.3.2.5. Sözleşmenin Feshinde	280
3.3.3. İşsahibinin Ödemezlik Def'i İleri Sürememesi	281
3.3.3.1. Genel Olarak.....	281
3.3.3.2. Kabul Temerrüdünde	282
3.4. Sözleşme Süresi Bakımından Sonuçları	284
3.4.1. Genel Olarak.....	284
3.4.2. Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşme Süresinin Uzaması	286
3.4.2.1. Sözleşmede Düzenlemenin Bulunmadığı Hallerde	286
3.4.2.2. Sözleşmede Düzenlemenin Bulunduğu Hallerde	287
SONUÇ	290
KAYNAKÇA.....	297
ÖZGEÇMİŞ	324

KISALTMALAR CETVELİ

a.g.e.	: Adı geçen eser
ABGB	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch vom 1 Juni 1811 (Avusturya Medeni Kanunu)
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
AJP	: Aktuelle Juristische Praxis
AK	: Alternativkommentar
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel (Madde)
Aufl.	: Auflage
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BauR	: Zeitschrift für das gesamte öffentliche und private Baurecht
BB	: Betriebs-Berater
BBi	: Bundesblatt
Bd.	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch vom 18 August 1896 (Alman Medeni Kanunu)
BGE	: Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (İsviçre Federal Mahkeme Kararları)
BGer	: Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts (in der amtlichen Sammlung nicht publiziert) (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı-Resmi Koleksiyonda Yayınlanmamış)
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes In Zivilsachen, amtliche Sammlung
BiGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BJM	: Basler Juristische Mitteilungen
BK	: Berner Kommentar
Bkz.	: Bakınız
BR	: Baurecht
BRT	: Schweizerische Baurechtstagung

BSK	: Basler Kommentar
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
BÜHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CC	: Code Civil des Français (Fransız Medeni Kanunu)
CHK	: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht
CISG	: Convention on the International Sale of Goods (Viyana Satım Sözleşmesi)
Çev.	: Çeviren
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: Devlet İhale Kanunu
Diss.	: Dissertation (Doktora Tezi)
dn.	: Dipnot
E-OR	: Entwurf des OR (İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı)
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Einl.	: Einleitung
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
f.	: fıkra
FS	: Festschrift
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
H.	: Heft
Halbbd.	: Halbband
HD.	: Hukuk Dairesi
HGB	: Handelsgesetzbuch vom 10 Mai 1897 (Alman Ticaret Kanunu)
HGer	: Urteil eines Handelsgericht
Hrsg.	: Herausgeber
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFD	: İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
JuS	: Juristische Schulung
JZ	: Juristen Zeitung
K.	: Karar
Krş.	: Karşılaştırınız
KuKo	: Kurzkommentar
LHD	: Legal Hukuk Dergisi
m.	: madde
MÜHF- HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-Hukuk Araştırmaları Dergisi
MüKo	: Münchener Kommentar
N.	: Kenar numarası
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NK	: Nomos Kommentar
NZBau	: Neue Zeitschrift für Baurecht
OFK	: Orell-Füssli Kommentar
OGK	: Online Großkommentar
OK	: Online Kommentar
OR	: Schweizerisches Obligationenrecht
OR AT	: Allgemeiner Teil des OR (Art. 1-183)
OR BT	: Besonderer Teil des OR, Art. 184-551
PraxKo	: Praxis Kommentar
PWW	: Prütting/Wegen/Weinreich
Recht	: Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RG	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SIA	: Schweizerische Ingenieur- und Architekten Verein
SIA-Norm 118	: Allgemeine Bedingungen für Bauarbeiten, Ausgabe 2013
SJZ	: Schweizerische Juristenzeitung
SPR	: Schweizerische Privatrecht
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

Teilbd.	: Teilband
THD	: Terazi Hukuk Dergisi
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UNIDROIT	: International Institut for the Unification of Private Law
vd.	: ve devamı
VOB	: Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOB/A	: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen
VOB/B	: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen
Vor.	: Vorbemerkung
Vorbem.	: Vorbemerkungen
Y.	: Yıl
YHD	: Yasa Hukuk Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZfBR	: Zeitschrift für deutsches und internationales Baurecht
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZH	: Kanton Zürich
ZK	: Zürcher Kommentar
ZPO	: Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19 Dezember 2008

ÖZET

Eser sözleşmesi ile yüklenici bedel karşılığında iş sahibine eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi borçlanır. Yüklenicinin bu borçlarını ifa edebilmesi genellikle iş sahibinin de aktif biçimde sürece katılmasına bağlıdır. Öyle ki, iş sahibi bu davranışları yerine getirmediği sürece yüklenici borcunu ifa edemez. Yüklenicinin ifasını ilgilendiren bu davranışların iş sahibi tarafından yerine getirilmemesi halinin incelenmesi önem arz etmektedir. İş sahibinin söz konusu katılım faaliyetlerinden kaçınması Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde alacaklı temerrüdü (TBK m. 106-110) kapsamında düzenlenmiştir. Buna karşılık, iş sahibinin alacaklı temerrüdüyle ilgili eser sözleşmesi kısmında ise herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu çalışmanın konusu, iş sahibinin alacaklı temerrüdüdür. Çalışmada, iş sahibinin alacaklı temerrüdü için gerekli olan şartlar tespit edilmiş ve incelenmiştir. Bu kapsamda, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışlarının hukuki niteliği belirlenmeye çalışılmış ve Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği sistematığın eser sözleşmesine uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir. Çalışmada ayrıca iş sahibinin alacaklı temerrüdünün, yüklenicinin ve iş sahibinin edim yükümlülüklerine olan etkisi de incelenmiştir. İş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin uğradığı malvarlığı eksilmeleri ve bunların ne şekilde karşılanacağı da tespit edilmiştir. Bu incelemeler yapılırken iş sahibinin alacaklı temerrüdü bakımından tamamlanması gereken boşluklar tespit edilmiş ve bunların ne şekilde doldurulacağı da açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Alacaklı Temerrüdü, İş sahibi, Hazırlık Fiilleri, Teslim, Kabul.

SUMMARY
CREDITOR DEFAULT OF THE CUSTOMER IN THE CONTRACT FOR WORK
AND SERVICES

Through the contract for work, the contractor undertakes to produce and delivery a work and the customer to pay remuneration. The contractor's ability to fulfill these debts generally depends on the active involvement of the customer. Such that the contractor cannot fulfill his debt unless the customer has carried out these incumbents. It is important to examine if these involvement related to the performance of the contractor are not followed by the customer. The avoidance of the participation activities of the customer is regulated under the default of obligee in the general provisions of the Turkish Code of Obligations (TCO Art. 106-110). On the other hand, there is no regulation in the contract for work and services section regarding the creditor's default. The subject of this study is the creditor default of the customer. In the study, the necessary conditions for the creditor default of the owner were determined and examined. In this context, the legal nature of the involvement of the customer has been tried to be determined and whether the systematic in the Turkish Code of Obligations complies with the work and services contract. The study also examined the effect of the creditor's default on the performance obligations of the contractor and the customer. It was also determined that due to the creditor's default, the contractor's wealth were reduced and how they could be requested. While making these examinations, the legal gaps that should be completed in terms of the creditor default of the customer were determined and how they would be filled was also explained.

Keywords: Contract for work and services, Default of obligee, The customer, Preparations, Accept performance, Delivery.

TEŞEKKÜR

Bu çalışma, Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu (TÜBİTAK) “2214/A Doktora Sırası Araştırma Burs Programı” kapsamında desteklenmiştir. Bu sayede çalışmanın büyük bir bölümü 28.11.2018-28.09.2019 tarihlerinde Hamburg’ta bulunan Max Planck Karşılaştırmalı ve Uluslararası Hukuk Enstitüsü’nde (Max Planck Institut für ausländisches und internationales Privatrecht) gerçekleştirilmiştir. Enstitü’de araştırma imkanı sağlayan Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Reinhard Zimmermann’a ve çalışmayı desteğe layık gören TÜBİTAK’a çok teşekkür ederim.

Osman Levent ÖZAY

Antalya, 2020

GİRİŞ

A. Konunun Takdimi, Önemi, Sınırlandırılması

1. Konunun Takdimi

Eser sözleşmesi, yüklenicinin iş sahibine bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi, iş sahibinin ise, bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği iş görme sözleşmesidir. Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan iş görme sözleşmeleri içinde edim sonucunun borçlanıldığı tek sözleşme olması sebebiyle eser sözleşmesinin uygulama alanının sınırlandırılabilmesi mümkün değildir. Özellikle günümüzün ekonomik sistemi ve gelişen teknoloji de göz önüne alındığında edim sonucunun borçlanıldığı sözleşmelerin önemi daha iyi anlaşılır. Bu uygulama sıklığı, tabii olarak hukuk doktrinde de karşılığını bulmuş ve eser sözleşmesi birçok yönden çok sayıda çalışmanın konusu olmuştur.

Eser sözleşmesinde edim sonucunu gerçekleştiren ve böylece sözleşmenin aktif tarafını oluşturan kişi yüklenicidir. Bu sebeple, eser sözleşmesi genellikle yüklenici perspektifinden ve yüklenicinin taahhüt edilen sonucu gereği gibi meydana getirememesi yönlerinden incelenmiştir. Nitekim kanun koyucu da eser sözleşmesiyle ilgili düzenlemelerinde (TBK m. 479, 483), sonucun teslimine kadarki sürecin rizikosunu yükleniciye bırakmıştır. Oysa, eser sözleşmesinin bir diğer önemli özelliği de, taahhüt edilen sonucun iş sahibinin ihtiyaçlarına ve isteğine göre şekillenmesidir. Bu durum ise, iş sahibinin genellikle sözleşmenin kurulduğu andan sonuca ulaşana kadar sürece aktif katılımını gerektirir. Öyle ki, bu katılım gerçekleşmediğinde, yüklenici eseri meydana getirememekte ve böylece sözleşmenin ilk aşaması olan meydana getirme süreci adeta tıkanmaktadır. Aynı şekilde, iş sahibinin eseri teslim almadığı veya ifa olarak kabul etmediği hallerde de ifa süreci engellenmektedir. İlk bakışta, karşılıklı borç yükleyen sözleşmenin tarafını oluşturan alacaklı ve borçlu sıfatına sahip iş sahibinin, ahde vefa ilkesi kapsamında bu katılımı, başka bir deyişle sözleşmenin ifası için gereken işbirliğini sağlamaması, sözleşmeye aykırılık görünümündedir. Bu durum da, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen m. 112 ve devamına göre, yüklenicinin çeşitli yollara başvurabileceği sonucuna götürmektedir. Ancak, Türk hukuku ve genel itibarıyla Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerine bakıldığında, sözleşme konusunun alacaklı tarafından kabul edilmesinin ve daha geniş anlamda alacaklının sözleşmenin ifasıyla elde edeceği menfaate ilişkin davranışlarının alacaklı temerrüdü müessesesi altında düzenlendiği görülmektedir. Borçlu temerrüdüyle karşılaştırılan ve borçluyu yeterince korumadığı eleştirilerinin odağını oluşturan alacaklı temerrüdü, Türk Borçlar Kanunu'nda "*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*" ayrımı yerine "*Borçların İfası*"nda düzenlenen ve borçluya,

alacaklının davranışına ilişkin aynen ifa ve (açıkça) tazminat hakkının tanınmadığı bir müessese olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir deyişle, işsahibinin sözleşmenin ifası için yerine getirmesi gereken davranışlardan kaçınması, kural olarak alacaklı temerrüdüne sebep olmaktadır ve bu sonuçlar içerisinde yükümlülük ihlaline bağlanan sonuçlar yer almamaktadır.

Kanun koyucunun getirdiği sistematığın, işsahibinin alacaklı temerrüdü durumunda yükleniciyi yeterince koruyamayacağı ve geniş anlamda borç ilişkisinde alacaklının da yükümlülüklerle sahip olacağı kabul edilmektedir. Buna dayanarak işsahibinin alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlarının da yükümlülük niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Bu fikir, özellikle meydana getirme faaliyetlerinin uzun sürdüğü ve farklı sayıda süjenin dâhil olduğu inşaat sözleşmesi gibi karmaşık yapıdaki eser sözleşmeleri bakımından doktrinde daha fazla taraftar bulmaktadır. Tabii olarak, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde tarafların açıkça veya zımnen işsahibinin davranışlarını bu nitelikte düzenlemeleri ve yüklenicinin de sonucun meydana getirilmesinde hukuken korunması gereken bir menfaatinin bulunduğunu kabul etmeleri mümkündür. Ancak, eser sözleşmesi bakımından ileri sürülen bu fikrin hakkaniyete uygunluğunun yanı sıra, kanun koyucunun getirdiği sistematik çerçevesinde de değerlendirilmesi şarttır. Bu ise, ancak işsahibinin alacaklı temerrüdünün ve meydana getirdiği sonuçların incelenbilmesiyle mümkündür. Nitekim, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi hükümlerinde işsahibinin işbirliği veya eseri teslim alma borcundan, taşınır satış sözleşmesinin aksine (TBK m. 232), bahseden açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun aksine, işsahibinin sözleşmeyi istediği zaman feshedebileceğine (TBK m. 484), işsahibinden kaynaklanan sebeplerle eserin yok olduğu veya imkânsızlaştığı durumlarda, yüklenicinin kural olarak o ana kadar yaptığı işin karşılığının ödeneceğine (TBK m. 483, 485) yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ışığında, hukuk dogmatığının konuyu ne şekilde nitelendirdiği ve bu nitelendirmenin yükleniciyi gerçekten koruyup korumadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

İşsahibinin yerine getirmesi gereken işbirliği davranışlarından kaçınmasına alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümler uygulanacağından bu çalışmanın konusu olarak işsahibinin alacaklı temerrüdü seçilmiştir. Çalışmanın birinci bölümünde, öncelikle eser sözleşmesi üzerinde kısaca durulmuştur. Ardından alacaklı temerrüdü hakkında genel bilgiler verilmiş ve kanun koyucunun alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlarının ve dolayısıyla ihlalin hangi hukuki niteliğe sahip olduğu ve müessesenin şartlarından ne anlaşılması gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümü, işsahibinin alacaklı temerrüdünün eser sözleşmesinde ne şekilde meydana geleceğine ilişkindir. Bu kapsamda, alacaklı temerrüdü bakımından gerekli şartlar eser sözleşmesi özelinde incelenmiştir. Bu bölümde, alacaklı temerrüdüne sebep olan davranışların sınıflandırılması, TBK m. 106'da yer alan kaçınma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ve eser sözleşmesinde kullanılan teslim ve alacaklı temerrüdü anlamında kabul tespit edilmeye çalışılmıştır. Çalışmanın inşaat sözleşmeleri yerine eser sözleşmelerinin tamamına ilişkin olması sebebiyle davranışlar ve kaçınma halleri somut davranışlar üzerinden değil, Türk Borçlar Kanunu sistematüğinden de ayrılmamak adına hazırlık fiilleri ve kabul çerçevesinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur. Bu bölümde, öncelikle işsahibinin alacaklı temerrüdünün yüklenicinin edim yükümlülüğüne etkisi incelenmiştir. Bu kapsamda, alacaklı temerrüdü ile borcundan kurtulamayan borçluya genel hükümlerde tanınan imkânların, eser sözleşmesinde nasıl sonuçlar doğuracağı üzerinde durulmuştur. Eser sözleşmesinin hem yapma hem de teslim borcu içermesi sebebiyle borçluya alacaklı temerrüdü çerçevesinde tanınan tevdi, satış ve sözleşmeden dönme hakları üzerinde durulmuştur. Ardından, alacaklı temerrüdünün eser sözleşmesindeki hasar düzenini nasıl etkilediği ve yüklenicinin edim sonucuna ilişkin sorumluluğu ile yüklenicinin borçlu temerrüdüne olan etkisi incelenmiştir. Daha sonra, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle yüklenicinin uğradığı malvarlığı eksilmeleri inceleme konusu yapılmış ve işsahibinin alacaklı temerrüdüyle yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı giderler ve uğradığı zararlar için yükleniciye ne gibi taleplerin tanınması gerektiği üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda, Türk Borçlar Kanunu'nda gerçek bir boşluğun olup olmadığı ve bunun ne şekilde doldurulacağı tespit edilmeye çalışılmıştır. Yüklenicinin malvarlığı eksilmelerine dayalı talepleri, inşaat sözleşmelerinde daha fazla önem arz ettiğinden, doktrindeki tartışmalar da bu sözleşme üzerinden şekillenmiştir. Dolayısıyla, ilgili kısımda inşaat sözleşmeleri bakımından ileri sürülen fikirler ve uygulamalar eser sözleşmelerinin geneli bakımından kabul edilebilecek kapsamda incelenmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümde, alacaklı temerrüdünün yüklenicinin karşı edim alacağı olan işsahibinin bedel ödeme yükümlülüğüne etkisi de değerlendirilmiştir. Bu paragrafta, işsahibinin alacaklı temerrüdünün, bedel borcunun muacceliyetine olan etkisinin yanı sıra TBK m. 479 ile eser sözleşmelerinde benimsenen ifa sırasına etkisinin olup olmayacağı ve işsahibinin, alacaklı temerrüdüne rağmen ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceği değerlendirilmiştir. Son olarak, eser sözleşmesinde birçok durumda meydana gelebilecek süre

uzatımının, işsahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle ortaya çıkıp çıkmayacağı ve meydana geldiği durumlarda nasıl değerlendirme yapılması gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

2. Konunun Önemi

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesiyle ilgili düzenlemelerinde işsahibinin alacaklı temerrüdüne ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Oysa, eser sözleşmelerinde kural olarak meydana getirme ve teslim şeklinde iki aşamanın bulunması, tarafların yapmaları gereken davranışlara aykırı davranmalarının da sonuçlarını farklılaştırmaktadır. Nitekim bunu belirli ölçüde dikkate alan kanun koyucu, TBK m. 473'te yüklenicinin meydana getirme borcunda temerrüdünü, TBK m. 483'te eserin yok olmasını, TBK m. 476'da işsahibinin eserin ayıplı olmasına sebep olduğu halleri, TBK m. 485 ve m. 486'da tarafların riziko alanlarından kaynaklanan sebeplerle imkânsızlık hallerini düzenlemiştir¹. Buna karşılık, işsahibinin alacaklı temerrüdüne, en azından hukuki sonuçlarına, ilişkin herhangi bir düzenlemenin bulunmaması bu anlamda bir eksiklik oluşturmaktadır. Bu yüzden, işsahibinin alacaklı temerrüdünün eser sözleşmesinde nasıl gerçekleşeceği ve meydana gelen sonuçların incelenmesi önem arz etmektedir. Zira eser sözleşmelerinin çeşitliliği de dikkate alındığında, özellikle büyük ölçekli projelerde bir veya birden fazla yüklenici sermaye ve emek unsurunu sözleşme konusu işe tahsis etmektedir. İşsahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle işin yavaşladığı veya durduğu hallerde, zincirleme şekilde ortaya çıkaracağı sonuçlar kimi durumlarda yüklenicilerin ticari hayatının bitmesine dahî yol açabilir. Bu sebeple, işsahibinin alacaklı temerrüdünde, yüklenicinin hangi hukuki yollara başvurabileceği ve yarıda kalan ya da tamamlanmış ancak teslim edilememiş esere ilişkin sorumluluklarının nasıl değerlendirileceği ve hukuk boşluklarının olup olmadığı da belirlenmelidir. Bu durumda, özellikle yüklenicilerin üretim faktörlerinin büyüklüğü veya sözleşmelerin karmaşık yapıları sebebiyle, yükleniciye tazminat talebinin sağlanması gerektiği fikrinin hukuk dogmatikğine uygun olup olmadığının tespiti de önem arz etmektedir.

Türk-İsviçre hukuku bakımından belirli ölçüde takip edilen Alman ve Avusturya Medeni Kanunları'nda, işsahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin malvarlığı eksilmelerine dayalı talepleri ve sözleşmeyi sona erdirebilme hakkı bakımından düzenlemelerin bulunması da konunun karşılaştırmalı hukuk perspektifinden incelenmesi gerektirmektedir. Nitekim, Türk-İsviçre hukuk doktrininde son yıllarda yapılan çalışmalar ve doktrindeki tartışmaların artması da bunu ispatlar niteliktedir. Bu sebeple, meselenin, karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemeler ve uygulamalar ile doktrindeki görüşler ışığında açıklığa kavuşturulması önemlidir.

¹ İşgörme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesi bakımından da TBK m. 408'te işverenin temerrüdü kapsamında alacaklı temerrüdü bakımından özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

3. Konunun Sınırlandırılması

Eser sözleşmesinin tam ve gereği gibi meydana getirilebilmesi için gerek işsahibinin gerekse yüklenicinin yerine getirmesi gereken birçok davranış bulunmaktadır. Hukuki nitelikleri farklı şekillerde ortaya çıkabilecek bu davranışların veya bu davranışlarla amaçlanan sonucun meydana gelmediği durumlarda, eser sözleşmesinin gereği gibi ifasından bahsedilemez. Bu sonuç, işsahibinin riziko alanından kaynaklanan sebeplerle engellenebileceği gibi yalnız yüklenicinin veya her iki tarafın riziko alanına ilişkin ya da hiçbir tarafın riziko alanını ilgilendirmeyen sebeplerle de ortaya çıkabilir. Bu çalışma, işsahibinin riziko alanında yer alan alacaklı temerrüdüne ilişkindir. Başka bir deyişle, Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesi hükümlerinde yer alan; işsahibi yüzünden eserin tamamlanmasının imkânsızlaşması (TBK m. 485), eserin yok olması (TBK m. 483) veya ayıplı olması (TBK m. 476), işsahibinin bedel borcunda temerrüdü bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu kapsamda, alacaklı temerrüdü ile süre uzatımı ve ortaya çıkan ek giderler bakımından benzer hukuki sonuçların meydana geldiği eser sözleşmesinde ek iş ve iş değişikliği de yine çalışmanın dışındadır. İşsahibinin, TBK m. 484 kapsamında sözleşmeyi feshettiği haller de kural olarak işsahibinin alacaklı temerrüdü ile doğrudan bağlantılı değildir. Bununla birlikte, sayılan bu hallerin alacaklı temerrüdü ile bağlantılı olduğu veya alacaklı temerrüdünün bu durumlara yol açtığı haller çalışmanın kapsamı ölçüsünde incelenmiştir. Özellikle alacaklı temerrüdünün sonuçları bakımından genel hükümlerin yetersiz kaldığı durumlarda ilgili boşlukların doldurulmasında, tabii olarak bu haller dikkate alınmıştır.

İşsahibinin temerrüdüne neden olabilecek davranışlarının, eser sözleşmesinin çeşitliliği de göz önüne alındığında somut olarak tespiti mümkün değildir. Ayrıca, somut olayın özellikleri çerçevesinde davranışların niteliği de değişkenlik gösterebilmektedir. Bu sebeple, davranışlar genel sınıflandırmalar kapsamında ele alınmıştır. Davranışların yerine getirilmemesiyle ilgili olarak ise, alacaklı temerrüdü bakımından kanun koyucunun TBK m. 106 hükmünde yer verdiği “*davranıştan kaçınma*” ifadesi esas alınmış ve kaçınmanın kapsamı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, işsahibinin davranışı geç yerine getirmesi ve hiç yerine getirmemesi halleri üzerinde durulmuştur. İşsahibinin davranışı yerine getirmekle birlikte, kötü işbirliği sayılabilecek veya ileride eserin gereği gibi ifasına engel olan davranışların, alacaklı temerrüdü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği incelenmiş ve ilgili olduğu ölçüde bu noktalara da değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE ALACAKLI TEMERRÜDÜ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

1.1. Eser Sözleşmesi Hakkında Genel Bilgiler

1.1.1. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 470-486 maddeleri arasında düzenlenmiştir². Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin ise, bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Buna göre TBK m. 470'de yer alan bu tanımda³ yüklenicinin yalnız “*eser meydana getirme*” borcundan bahsedilmiş olsa da, edim fiilinin yanı sıra edim sonucunun da borçlanıldığı eser sözleşmesinde, eserin teslimi de yüklenicinin aslî borçlarından⁴. Yüklenicinin eser meydana getirme borcuna karşılık, iş sahibinin aslî edim yükümlülüğü ise, “*bedel ödeme*” dir.

1.1.2. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda yapılan tanımından çıkan sonuca göre, dört temel unsuru bulunmaktadır. Bunlar, eser, eserin meydana getirilmesi, bedel ödeme ve tarafların anlaşmasıdır. Aşağıda bu unsurlar sırasıyla incelenmiştir.

² 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda m. 355 ve devamında istisna sözleşmesi ifadesiyle düzenlenmiştir. Ancak, o dönemde de Almanca “*Werkvertrag*” ifadesi sebebiyle eser sözleşmesi olarak adlandırılması gerektiği ileri sürülmekteydi. **Tunçomağ, Kenan**, Borçlar Hukuku, II. Cilt Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 952; **Tandoğan, Haluk**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II, İstanbul 2010, s. 1; **Bilge, Necip**, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 245.

³ Eser sözleşmesi, Roma hukukunda, yüklenicinin, iş sahibinin vereceği ücret ve malzeme karşılığında bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği sözleşme olarak düzenlenmiştir. Bir sonucun ivaz karşılığı meydana getirilmesi, Roma hukukunda kira ve hizmet sözleşmeleri için de geçerlidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koller, Alfred**, Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd./Nr. VI/2/3/1, Bern 1998, Art. 363, N. 1; **Somer, Pervin**, Roma Hukukunda İstisna Sözleşmesi (Locatio Conductio Operis), İstanbul 2008, s. 12; **Honsell, Heinrich**, Römisches Recht, 8. Aufl., Berlin Heidelberg 2015, s. 145. Eser sözleşmesi, İsviçre hukukunda OR Art. 363'te, Alman hukukunda ise, BGB §631'de tanımlanmıştır. Türk hukukundaki düzenleme, söz konusu hükümlere paralellik arz etmektedir.

⁴ **Pedrazzini, Mario M.**, Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR, Siebenter Band, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband, Basel und Stuttgart 1977, s. 515; **Gauch, Peter**, Der Werkvertrag, Fünfte Aufl., Zürich 2011, N. 8; **Tandoğan**, s. 48; **Yavuz, Cevdet**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, Yenilenmiş 9. Bası, s. 1020; **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2019, N. 2001; **Altış, Hüseyin**, Eserin Tesliminden Önce Telef Olması (BK m. 368), Ankara 2002, s. 43.

1.1.2.1. Eser

Eser sözleşmesini diğer işgörmeye sözleşmelerinden ayıran temel kıstaslardan biri, sözleşme ile edim sonucunun taahhüt edilmesidir⁵. Sözleşmenin bu özelliği, Roma hukukundan günümüze kadar uzanmaktadır. Gerçekten de, Roma hukukunda sözleşmenin konusu, bir işgörmeye faaliyeti ile ortaya çıkan belirli bir sonuçtur⁶. Yüklenicinin meydana getireceği edim sonucunu gösteren eserin tanımı, tabii olarak Türk Borçlar Kanunu'nda yer almamaktadır⁷. Doktrinde ve mahkeme kararlarında ise, eser kavramının kapsamına ilişkin çeşitli görüşler ve uygulamalar bulunmaktadır⁸.

Eserin tanımlanabilmesi için Türk hukukunda eser ifadesinin yer aldığı hükümler incelendiğinde, yapı malikinin sorumluluğunu düzenleyen TBK m. 69'da yer alan “*yapı eseri*” karşımıza çıkmaktadır. Ancak, hükümde geçen yapı eseri kavramı ile eser sözleşmesinin konusu olan eserin herhangi bir ilişkisi bulunmamaktadır⁹. Zira TBK m. 69'un gerekçesinde¹⁰ de belirtildiği üzere, yapı eseri ile kastedilen sadece taşınmazlar ile bağlantılı

⁵ **Zindel, Gaudenz G./Pulver, Urs/Schott, Bertrand G.**, Kommentar zu Art. 363-379 OR, in: Heinrich HONSELL/VOGT, N.P./WIEGAND, W., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6. Aufl., Basel 2015, Vor Art. 363-379, N. 4; **Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 12. Baskı, Ankara 2019, s. 361; **Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre**, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 19. Baskı, Ankara 2019, s. 461; **Kurt, Leyla Müjde**, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 27; **Öz, M. Turgut**, İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 3; **Tunçomağ, Özel**, s. 953; **Baygın, Cem**, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul 1999, s. 4; **Şenocak, Zarife**, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 13; **Gürpınar, Damla**, Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir 2006, s. 25; **Zeltner, Urs**, Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes, Freiburg 1993, N. 7; **Koller, BK OR**, Art. 363, N. 49; **Koller, Alfred**, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich/St. Gallen 2015, N. 38; **Bögli, Roman**, Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag, Bern/ Stuttgart/ Wien 1996, N. 15.

⁶ **Honsell**, s. 140 (Roma hukukunda, günümüzde bağımsız olarak düzenlenen kira, ürün kirası, eser ve hizmet sözleşmesi “*locatio conductio*” başlığı altındaydı. Bu sözleşmelerin ortak özelliği, ivazlı olmaları ve bu sebeple açılacak davaların aynı olmasıdır. “*Locatio conductio operis*” başlıklı eser sözleşmesindeyse temel özellik, yüklenicinin malzemesiyle bir sonucu meydana getirmesidir. Bkz., **a.g.e.**, s. 145); **Gautschi, Georg**, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd./Nr. VI/2/3, Bern 1967, Art. 363, N. 2a; **Zimmermann, Peter**, Der Geist-Werkvertrag, Basel und Frankfurt am Main 1984, s. 5, 6 (Roma hukuku döneminde, maddi olmayan edimler de locatio conductio operis kapsamında değerlendirilmekteydi.); **Somer**, s. 14-15.

⁷ Türk hukuk doktrininde kullanılan “edim sonucu” ifadesinden yüklenicinin iş sahibine taahhüt ettiği başarılı sonucun meydana getirilmesinin anlaşılması gerekir. Gerçekten de, işgörmeye faaliyeti içeren vekâlet ve hizmet sözleşmelerinde de işçinin veya vekilin gerçekleştirdiği işgörmeyi neticesi (*Ergebnis*) her zaman vardır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Von Büren, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551), Zürich 1972, s. 123 vd.; **Rusch, Arnold F.**, Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag, BJM 2013, s. 287.

⁸ **Eren**, Özel, N. 2014 vd.; **Tandoğan, II**, s. 3 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 462 vd.; **Aral/Ayrancı**, s. 361 vd.; **Gauch**, Werk, N. 25 vd.; **Şahin, Turan**, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü, Ankara 2012, s. 30 vd.; **Canbolat, Ferhat**, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülünden Doğan Hakları, Ankara 2009, s. 5 vd.

⁹ **Bühler, Theodor**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Werkvertrag, Zürcher Kommentar, Bd. V, Nr. 2d, Zürich 1998, N. 44; **Tandoğan, II**, s. 3.

¹⁰ Gerekçe için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, s. 53 (E.T.: 12.12.2018).

olan eserlerdir¹¹. Aynı durum, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 1/B/a'da “*sahibinin hususiyetini taşıyan... her nevi fikir ve sanat mahsulleri*” şeklinde tanımlanan eser kavramı için de geçerlidir¹². Her iki hükmün aksine, eser sözleşmesinin konusunu taşınır veya taşınmaz mallar oluşturabileceği gibi sahibinin hususiyetini taşıma, belirli bir türde olma veya fikrî çaba ürünü olma şartı da aranmaz¹³. Dolayısıyla, Türk Borçlar Kanunu kapsamında eser, anılan hükümlere nazaran daha geniştir.

Eserin tespit edilebilmesi için öncelikle unsurları belirlenmelidir. Bir eserden söz edebilmenin ön koşulu, bunun bir insan emeği sonucunda ortaya çıkmasıdır¹⁴. Başka bir deyişle, kendiliğinden gerçekleşen veya yüklenicinin taahhüt ettiği emekten bağımsız meydana gelen sonuçlar eser sözleşmesine konu olamazlar¹⁵. Değerlendirilmesi gereken nokta, eser niteliği için insan emeğinin tek başına yeterli olup olmadığıdır. Gerçekten de, insan emeği ile sonucun belirli bir bütün olarak meydana getirilemediği hallerde, eserden söz edilemez¹⁶. Nitekim doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, emek dışındaki hususların, edim sonucunu meydana getirmesi veya etkilemesi hallerinde ortaya çıkan bu durumun eser sayılmaması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷. Bu sebeple, ders verme, tedavi etme veya davanın kazanılmasına ilişkin faaliyetler bakımından başarılı sonucun doğması sadece yüklenicinin emeğine bağlı olmadığından sonucun taahhüt edilemediği işgörme halleri içerisinde sayılmaktadır¹⁸. Buna göre, yüklenicinin, taahhüt ettiği sonucu emeğiyle meydana getirmek

¹¹ Aynı yönde bkz. **Tandoğan**, II, s. 3. Yapı kavramı için bkz. **Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara 2019, N. 2049; **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 14. Bası, İstanbul 2018, N. 521, 523; **Saraçoğlu, Simge**, Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69), İstanbul 2019, s. 65 vd.

¹² **Kürşat, Zekeriya**, Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, İÜHF C. LXVII, S. 1-2, İstanbul 2009, s. 148 dn. 13.

¹³ FSEK kapsamında eser kavramı için bkz. **Suluk, Cahit/Karasu, Rauf/Nal, Temel**, Fikri Mülkiyet Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018, s. 42 vd. Aynı yönde bkz. **Gökyayla, K. Emre**, Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul 2009, s. 8.

¹⁴ **Tandoğan**, II, s. 3; **Kürşat**, Eser, s. 148; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 463; **Von Büren**, OR BT, s. 143.

¹⁵ **Koller**, Werk, N. 55; **Gauch**, Werk, N. 43; **Kürşat**, Eser, s. 148 (Yazar, eser sözleşmesinde sonucun, insan emeğinin ürünü olmasının yanı sıra insana yükletilebilen bir sonuç olması gerektiğini de vurgulamaktadır.).

¹⁶ 15. HD., T. 12.9.2013, E. 2013/3330, K. 2013/4848; 15. HD., T. 09.07.2014, E. 2014/1829 K. 2014/4726: “Bu kapsamda, genellikle emek unsuru ağır basan bir çalışma ürünü olup bütünlük arzeden ve ekonomik değeri olan her hukuksal varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın bir eser sayılmaktadır.”. 15. HD., T. 31.05.1988, E. 1987/3682, K. 1988/2136: “Gerçekten, insan emeği ile meydana getirilen ve iktisaden bir değer taşıyan her hukuki varlık bir eserdir.”.

¹⁷ **Koller**, Werk, N. 66; **Gauch**, Werk, N. 43; **Kürşat**, Eser, s. 151; **Tandoğan**, II, s. 21.

¹⁸ **Gauch**, Werk, N. 43; **Gautschi**, BK OR, Art. 363, N. 2a (Yazar, tiyatro veya spor gösterisi gibi hukuki varlığın bulunmadığı hallerin eser olarak nitelendirilmeyeceğini ileri sürmektedir. Ayrıca, yazar 1911 yılında yapılan reformda, eserin kapsamına ilişkin herhangi bir değişiklik yapılmadığını belirtmektedir. Bunun yanı sıra, İsviçre Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak, Alman hukukunda geniş anlamda eser kavramına yer verilmesinin BGB'de vekâlet sözleşmesinin yalnızca hukuki işlemleri konu alabilmesi ve iki tarafa borç yükleyecek şekilde düzenlenememesinden kaynaklandığını açıklamaktadır. Bkz. **a.g.e.**, Art. 363, N. 2b. Spor, tiyatro vb. gösterilerin eser niteliği olduğu görüşü için bkz. **Arter, Oliver/Kleiner, Jan**, Der Zuschauer im Sport/1.-2., Sportrecht B. II, Hrsg.: Arter, O./Kleiner, J./Baddeley, M., Bern 2018, s. 138; BGE 80 II 26; BGE 70 II 215; **Eren**, Özel, s. 592; **Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm**, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418, 2. Aufl., Zürich 1936, Art. 363 N. 4; **Rusch**, s. 288.

bakımından yeterli olması gerekmektedir. Bahsi geçen yeterlilik, yüklenicinin diğer yüklenicilere nazaran kapasitesini değil, işgörme faaliyetleri ile edimin tamamını meydana getirebilme yetisini ifade etmektedir¹⁹.

Eser sözleşmesi anlamında bir eserden söz edebilmek için, bu eserin belirli olması gerekir²⁰. Belirlilikten, sözleşmenin kuruluş aşamasında işsahibi ve yüklenici tarafından eserin detaylarının belirlenmesi anlaşılmamalıdır. İşsahibinin eser sözleşmesini akdetmesinin sebebi olan ve yüklenicinin de taahhüt ettiği başarılı sonucun ne olduğunun belirli olması önem arz etmektedir. Sözleşme ile ulaşılmak istenen belirli başarının, sözleşmenin yapılma sebebi olması gerekir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, maddi varlığı olmayan eserlerde sınırlandırma yapılamayacağından belirliliğin sağlanması da mümkün değildir²¹. Kanaatimizce, eser nitelendirmesi için gerekli olan belirlilik, yüklenicinin yapacağı işgörme faaliyetlerine ilişkin değil, işsahibinin sözleşme ile ulaşmak istediği sonuçla ilgili olmalıdır. Örneğin, bir inşaatın yönetim ve denetim işlerinin yapılmasını konu edinen inşaat yönetim sözleşmesinin, eser sözleşmesi olarak nitelendirilmemesinin sebebi, mimar veya mühendisin yerine getireceği faaliyetlerin belirli olmaması değil, inşaat sahibine herhangi bir edim sonucu taahhüdünde bulunmamış olmasıdır²². Değerlendirme yaparken, edim sonucu bakımından sözleşmenin tamamına göre bir belirliliğin olup olmadığının tespit edilmesi kanaatimizce daha uygundur. Örneğin, bahsi geçen inşaat yönetim sözleşmesi kapsamında, mimar veya mühendis eser niteliğinde sayılabilecek bazı yükümlülükler (belgelerin idareye teslimi, proje defteri tutulması) ile yüklense bile bunlar sözleşmenin niteliğini etkilemez. Başka bir deyişle sözleşme kapsamında kimi yükümlülükler başarı taahhüdüne uygun olmasına rağmen, sözleşme ile aslî edim yükümlülüğü niteliğinde bir başarı hedeflenmedikçe eser sözleşmesinden bahsetmek mümkün olmaz²³.

¹⁹ Eren, Özel, N. 2022; Kurt, Temerrüt, s. 33; Tandoğan, II, s. 21; Pedrazzini, s. 503.

²⁰ Koller, Werk, N. 57; Gauch, Werk, N. 18; Kurt, Temerrüt, s. 28; Öz, Dönme, s. 3; Yavuz, Özel, s. 957; Arter/Kleiner, s. 137; BGE 130 III 461; BGE 83 II 125; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), 16. Baskı, İstanbul 2019, s. 544.

²¹ Koller, Werk, N. 57 (Yazar, bu konuda bir mimarın inşaat yönetimini üstlenmesi halinde, bunun eser sözleşmesi kapsamında sayılmama sebebi olarak bu konuda gerçekleştireceği işgörme faaliyetleri bakımından bir sınırlandırma yapılamayacak –belirlilik- olmasını ileri sürmektedir.); Tunçomağ, Özel, s. 952; Tandoğan, II, s. 4.

²² Bu noktada özellikle mühendislik ve mimarlık sözleşmesine ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Gauch, Werk, N. 55 (Yazar, sözleşme konusunun eserin meydana getirilmesine ilişkin olmadığını belirtmektedir.); Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 363, N. 18; Eren, Özel, N. 2024; Dayımlarlı, Kemal, İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 16 vd.; Koller, BK OR, Art. 363 N. 193 vd.

²³ Siegenthaler, Thomas, Der Suchmaschinenoptimierungsvertrag und die Unschärfen bei der Abgrenzung des Werkvertrags vom Auftrag, BR 2016, s. 328, 329. Bu noktada, projenin düzenlenmesi, denetimi ve işin yönetilmesi durumlarında, hem eser hem vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı karma sözleşme bulunmaktadır. Gauch, Werk, N. 57; Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 363, N. 18; BGer 25.11.2010, 4A_252/2010; BGE 109 II 465. Ayrıca tam mimarlık sözleşmesi ve hukuki niteliği hakkında bkz. Kaplan, İbrahim, Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu, Ankara 1983, s. 96 vd.

Eser kavramının tespiti bakımından gerekli unsurlardan bir diğeri de, objektif kıstaslara göre değerlendirilebilmedir²⁴. Bu değerlendirme, eser kavramı bakımından zorunlu bir unsurdur. Nitekim eser sözleşmesini diğeri işgörmeye sözleşmelerinden ayıran başarılı sonuç kıstası ve bunun Türk Borçlar Kanunu'nda yansımaları olan yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna yer verilmesi de bunu kanıtlamaktadır. Eser sözleşmesi, TBK'da yer alan işgörmeye sözleşmeleri içerisinde, sonuç rizikosunun üstlenildiği ve işgörmeye borçlusu yüklenicinin taahhüt ettiği sonuca ulaşamamasının sorumluluğunun düzenlendiği tek sözleşmedir. Bu sebeple, kanun koyucu diğeri işgörmeye sözleşmelerinden farklı olarak yüklenicinin faaliyetleri ile ortaya çıkan belirli başarılı sonucun denetlenmesini amaçlamıştır. Bu denetleme ise, ancak objektif kıstaslara göre eserin bütünü üzerinde gerçekleştirilebilecek bir değerlendirme ile mümkündür.

Objektif kıstaslara göre değerlendirilmede maddi varlığa sahip olan eserler bakımından herhangi bir tartışma bulunmamaktadır²⁵. Aynı şekilde, maddi eserlerin, taşınır veya taşınmaz olması arasında da bir fark bulunmamaktadır²⁶. Maddi eserler, sözleşme ile ortaya çıkan sonucun belirli bir fiziki varlık olarak tecessüm ettiği hallerde söz konusudur. Bu anlamda, bir elbisenin dikilmesi veya tamir edilmesinde olduğu gibi, saç kesiminde, plan veya maliyet hesabı yapılmasında, bir atın nallanmasında da maddi eser vardır²⁷. Maddi varlığa sahip sonuçlar, fiziki olarak belirli bir bütün oluşturur ve objektif kıstaslara göre değerlendirilebilir.

Maddi olmayan sonuçların, sözleşmenin konusu olup olmayacağı ise, doktrinde ve yargı uygulamasında tartışmalara sebep olmuştur. Ancak, günümüzde gelinen noktada maddi olmayan (fıkrî) eserler de sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir. Nitekim bu fikir Türk-İsviçre doktrininde hâkim görüş olmasının yanı sıra yargı uygulamasında da süreklilik

²⁴ **Gauch**, Werk, N.46a; **Kurt**, Temerrüt, s. 31; **Eren**, Özel, N. 2021-2022; **Öz**, Dönme, s. 7; **Aral/Ayrancı**, s. 364; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR Vor Art. 363-379, N. 8; **Pedrazzini**, s. 504 dn. 24 (Yazar, sonucun garanti edilemediği duruma, bir roman veya şiirin çevirisinin, üçüncü başka bir dile çevrilmesi ile karşılaştırma yapılamayacağını belirtmektedir.); **Kürşat**, Eser, s. 151 vd.; **Dürr**, Carl, Werkvertrag und Auftrag, Vira 1983, s. 11.

²⁵ **Eren**, Özel, N. 2017; **Bühler**, ZK OR, Art. 363, N. 175; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Vor Art. 363-379; N. 2; **Kurt**, Temerrüt, s. 28; **Koller**, Werk, N. 54; **Rusch**, s. 287; **Tandoğan**, II, s. 5.

²⁶ Eser sözleşmesinin konusunun taşınmaz olduğu durumlarda, inşaat sözleşmesinin meydana geleceği hususunda bkz. **Kocağa, Köksal**, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 25; **Ayan, Serkan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008, s. 23. Taşınır ve taşınmaz inşaaatla ilişkin bkz. **Öz, Turgut**, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 1.

BGB §650'ye göre, Alman Hukuku'nda imal edilen veya meydana getirilen *misli taşınırların* teslimini içeren sözleşmeler satış hükümlerine tâbi kılınmıştır. Misli olmayan taşınırlar bakımından ise, eser ve satış sözleşmelerinin birlikte uygulanması söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan**, Schuldrecht II Besonderer Teil, 18. neu bearbeitete Aufl., München 2018, §33 Rn. 8 vd.

²⁷ **Gauch**, Werk, N. 23; **Tandoğan**, II, s. 24; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 463; **Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan**, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2019, s. 751; **Koller**, Werk, N. 55 (Yazar, insan veya hayvan vücudu üzerinde gerçekleştirilen meydana getirmelerin dahi eser kapsamında dikkate alınmamasını gerektiğini böyle bir durumda eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanacağı isimless sözleşmenin söz konusu olduğunu ileri sürmektedir.).

kazanmıştır²⁸. Gerçekten de, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 1984 yılından itibaren istikrar kazanan içtihatlarında da maddi olmayan varlıklar eser kapsamındadır²⁹.

Doktrinde maddi olmayan varlıkların eser olarak nitelendirilemeyeceğini ileri süren görüş taraftarlarınca, eser sözleşmesine ilişkin Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ayıp sebebiyle sorumluluk (TBK m. 474-478, OR Art. 367-371) ve değere göre bedel (TBK m. 481, OR Art. 374) hükümlerinin uygulanamayacağı fikri ileri sürülmektedir³⁰. Eser kavramı için gerekli olan objektif kıstaslara göre değerlendirilme şartının aranması, aslında ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerinin de uygulanmasını sağlamaktadır. Başka bir deyişle, objektif değerlendirilmeye göre, eserin, sözleşme ile kararlaştırılan hâli ile ifası sırasında veya sonrasında edime uygunluğunun değerlendirilebilmesi mümkün olduğu sürece, maddi olmayan varlıkların eser olarak nitelendirilmesinde kanaatimizce herhangi bir engel bulunmamaktadır³¹. Dolayısıyla, senaryo veya bilimsel bir kitap yazılması veya çevrilmesi, şarkı bestelenmesi, bir tiyatro gösterisinin sergilenmesi veya kaydedilmesi, spor müsabakası düzenleyicisinin seyircilere olan taahhüdü eser niteliğinde sayılmalıdır³². Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu değerlendirmeyi uyguladığı maddi olmayan varlıkları içeren eser sözleşmelerine ilişkin kararları da mevcuttur³³.

Doktrinde bir görüş, maddi olmayan varlıkların, ancak maddi bir şey üzerinde ortaya çıkması halinde eser olarak nitelendirilebileceğini ileri sürmektedir³⁴. Bu fikre göre, objektif olarak belirli bir bütün oluşturan sonucun, veri saklayıcısı, kâğıt, maket, dijital bir ortam vb.

²⁸ **Becker, Hermann**, İsviçre Medeni Kanunu Şerhi/Borçlar Hukuku, II. Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde:184-551, Yargıtay Yayını No:24, Ankara 1993, Çev.: Dura, Suat, s. 589; **Gauch**, Werk, N. 33; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Vor Art. 363-379, N. 2; **Bühler**, ZK OR, Art. 363, N. 64; **Yavuz**, Özel, s. 956; **Tandoğan**, II, s. 5 vd.; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 544; **Eren**, Özel, N. 2017; HGK T. 18.11.2009 E. 2009/15-459 K. 2009/541; 15. HD, T. 05.12.2012 E. 2012/6827, K. 2012/7647 (KBİBB). Aksi görüş için bkz. **Gautschi**, BK OR, Vorbemerkungen zu Art. 363-379 OR, N. 1; **Koller**, Werk, N. 2 (Yazar, fikrî eser içeren sözleşmeleri isimli sözleşme olarak nitelendirmektedir.); **Kürşat**, Eser, s. 149; **Dürr**, s. 14.

²⁹ İsviçre Federal Mahkemesi, her zaman aynı yönde kararlar vermemiştir. Önceleri herhangi bir sınırlama olmaksızın fikrî eser sözleşmesini kabul etmişken (BGE 70 II 215 E. 3), daha sonra yalnızca maddi varlığa sahip eserlerin sözleşme konusu olabileceğine hükmetmiştir (BGE 98 II 305 E. 3). Ardından BGE 109 II 34 ile eski uygulamasına geri dönmüş ve sınırlama olmaksızın fikrî eserleri, eser sözleşmesinin konusu olarak değerlendirmiştir. Güncel uygulamada ise, objektif kıstaslara göre değerlendirilebilen ve doğru yanlış şeklinde nitelendirilebilen fikrî eser içeren sözleşmeleri, eser sözleşmesi kapsamına almaktadır (BGE 127 III 328 E. 2c; BGE 4A_51/2007). Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koller**, Werk, N. 62.

³⁰ **Koller**, Werk, N. 37; **Kürşat**, Eser, s. 152; **Pedrazzini**, s. 505 vd.; **Öz**, Dönme, s. 7 (Yazar, sanat etkinliklerinin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini ileri sürmektedir.).

³¹ **Kürşat**, Eser, s. 151 ve özellikle dn. 29; **Gümüş, Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II, İstanbul 2012, s. 6 (Yazar, maddi olmayan işgörme sonuçlarını sui generis olarak nitelendirmektedir.); **Ürem, Müge**, Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s. 14.

³² **Eren**, Özel, N. 2020; **Gauch**, Werk, N. 34; **Bühler**, ZK OR, Art. 363 N. 64; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 465.

³³ Bkz. **Gauch**, Werk, N. 41 ve dn. 101'den naklen: BGE 109 II 34, 130 III 461, 127 III 328.

³⁴ **Gauch**, Werk, N. 45, 52, 321; **Tandoğan**, II, s. 19; **Fellmann, Walter**, Der einfache Auftrag, Art. 394-406; OR

Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd. VI Nr. 2/4, Bern 1992, Art. 394 N. 330 (Ancak, yazar eserin cismanileştiği varlığın da işlevsel olması gerektiğini belirtmektedir.); **Yavuz**, Özel, s. 959; **Kürşat**, Eser, s. 150; **Aral/Ayrancı**, s. 363.

bir cisim üzerinde maddileşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, tiyatro, spor gösterileri gibi cismani bir varlığa sahip olmayan sonuçlar, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilemez. Kanaatimizce, sonucun maddi varlık kazanıp kazanmamasına göre, eser kavramında bir ayırım yapılması yerinde değildir. Nitekim bir tiyatro gösterisinin CD'ye kaydedilmesi ile kaydedilmeden gösterimi arasında sözleşmenin niteliğinin değişmesi de sağlıklı sonuçlar vermez³⁵. Doktrinde spor/sanat gösterileri bakımından belirliliğin bulunmadığı, gösteriyi beğenmeyen bir kişinin ayıp hükümlerine başvurarak bedelden indirim isteyemeyeceği, gösterinin önceden işsahibi tarafından sipariş üzerine hazırlanmadığı belirtilmekte ve Federal Mahkeme'nin bu gösterileri eser sözleşmesi olarak nitelendirmesinin de gösteriden zarara uğrayan seyircilerin zararlarını tazmine yönelik olduğu ileri sürülmektedir³⁶. Kanaatimizce, gösterilerin, önceden belirlenmiş bir zamanda ve yerde, izleyicilerin katılım sağlayacakları yerlerin ve gösteri ile seyircilere vaat edilen sonucun belirli olması hususunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır³⁷. Spor/sanat gösterilerinde, gösterinin doğru zamanda başlamaması, gösteride ses veya ışık aksaklığı yaşanması, vaat edilen oyunculardan birinin sahneye/sahaya çıkmaması, gösterinin seyredileceği yerin izlemeye elverişli olmaması gibi durumlarda aksi fikrin ileri sürdüğü vekâlet sözleşmesi kapsamında özen borcunun ihlali yerine, ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurulması daha yerinde gözükmektedir³⁸. Ayrıca, işsahibi tarafından gösterinin beğenilmemesi, yine ayıp sebebiyle sorumluluğu gerektiren bir hal olarak değerlendirilmemelidir. Zira gösteri düzenleyicisi, izleyicilere, doğru ve uygun bir şekilde gösteriyi sunacağını vaat etmekle aslında izleyicilerin tamamen kişisel zevklerine bağlı olan beğenilme olgusunu vaat etmiş olmaz. Başka bir deyişle eser sözleşmesi ile borçlanılan başarılı sonuç, işsahibinin beğenmesi, keyif alması vb. kişisel kanaatlere yönelik değildir³⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin maddi eserler esas alınarak hüküm altına alındığı bir gerçek olmakla birlikte, maddi olmayan varlıkların eser

³⁵ Eren, Özel, N. 2020; Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Vor Art. 363-379, N. 4, 5; Oser/Schönenberger, ZK OR, Art. 363 N. 5; BGE 70 II 218.

³⁶ Tandoğan Haluk, "İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırtdilmesi", İmran Öktem'e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, s. 317; Gauch, Werk, N. 45 (Yazar, gösterilere ilişkin sözleşmelerin eser kavramını içermediğini, bu tip sözleşmelerde eser ve kira unsurlarının bir arada bulunmasının da değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sözleşmeler bakımından vekâlet sözleşmesinden de kaçınılmasını ve isimsiz sözleşme olabileceğini belirtmektedir.).

³⁷ Arter/Kleiner, s. 137.

³⁸ İşsahibinin muayene imkânının ve ayıp sebebiyle seçimlik haklarının kısıtlanmış olmasının eser sözleşmesi nitelendirmesine aykırı olmadığı yönünde bkz. BGer 4A_252/2010; BGer 4A_51/2007 (naklen: Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Vor Art. 363-379, N. 6, 19. Yazarlar, gösteriye ilişkin sözleşmelerin eser benzeri isimsiz sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmektedir.).

³⁹ Aynı yönde, Von Büren, OR BT, s. 123 (Yazar, iyi bir işgörme sonucunda, doğrudan ve dolaylı sonuçların doğacağını bunlardan yalnızca doğrudan sonuçların eser sözleşmesi kapsamında taahhüt edilebileceğini belirtmekte ve kuaförün saç kesimini doğru bir şekilde gerçekleştirmeyi borçlanabileceğini fakat saçını kestiren kişinin beklentilerini karşılayacağını borçlanamayacağını belirtmektedir.); Rusch, s. 287, 288.

olarak nitelendirilmesine engel herhangi bir düzenleme de bulunmamaktadır. Özellikle çağımızda sonuca dayalı sözleşmelerin kazandığı önem ve sonucun gelişen teknolojilerle kontrol edilebilirliği de göz önüne alındığında, eser kavramının geniş bir şekilde yorumlanmasının gerektiği açıktır. Ayrıca, kanun koyucunun maddi olmayan varlıklara bakış açısının değerlendirilmesi konusunda, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri de örnek gösterilebilir. Anılan Kanun’da, alışverişe konu olan maddi ve gayri maddi malların⁴⁰ taahhüt edilmesi dışındaki tüketici işlemleri⁴¹ hizmet olarak tanımlanmıştır. Aynı Kanun’un 13 vd. maddelerinde ayıplı hizmete yer verilmiş ve ayıplı hizmet, “sözleşmede belirlenen süre içinde başlamaması veya taraflarca kararlaştırılmış olan ve objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşınamaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan hizmet” şeklinde tanımlanmıştır. TKHK’nın sistematığına göre, eser sözleşmesi şeklinde de meydana gelebilecek tüketici işlemlerinde ayıplı hizmet hükümleri de cari olacağından maddi olmayan (fikrî) eserlerin de eser sözleşmesi kapsamında kabulü gerekir⁴². Özellikle, TKHK m. 13’te yer alan hizmetin süresi içerisinde başlamaması haline, spor/sanat gösterileri örnek olarak gösterilebilir. Bu düzenleme de herhangi bir sınırlama olmaksızın maddi olmayan varlıkların eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesinde kanun koyucunun iradesine bir örnektir. Sonuç olarak, maddi varlığa sahip olanlar kadar sahip olmayan işgörme sonuçlarının da belirttiğimiz unsurları taşıdığı sürece, eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

1.1.2.2. Meydana Getirme

818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer alan “*imal etme*” ifadesinin aksine TBK m. 470’de kullanılan “*meydana getirme (Herstellung)*”, bir eserin ilk defa meydana getirilmesinin yanı sıra mevcut bir eserin ortadan kaldırılmasını veya değiştirilmesini de kapsamaktadır⁴³.

⁴⁰ Gayri maddi mallar, cismani bir varlığı bulunmayan mallar olup cisimleştirilmeleri şart değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel**, Şekli Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2015, s. 25 vd.; **Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut**, Eşya Hukuku, İstanbul 2009, s. 26. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3/h’de elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzerleri ifadesiyle bunların da gayri maddi mallar kapsamına alındığı belirtilmiştir.

⁴¹ Tüketici işlemi: “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi*” şeklinde tanımlanmıştır.

⁴² **Aydoğdu, Murat**, Milli Şerh- 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, Ed.: Tokbaş, H./Tüzüner, Ö., İstanbul 2016, Madde 13, s. 346 vd. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Tiryaki, Betül**, Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Ankara 2007.

⁴³ **Eren, Özel**, N. 2027 vd.; **Bühler**, ZK OR, Art. 363, N. 35, 36; **Kurt**, Temerrüt, s. 35; **Gauch**, Werk, N.28; **Gautschi**, BK OR, Art. 363, N. 1b. eBK’da “*imal*” ifadesi kullanılmakla beraber, ifade doktrin tarafından geniş anlamda kullanılmaktaydı. Bkz. **Tunçomağ, Özel**, s. 955; **Eren, Fikret**, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara,

Meydana getirme faaliyetlerine, değiştirme, dönüştürme, temizleme, yok etme, sağlamlaştırma, ıslah etme gibi faaliyetler örnek verilebilir⁴⁴. Benzer durum, BGB §631/2’de de, eser sözleşmesinin konusunun bir şeyin meydana getirilmesi veya değiştirilmesi şeklinde olabileceği ifadeyle hüküm altına alınmıştır. Yapma edimi niteliğindeki meydana getirme borcu, taahhüt edilen sonuç için bir araç niteliğinde olmalıdır⁴⁵. Örneğin, yapımı sipariş edilen bir makinenin fabrikaya kurulmasında da kuruluma ilişkin faaliyetler araç niteliğinde olup eser sözleşmesinden bahsetmek gerekir. Buna karşılık, satılan bir ürünün montajını içeren bir sözleşmede de yapma ediminden bahsedilmekle birlikte, bu faaliyet satılan ürüne göre ikincil planda kaldığından satım sözleşmesinin kabul edilmesi gerekirken, satılan ürünün teslimiyle aynı önemde bir faaliyet sonucuna ulaşılabildiği hallerde, (satım ve eser) karma sözleşme meydana gelir⁴⁶.

İşsahibi eser sözleşmesi ile meydana getirme sonunda oluşacak sonuca ulaşmak istemektedir. Bu sebeple, her ne kadar TBK m. 470’de belirtilmemiş olsa da aynı zamanda yüklenicinin eseri teslim etme borcu da bulunmaktadır⁴⁷. Başka bir deyişle, yüklenicinin, edim sonucu oluşturma niteliğini haiz olan meydana getirme borcu, işsahibinin ifa menfaatine ulaşabilmesi için bunun teslimini de gerektirir. Bu yükümlülük çerçevesinde, yüklenici eseri meydana getirdiği gibi teslimi de gerçekleştirerek, işsahibinin ifa menfaatini karşılar. Yüklenicinin meydana getirme faaliyeti uzun veya kısa bir zamana yayılmış olsa da taahhüt edilen sonuç işsahibine sağlanmadığı sürece ifa gerçekleşmiş olmaz. Bu sebeple, eser sözleşmesi, doktrindeki ve uygulamadaki hâkim görüşe göre, kural olarak ani edimli sözleşmedir⁴⁸. Nitekim bir sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olması için, alacaklının ifa menfaatinin bir süreye yaygın olarak gerçekleşmesi ve borçlunun fiilleri yerine getirdikçe bu

18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001, s. 56; **Öz**, Dönme, s. 8. Meydana getirme faaliyeti sonucunda eskisinden farklı bir hukuki varlığın gerektiği hakkında bkz. **Tandoğan**, II, s. 23; **Gümüş**, II, s. 4.

⁴⁴ **Gauch**, Werk, N. 28; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 363 N. 5; **Zeltner**, N. 7; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363 N. 2; **Tandoğan**, II, s. 23; **Aral/Ayrancı**, s. 365 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 467; **Bühler**, ZK OR, Art. 363, N. 35 vd.

⁴⁵ **Koller**, Werk, N. 143; **Gauch**, Werk, N. 19; **Ayan**, s. 25.

⁴⁶ **Bühler, Theodor**, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industriebau, Zürich 1987, s. 66; **Gauch**, Werk, N. 130 vd.

⁴⁷ Nitekim bu durum, TBK m. 475/I’de yer alan “*eserin tesliminden sonra*”, TBK m. 478 “*teslim tarihinden başlayarak*”, TBK m. 479 “*eserin teslimi anında*” ifadelerinden de yüklenicinin teslimi ilişkin bağımsız bir borcunun bulunduğu anlaşılmaktadır. **Gautschi**, BK OR, Art. 363, N. 4; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363, N. 2; **Gauch**, Werk, N. 668.

⁴⁸ Eser sözleşmesinin ani-sürekli edimli olmasına ilişkin tartışmalar için bkz. **Kurt**, Temerrüt, s. 45 vd.; **Öz**, Dönme, s. 12 vd.; **Gauch**, Werk, N. 9.322; **Koller**, Werk, N. 70; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Vor Art. 363-379, N. 14; **Altas**, s. 49 vd.; **Gökyayla**, s. 17; **Seçer**, **Öz**, Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Fesih (TBK m. 484), Ankara 2020, s. 60; **Baygın**, s. 21; **Eren**, Özel, N. 2011; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 469; **Aral/Ayrancı**, s. 360; **Ayan**, s. 42 vd.; **Atamulu, İsmail**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi, Ankara 2014, s. 36 vd.

menfaatin artması gerekmektedir⁴⁹. Bununla birlikte, doktrinde, eser sözleşmesini, sürekli borç ilişkisi veya karma nitelikte değerlendiren görüşler de bulunmaktadır⁵⁰.

Kural olarak ani edimli niteliğe sahip olan eser sözleşmelerinin bu özelliği hem Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan sözleşmenin sona ermesi hallerinden (TBK m. 482 vd.) hem de işgörme sözleşmeleri içinde edim sonucuna dayalı bir sözleşme olmasından anlaşılabilir. Bu kapsamda, yüklenicinin edim sonucuna yönelik meydana getirme fiilleri, ifaya hazırlık hareketi niteliğinde değerlendirilmektedir⁵¹. Meydana getirme faaliyetlerinin özellikle uzun zaman gerektirdiği durumlarda, eser sözleşmesi uzun süreli sözleşme (*langfristige Verträge*) niteliğinde olmakla birlikte, bu durum sürekli edimli sözleşme olarak nitelendirilmesini gerektirmez⁵².

Türk Borçlar Kanunu'nda eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde, sürekli borç ilişkilerine benzer nitelikteki düzenlemelere (TBK m. 475/III, 482/II, 484, 486) de yer verilmiştir⁵³. Ancak, anılan hükümler eser sözleşmesinin sürekli sözleşme olarak nitelendirmesini gerektirmez. Yüklenicinin kimi durumlarda korunduğunu ve açıkça öngörülen veya benzer hallerde sürekli borç ilişkilerine (özellikle ileriye etkili sona ermenin-feshin-) özgü kuralların uygulanabileceğini göstermektedir⁵⁴. İsviçre doktrininde ise, sürekli

⁴⁹ **Seliçi, Özer**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 8 vd.; **Öz**, Dönme, s. 14; **Eren**, Genel, N. 301.

⁵⁰ Sürekli borç ilişkisi yönünde bkz. **Ermann, Hasan**, İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2), İstanbul 1979, s. 10; **Gautschi**, BK OR, Art. 377, N. 1a. Sürekli-geçici karmaşığı için bkz. **Serozan, Rona**, Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2007, s. 175; **Şenocak**, s. 11. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından Yargıtay, inşaatın tamamlanma oranları dikkate alınarak, geçici-sürekli karmaşığı niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. İBGK T. 25.01.1984 E. 1983/3 K. 1984/1; Y. 15. HD, T. 16.01.2009, E. 2008/69 K. 2009/103, KBİBB; **Kurt**, Temerrüt, s. 34; **Acar, Faruk**, Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, www.e-akademi.org (Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi), S. 134, Aralık 2013, s. 20; **Aral/Ayrancı**, s. 360, dn. 5 (Yazarlar, meydana getirme borcu bakımından sürekli edimli, teslim borcu bakımından ani edimli borç ilişkisi kurallarının uygulanması gerektiğini belirtmektedir.).

⁵¹ **Öz**, Dönme, s. 9; **Altaş**, s. 50; **Ayan**, s. 46 Aksi yönde, **Gümüş, II**, s. 3; **Acar**, Eser, s. 2. Kanaatimizce, eser sözleşmesinde yüklenicinin meydana getirme ve teslim etme şeklinde iki asli yükümlülüğü bulunmaktadır. Bunun etkisi olarak meydana getirmeye ilişkin faaliyetlerin, basit bir ifaya hazırlık hareketi olarak görülmemesi gerekir. Zira TBK m. 473 ile işsahibine tanınan imkân da meydana getirme faaliyetlerine kanun koyucunun bakış açısını göstermektedir. Ayrıca meydana getirmenin teslim dışında müstakil bir borç olarak değerlendirilmesi, eser sözleşmesinin sürekli edimli sözleşme olarak nitelenmesini de gerektirmemektedir. Doktrinde, TBK m. 473'ün, yüklenicinin meydana getirme borcuna ilişkin temerrüdü düzenlediği ve TBK m. 117 vd. hükümleri ile tamamlanması gerektiği fikrinin hâkim olması da aynı sonucu göstermektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Ürem**, s. 150 vd.; **Kurt**, Temerrüt, s. 67; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 366; N. 13; **Gauch**, Werk, N. 675. Hükümün temerrüdü düzenlemediği hususunda bkz. **Öz**, Dönme, s. 49; **Gümüş, II**, s. 21; **Öz**, İnşaat, s. 114.

⁵² **Eren**, Özel, N. 2011; **Gauch**, Werk, N. 9; **Gauch, Peter/Schluep, R. Walter/Schmid, Jörg/Emmenegger, Susanne**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 2014, N. 262, 263; **Aral/Ayrancı**, Özel, s. 360; **Ayan**, s. 47.

⁵³ Bu kapsamda, somut durumlara göre sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Aynı yönde, **Koller**, Werk, N. 71; **Öz**, Dönme, s. 21; **Seliçi**, Sürekli Borç, s. 26; **Ayan**, s. 48.

⁵⁴ **Öz**, Dönme, s. 21; **Kurt**, Temerrüt, s. 54; **Şenocak**, s. 11. Bu konuda özellikle işsahibinin arsasına yapılan inşaat sözleşmeleri bakımından Türk hukuk doktrininde tartışmalar yaşanmış olup görüşler için bkz. **Tandoğan, Haluk**, Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler, BATIDER C. 11, S. 1 Y. 1981, s. 1-49; **Sungurbey, İsmet**, Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının

edimli eser sözleşmelerine (*Dauerwerkvertrag*) de yer verilmekte ve bu sözleşmelerin eser benzeri isimli sözleşme olduğu ileri sürülmektedir⁵⁵.

1.1.2.3. Bedel

Eser sözleşmesi için gerekli unsurlardan bir diğeri de iş sahibinin ödemeyi üstlendiği bedeldir. Bedel ödeme borcu, iş sahibi bakımından aslî edim yükümlülüğü olup iş sahibinin TBK'da düzenlenen tek borcudur (TBK m. 479). Eser sözleşmesinin kurulması için, bir bedel ödenmesine ilişkin anlaşma yeterli olup ayrıca bedel miktarının kararlaştırılmasına gerek bulunmamaktadır⁵⁶. Bu anlaşmanın açık veya örtülü olması bakımından Türk-İsviçre hukukunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda, BGB §632/1'de, bedel ödenmesinin beklenebileceği eser sözleşmelerinde, bedelin zımnen kararlaştırıldığı hükmü bulunmaktadır. Türk-İsviçre doktrinde de yerel adet veya durumun gerektirdiği hallerde, bedelin örtülü olarak kararlaştırıldığı kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁷. Ticari işletme kapsamında iş görülmesi veya zanaatkarların gördükleri işler buna örnek verilebilir⁵⁸. Tarafların sözleşmeyi ivazsız kararlaştırdığı hallerde ise, eser benzeri isimli sözleşme veya vekâlet sözleşmesi görüşleri ileri sürülmektedir⁵⁹.

Bedel ödemenin şekli hususunda gerek TBK'daki düzenlemelere (değere göre veya götürü bedel) gerek uygulamaya bakıldığında, para borcunun esas alındığı sonucuna ulaşılmaktadır. Nitekim, İsviçre doktrinde de bedelin kural olarak belirli miktarda para

Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Zorunlu Bir Yanıt), YHD, Şubat 1982, s.173-194.

⁵⁵ **Gauch**, Werk, N. 322; **Koller**, Werk, N. 7, 70. Art arda teslimli (toplam önceden öngörülüyorsa) veya belirli/belirsiz bir zaman süresince periyodik olarak gerçekleştirilecek edim sonuçlarının üstlenildiği sözleşmeler sürekli edimli eser sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bu kapsamda, bakım sözleşmelerinin belirli/belirsiz sürede birden fazla defa gerçekleştirilmesi halinde, sürekli eser sözleşmesi; bir defa gerçekleştirilmesinde ise, olağan eser sözleşmesi vardır. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 323.

⁵⁶ **Gauch**, Werk, N. 110; **Baygın**, s. 15; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363, N. 4; **Kurt**, Temerrüt, s. 36; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 535; **Eren**, Özel, N. 2243; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 545; **Kaplan, İbrahim**, İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001, s. 125; **Gürpınar**, s. 47 vd.; **Schumacher, Rainer/König, Roger**, Die Vergütung im Werkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung, BR - Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg Bd./ Nr. 34, 2. Aufl., Freiburg 2017, N. 20. Krş. **Koller**, Werk, N. 43 (Yazar, bedel taahhüdünün objektif esaslı nokta olmadığını, duruma veya teamüle göre bedel ödenmesinin bekleneceği hallerde eser sözleşmesinin meydana geleceğini ileri sürmektedir. Aksi yönde **Gauch**, Werk, N. 111b.).

⁵⁷ **Eren**, Özel, N. 2242; **Baygın**, Ücret, s. 14; **Tandoğan**, II, s. 24; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 76; **Gauch**, Werk, N. 111b (Yazar, Alman hukukundaki düzenlemenin İsviçre hukukundan bulunmadığını bu sebeple bedeli yüklenicinin ispat yükü altında olduğunu belirtmektedir.); **Gümüş**, II, s.7.

⁵⁸ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363, N. 5; **Tandoğan**, II, s. 24.

⁵⁹ **Eren**, Özel, N. 2031; **Gauch**, Werk, N. 115, 318; **Aral/Ayrancı**, s. 366; **Kurt**, Temerrüt, s. 45; **Tandoğan**, II, s. 24; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363, N. 6; **Baygın**, Ücret, s. 15; **Ergezen, Muaz**, İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2007, s. 35; **Koller**, Werk, N. 44; **Bühler**, ZK OR, Art. 363 N. 68.

olduğu belirtilmektedir⁶⁰. Bu noktada, bedelin para dışında başka ekonomik unsurlar ile yerine getirilmesi durumunda da sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğini koruyup korumayacağı önem arz etmektedir. Doktrindeki hâkim görüşe göre, bedel olarak para yerine, bir mal verilmesi veya işgörme faaliyetinde (hizmet veya vekâlet niteliğinde) bulunulması durumunda, çift edimli karma sözleşme söz konusudur⁶¹. Bu duruma, ülkemizde geniş bir uygulama alanı olan ve bedel niteliğinde iş sahibinin sahip olduğu taşınmazdan belirli bir pay verdiği arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri örnek gösterilebilir⁶². Buna karşılık, iş sahibinin asli edim yükümlülüğünün de bir eser meydana getirme olduğu durumlarda, doktrinde ileri sürülen görüşe göre, eser sözleşmesi niteliği devam etmektedir⁶³.

1.1.2.4. Anlaşma

Eser sözleşmesinin kurulması için iradelerin karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekir. Buna göre, yüklenicinin ve iş sahibinin eser sözleşmesinin objektif esaslı noktaları olan, sözleşme konusu eser ve bu esere karşılık bir bedel ödenmesi hususunda açık veya örtülü bir şekilde anlaşmaları, sözleşmenin kurulması için yeterlidir. Zira eser sözleşmesi, rızâî bir sözleşme olup herhangi bir şekle tabi değildir. Eser sözleşmesiyle birlikte, karma veya bileşik sözleşme içerisinde taşınmaz mal satışının söz konusu olduğu hallerde, sözleşme resmi şekle tâbi olduğu gibi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de resmi şekilde yapılması gerekir⁶⁴.

1.1.3. Eser Sözleşmesinin Tarafları

Eser sözleşmesinde, eser meydana getirmeyi taahhüt eden yüklenici ile bir bedel ödemeyi taahhüt eden iş sahibi, sözleşmenin taraflarını oluşturmaktadır. İş sahibi ve yüklenici, gerçek veya tüzel kişiler olabileceği gibi tüzel kişiliği olmayan topluluklar da olabilir. Tarafların birden fazla kişiden oluşmasına da herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁶⁰ **Koller**, Werk, N. 45; **Gauch**, Werk, N. 111.

⁶¹ **Eren**, Özel, N. 2241; **Gauch**, Werk, N. 111a, 111b (Yazar, karma sözleşme niteliği sebebiyle, muacceliyet, zamanaşımı, ayıp sebebiyle bedelin indirilmesi ve bedel hasarına ilişkin kuralın uygulanamayacağını ve bedel ödenmemesi gerektiğini ileri sürmektedir.); **Baygın**, Ücret, s. 16; **Koller**, Werk, N. 45; **Gautschi**, BK OR, Art. 363 N. 9a; **Ayan**, s. 31; **Altaş**, Telef, s. 44. Aksi yönde bkz. **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 363 N. 9; **Becker**, BK OR, Art. 363 N. 11.

⁶² Hukuki niteliğine ilişkin bkz. **Tandoğan**, II, s. 70; **Ayan**, s. 39; **Erman**, **Hasan**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010, s. 4 vd.; **Atamulu**, s. 32 vd.; HGK T. 9.6.1982, E. 1979/15-1613, K. 1982/565 (KBİBB).

⁶³ **Yavuz**, Özel, s. 962; **Kurt**, Temerrüt, s. 37, özellikle dn. 53'te belirtilen yazarlar. **Tandoğan**, II, s. 28; **Eren**, Özel, N. 2241 (Yazar, bedel yerine emeğin söz konusu olduğu durumlarda, hizmet veya vekâlet sözleşmesi hükümlerine başvurulabileceğini belirtmekte fakat bu emek kapsamına eser meydana getirmeyi dâhil edip etmediği anlaşılamamaktadır.); **Baygın**, Ücret, s. 16. Karma sözleşme görüşü için bkz. **Koller**, Werk, N. 45.

⁶⁴ **Eren**, İnşaat, s. 57; **Öz**, İnşaat, s. 6; **Aral/Ayrancı**, s. 367; **Erman**, Arsa Payı, s. 17 vd.; **Atamulu**, s. 41 vd.

1.1.3.1. İşşahibi

İşşahibi (*Locator, Besteller, Maitre*) eser sözleşmesinde, yüklenicinin karşısında yer alan ve yüklenicinin bir eser meydana getirip, teslim etmeyi borçlandığı kişidir. İşşahibi, gerçek kişi olabileceği gibi özel veya kamu tüzel kişisi veya tüzel kişiliği olmayan ortaklık da olabilir⁶⁵. Gerçekten de, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu kapsamında akdedilen eser (yapım) sözleşmelerinde, işşahibi tarafı idare oluşturur. İdarenin işşahibi olduğu eser sözleşmeleri bakımından ikincil düzenlemeler de bulunmaktadır⁶⁶. Eser sözleşmesinde işşahibi, yüklenicinin meydana getireceği eserin alacaklısı, ödenmesi gereken bedelin de borçlusudur. Alman hukukundan farklı olarak Türk-İsviçre hukukunda kanun koyucu, işşahibinin borçları kapsamında yalnız bedel ödeme borcuna yer vermiştir. Bununla birlikte, işşahibinin hem alacaklı hem borçlu sıfatı dolayısıyla başkaca borçlarının da kabul edilmesi mümkündür⁶⁷.

Eser sözleşmesinde işşahibi tarafının birden fazla kişiden oluşması mümkündür. Birden fazla kişinin işşahibi olduğu durumlarda, bu kişiler arasındaki borçluluk ve alacaklılık ilişkisinin belirlenebilmesi için edimin bölünebilirliğinin değerlendirilmesi gerekir. Bu noktada, işşahibi tarafının alacaklı sıfatını haiz olduğu durumlarda, yapma borçlarında kural olarak bölünemez edim söz konusu olduğu için⁶⁸, kanun veya sözleşme gereği müteselsil alacaklılığı gerektiren bir durum da yoksa (TBK m. 169), bölünemeyen edime birlikte alacaklılık (bölünmez alacaklılık) hali meydana gelir⁶⁹. TBK m. 85/I gereği, işşahibi sıfatına sahip her bir alacaklı, borcun tüm işşahiplerine ifasını isteyebilir. Alacaklılardan birinin üzerine düşen davranışı yerine getirmediği halde, tüm alacaklılar bakımından alacaklı temerrüdü meydana gelir⁷⁰. İşşahibi tarafının birden fazla kişiden oluştuğu borçluluk

⁶⁵ **Bühler**, ZK OR, Art. 363, N. 69; **Baygın**, Ücret, s. 6; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Vor Art. 363-379, N. 13; **Kurt**, Temerrüt, s. 42; **Gauch**, Werk, N. 10; **Gökyayla**, s. 13.

⁶⁶ Bu kapsamda, RG T. 9/10/1984 S. 18540 Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi; RG T. 04.03.2009 S. 27159 Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği ve özellikle Ek-8 Yapım İşleri Genel Şartnamesi.

⁶⁷ İşşahibinin yan ve koruma yükümlölükleri bu kapsamdadır. İşbirliği davranışlarının hukuki niteliği doktrinde tartışmalı olup baskın görüş külfet fikrini kabul etmektedir. Bkz. 1.2.5.2.

⁶⁸ Doktrinde dar anlamda yapma borçları bakımından “bölünemez edim” fikri hâkimdir. Bkz. **Weber**, Kommentar zu Art. 68-96 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 4. Teilbd. (Die Erfüllung der Obligationen), 2. Aufl., Bern 2005, Art. 70, N. 20; **Kren-Kostkiewicz, Jolanta**, OR Kommentar Schweizerische Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., 2016, Art. 69, N. 3; **Voit, Wolfgang**, Kommentar zu §§ 631-651 BGB, in: Hrsg. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck, Beck’scher Online-Kommentar, 49. Edition, München 2019, BGB §631, Rn. 97. Bununla birlikte, verme borcu bakımından bölünebilirlik söz konusu olabilir. Örneğin, beş kişinin bir yüklenici ile tek parselde beş farklı müstakil ev yapımına ilişkin akdettikleri sözleşme bu kapsamda değerlendirilebilir. Böyle bir durumda, tarafların niyet ve amacına göre, kısmi alacaklılık kabul edilebilir. Bkz. **Acar**, Teselsül, s. 87. Birden fazla eserin borçlanıldığı sözleşmelerin isimli sözleşme olduğu yönünde bkz. **Koller**, Werk, N. 6.

⁶⁹ **Acar, Faruk**, Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül, Ankara 2003, s. 78 vd.

⁷⁰ **Weber**, BK OR, Art. 70 N. 31; **Schraner, Marius**, Kommentar zu Art. 68-96 OR, in: Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V (Obligationenrecht), Teilbd. 1e (Die Erfüllung der Obligationen), 3. Aufl., Zürich 2000, Art. 70 N. 37; **Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold**, Allgemeiner Teil des

ilişkisinde ise, yine kanundan veya sözleşmeden kaynaklanan müteselsil borçluluk durumu yoksa, bedel ödeme borcu kural olarak para olacağından, bölünebilir olması sebebiyle, kısmî borçluluk hali meydana gelir⁷¹.

İşsahibi sıfatının doğabileceği hallerden biri de, alt eser sözleşmesinin bulunmasıdır. Asıl yüklenicinin belirli bazı işlerde alt yüklenici ile eser sözleşmesi akdetmesi durumunda, alt yüklenici karşısında asıl yüklenici, işsahibi sıfatını taşımaktadır. Zira akdedilen alt yüklenicilik sözleşmesi bakımından, alt yüklenici, yüklenici taraf olduğundan, tabii olarak asıl yüklenici⁷² de bu sözleşme bakımından bedel ödeme borcunu taahhüt eden işsahibidir⁷³. Alt eser sözleşmesinin bulunduğu durumlarda, alt yüklenici ile asıl işsahibi arasında kural olarak herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır⁷⁴. Ancak, doktrinde, bu durumun istisnaları kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, alt yüklenicinin asıl işsahibine karşı taahhütte bulunması, ikincisi, asıl ve alt yüklenici arasında akdedilen eser sözleşmesinin, üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m. 129) niteliğine sahip olması, üçüncüsü TBK m. 507/III'ün kıyasen işsahibi ve alt yüklenici ilişkisine uygulanması ve son olarak üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunduğu hallerdir⁷⁵.

İşsahibi, eser sözleşmesinin önemli bir uygulama alanını oluşturan inşaat sözleşmelerinde, arazi maliki (*Grundeigentümer*) olarak da karşımıza çıkmaktadır. Ancak, inşaat sahibinin, arazi maliki olmadığı durumlar da mevcuttur. Bu yüzden, İsviçre hukukunda “*inşaat sahibi*” anlamında “*Bauherr*” ifadesine de yer verilirken, Alman hukukunda ise, aynı anlama gelen “*Auftraggeber*” tercih edilmektedir⁷⁶. İnşaat sözleşmesinde, işsahibinin, mimar

Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Aufl., Bd. II, Zürich 1974, s. 327; **Demirbaş, Feride**, Kısmi İfa, Ankara 2018, s. 110.

⁷¹ **Demirbaş**, s. 101. İşsahibi tarafı oluşturan kişiler arasında bir ortaklığın bulunduğu hallerde ise, var olan ortaklığa ilişkin hükümler uygulama alanı bulur.

⁷² **Akkanat, Halil**, Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi, İstanbul 2000, s. 4; **Yalçınduran, Türker**, Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000, s. 25; **Erişen, Muhammet**, Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2011, s. 19.

⁷³ **Gauch**, Werk, N. 144; **Kurt**, Temerrüt, s. 42; **Hürlimann, Roland**, Komm-SIA 118, Art. 2, N. 4.1 (Yazar, asıl yüklenicinin, inşaat sözleşmeleri bakımından alt yükleniciye karşı “*Bauherr*” sıfatını taşıyamayacağını belirtmektedir.).

⁷⁴ **Gauch**, Werk, N. 162; **Eren**, Özel, N. 2087; **Yavuz**, Özel, s. 982; **Tandoğan**, II, s. 84; **Bühler**, ZK OR, Art. 364 N. 67; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 512.

⁷⁵ İstisnalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 163 vd.; **Akkanat**, Taşeronluk, s. 229 vd.; **Yalçınduran**, Taşeronluk, s. 179 vd.; **Tandoğan**, II, s. 84 vd.; **Erişen**, s. 111 vd.

⁷⁶ Nitekim işsahibi sıfatı, tamamen sözleşme ilişkisinden kaynaklı olup sözleşme konusu eşyaya malik veya zilyet olmakla ilgili değildir. Bkz. **Busche, Jan**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, §§ 631-651 BGB, 7. Aufl., München 2018, §631 Rn. 47. İsviçre Federal Mahkemesine göre, SIA-Norm 118'in uygulandığı eser sözleşmelerinde işsahibi aynı zamanda inşaat sahibi sıfatını da taşımaktadır. BGer 4A_580/2012, 18. Februar 2013, E. 5.2.1. Karar için bkz. http://www.servat.unibe.ch/dfr/bger/130218_4A_580-2012.html, E.T.: 29.04.2018. Alman hukukunda yer alan “*Auftraggeber*” ifadesi için bkz. **Von Rintelen**, Messerschmidt/Voit, BGB §631, Rn. 19; **Thierau**, Kapellmann/Messerschmidt VOB Kommentar Teil B, Anhang Rn. 2. İşsahibinin, müşavir mühendis veya mimar ile anlaşarak inşaat işinin yapımı ve yönetimine ilişkin yapılan sözleşme, öğretideki hâkim görüşe göre, vekâlet sözleşmesi olarak kabul edildiği için de söz

veya mühendis aracılığıyla temsili de mümkündür. Bu tip durumlarda da işsahibi sıfatı yine inşaatı yaptıran kişide kalmakla birlikte, mimar ve mühendis, TBK m. 116 kapsamında işsahibinin yardımcı kişileridir⁷⁷.

1.1.3.2. Yüklenici

Yüklenici (*Conductor, Unternehmer, L'entrepreneur*), eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi işsahibine borçlanan gerçek veya tüzel kişidir. Yüklenici tarafı birden fazla kişi veya kişi topluluğu oluşturabilir. Hatta günümüzde mikro uzmanlık alanlarının varlığı ve büyük projeler için tek bir yüklenicinin yeterli gelmemesi sebebiyle, yüklenici tarafı sıklıkla birden fazla gerçek veya tüzel kişi oluşturmaktadır. Bu yüklenicilerin, işsahibi ile ferdi veya ortak bir ilişkisi olabilir⁷⁸. İşsahibi ile yükleniciler arasında ferdî ilişkiler bulunduğu takdirde, yüklenicilerin birbirleri ile herhangi bir ilişkileri bulunmaz. Bu durum özellikle inşaat sözleşmelerinde, işsahibinin yüklenicilerle ayrı ayrı sözleşmeler akdettiği hallerde ortaya çıkar. Bu durumda, işin belirli kısımlarını yapan yükleniciler, kısmi yüklenici (*Teilunternehmer*), bunların bir arada çalışmaları durumunda ise, birbirlerine karşı yan yüklenici (*Nebenunternehmer*) olarak isimlendirilirler. İş diğer yan yükleniciden önce gerçekleştiren, ön yüklenici (*Vorunternehmer*) olarak isimlendirilirken, onu takiben kendi kısmını ifa eden yan yüklenici için art yüklenici (*Nachunternehmer*) ifadesi kullanılmaktadır. Bu noktada, Alman hukukundaki terminolojiden farklı olarak art yüklenicinin, ön yüklenicinin işinin tamamlanmasından sonra çalışabilmesi zorunluluğu yoktur. Edimlerini aynı anda ifa eden yükleniciler ise, paralel yüklenici (*Parallelunternehmer*) olarak isimlendirilmektedir⁷⁹. Buna karşılık, yüklenicinin alt yüklenicilerle anlaşma yaptığı hallerde, alt yüklenici (*Subunternehmer*) söz konusu iken, yüklenicinin eserin bütününe borçlandığı

konusu terim tercih edilmektedir. Bkz. **Koller**, Werk, N. 11; **Baygın**, Ücret, s. 6; **Gauch**, Werk, N. 10; **Eren**, Özel, N. 2066.

⁷⁷ **Koller**, **Alfred**, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980, N. 329; **Şenocak**, **Zarife**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, s. 294 vd.; **Weber**, BK OR, Art. 101 N. 149; **Zeltner**, N. 11; **Arpacı**, **Özge**, Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara 2019, s. 49.

İnşaat sözleşmelerinde işsahibinin, tek bir eser meydana getirmek için birden fazla (yan) yüklenici ile sözleşme akdettiği hallerde de, (ön) yüklenicilerden birinin bir başka yüklenicide sebep olduğu ayıp, gecikme vb. aksaklıklar durumunda da işsahibinin ifa yardımcısı kapsamında sorumluluğuna gidilir. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 724; **Koller**, Werk, N. 14; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 21

⁷⁸ **Gauch**, Werk, N. 243 vd.; **Eren**, Özel, N. 2068; **Akkanat**, Taşeronluk, s. 21 vd.

⁷⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Scherrer**, **Erwin**, Nebenunternehmer beim Bauen, Freiburg 1994, N. 96 vd.; **Gauch**, Werk, N.217 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 476; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 363, N. 16; **Gökyayla**, s. 13; **Eren**, Özel, N. 2068 vd.; **Gümüş**, II, s. 8; **Ayan**, s. 27 vd.; **Kocaağa**, İnşaat, s. 31 vd. Yüklenici tarafın birden fazla kişiden oluştuğu hallerde ortaya çıkan yüklenici türlerine, SIA-Norm 118'de Art. 28-32 hükümleri arasında yer verilmiştir. Alman hukuku bakımından **Busche**, MüKo BGB, §631, Rn. 42.

hallerde, genel yüklenici (*Generalunternehmer*), eserin tesliminin yanı sıra projeleri de hazırlayacak yükleniciye ise, toptan yüklenici (*Totalunternehmer*) denir⁸⁰.

Ortak ilişkinin söz konusu olduğu durumlarda ise, joint venture veya konsorsiyum gibi adi ortaklık hükümlerinin cari olacağı durumlar ortaya çıkabilir⁸¹. Ayrıca, yüklenici tarafı birden fazla kişinin oluşturduğu hallerde meydana getirme borcu bakımından, bölünemeyen edime birlikte borçluluk, bedel alma hakkı bakımından ise, kısmi alacaklılık ortaya çıkabilir.

1.1.4. Eser Sözleşmesinde Tarafların Borçları

Eser sözleşmesinde tarafların borçları TBK m. 471-481 hükümleri arasında düzenlenmiştir. Ancak, taraflar akdettikleri sözleşmede ayrıca yükümlülükler yer verebilecekleri gibi, taraflardan birini idarenin oluşturduğu hallerde yönetmelik, şartname vb. ikincil mevzuattan kaynaklı yükümlülükler de ortaya çıkabilir.

1.1.4.1. İşsahibinin Borçları

“İşsahibinin borçları” başlıklı TBK m. 479-481 hükümleri arasında, yalnız bedel ödeme borcuna yer verilmiştir. Anılan hükümler kapsamında, işsahibi, önceden kararlaştırılan götürü veya değere göre belirlenecek olan bedeli, kural olarak eseri teslim anında ödemekle yükümlüdür. İşsahibinin sözleşme ile kararlaştırılmış veya TMK m. 2’den doğan güven ilişkisi gereği, başkaca yan ve koruma yükümlülükleri de bulunabilir⁸². Ayrıca, işsahibinin, muayene ve ihbar, zararı azaltma gibi külfetleri de mevcuttur.

Türk-İsviçre hukukunda, taşınır satış sözleşmesindeki alıcıdan farklı olarak (TBK m. 232), işsahibinin eseri teslim almasının yükümlülük olduğuna ilişkin açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Buna karşılık, Alman hukukunda BGB §640/1 ile işsahibinin eseri teslim alma borcuna yer verilmiştir. Alman hukukunda, eserin teslim alınması asli yükümlülük olarak düzenlenmiştir⁸³. Ayrıca, BGB §642’de, işsahibinin eserin ifası için yapması gereken işbirliği davranışlarının yerine getirilmemesinde yüklenicinin sahip olacağı talebe ilişkin de

⁸⁰ Yüklenicinin proje vb. işler için yaptığı sözleşmelerin eser sözleşmesi niteliği zorunlu olmayıp, vekalet veya eser benzeri isimsiz sözleşme olması da mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 217 vd.; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 476; **Kocağa**, İnşaat, s. 31 vd.

⁸¹ Yükleniciler arası adi ortaklığın söz konusu olduğu ilişkiler ise, joint venture (ortak girişim) veya konsorsiyum şeklinde meydana gelebilir. Yüklenicilerin müteselsilen sorumlu olduğu hallerde, joint venture söz konusu iken, ayrı ayrı kendi uzmanlık alanlarından sorumlu oldukları durumlarda konsorsiyum ilişkisi bulunmaktadır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Barlas, Nami**, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, İstanbul 2016, s. 174 vd.; **Kurt**, Temerrüt, s. 39 vd.; **Kocağa**, İnşaat, s. 49.

⁸² **Gauch**, Werk, N. 1320; **Koller**, Werk, N. 167 (Yazar, işsahibinin ayıpsız malzeme sağlama borcundan bahsetmektedir.); **Zevkliler/Gökyayla**, s. 562; **Gökyayla**, s. 26.

⁸³ **Busche**, MüKo BGB, §631 Rn. 87; **Mansel**, Jauernig BGB, §631 Rn. 20.

düzenleme bulunmaktadır. Düzenleme kapsamında, işsahibinin birlikte hareket etmeye ilişkin davranışlarının niteliği bakımından külfet fikri doktrinde baskın görüştür⁸⁴.

İşsahibi tarafı idarenin oluşturduğu hallerde, ikincil mevzuattan kaynaklanan yükümlülük veya külfetler de ortaya çıkabilir. Bu konuda, Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin (m. 6, 7, 8, 11, 14, 40) ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin (m. 4, 5, 6, 9, 10, 41) hükümleri örnek gösterilebilir. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da İsviçre Mühendisler ve Mimarlar Odası tarafından inşaat sözleşmelerine ilişkin genel işlem kurallarını içeren SIA-Norm 118 düzenlemesi (SIA-Norm 118, Art. 10, 13-14, 99-102, 116-122) örnek verilebilir. Düzenleme, kanun veya yönetmelik gibi bir bağlayıcılığı olmayan özel düzenleme olup ancak tarafların kabul ettikleri durumlarda uygulanabilir⁸⁵.

1.1.4.2. Yüklenicinin Borçları

TBK m. 471-478 hükümleri arasında düzenlenen yüklenicinin borçları, bir eserin meydana getirilmesi ve işsahibine teslimi, eserin yapımında kullanılacak olan araç ve gereç ile malzemenin sağlanması⁸⁶, teslim edilen eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi, aydınlatma ve gözetim borcu, şahsen ifa borcu, işe zamanında başlama ve yürütme, sözleşme süresince işsahibinin haklı menfaatlerinin gözetilerek işin sadakat ve özenle yerine getirilmesi ve ihbar yükümlülüğüdür. Ayrıca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde sözleşme ile yükleniciye, başka yan ve koruma yükümlülükleri de yüklenebilir. İşsahibi tarafı idarenin oluşturduğu hallerde, yüklenicinin ikincil mevzuattan kaynaklanan başka borç ve külfetleri de ortaya çıkar.

Yüklenicinin aslî edim yükümlülüğü olan eseri meydana getirme borcu, nitelikli bir yapma borcudur⁸⁷. Yüklenicinin, TBK m. 471/III gereği eseri, doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bakımından, meydana getirme borcu, kural olarak şahsi (işgörme) edim niteliğindedir⁸⁸. Ancak,

⁸⁴ **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 2; **Kögl**, BeckOGK BGB, §642 Rn. 6.

⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Stöckli**, Komm-SIA 118, Einleitung, N. 2 vd.; **Arpacı**, s 182 vd.

⁸⁶ Eser meydana getirilirken kullanılacak araç ve gerecin sağlanması da kural olarak yüklenicinin borçlarındandır (TBK m. 471). Ancak, malzeme konusunda kanun koyucu benzer bir düzenleme yapmamıştır. Başka bir deyişle, eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemenin sağlanmasının hangi tarafın borcu olduğu düzenlenmemiştir. Ancak, doktrinde hâkim olan görüş, malzemenin kural olarak işsahibi tarafından sağlanması gerektiğidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, Temerrüt, s. 63; **Eren**, Özel, N. 2098 vd.; **Gauch**, Werk, N. 74. İsviçre hukukunda malzemenin işsahibi tarafından sağlandığı eser sözleşmeleri, olağan eser sözleşmesi (*schlichter Werkvertrag*); malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı eser sözleşmeleri ise, eser teslim sözleşmesi (*Werklieferungsvertrag*) olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Koller**, Werk, N. 5; **Gauch**, Werk, N. 121.

⁸⁷ **Aydınçık, Şirin**, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki Sonuçları-Nama İfa, İstanbul 2013, s. 7 vd.; **Kurt**, Temerrüt, s. 56; **Ayan**, s. 25; **Ürem**, s. 43. Sonuç borcu kapsamında ifaya hazırlık hareketi niteliğine ilişkin bkz. **Öz**, Dönme, s. 9; **Seliçi**, Sürekli Borç, s. 26.

⁸⁸ Meydana getirme borcunun niteliği kural olarak şahsi edim olmakla birlikte, bu durum, borçlunun kişiliğine bağlı olan ve olmayan şahsi edim şeklinde olabilir. Birinci halde yüklenicinin meydana getirmeyi doğrudan doğruya kendisinin gerçekleştirmesi gerekirken, ikinci durumda kendi yönetimi altında yaptırması yeterlidir.

yüklenicinin şahsi özelliklerinin önem arz etmediği hallerde, işin başkasına yaptırılması, başka bir deyişle, alt yüklenicilik ilişkisi de mümkündür. Alt yüklenicilik ilişkisinde, işsahibi ile alt yüklenici arasında kural olarak herhangi bir akdi ilişki bulunmadığından, alt yükleniciye karşı işsahibinin alacaklı sıfatı bulunmamaktadır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından birisi de meydana getirdiği eserin işsahibine teslim edilmesidir. Verme borcu niteliğindeki eser tesliminin işsahibi nezdinde karşılığı teslim alma (*Abnahme*) şeklindedir. İşsahibinin eseri teslim almaktan kaçınması, alacaklının temerrüdünü oluşturan hallerden biri olduğu için aşağıda ayrıntılı bir biçimde incelenmiştir⁸⁹. Teslim için, yüklenicinin tamamlanmış ve sözleşmeye uygun şekilde meydana getirdiği eseri, işsahibinin hâkimiyet alanına geçirmesi gerekmektedir⁹⁰. Doktrindeki baskın görüşe göre, eserin taşınır olduğu hallerde, ifa iradesiyle zilyetliğin devrinin, taşınmazlarda teslim öncesi tapuda tescilin, taşınmaz işsahibinin arazisi üzerinde gerçekleştiriliyorsa tamamlanmaya ilişkin açık veya örtülü bildirimin, maddi varlığı olmayan eserlerde ise, yine eserin tamamlandığının bildirilmesi ile teslim gerçekleşmiş olur⁹¹.

1.2. Alacaklının Temerrüdü Hakkında Genel Bilgiler

1.2.1. Genel Olarak

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne ilişkin TBK'nın eser sözleşmesi hükümlerinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu sebeple, işsahibinin alacaklı temerrüdü durumunda kural olarak, Türk Borçlar Kanunu'nun "*Borç İlişkisinin Hükümleri*" başlıklı ikinci bölümünün "*Borçların İfası*" başlıklı birinci ayrımında 106 ile 111'inci maddeler arasında yer alan düzenlemeler cari olur. İşsahibinin alacaklı temerrüdüyle ilgili açıklamalardan önce, genel hükümlerde yer alan alacaklı temerrüdü hakkında bilgilere yer verilmiştir. Zira alacaklının temerrüdü müessesesi, günümüzde, Roma hukukundan farklı olarak, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda ayrı bir hukukî kurum olarak düzenlenmiştir⁹². Alacaklının temerrüdü, Alman

Kendi yönetimi altında yaptırdığı hallerde, yüklenicinin ifa yardımcısı kullanması söz konusu olup yüklenici eserin yapımını yönetmektedir. Son hal ise, TBK m. 471/III/c.2'de yer alan alt eser sözleşmelerinin mümkün olabileceği durumlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, Özel, N. 2079; **Yalçınduran**, Taşeronluk, s. 73 vd.; **Gauch**, Werk, N. 609; **Ürem**, s. 39; **Kurt**, Temerrüt, s. 57 vd.

⁸⁹ Bkz. 2.2.2.3.2.

⁹⁰ **Eren**, Özel, N. 2116; **Gauch**, Werk, N. 88; **Tandoğan**, II, s. 125.

⁹¹ **Gauch**, Werk, N. 88, 90; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 312; **Klauser**, Peter, Die Werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen, Zürich 1973, s. 17; **Tschütscher**, Klaus, Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken, Bern/ Stuttgart/ Wien 1996, N. 34; **Kurt**, Temerrüt, s. 80 vd.; **Öz**, Dönme, s. 166 vd.; **Eren**, Özel, N. 2116; **Seliçi**, Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 35 vd.

⁹² **Dötterl**, Beck OGG, BGB §293 Rn. 4; **Üçer**, Mehmet, Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü, Ankara 2007 s. 14; **Koç**, Nevzat, İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları, Ankara 1992, s. 15; **Staubert**, Demian, Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges, Bern 2009, N. 106, 209.

hukukunda BGB §293'te “*Annahmeverzug*” şeklinde isimlendirilirken, İsviçre hukukunda “*Gläubigerverzug*” ifadesi tercih edilmiştir⁹³. Birbirinin yerine kullanılabilen her iki kavram da aynı kurumu ifade etmekte ve alacaklı temerrüdü, hem ifayı kabulden hem de kabul aşamasından önce borçlunun ifasını yerine getirebilmesi için alacaklının yapması gerekli davranışlardan kaçınmayı kapsar⁹⁴. Nitekim, TBK m. 106'nın “*kabulden...veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için... ifaya hazırlık fiillerinden kaçınırsa*” ifadesi de her iki durumu kapsar biçimde kaleme alınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nda ayrı bir hukuki müessese olarak düzenlenen alacaklının temerrüdü, TBK'nın yalnız sistematığı dikkate alındığında bir ifa engeli olarak düzenlenmemiştir. Gerçekten de TBK m. 106-110 arasında düzenlenen alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin ardından, Türk Borçlar Kanunu'nun “*Borçların İfa Edilmemesinin Sonuçları*” başlıklı ikinci ayrımı 112. maddeden başlamaktadır. Başka bir deyişle, alacaklının temerrüdü halinde, TBK m. 112-126 arasında yer alan düzenlemeler ancak alacaklının temerrüdü hükümlerinde boşluklar söz konusu olduğunda kıyasen uygulanabilir⁹⁵. Bununla birlikte, müesseseyi Türk-İsviçre ve özellikle Alman hukuku bakımından ifa engeli olarak değerlendiren yazarların sayısı oldukça fazladır⁹⁶. Alacaklının temerrüdüne ilişkin hükümlerin sistematik yeri ve düzenlenen hukuki sonuçlar (aynen ifa, tazminat olanaklarının bulunmaması) dikkate alındığında, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda⁹⁷ bir borç ihlali olarak nitelendirilmemekle birlikte, alacaklıdan kaynaklanan ifa engeli kapsamında değerlendirilmelidir.

1.2.2. Tarihi Gelişimi

Günümüzde ifade ettiği anlama 18. ve 19. yüzyılda ulaşan alacaklı temerrüdü, teorik tartışmaların halen devam ettiği hukuki müesseselerdendir. Bağımsız bir müessese olarak

⁹³ Bunlara ek olarak, İsviçre ve özellikle Alman hukukunda işbirliği gecikmesi anlamında “*Mitwirkungsverzug*” ifadesi de kullanılmaktadır. BGB §642'de de iş sahibinin ifaya ilişkin işbirliği davranışlarını ifade etmek üzere “*Mitwirkung des Bestellers*” ifadesi yer almaktadır.

⁹⁴ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 6. Alman ve İsviçre hukukunun yanı sıra, Avusturya hukukunda da her iki kavram birbirinin yerine kullanılmaktadır. Bkz. **Heidinger**, ABGB PraxisKo, §1419 Rz. 1; **Reischauer**, Rummel ABGB, §1419 Rz. 3.

⁹⁵ **Stauber**, N. 127.

⁹⁶ **Serozan, Rona**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014, §12 N. 1; **Stauber**, N. 127 (Yazar, dış sistematik bakımından düzenlemenin ifa engeli sayılmadığını belirtmekle birlikte kurumun esasında bir ifa engeli olduğu fikrini desteklemektedir. Bkz., **a.g.e.**, N. 154); **Weber**, BK OR, Vorbemerkungen zu Art. 97-109 N. 25 (Yazar, müessesenin hukuki ihlal oluşturmadığından ifa kısmında düzenlendiğini fakat alacaklıdan kaynaklanan bir ifa engeli olduğunu belirtmektedir.); **Schmidt-Kessel, Martin**, Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Bd. 2/1: §§ 241-610, 3. Aufl., 2016, §293, Rn. 1.

⁹⁷ Özellikle Alman hukukunda 2002 yılındaki reform kapsamında da BGB §293 ve devamında düzenlenen kabul (alacaklı) temerrüdü hükümlerine dokunulmamıştır. Bunun günümüzdeki borç ilişkisine uymadığı noktasında bkz. **Dötterl**, Beck OGG BGB, §293, N. 9, N.9.1; **Schmidt-Kessel**, NK BGB, §293, Rn. 1.

değerlendirilmesi 1900'lerden sonraya rastlarsa da yapılan tartışmaların temeli Roma hukukuna kadar dayanmaktadır. Klasik Roma hukukçuları tarafından geliştirilen temerrüt (*Mora*), hem borçlunun (*Mora Debitoris/Solvendi*) hem de alacaklının (*Mora Creditoris/Accipiendi*) temerrüdünü ifade etmekteydi⁹⁸. Her iki temerrüt türü de kusura (*culpa*) dayanmaktaydı⁹⁹. Bunun sebebi, teslim almanın alacaklı açısından bir borç olarak nitelendirilmesi olup dolayısıyla borçlunun teslimden kaçınan alacaklıdan tazminat talep edebilmesi de mümkündür¹⁰⁰. Ancak, Roma hukukunun günümüz Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerine göre içtihadî bir hukuk sistemi olması sebebiyle, kaynak gösterilen olaylardan yeknesak bir alacaklı temerrüdü müessesesinin olmadığı da ileri sürülen fikirler arasındadır¹⁰¹.

19. yüzyılda, kabulü borç olarak gören ve temerrütte kusur şartı arayan doğal hukuk öğretisine karşı fikirler ileri sürülmeye başlamıştır¹⁰². Alacaklı temerrüdünün unsurları ve niteliği hususunda farklı fikirlere karşın, alacaklı temerrüdüne rağmen, borçlunun borcunun devam edeceği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmaktadır¹⁰³. İlk defa Mommsen tarafından, alacaklının kabule/teslim almaya ilişkin bir borcunun bulunmadığı, borcun olmadığı yerde kusurdan da bahsedilemeyeceği belirtilerek, alacaklı ve borçlu temerrüdünün

⁹⁸ **Tamer, Diler**, *Mora Creditoris*, Annales de la Faculté de Droit, C. XXXV, S. 52, İstanbul 2011, s. 443; **Reetz, Pia**, *Mora Creditoris im römischen Recht*, The Legal History Review Vol. 83, Issue 3-4, Y. 2015, s. 399; **Üçer**, s. 11; **Pennitz**, HKK BGB, §§ 293-304, Rn. 2; **Zimmermann**, The Law of Obligations Roman Foundations of The Civilian Tradition, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1992, s. 818; **Hüffer, Uwe**, *Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln: Eine rechtsvergleichende Untersuchung der Mitwirkung des Gläubigers bei der Vertragserfüllung unter besonderer Berücksichtigung der gegenseitigen Verträge*, Berlin 1976, s. 7.

⁹⁹ Ancak Roma hukukundan alacaklının temerrüdüne ilişkin kaynak gösterilen olaylara ilişkin alacaklının kusurunun veya ona yükletilebilmenin bir şart olarak aranmadığını ileri süren yazarlar da bulunmaktadır. **Zimmermann**, The Law Of Obligations, s. 820; **Harke, Jan Dirk**, *Mora Debitoris und Mora Creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin 2005, s. 101; **Kaser, Max**, *Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1955, s. 431. Buna karşılık, kusurun derecesi önem arz etmeksizin gerektiği hususunda bkz. **Von Madai, Carl Otto**, *Die Lehre von der Mora: Dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts*, Halle 1837, s. 14; **Wolff, Carl Wilhelm**, *Zur Lehre von der Mora*, Göttingen 1841, s. 252 vd.; **Reetz, P.**, s. 399.

¹⁰⁰ **Zimmermann**, The Law Of Obligations, s. 818; **Akıncı, Şahin**, *Roma Borçlar Hukuku*, 11. Baskı, Konya 2020, s. 71.

¹⁰¹ **Müller-Foell, Christian**, *Die Mitwirkung des Bestellers*, Berlin 1982, s. 17 dn. 22; **Reetz, P.**, s. 404, 419. (Yazar, özellikle alacaklının temerrüdünün nitelendirmesi konusunda kaynak olaylardan yeknesak bir sonuç çıkarılmadığını ve bu sebeple standart prensiplerin belirlenmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir.). Zimmermann ise, *ius commune* kapsamında alacaklının temerrüdünün, bugünkü İngiliz hukuk sistemindeki gibi özel bir müessese olarak görülmediğini ve alacaklının ifada sebep olduğu gecikmelerin sözleşmenin ihlali olarak nitelendirildiği sonucuna varmıştır. **Zimmermann**, The Law of Obligations, s. 818. Detaylı bilgi için bkz. **Pennitz**, HKK BGB, §§ 293-304, Rn. 8 vd.; **Hüffer**, s. 7 vd.

¹⁰² **Pennitz**, HKK, §§ 293-304, Rn. 11 Özellikle dn. 54'te belirtilen yazarlar. **Reetz, P.**, s. 395. Bu konuda özellikle kusur teorisine karşı çıkan eserler için bkz. **Mackeldey, Ferdinand**, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Bd. II Besonderer Teil, 12. Aufl., Gießen 1842, §343, s. 190 vd. (Erişim: <http://dlib-pr.mpg.de/>), **Koch, Christian Friedrich**, *Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte*, Breslau 1836, §33, s. 353. (Erişim: <http://dlib-pr.mpg.de/>).

¹⁰³ **Pennitz**, HKK, §§ 293-304, Rn. 15.

birbirinden farklı olduğu ileri sürülmüştür¹⁰⁴. Mommsen, alacaklı temerrüdünün ortaya çıkması için irade dışı ve tesadüfi kabul etmeme hallerinin yeterli olamayacağını belirterek, alacaklının iradi bir şekilde ifayı engellemesi (*willkürliche Nichtannahme*) gerektiğini savunmuştur¹⁰⁵. Başka bir deyişle, kusur şartını içermesi mümkün olmayan alacaklı temerrüdü açısından başka bir sübjektif unsura yer vermiştir. Mommsen'in sübjektif unsura yer vermesi, teorisini geliştiren daha sonraki yazarlar tarafından eleştiriye uğramıştır¹⁰⁶.

Mommsen'in ileri sürdüğü fikir, Kohler tarafından geliştirilmiş ve bu fikirler BGB'nin yapımında da etkili olmuş ve kanunlaşmıştır (BGB §293). Kohler'e göre, alacaklının, borçlu ile birlikte hareket etme/işbirliği (*Mitwirkung*) davranışlarının niteliği hangi şekilde olsun borç değildir ve bu davranışların borç olarak nitelendirilmesi çok büyük bir hata teşkil etmektedir¹⁰⁷. Nitekim alacaklı, bu davranışları yerine getirmeyerek yalnız kendisine zarar verir¹⁰⁸. Kohler, Mommsen'in sübjektif unsurundan da ayrılarak, kabul etmemenin/teslim almamanın söz konusu olduğu her durumda, alacaklının temerrüdünün meydana geleceğini ileri sürmüştür. Eser sözleşmesine ilişkin olarak ise, yüklenicinin yalnızca bedele ilişkin bir hakkının bulunduğunu ve işsahibinin istediği zaman sözleşmeden dönebileceğini belirten yazar, alacaklının kabul etmeme veya birlikte hareket etmeye yönelik bir davranışı yerine getirmediğinde, yüklenicinin masraflarını ve işe devam etmediği için elde ettiği yararları çıkardıktan sonra geri kalan tutarı alabileceğini belirtmektedir¹⁰⁹.

Alacaklının kabule ilişkin herhangi bir borcunun olmadığı ve bu sebeple borçlu temerrüdü ile alacaklının temerrüdünü farklı görme bakımından Mommsen ve Kohler'e katılan Schey'e göre ise, alacaklının temerrüdünün doğması için alacaklının kusuru gerekir¹¹⁰. Fakat Schey'in belirttiği kusur, alacaklının teslim almaya ilişkin borcunda değil, dürüstlük

¹⁰⁴ **Mommsen, Friedrich**, Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa, Braunschweig 1855, §14 s. 3 vd. (Erişim: <http://dlib-pr.mpij.mpg.de>).

¹⁰⁵ **Mommsen**, s. 134 vd. Bu anlamda Mommsen'in, Windscheid'ın ileri sürdüğü kusursuz alacaklıya olumsuz sonuçların yükletilmemesi gerektiği fikrine karşı, borçluya bir kolaylık sağlamaya çalıştığı söylenebilir. **Pennitz**, HKK BGB, §§ 293-304, Rn. 16. Özellikle Roma hukuku kaynaklarında yer alan "*Si per creditorem steterit quo minus accipiat*" konusunda tartışma bulunmakta olup bu unsuru kusur olarak değerlendiren yazarlar olduğu gibi genel bir ifade olduğunu ve alacaklının risk alanını ifade ettiğini ileri sürenler de bulunmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. **Reetz, P.**, s. 399; **Zimmermann**, Law of Obligations, s. 820.

¹⁰⁶ **Kohler, Josef**, Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch : Der Gläubigerverzug, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 13, 1897, s. 150. (Erişim: <http://dlib-zs.mpij.mpg.de>).

¹⁰⁷ **Kohler, Josef**, Annahme und Annahmeverzug, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, herausgegeben von Dr. Rudolf von Jhering, C. 17, Jena 1879, s. 267. (Yazar, alacaklının kabule zorlanmasını, menfaatlerinin korunması için alacaklıya bir vasi atanması olarak görmektedir. Bkz. s. 268.). Erişim: <http://dlib-zs.mpij.mpg.de>

¹⁰⁸ **Kohler**, Annahme, s. 278. (Yazar, yüklenicinin eserin ifa edilmesinde, ticari ve hatta yüklenicinin itibarını ve rekabet derecesini artırmasını sağlayacak, beden ve ruhen esere bağlı olduğu hallerde dahi yüklenicinin bir hakkının bulunamayacağını belirtmektedir.).

¹⁰⁹ **Kohler**, Der Gläubigerverzug, s. 249. Ancak, bu noktada Kohler'in görüşünün BGB'ye yansıdığından bahsetmek mümkün değildir. Zira BGB §640 ile işsahibine eseri teslim alma bir borç olarak yüklenmiştir.

¹¹⁰ **Von Schey, Josef**, Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte, Wien 1884, s. 27 vd. (Erişim: <http://dlib-pr.mpij.mpg.de>).

kuralından doğan “kimseye zarar verme” (*neminem laede*) ilkesinde aranmalıdır¹¹¹. Ayrıca, Schey, borçlunun borcundan kurtulma konusunda menfaatinin olduğunu kabul etmekte fakat bunun borçlu açısından hiçbir zaman bir hak olmadığını ileri sürmektedir¹¹².

1.2.3. Alacaklının Temerrüdünün Karşılaştırmalı Hukukta Düzenlenişi

Alacaklının temerrüdü müessesesi, özellikle Alman, Türk ve İsviçre hukukunda borçlu temerrüdünden ayrı bir hukuki müessese olarak düzenlenmiştir. Buna karşılık bazı hukuk sistemlerinde ise, müesseseye hiç yer verilmezken bazılarında yalnız hukuki sonuçlarına yer verilmiştir. Aşağıda modern hukuk sistemlerindeki düzenlemeler ile uluslararası düzenlemelerdeki hükümler mukayeseli olarak kısaca ele alınmıştır.

1.2.3.1. Alman Hukuku

Mommsen’in ortaya attığı ve Kohler’in geliştirdiği alacaklının kabule ilişkin bir borcunun olmadığı ve kusur unsurunun gerekmediği fikri, 1.1.1900 tarihinde yürürlüğe giren BGB §293’te “*Alacaklı kendisine sunulan ifayı kabul etmediğinde temerrüde düşer*”¹¹³ şeklinde subjektif unsurdan da bağımsız bir şekilde kaleme alınmıştır. Bu düzenleme ve doktrinindeki tartışmalar başka ülkelerin hukuk sistemlerini de etkilemiş ve İtalya, Yunanistan, Portekiz ve Hollanda tarafından da aynı esas benimsenmiştir¹¹⁴. Alman hukukunda, alacaklının temerrüde düşebileceği durumlar bakımından herhangi bir borcunun olmadığı, yapması gereken davranışların külfet (*Obliegenheit*) niteliğinde olduğu görüşü hâkimdir¹¹⁵. Buna uygun olarak, borçlunun tazminat hakkına yer veren bir düzenleme bulunmamakla

¹¹¹ Başka bir deyişle, alacaklı hiçbir sebep olmaksızın gereği gibi sunulan ifayı kabul etmediğinde, kimseye zarar verme ilkesini kusurlu bir şekilde ihlal etmiş olur. **Von Schey**, s. 105. Türk hukukunda bu görüş ÜÇER tarafından savunulmaktadır. Bkz. **Üçer**, s. 42 vd.

¹¹² **Von Schey**, s. 93 vd. (Yazar, borçlunun borcundan alacaklının yardımı olmaksızın gerçekleştirebileceği ifa ikameleriyle kurtulabileceğini ve alacaklının gecikmesinin yarattığı olumsuz sonuçların borçlu lehine etkisiz kılınacağını da belirtmektedir. Bkz. s. 95.). WINDSCHEID da borçlunun kabule ilişkin bir hakkının bulunmadığını fakat alacaklı temerrüdünün doğumu için hukuka aykırı (*widerrechtlichkeit*) bir kabul etmemenin şart olduğunu ileri sürmekte ve borçlunun bu hususta bir menfaatinin olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Windscheid, Bernhard**, Lehrbuch des Pandektenrechts, 6. Aufl., Bd. 2, Frankfurt a.M. 1887, s. 328 vd. (Erişim: <http://dlib-pr.mpij.de>).

¹¹³ BGB §293: “*Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.*”

¹¹⁴ **Vaquer A.**, Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common) Principles of European Contract Law, Tulane European & Civil Law Forum, Vol. 17, 2002, s. 84 (s. 83-112). İtalyan Medeni Kanunu m. 1206-1217 (Haklı sebep şartı aranmıştır), Hollanda Medeni Kanunu Kitap 6 m. 58-73, Yunanistan Medeni Kanunu m. 349-360 ve Portekiz Medeni Kanunu m. 813-816 (Haklı sebep şartına yer verilmiştir.). Detaylı bilgi için bkz. **Schmidt-Kessel, M.**, Max Planck Encyclopedia of European Private Law, Hrsg. Basedow, J./Hopt, J. K./Zimmermann, R, Oxford 2012, s. 1183-1185; **Stathopoulos, Micheal/Karampatzos, Antonios G.**, Contract Law in Greece, 3. Baskı, 2014, s. 189.

¹¹⁵ **Dötterl**, Beck OLG, § 293, Rn. 11; **Schmidt-Kessel**, NK BGB, §293, Rn. 2; **Hager, J.**, ERMAN BGB, Vorbemerkung vor §293, Rn. 1; **Reetz, P.**, s. 415 (Yazar, alacaklının temerrüdü durumunda alacaklı aleyhine doğan hukuki sonuçların geciken borçlunun kine nazaran daha hafif olduğunu ve bunun sebebinin de borçlunun temerrüdünde kusurun aranması olduğunu belirtmektedir.). Kanaatimizce, bu fikre katılmak mümkün değildir zira alacaklının temerrüdü halinde bir yükümlülük ihlali değil, hak veya doktrinindeki tartışmalar çerçevesinde bir külfet ihlali söz konusudur.

birlikte BGB §304'te borçlunun, başarısız ifa sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflar ile borcun konusunun korunması ve bakımı için yaptıklarını talep edebileceğine yer verilmiştir. Tevdi imkânına ise, borç ilişkilerinin sona ermesi bölümünde, BGB §§372-386 arasında yer verilmiş olup bu kısımda tevdi mümkün olmayan şeyler bakımından borçluya açık artırma yoluyla satış imkânı da sağlanmıştır.

Genel hükümlerde alacaklının bir borcunun bulunmadığı kabul edilmesine rağmen, özel hükümlerde bu ilkedен vazgeçilmiş ve satış ile eser sözleşmelerinde alacaklının teslim almaya ilişkin borçlarına yer verilmiştir. Satım sözleşmesinin tanımını da içeren BGB §433/2'de, alıcının satım konusu malı teslim alma borcu düzenlenmiştir. Aynı durum, eser sözleşmesinde BGB §640/1'de, iş sahibinin sözleşmeye uygun eseri teslim almakla yükümlü olduğu şeklinde düzenlenmiştir¹¹⁶. BGB'nin genel hükümlerinin tersine, satış sözleşmesinde alıcıya ve eser sözleşmesinde iş sahibine teslim almanın borç olarak kabul edilmesinin son derece pratik bir sorun olduğu ileri sürülmektedir. Kanun koyucunun bu hususta sessiz kalması belirsizlik yaratacağından borcun tanınması gerektiğine yer verilmiştir¹¹⁷.

Alman hukukundaki genel ve özel düzenlemelerin yarattığı sonuçlar birlikte değerlendirildiğinde, alıcı veya iş sahibi kusuru olmaksızın ifayı teslim almamaları durumunda yine BGB §293 vd.'na göre alacaklının temerrüdü hükümlerine göre sorumludur. Buna karşılık, alacaklının kanunen veya sözleşme ile edimi teslim almayı borçlandığı durumlarda (eser ve satış sözleşmelerinde), kusuru olmaksızın teslim almaması sadece alacaklı temerrüdüne yol açacak iken, aynı davranışın alacaklıya yükletilebilir olduğu hallerde artık hem borçlu hem de alacaklı temerrüdü meydana gelir¹¹⁸.

1.2.3.2. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda alacaklının temerrüdü müessesesi, OR Art. 91-96 arasında Alman hukukundaki gibi ayrı bir hukuki kurum olarak düzenlenmiştir¹¹⁹. Bu düzenlemeler, Türk hukukundaki düzenlemelerin de kaynağı olduğundan çalışma kapsamında alacaklının temerrüdüne ilişkin açıklamaların tamamı tabii olarak İsviçre Borçlar Kanunu için de geçerlidir. İsviçre borçlar hukuku genel hükümlerinin revizyonunu içeren OR 2020'de alacaklı temerrüdünün ne şekilde düzenlendiğine ise, kısaca değinilmiştir. Bununla birlikte,

¹¹⁶ Reetz, BGB'de genel hükümlerden farklı olarak, alacaklı bakımından teslim alma borcuna yer verilmiş olmasının kusur teorisini hatırlattığını ileri sürmektedir. Bkz. **Reetz, P.**, s. 417.

¹¹⁷ **Hüffer**, s. 15; **Müller-Foell**, s. 27 (BGB'de bu şekilde düzenleme farklılığının eleştirisi için bkz. s. 25 dn. 64. Ayrıca satıcının menfaatlerinin alacaklıya teslim alma borcu sağlanmadan yalnız alacaklının temerrüdü ile korunmayacağı hususunda bkz. s. 25 dn. 65); **Reetz, P.**, s. 416.

¹¹⁸ BGB §286'da düzenlenen borçlu temerrüdü için borçluya yükletilebilir olma (*Vertretenmüssen*) şartı aranmaktadır.

¹¹⁹ BGB'den farklı olarak OR'de alacaklı temerrüdünün oluşması için “*haklı bir sebep olmaksızın (ungerechtfertigterweise)*” kaçınmanın gerçekleşmesi şartına yer verilmiştir.

taslak, henüz toptan bir revizyon ihtiyacının bulunmadığı gerekçesiyle Federal Hükümet (*Bundesrat*) tarafından reddedilmiştir¹²⁰.

OR 2020’de, alacaklının temerrüdü hükümleri, 111-117 maddeleri arasında düzenlenmiş olup alacaklı açısından kabule ilişkin bir borcun söz konusu olmadığı prensibi ve hükümlerin düzenleniş biçiminde herhangi bir değişiklik bulunmamaktadır¹²¹. Ancak, taslağın alacaklı temerrüdünün sonuçları kısmında düzenlenen “*Genel Olarak*” başlıklı 112. madde, mevcut yasada yer almayan bir düzenlemedir. Anılan düzenlemede, borçlunun, alacaklıya yükletilebilen temerrüt durumlarında sebep olunan masrafları talep edebileceğine yer verilmiştir. Bu hüküm, OR 2020’nin kusur yerine borçluya yükletilebilme (*Vertreten, OR 2020 Art. 121*) halinin alacaklı temerrüdünde düzenlenmiş şekli olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu yeni düzenleme, Alman hukukunda BGB §304’te yer alan düzenlemenin subjektif unsura yer verilmiş tekrarıdır¹²². OR 2020 Art. 112/2’de ise, alacaklının temerrüde düşmesi ile hasarın alacaklıya intikal edeceğine yer veren düzenleme de mer’i Kanun’da genel hükümlerde yer almayan ve doktrinde hasarın geçiş anına ilişkin tartışmalara çözüm getirmek amacıyla yer almıştır.

OR 2020’nin alacaklı temerrüdüne ilişkin içerdiği önemli değişikliklerinden biri de 116. maddede karşımıza çıkmaktadır. “*Sözleşmenin Sonlandırılması*” başlıklı madde, bir şeyin teslimini içermeyen edimlerde, borçlunun, sözleşmeden dönme hakkını, borçlunun temerrüdü hükümlerine göre kullanabileceğini düzenleyen OR Art. 95 (TBK m. 110) hükmüne karşılık gelmektedir. Borçlu, söz konusu sona erdirmeye hakkını, alacaklının temerrüde düşmesinden sonra, alacaklıya makul bir süre vererek ve bu süre içerisinde de teslim alma veya hazırlık hareketleri yerine getirilmediği takdirde gecikmeksizin sözleşmeyi sona erdirdiğini borçluya bildirmek şartıyla kullanabilir¹²³. Bu süreyi vermenin gerekli olmadığı durumlar da aynı maddenin üçüncü fıkrasında sayılmıştır. Hükme göre, alacaklının davranışları veya tutumundan süre vermenin etkisiz olacağının anlaşıldığı hallerde veya borcun ifasının belirli bir zamanda veya belirli bir süre içinde yerine getirilmesi gerektiğinin sözleşmeden anlaşıldığı hallerde borçlu, alacaklıya süre vermeksizin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilir.

¹²⁰ İlgili rapor için bkz. <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2018/2018-01-310/ber-br-d.pdf>, E.T.: 09.05.2018.

¹²¹ **Faust**, OR 2020, s. 188.

¹²² BGB §304’e nazaran alacaklıya yükletilebilme şartının da yer alması sebebiyle hükmün daha kısıtlı olduğu yönünde bkz. **Faust**, OR 2020, s. 189.

¹²³ Burada borçlunun süre sonunda sözleşmeyi sona erdirmeye bildirimini gecikmeksizin yerine getirme gerekliliği, OR 2020 m. 133’de yer alan alacaklının sona erdirmeye ilişkin bildirimini belirli bir süre içerisinde bildirme gerekliliğinden farklı düzenlenmiştir. Bkz. **Faust**, OR 2020, s. 189 dn. 105.

OR 2020 taslağı 116. maddede, yürürlükteki kanunda yer alan “*diğer edimlerde*” ifadesine yer verilmeyerek, edimin niteliğine bakılmaksızın borçlunun sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı düzenlenmiştir. Başka bir deyişle, mer’i kanunda yalnızca yapma borçları bakımından tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, verme borçları için de tanınmıştır. Bununla birlikte, borçlunun sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının, OR 2020 taslağının 113 ve 115 maddeleri ile borçluya tanınan tevdi veya satış hakkının kullanılmasının daha fazla masrafı gerektirdiği veya daha güç olduğu hallerde kullanılması gerekmektedir¹²⁴. Aksi takdirde, OR 2020 Art. 55’in (TBK m. 52) kıyasen uygulanmasıyla, borçlu, masrafın artmasında etkili olduğu için, talep edebileceği masrafların azaltılması veya indirilmesi durumuyla karşılaşabilir¹²⁵. Borçlunun sözleşmeyi sona erdirmesi durumunda ise, yürürlükteki düzenlemelerden oldukça farklı olan borçların tasfiyesi başlıklı OR 2020 Art. 79 vd. hükümlerine atfı yapılmıştır¹²⁶.

1.2.3.3. Fransız Hukuku

Fransız hukuku, alacaklı temerrüdüne müstakil olarak yer verilmeyen hukuk düzenlerindendi¹²⁷. 2016 yılında yapılan reformla birlikte Fransız Medeni Kanunu’nda da alacaklı temerrüdüne (*La mise en demeure du créancier*) ilişkin kapsamlı düzenlemelere yer verilmiştir (CC Art. 1345, 1345-1, 1345-2, 1345-3)¹²⁸. Anılan düzenlemeler ile alacaklının haklı sebep olmaksızın ifayı kabulden kaçındığı veya davranışlarıyla engellediği durumlarda, borçlunun alacaklıya bildirimde bulunabileceği, bu bildirimle faizlerin duracağı ve hasarın alacaklıya geçeceğine yer verilmiştir. Bildirimden itibaren iki ay içerisinde engelin devam ettiği durumlarda verme borçları bakımından tevdi, bunun mümkün olmadığı hallerde de satış yoluna başvurulabileceğine yer verilmiştir. Ayrıca, yeni bir düzenleme ile diğer borçlar bakımından da iki aylık süre sonunda engelin kalkmadığı durumlarda borçlunun borcundan kurtulacağı düzenlenmiştir (CC Art. 1345-2). Masrafların da alacaklı tarafından karşılanacağına yer verilmiştir (CC Art. 1345-3). Eser sözleşmeleri bakımından ise, kabul borcuna yer verilmemiştir¹²⁹. Ancak, doktrindeki baskın görüşün, kabulü alacaklı bakımından

¹²⁴ Ariane Morin tarafından yazılan OR 2020 taslağı m. 116’ya ilişkin gerekçe için bkz. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/cbb42125-9cf3-43fe-9fdb-805e1d950abc>, E.T.: 01.05.2018.

¹²⁵ Faust, OR 2020, s. 189.

¹²⁶ Tasfiye konusunda detaylı bilgi için bkz. Schwab, OR 2020, s. 235 vd.

¹²⁷ 2016 yılından önce CC Art. 1257-1264 arasında borçlunun ödemesinin kabul edilmemesi ve tevdi (*consignation*) davasına ilişkin düzenlemeler yer almaktaydı. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüffer, s. 61 vd.

¹²⁸ İlgili değişikliklerin İngilizce çevirisi için bkz. http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/THE-LAW-OF-CONTRACT-2-5-16.pdf, E.T.: 12.05.2018.

¹²⁹ Fransız hukukunda eser sözleşmesi, satım sözleşmesinin aksine detaylı düzenlenmemiş olup kira sözleşmeleri altında hizmet kirası olarak değerlendirilmiştir (Bkz. CC Art. 1710). Bununla birlikte, Code Civil, mimarlık sözleşmesine ilişkin özel düzenlemeler içermektedir.

bir borç olarak nitelendirdiği belirtilmektedir¹³⁰. İş sahibinin, işbirliği davranışlarına yönelik açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşmenin ifasında yardımcı olma yükümlülüğünün kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹³¹.

1.2.3.4. Avusturya Hukuku

Alacaklının temerrüdü, ABGB §1419'da hüküm altına alınmıştır. Anılan paragrafta, alacaklının ödemeyi kabulden kaçınması (*Hat der Gläubiger gezögert, die Zahlung anzunehmen*) durumunda olumsuz sonuçların (*widrigen Folgen*) alacaklı üzerinde doğacağına yer verilmiştir. Kusur şartının aranmadığı hüküm, Roma ve Germen hukukunun veciz bir yansıması olarak nitelendirilmektedir¹³². Temerrüt ile meydana gelen olumsuz sonuçlara ABGB'de yer verilmemekle birlikte, doktrinde oybirliği ile kabul edilen sonuçlar bulunmaktadır¹³³. Hasarın alacaklıya geçişi, borçlunun özen borcunun hafiflemesi (yalnız ağır ihmalden sorumluluk), borçlunun tevdi hakkı (ABGB §1425), vekâletsiz işgörme hükümlerine göre masraf talebi bu sonuçlar kapsamındadır¹³⁴.

Alman hukukunda olduğu gibi Avusturya hukukunda da alacaklının temerrüdüne neden olan davranışlar külfet olarak değerlendirilmektedir¹³⁵. Ayrıca, eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı temerrüdüne ilişkin müstakil düzenlemeye yer verilerek (ABGB §1168), yükleniciye sözleşmeyi sona erdirmeye ve tazminat hakkı tanınmıştır¹³⁶.

1.2.3.5. İngiliz Hukuku

İngiliz hukuku, yasa metinlerine dayanan bir hukuk olmadığından alacaklı temerrüdüne yer vermeyen hukuk sistemlerindendir. Genel bir kavram olarak sözleşmenin ihlalinin (*breach of contract*) yer aldığı İngiliz hukukunda, ihlalin önemli olup olmadığı değerlendirilir¹³⁷. Bu sebeple, temerrüt ile imkânsızlık arasında Türk hukukundaki gibi esaslı

¹³⁰ Hüffer, s. 84; Bloeck, Oliver, Das Werkvertragsrecht nach dem französischen Code civil, Kiel 1999, s. 163 vd.

¹³¹ Bloeck, s. 163 vd.; Hüffer, s. 83 vd.

¹³² Honsell, Heinrich, Römisches Recht, Berlin Heidelberg 2010, s. 100 (Yazar, İsviçre hukukundaki alacaklının temerrüdüne ilişkin düzenlemeleri basit nitelikte görmektedir.).

¹³³ Dağdelen, Ahmet Hakan, Avusturya İfa Aksaklıkları Hukuku'nun Temel Yapısı, AÜHFD, C. 66 S. 4, Ankara 2017, s. 667.

¹³⁴ Koziol, Helmut/Welser, Rudolf, Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, 13. Neubearbeitete Aufl., Wien 2007, s. 61 vd.; Reischauer, Rummel ABGB, §1419, Rz. 8 vd.

¹³⁵ Heidinger, ABGB PraxKo, §1419, Rz. 1.

¹³⁶ Her ne kadar düzenlemede tazminat (*Entschädigung*) ifadesine yer verilse de burada tazminat talebinin bulunmadığı belirtilmektedir. Düzenlemenin yükleniciye bedel dışında sağladığı bu talebin karşılık (ivaz) talebi (*Entgeltanspruch*) olduğu ileri sürülmekte ve alacaklının kusuru olmadan kendisinden talep edileceğine yer verilmektedir. Yüklenicinin, alacaklının temerrüdü sebebiyle gecikmesi sonucunda çelik fiyatlarının yükselmesi ve harcamalarının artmasında bu artışın talep edilmesi buna örnek gösterilmektedir. Bkz. Rebhahn/Kietzbl, ABGB PraxKo, § 1168, Rz. 38.

¹³⁷ Mckendrick, Chitty on Contracts, Vol. I General Principles, London 2018, 24-035 vd.

bir ayrım bulunmamaktadır¹³⁸. Borçlu veya alacaklı tarafından sebep olunan gecikmeler, sözleşmenin ihlaline yol açar¹³⁹. Başka bir deyişle, alacaklının temerrüdü özel olarak hukuki bir müessese niteliğinde olmayıp, aynı zamanda hukukumuzdaki alacaklının temerrüdünün görünüm biçimleri olan, edimin kabul edilmemesi veya alacaklının yapması gereken hazırlık fiillerini yapmaması durumları, alacaklı açısından bir borç (*duty*) niteliğindedir¹⁴⁰. Alacaklının yazılı olmayan bir yan borç (*subsidiary Obligation*) niteliğindeki birlikte hareket etme borcu (*duty to co-operate*) kapsamında, sözleşmenin ifası için gerekli davranışları yerine getirmesi gerekliliği ve bunun sözleşmede zımni olarak kararlaştırıldığı (*implied term*) ifade edilmektedir¹⁴¹. Bununla birlikte, İngiliz hukukunda, aynen ifa, kural olarak alacaklı için de mümkün olmadığından, tabii olarak borçlunun da alacaklıyı davranışı yerine getirmeye zorlaması mümkün değildir¹⁴².

İngiliz hukukunda her ne kadar alacaklı temerrüdü bir müessese olarak görülmemekteyse de borçlunun borcundan kurtulmasına yönelik ifa ikamelerine yer verilmiştir. Bu kapsamda, para borçları bakımından borçlunun ifa teklifinin alacaklı tarafından reddi durumunda paranın mahkemeye yatırılması ile (*payment into court*) borçlunun borcundan kurtulması mümkündür¹⁴³.

1.2.3.6. Uluslararası Düzenlemelerde

Alacaklının temerrüdü müessesesi hukuki bir kurum olarak uluslararası düzenlemelerde yer almamakla birlikte, aynı fonksiyona sahip birçok hükümle karşılaşılmaktadır¹⁴⁴. Bu düzenlemelerden biri de Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri'dir (*Principles of European Contract Law*)¹⁴⁵. Bu ilkeler, hem sözleşmeler hukuku alanındaki düzenlemelerin uyumlaştırılmasını amaçlamakta hem de özellikle Kıt'a Avrupası hukuku ile

¹³⁸ Von Bernstorff, Christoph Graf, Einführung in das englische Recht, 5. Aufl., München 2018, s. 72.

¹³⁹ Vaquer, s. 84, 103; Tamer, s. 445; Zimmermann, The Law of Obligations, s. 818.

¹⁴⁰ Zimmermann, The Law of Obligations, s. 818.

¹⁴¹ Weller, Marc Philip, Die Vertragstreue, Tübingen 2009, s. 516; Hüffer, s. 139.

¹⁴² Hüffer, s. 140 (Yazar, bu durumun istisnasız bir şekilde geçerli olduğunu belirtmektedir.); İstisnai durumlarda aynen ifanın mümkün olduğu hususunda, Weller, s. 519.

¹⁴³ Beatson, Jack/Burrows, Andrew/Cartwright, John, ANSON's Law Of Contract, New York 2010, s. 451; Hüffer, s. 134.

¹⁴⁴ Schmidt-Kessel, Gläubigerverzug, Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts (Hrsg.: Basedow, J., Hopt, J.K., Zimmermann, R.), http://hwb-eup2009.mpipriv.de/index.php/Gl%C3%A4ubigerverzug#4_Regelungsans.C3.A4tze_im_Gemeinschaftsrecht, E.T.: 08.05.2018; Martens, Commentaries on European Contract Law, 2018, Art. 7:110, N. 5.

¹⁴⁵ Ortak Avrupa hukuku yaratmak, Avrupa Medeni Hukukuna temel oluşturmak, sözleşmeler hukuku alanındaki ilkelerin toplanması, ulusal kanun koyuculara yol göstermek ve sözleşme akdeden tarafların sözleşmelerine dâhil edebilmesi amacıyla hazırlanmış olan hukuki rehber niteliğindeki Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Meral, Nevin, Türk Borçlar Kanunu Ve Ole Lando İlkeleri'nde Sözleşmenin Devri, İÜHFD, C. 5 S. 1 Y. 2014, s. 337 vd.; Kocaçimen, Cemre, Avrupa Sözleşme Hukuku ilkeleri, Terazi Hukuk Dergisi, Yıl. 2, S. 15, 2007, s. 109.

common law arasında bir köprü görevi üstlenmektedir¹⁴⁶. İlkeler'in, "İfa" başlıklı 7. Bölümü'nün 110. ve 111. maddelerinde, eşyanın ve paranın kabul edilmemesi durumları hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemelere göre, eşya kabul edilmediği takdirde, elinde bulunduran tarafın eşyayı korumak ve muhafaza etmek için gerekli önlemleri alması gerektiğine yer verilmiş ve böyle bir halde, eşya veya parayı tevdi hakkına ve eşyayı makul şartlar altında satış hakkına yer verilmiştir. Anılan düzenlemelerden kabulün niteliğine ilişkin herhangi bir sonuca varılamasa da borçlunun borcunu ifa edememesi bakımından bir mazeret niteliğindedir¹⁴⁷. Ayrıca, İlkeler'de bir şey verme dışındaki borçlar bakımından herhangi bir düzenlemenin yer almaması da, doktrinde bir eksiklik olarak değerlendirilmekte ve m. 110 ve 111 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla borçlunun sözleşme konusunu elden çıkararak borçtan kurtulması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁸. Ayrıca, İlkeler'in "İfa Etmeme ve Genel Olarak Hukuki Yollar" başlıklı 8. bölümünün, 101. maddesinde ise, taraflardan birinin kendi davranışıyla diğer tarafın ifa etmemesine sebep olduğu durumlarda, İlkeler'in 9. bölümünde düzenlenen hukuki yollara başvuramayacağına yer verilmiştir¹⁴⁹. Alacaklının edime katılım davranışları bakımından da bu hükme başvurulabilir.

Alacaklının, işbirliği davranışlarına ilişkin olarak ise, Avrupa Sözleşmeler Hukuku İlkeleri'nin "Genel Hükümler" başlıklı birinci bölümünün, genel borçlar isimli ikinci kısmının Art. 1:202'de, taraflardan her birinin, sözleşmenin yerine getirilmesi için diğeriyle işbirliği yapması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak, doktrinde de belirtildiği üzere burada kastedilen teknik anlamda borç (*obligation*) olmayıp daha çok iyiniyet ilkelerine dayandırılabilen ödevlerdir (*duty*)¹⁵⁰. Dolayısıyla, bu düzenlemeden, ASHİ bakımından alacaklının işbirliği davranışlarının bir borç olduğu sonucu ulaşılamaz¹⁵¹. Benzer durumun, UNIDROIT tarafından hazırlanan, Uluslararası Ticari Sözleşmelere İlişkin Unidroit İlkeleri m. 5.1.3 bakımından da kabul edilmesi uygundur¹⁵².

¹⁴⁶ Detaylı açıklamalar için bkz. **Oğuz, Arzu**, Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD, C. 49, S.1-4, 2000, s. 53 vd.

¹⁴⁷ **Martens**, Commentaries on European Contract Law, Art. 7:110, N. 5.

¹⁴⁸ **Martens**, Commentaries on European Contract Law, Art. 7:110, N. 12.

¹⁴⁹ İlkelerin tamamı ve ilgili madde için bkz. https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/#head_118, E.T.: 05.05.2018.

İlkeler'in "İfa Etmemeye Özel Çözümler" başlıklı 9. bölümünde ise, ifa hakkı, ifa etmeme, sözleşmenin sona erdirilmesi, bedel indirimi, zarar ve faiz kısımlarına yer verilmiştir.

¹⁵⁰ **Schmidt**, Commentaries on European Contract Law, Art. 1:202, N. 1 Özellikle dn. 4.

¹⁵¹ **Schmidt**, Commentaries on European Contract Law, Art. 1:202, N. 5 (Yazar, işbirliğinde bulunma borcunun yerine getirilmemesi gibi yapay bir kavram yerine işbirliği gösterilmemesinde belirli hakların kaybedilmesi veya kısıtlanması gibi çözümlerin tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Nitekim birçok ulusal hukuk sisteminde de anılan husus alacaklı temerrüdü kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 1 dn. 9.). Aksi yönde, **Weller**, s. 517. **Üçer**, s. 53 (Yazar, işbirliği borcunun düzenlendiğini fakat işbirliği yerine getirilmediği takdirde sözleşmenin ihlali niteliğinde değil, yine 7:110 ve 111 hükümlerine başvurulabileceğini belirtmektedir.).

¹⁵² Art. 5.1.3, UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016, s. 153 (<https://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2016/principles2016-e.pdf>), E.T.: 12.05.2018.

Uluslararası düzenlemeler kapsamında incelenmesi gereken ve 01.08.2011 tarih itibariyle iç hukukumuzun bir parçası olan Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) da alacaklının temerrüdüyle benzer fonksiyonda düzenlemelere yer vermiştir. Bu kapsamda, m. 53 ile alıcının malı teslim alma borcu, m. 69 ile alıcının malları zamanında teslim almaması halinde hasarın alıcıya intikal edeceği düzenlemeleri sayılabilir. Ayrıca CISG m. 80 ile taraflardan birinin diğer tarafın ifa etmemesine eylemi veya eylemsizliği ile sebep olduğu durumlarda ifa etmemeye başvuramayacağı¹⁵³, m. 85-88 düzenlemelerinde ise, malların muhafazası ve gerektiğinde satışına ilişkin hükümlere yer verilmiştir.

1.2.4. Alacaklının Temerrüdünün Benzer Kavramlarla Karşılaştırılması

Alacaklının temerrüdü müessesesi, tarihi ve karşılaştırmalı hukuk açısından incelendiğinde, bağımsız bir hukuki kurum olarak düzenlenip düzenlenmediği bir yana bırakılacak olursa, temerrüde neden olan davranışlar bakımından temelde iki eğilim göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, alacaklı temerrüdüne sebep olan davranışları bir yükümlülük olarak değerlendirirken, ikinci eğilim ise, bu davranışları hak veya külfet çerçevesinden ele almaktadır. Ancak, Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerinin birçoğunda müessesenin hukuki niteliği tartışmalıdır. Alacaklının temerrüdü, bir borç ihlali olmadığından Türk Borçlar Kanunu'nda borçların ifası altında düzenlenmemiştir. Ancak, yalnız sistematik yoruma göre sonuca ulaşmak mümkün değildir. Bu sebeple, aşağıda alacaklının temerrüdü, borçlu temerrüdü, gereği gibi ifa etmeme, imkânsızlık ve ödemezlik def'i kurumları ile alacaklının temerrüdü karşılaştırılmış ve ardından kurumun hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılmıştır.

1.2.4.1. Borçlunun Temerrüdü

Türk hukukunda iki ayrı hukuki müessese olan alacaklı ve borçlu temerrüdünün, önceleri tek bir temerrüt kavramının altında görülmesi sebebiyle incelenmesi gereken ilk kurum, borçlunun temerrüdüdür. Her iki temerrüt de geniş anlamda borcun ifası ve ifadaki gecikmeye ilişkin olması sebebiyle birbiriyle sıkı bir bağlantı içerisindedir¹⁵⁴. Gecikmeye, birinde alacaklı, diğerinde ise borçlu sebep olmaktadır. Ancak, borçlu temerrüdünde, karşı tarafa sunulacak ifayı yerine getirmekle yükümlü olan borçlunun gecikmesi söz konusu iken; alacaklı temerrüdünde, alacaklının kendi elde edeceği edime ilişkin başka bir deyişle

¹⁵³ Hüküm kapsamında alıcı, satıcıya karşı ödemezlik def'i ileri süremeyeceği gibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz, Süleyman**, Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları, Ankara 2013, s. 238.

¹⁵⁴ **Bernet**, BSK OR, Vor Art. 91-96, N. 3; **Von Tuhr/Escher**, s. 69; **Stauber**, N. 154; **Koç**, s. 25; **Akıncı, Şahin**, Alacaklının Temerrüdü, SÜHFD, Yıl 1999, C. 7, S. 1 – 2, s. 98; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 42; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 29.

borçlusunun ifayı gerçekleştirebilmesi için gerekli olan davranışlardan kaçınması söz konusudur. Gerçekten de, tarafların yerine getirmesi gereken davranışlar, farklı edimlerle ilgilidir.

Bir borç ilişkisinde, alacaklıya, bu sıfatı kazandıran onun borçlusundan bir davranışta bulunmasını talep edebilir olmasıdır. Dolayısıyla, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde de hem alacaklı hem borçlu sıfatına sahip olan taraf yalnız karşı tarafın kendisine borçlandığı edimi talep edebilir. Örneğin, alıcı, kiracı, işsahibi kural olarak karşı tarafa yalnız belirli bir bedel ödemeyi taahhüt eder. Buna karşılık, alacaklının borçlunun ifada bulunabilmesi için gerekli her türlü davranışı yerine getirmek zorunda olduğu sonucuna ulaştıran açık bir düzenleme Türk-İsviçre hukukunda yoktur. Bu sebeple, bir borç ilişkisinde alacaklının yerine getirmesi gereken işbirliği davranışları, TMK m. 2 kapsamında kabul edilmektedir¹⁵⁵. Ancak, bu kabul, söz konusu davranışın ihlalinin borca aykırılık kapsamında değerlendirilmesini zorunlu kılmamaktadır çünkü TMK m. 2’de de belirtildiği üzere yaptırım “*hukuk düzenince korunmamadır*”.

Alacaklının davranışlarının borç niteliğinde görülmemesi, ilk bakışta dürüstlük kuralına aykırı bir görünüm oluştursa da değişen şartlara göre alacaklının ihtiyaç ve amacının da değiştiği hallerde daha fazla ifayı kabule veya sözleşme ilişkisini devam zorlanamayacağını doğal bir sonucudur. Ancak bu durum tâbii olarak alacaklı açısından sonuçsuz olmayıp, borçlunun karşılaşılabileceği olumsuzlukların giderilmesini gerektirir. Dolayısıyla, her iki temerrüt arasındaki en temel fark, tarafların, ilgili davranışları karşı tarafa taahhüt edip etmediği noktasında olup borçlu temerrüdünde borç ihlali meydana gelmektedir¹⁵⁶. Borçlu ve alacaklı temerrüdü her ne kadar ilk bakışta sözleşmenin tarafına göre ifadaki gecikme şeklinde görünse de tarafların yerine getirmesi gereken davranışların hukuki niteliği sebebiyle müesseseler birbirinden farklıdır.

Her iki temerrüt bakımından ayırt edilmesi gereken bir diğer durum da, müesseselerin düzenlenme amacındaki farklılıktır. Alacaklının temerrüdünde, temerrüde rağmen borçlu kalmaya devam eden borçlunun menfaati, borçtan kurtulmaya ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşı edimi elde etmeye yönelik iken; borçlu temerrüdünde, alacaklının menfaati, karşı edime ulaşma veya gecikmeden kaynaklı zararlarını tazmin

¹⁵⁵ **Merz, Hans**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Herausgegeben von Meier-Hayoz, A., Bd. I, Einleitung und Personenrecht, Bern 1966, ZGB Art. 2, N. 281 vd.; **Edis, Seyfullah**, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1987, s. 322.

¹⁵⁶ **Von Tuhr/Escher**, s. 69; **Feyzioğlu, N. Feyzi**, Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, C.II, İstanbul 1969, s. 118; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 30; **Kren-Kostkiewicz**, OFK OR, Art. 91, N. 1; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 43; **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 9; **Hüffer**, s. 8 vd.

ettirmektedir¹⁵⁷. Bu anlayışın bir sonucu olarak, alacaklının temerrüdünde, borçlu temerrüdünün aksine, borçluya ne alacaklı temerrüdüne sebep olan davranışı gerçekleştirmeye yönelik bir zorlama imkânı ne de tazminat hakkı tanınmıştır.

Her iki temerrüdün farklılık gösterdiği hususlardan bir diğeri de oluşumları için gerekli olan unsurlarda karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, borçlu temerrüdündeki objektifliğin aksine alacaklı temerrüdünün meydana gelmesi için gerekli olan, TBK m. 106'daki "*haklı bir sebep olmaksızın (ungerechtfertigterweise)*" ifadesidir. Alacaklının davranışları yerine getirmemesi, borç ihlali oluşturmadığından, haklı sebep şartının kusurla bir ilgisi de bulunmamaktadır¹⁵⁸.

Müesseseler arasındaki ayırım hukuki sonuçlarda ve sonuçların doğumu için gerekli şartlarda da kendisini göstermektedir. Alacaklının temerrüdünde, borçluya, tazminat ve davranışı yerine getirmeye yönelik aynen ifa imkânı tanınmamasının yanı sıra kusur da her iki temerrüdün hukuki sonuçlarını farklılaştırmaktadır. Her ne kadar Türk-İsviçre hukuku bakımından iki temerrüdün doğumu için kusur bir şart olarak aranmasa da, borçlu temerrüdünde beklenmedik halden sorumluluk (TBK m. 119/II), aşkın zarar (TBK m. 122) ve tazminat (TBK m. 125) taleplerinin doğumu için borçlunun kusuru aranmıştır¹⁵⁹. Alacaklının temerrüdünde ise, alacaklının kusuruna bakılmaksızın temerrüde düşmesiyle, borçlu tevdi, satış veya sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Yukarıda anılan farkların yanı sıra, iki temerrüdün birlikte bulunabileceği durumlar da söz konusu olabilir. Bunlardan ilki alacaklının temerrüde yol açan davranışlarının, taraf iradeleri veya somut olayın özelliklerinden ya da kanundan dolayı bir borç olarak nitelendirilebildiği hallerdir. Bu tip durumlarda, davranıştan kaçınma hem alacaklı hem de borçlu temerrüdüne yol açar¹⁶⁰. Ancak, alacaklı bakımından anılan davranışın bir asli veya yan edim yükümlülüğü niteliğinin kabul edilmesi gerekir. Aksi takdirde, borçlu temerrüdü

¹⁵⁷ **Von Tuhr/Escher**, s. 69; **Bernet**, BSK OR, Vor Art 91-96, N. 3; **Mercier**, CHK OR, Art. 91, N. 5.

¹⁵⁸ **Von Tuhr/Escher**, s. 73; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 43; **Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1988 s. 319; **Kren-Kostkiewicz**, OFK OR, Art. 91, N. 6 (Alacaklının ifa anında ayırt etme gücünden yoksun olması, temerrüdün sonuçlarının doğmasını engellemez.); **Koç**, s. 27; **Koller, Alfred**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern 2017, N. 56.8. Kusurun gerektiği yönünde, **Üçer**, s. 49. Alman hukukunda, borçlu temerrüdü için durumun borçluya yükletilebilir olma şartını aranırken; alacaklı temerrüdünde böyle bir unsura yer verilmemiştir (BGB § 286, 293). Detaylı bilgi için bkz. **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 9.1. Ayrıca bkz. 1.2.6.4.3.

¹⁵⁹ **Koç**, s. 27; **Üçer**, s. 18.

¹⁶⁰ **Bernet**, BSK OR, Vorb. Art. 91-96, N. 3; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 43; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 30; **Von Tuhr/Escher**, s. 76 (Yazarlar, alacaklının temerrüde yol açan davranışı aynı zamanda borcunun önemli bir kısmını oluşturuyorsa yine borçlu temerrüdünün oluşacağını belirtmektedir.); **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 37.

değil, TBK m. 112 kapsamında gereği gibi ifa etmemeye dayalı tazminat talebi mümkündür¹⁶¹.

İki temerrüdün bir arada bulunabileceği diğer bir hal de, özellikle aynı anda ifanın söz konusu olduğu sözleşmelerde, ifayı kabul etmeyen alacaklının aynı zamanda kendi edimini de yerine getirmekten kaçındığı haldir. Bu tip durumlarda, alacaklı aynı davranışa ilişkin olarak temerrüde düşmemekte farklı iki davranışa ilişkin temerrüt meydana gelmektedir. Böyle bir durumda, alacaklı, kabulden kaçındığı için alacaklı temerrüdüne düşerken, borçlu olduğu edimi yerine getirmemesi sebebiyle de borçlu temerrüdüne düşer¹⁶². Her iki temerrüt farklı davranışlar için gerçekleştiğinden, borçlunun iki temerrüde de ayrı ayrı başvurabilmesi gerekir. Böylece, alacaklı temerrüdü kapsamında edim borcundan kurtulabilirken, borçlu temerrüdü çerçevesinde de gecikme faizi, aşkın zarar veya tazminat taleplerini ileri sürebilir.

1.2.4.2. Gereği Gibi İfa Etmeme

Türk hukukunda ifa etmeme, imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme (sözleşmenin müspet ihlali) hallerinden oluşmaktadır. Gereği gibi ifa etmeme, TBK m. 112 hükmünde düzenlenmiş ve yaptırıma bağlanmıştır. İfa etmeme kapsamında temerrüt de bulunmakla birlikte, bu noktada kastedilen borçlu temerrüdü olup; alacaklının temerrüdü durumunda, alacaklıdan kaynaklı ifa engeli oluşmakla birlikte, bir borç ihlali söz konusu değildir¹⁶³. Bununla birlikte, Alman hukukunda alacaklının temerrüde yol açan davranışlarının, sözleşmenin amacının önemli ölçüde tehlikeye atılmasına yol açtığı veya sözleşmeden vazgeçme olarak değerlendirildiği durumlarda, bir yan borç ihlali (gereği gibi ifa

¹⁶¹ Asli ve yan edim yükümlülükleri dışındaki haller, alacaklı ve borçlu arasında karşılıklı ilişkisinde bulunmadığından borçlu temerrüdünün kapsamında değerlendirilemez. Bkz. **Buz, Vedat**, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998, s. 115; Ayrıca bkz. 2.2.2.5.

¹⁶² **Koller**, OR AT, N. 56.23; **Bucher**, OR AT, s. 319; **Ernst, Wolfgang**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Red.: Krüger, W., Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310), 8. Aufl., München 2019, §293, Rn. 22.

¹⁶³ Türk hukukunun tartışmalı konularından ifa ihlallerinin kategorileri için bkz. **Aral, Fahrettin**, Kötü İfa, Ankara 2011 s. 67 vd.; **Serozan, Rona**, Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, S. 3, 1968, s. 112; **Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 851 vd. Ayrıca bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 32. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin geçmişte alacaklının temerrüdünü, akdin müspet ihlali olarak nitelendirdiği içtihatları mevcuttur. Bkz. RGZ 168, 321; RGZ 152, 119; RGZ 104, 15. Anılan içtihatlarda, iş sahibinin birlikte hareket etmeye ilişkin davranışları borç olarak nitelendirilmiş ve borcun ihlali kapsamında akdin müspet ihlali sonucuna ulaşılmıştır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Müller-Foell**, s. 29 vd. Ayrıca Alman Federal Mahkemesi'nin de alacaklının temerrüdüne sebep olabilecek davranışları yan borç ihlali (*Nebenpflichtverletzung*) kapsamında değerlendirerek, akdin müspet ihlaline dayandığı kararları bulunmaktadır, bkz. BGH 13.11.1953, I ZR 140/52; BGH 16.5.1968, VII ZR 40/66. Alacaklının temerrüde sebep olan davranışları bakımından, koruma yükümlülüğü gibi bir yan borcun söz konusu olmadığı ve kararların yanlışlığı yönünde bkz. **Feldmann**, J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Red: Löwisch, M., Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1), 15. Neubearbeitete Aufl., 2014, Vorbem. zu §§ 293-304, Rn. 13.

etmeme) olabileceği ileri sürülmektedir¹⁶⁴. İsviçre hukukunda ise, bir görüşe göre, alacaklının, temerrüde yol açan duruma aktif davranışlarla sebep olduğu ve özellikle borçlunun sahasına doğrudan müdahalede bulunduğu, sözleşmenin amacını önemli bir şekilde tehlikeye attığı veya sözleşmeden vazgeçtiği ya da üçüncü bir kişiyle çelişkili bir sözleşme akdettiği hallerde, davranışlarının artık sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendirileceği ve alacaklının tazminat borcu altına gireceği belirtilmektedir¹⁶⁵. Kanaatimizce, alacaklının, borçlunun ifasını açıkça engellediği durumlar, öncelenmiş alacaklı temerrüdü (öne alınmış alacaklı temerrüdü, alacaklı temerrüdünün önceden belli olması¹⁶⁶) oluşturabileceği gibi kimi durumlarda sözleşmenin müspet ihlali olarak da değerlendirilebilir¹⁶⁷. Ayrıca, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışların yan yükümlülük olarak nitelendirilebildiği hallerde, sözleşmenin müspet ihlalinin de kabul edilmesi gerekir. Bu durum dışında, kural olarak, alacaklı temerrüdünde bir borç ihlali bulunmadığından, sözleşmenin müspet ihlali yoluna başvurulamamalıdır.

1.2.4.3. İfa İmkânsızlığı

Borçlu tarafından gerçekleştirilen ifa teklifinin kabul edilmemesi veya gerekli işbirliği davranışının sunulmaması halinde meydana gelen alacaklı temerrüdü ile ifanın mümkün olmadığı hallerde ortaya çıkan ifa imkânsızlığı birbirinden oldukça farklı kurumlardır¹⁶⁸. Zira ifanın teklif edilmesi ve ifanın yerine getirilebilir olması alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi için şart iken, imkânsızlıkta, ifa objektif olarak yerine getirilemez¹⁶⁹. Dolayısıyla teorik olarak birbirine zıt unsurlar barındıran bu iki kurum, birbirini dışlayıcı niteliktedir. Borçlu

¹⁶⁴ **Feldmann**, Staudinger BGB, Vorbem. zu §§ 293-304, Rn. 13 (Anılan fikir, BGB §241/2'de yer alan ve borç ilişkisi sebebiyle tarafların birbirlerinin menfaatlerini gözetmeleri gerektiği kuralına dayandırılmaktadır.); **Dötterl**, Beck OGG BGB, §293, Rn. 12. Uzun süreli ve tarafların yoğun işbirliğini gerektiren eser sözleşmeleri bakımından borç olarak kabul edilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Nicklisch**, Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag, BB 1979, s. 539. Türk hukukunda **Arpacı**, s. 128.

¹⁶⁵ **Bucher**, OR AT, s. 318; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 32, 33. Ayrıca bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 71; **Eren**, Genel, N. 3181 ("Alacaklının, kendi katkısı olmaksızın borçlunun tek başına yapması mümkün olmayan bir ifa fiilini engellemesi halinde de durum ayırdır. Örneğin alacaklı, bir mesafe satışında borçlunun malı göndermesini önler engellerse, ifa fiilini engellediği için borçlunun ifayı sunmasına gerek olmaksızın mütemerrit olur").

¹⁶⁶ Öncelenmiş veya borca aykırı davranılacağının önceden belli olması ifadeleri için bkz. **Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 17. Bası, İstanbul 2019, N. 1562 vd., 1574a. Öncelenmiş borca aykırılık ifadesinin kullanımlarına ilişkin bkz. **Baçoğlu, Başak**, Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları, İÜHF, C. LXVI, S. 2, 2018, s. 288 vd. özellikle dn. 3.

¹⁶⁷ Bkz. 2.2.2.2.3.

¹⁶⁸ Bu başlık altında yalnız sonraki ifa imkânsızlığı incelenmiştir. Zira başlangıçtaki imkânsızlık durumunda, borçlu tarafından ifa teklifi en baştan itibaren mümkün olmadığı için alacaklının herhangi bir davranışına gerek kalmadan imkânsızlık meydana gelir ve bunun sonucu olarak da sözleşme kesin hükümsüz olur. Böylece, alacaklının temerrüdü ile başlangıçtaki imkânsızlığın herhangi bir bağlantısı bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altunkaya, Mehmet**, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 101 vd.

¹⁶⁹ **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 45; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 34; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 3; **Von Tuhr/Escher**, s. 135; **Altunkaya**, s. 150; **Dural, Mustafa**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık, İstanbul 1976, s. 89; **Eren**, Genel, N. 4121. Kusursuz subjektif imkânsızlık hallerinin de bu kapsamda olduğu yönünde bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 94; **Serozan**, İfa, §15 N. 1.

temerrüdünde olduğu gibi imkânsızlık ile alacaklı temerrüdü de kural olarak aynı anda meydana gelemez¹⁷⁰. Başka bir deyişle, borçlunun, sözleşmenin kurulmasından sonra, alacaklıya yükletilemeyen bir sebeple ifa teklifinde bulunması imkânsız ise, artık alacaklı temerrüdü söz konusu olmaz¹⁷¹. Ancak, bu teorik ayrımın pratikte tespit edilmesi oldukça zordur. Bu noktada, öncelikle iki durumun birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bunlardan ilki, alacaklının temerrüde neden olan davranışlarını yerine getirmemesi sebebiyle borçlunun edimini ifa etmesinin imkânsız veya beklenemez olduğu hallerdir. Esasen alacaklının yerine getirmesi gereken hazırlık fiillerinin tamamı bakımından bu durum söz konusudur. Zira TBK m. 106'da da ifade edildiği üzere hazırlık fiilleri borçlunun "*borcunu ifa edebilmesi için*" gerekli davranışlardır. Dolayısıyla yerine getirilmediği hallerde ifanın gerçekleşmeyecek olması borçlu bakımından sonraki, objektif, geçici bir imkânsızlık anlamına gelir¹⁷². Bu durumun süreklilik arz ettiği hallerde ise, doktrinde de belirtildiği üzere alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık kapsamında değerlendirme yapılmalıdır¹⁷³. Temerrüt ve imkânsızlık bakımından ayırt edilmesi gereken diğer hal ise, iş sahibinin hazırlık fiili veya kabulü yerine getirmesinin imkânsız olduğu durumlardır. Bu hallerde, meydana gelen sürekli imkânsızlığın sebebi değerlendirilmeli ve alacaklının, borçlunun veya her iki tarafın sorumluluğunun olup olmadığı belirlenmelidir. Bu başlık altında önem arz eden, yukarıda belirttiğimiz alacaklının sorumlu olduğu imkânsızlık olup borçluya veya her iki tarafa da yükletilemeyen imkânsızlık hallerinin alacaklının temerrüdü ile bağlantısı bulunmamaktadır¹⁷⁴.

Alacaklının, temerrüde sebep olan davranışlarını yerine getirmemesi veya getirememesinin aynı zamanda borçlunun ifasını sürekli ve objektif olarak imkânsız kıldığı hallerde, artık alacaklının temerrüdü söz konusu olmaz¹⁷⁵. Bu anlamda, sonradan yerine getirilemeyen edimlerde, alacaklının zamanında davranışı gerçekleştirmemesi, temerrüde değil; imkânsızlığa sebep olur. Bunların başında, mutlak kesin vadeli işlemler ile ifanın

¹⁷⁰ Bununla birlikte, alacaklı temerrüdü gerçekleştikten sonra alacaklının davranışından bağımsız olarak imkânsızlığın doğması pek tabii mümkündür. Bu tip durumlarda, artık hasar alacaklıya intikal ettiğinden tüm hasara alacaklının katlanması gerekir. **Giger, Marcel**, Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit, Bern 1992, s. 23; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 45; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 34; **Serozan**, İfa, §12 N. 5; **Von Tuhr/Escher**, s. 135; **Bernet**, BSK OR, Vorbem. zu Art. 91-96, N. 3; **Dötterl, Sebastian**, Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich?, Baden-Baden 2008, s. 46.

¹⁷¹ Alman hukukunda, BGB §297'de ifa teklif anı veya alacaklının davranışı yerine getirmesi için ifa zamanının belirli olması sebebiyle teklife gerek bulunmayan hallerde, borçlu, ifayı yerine getiremez durumda ise alacaklının temerrüde düşmeyeceği somut olarak düzenlenmiştir.

¹⁷² **Rey, Pascal**, Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn, Zürich Basel Genf 2019, N. 15 (Yazar, işbirliği davranışlarını mutlak ve nispi olarak sınıflandırmakta ve yalnız mutlak olanlar bakımından anılan hali kabul etmektedir.)

¹⁷³ **Koller**, OR AT, N. 54.160 vd.; **Giger**, s. 28 vd.

¹⁷⁴ **Stauber**, N. 204; **Rey**, Mitwirkung, N. 85.

¹⁷⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 34; **Kurt, Leyla Müjde**, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m. 136), Ankara 2016, s. 202; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 45; **Dötterl**, s. 47; **Stauber**, N. 204.

sonradan yerine getirilemediği sürekli borç ilişkileri gelmektedir¹⁷⁶. Gerçekten de, kişinin belirli bir zaman diliminde gerçekleşecek olan bir maça bilet almış olmasına rağmen, katılmaması durumunda imkânsızlık ortaya çıkar¹⁷⁷. Bu şekilde davranışın, somut olayın özelliklerine göre farklı sonuçlar doğurduğu hallerde, alacaklıdan kaynaklı imkânsızlık ile alacaklı temerrüdünün birbirinden ayırt edilmesi gerekmektedir.

Alacaklının temerrüdü ile imkânsızlığın birbirinden ayırt edilmesine ilişkin Alman hukukunda farklı teoriler ileri sürülmüştür. Alman doktrininde günümüzde hâkim olan ifa teorisine (*Leistungstheorie*) göre, ifanın alacaklıdan kaynaklanan sebeplerle sürekli bir şekilde imkânsız olduğu ve sonradan yerine getirilemez olduğu hallerde, ifa engelinin sebebine bakılmaksızın imkânsızlık kurallarının uygulanması gerekir¹⁷⁸. Alman doktrininde önceden baskın olan soyutlama (*Abstrahierungsformel*) teorisinde ise, alacaklının gerçekte kaçındığı davranıştan kaçınmamış olsaydı, borçlunun ifayı yerine getirebilip getiremeyeceğine göre sonuca ulaşılmaktadır¹⁷⁹. Başka bir deyişle, alacaklı ifayı kabul etseydi/teslim alsaydı veya hazırlık hareketini yerine getirseydi bile borçlu yine de ifayı gerçekleştiremiyorsa artık imkânsızlık meydana gelmektedir. Son olarak, etki alanı teorisinde (*Sphärengedankens*), engelin hangi tarafın riziko alanından kaynaklandığı araştırılmaktadır. Bu teori esasen kurumları birbirinden ayırmaktan öte, alacaklıdan kaynaklı imkânsızlık hallerinde, borçlunun karşı edim talebini saklı tutma fikrine dayanmaktadır¹⁸⁰.

Türk hukuku bakımından, alacaklının davranışının temerrüt mü imkânsızlık mı yarattığı noktasında, edimin sonradan yerine getirilmesinin mümkün olup olmadığına göre karar verilmelidir. Bu inceleme yapılırken, edimin ifasının kesin, sürekli ve objektif olarak imkânsız olup olmadığı tespit edilmelidir. Örneğin, bir tiyatro oyuncusunun tiyatroyu işleten kişi tarafından provalara alınmaması durumunda temerrüt söz konusu iken, oyunun temsil gününde oyuncunun içeri alınmaması halinde artık imkânsızlık ortaya çıkmış olur. Aynı şekilde, alacaklının, deponun kapısını açmayı unutması sebebiyle borçlunun teslimat yapmadığı ve malların hemen bozulduğu durumda veya borçlunun, alacaklının evine bir

¹⁷⁶ **Giger**, s. 26 (Yazar, kesin vadeli işlemler bakımından alacaklının önceden gerçekleştirmekle yükümlü olduğu davranışları yapmamasının da imkânsızlığa yol açabileceğini belirtmekte ve organizatörün konser tarihinde salonu hazırlamamış olması durumunda imkânsızlığın doğacağını belirtmektedir.); **Serozan**, İfa, § 12 N. 2.

¹⁷⁷ **Von Tuhr/Escher**, s. 53; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 37; **Serozan**, İfa, §13 N. 1; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 51.

¹⁷⁸ **Ernst**, MüKo BGB, § 293 Rn. 9; **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293 Rn. 20; **Canaris, Claus Wilhelm**, Gläubigerverzug und Unmöglichkeit, Recht Genau: Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag, 2009, s. 23; **Üçer**, s. 67. Bu teoriye göre, piyano öğrencisinin hastalığı sebebiyle bir derse gelememesi durumunda temerrüdü söz konusuysen, elini kullanamaz hale gelmesinde imkânsızlık oluşur.

¹⁷⁹ **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293 Rn. 25; **Üçer**, s. 67.

¹⁸⁰ **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 26, 26.1. Etki alanı teorisine göre, engelin alacaklıdan kaynaklandığı hallerde alacaklı temerrüdünün, borçludan kaynaklandığı hallerde imkânsızlık hükümlerinin uygulanacağı hakkında bkz. **Üçer**, s. 68.

parça borcu konusu yemek takımını getirdiğinde alacaklının evinin kapısının bozuk olduğundan çarpması sonucunda takımın kırıldığı hallerde de artık imkânsızlık söz konusudur¹⁸¹.

Alacaklının ifayı kabul etmeyeceğini veya borçlunun ifaya devam edebilmesi için gerekli olan davranışı yerine getirmeyeceğini önceden bildirdiği ve bunun borçlunun ifasını imkânsızlaştırdığı hallerin de incelenmesi gerekir. Elbise diktiren bir kişinin belirli bir aşamadan sonra provalara gelmeyeceğini bildirmesi durumunda imkânsızlığın mı temerrüdün mü olduğu tespit edilmelidir¹⁸². Zira alacaklı provaya gelmediği sürece, ona uygun bir kıyafetin dikilebilmesi mümkün olmamakla birlikte, alacaklının her an fikrini değiştirip provalara katılması, ifayı mümkün hale getireceğinden, başka bir deyişle sonradan ifası mümkün olduğundan, burada hukuki anlamda imkânsızlık halinden bahsetmek mümkün değildir. Geçici imkânsızlığın söz konusu olduğu böyle bir durumda, kural olarak temerrüt hükümleri uygulanmalıdır¹⁸³. Bu durum, TBK m. 106'da yer alan kaçınma ifadesinin davranışın hiç yerine getirilmemesini de kapsadığı anlamına gelir.

Özetle, alacaklının temerrüde yol açan davranışlarının, bir ifa edilememe hali yaratmakla birlikte, bunun geçici olup olmadığının bilinemediği veya bu geçici imkânsızlık durumunun ne kadar süreceğinin tespit edilemediği haller ile bu geçicilik durumunun borçlu tarafından beklenmesinin mümkün olmadığı durumlarda, sürekli imkânsızlık olarak değerlendirilmesi ve alacaklı temerrüdünün dışlanması gerekir¹⁸⁴. Yukarıdaki örnekte olduğu gibi, geçici imkânsızlık durumunun alacaklının iradesine bağlı olduğu hallerde ise, Alman hukukundaki soyutlama teorisi yoluyla, imkânsızlık ve temerrüt durumu değerlendirilebilir. Gerçekten de, alacaklının davranışı yerine getirmesi durumunda ifa mümkün oluyorsa artık imkânsızlıktan bahsedilemez¹⁸⁵. Başka bir deyişle, alacaklının iradesi geçici imkânsızlık yaratıyorsa yine alacaklının temerrüdü hükümlerine başvurulması yerindedir.

¹⁸¹ **Giger**, s. 23. Ayrıca, sözleşme amacının gerçekleşmesi veya amacın ortadan kalkması halleri de Türk-İsviçre doktrininde ve Alman hukukunda BGB §275/1 kapsamında imkânsızlık kapsamında değerlendirilmektedir. Bu sebeple, söz konusu hallerde de alacaklının temerrüdü hali söz konusu olmaz. Ameliyata girecek hastanın iyileşmesi sebebiyle ameliyata gitmemesi veya alacaklının ağır hastalığı sebebiyle söz konusu seyahate katılamaması bu durumlara örnek gösterilebilir. Detaylı açıklamalar için bkz. **Canbolat, Ferhat**, Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi - Çökmesi ve Boşa Çıkması, Ankara 2012, s. 143 vd.

¹⁸² Böyle bir durumda, eser sözleşmesi niteliği sebebiyle TBK m. 484 hükmünün de göz önünde bulundurulması gerekir.

¹⁸³ **Giger**, s. 31.

¹⁸⁴ Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş, geçici imkânsızlığın ne zaman sona ereceğinin bilinemediği hallerde sürekli imkânsızlık olarak yorumlanması yönündedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gündoğdu, Fatih**, Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları, İstanbul 2014, s. 106 vd.; **Kurt**, İmkânsızlık, s. 174 (Özellikle dn. 317'de belirtilen yazarlar); **Koller**, OR AT, N. 56.184. Alman hukukunda ise, geçici imkânsızlığın sürekli imkânsızlık sayılabilmesi için, işlem amacına ulaşmanın şüpheli olması sebebiyle sözleşmeyle bağlı kalmanın diğer taraftan beklenemez olması gerekmektedir. **Dötterl**, s. 90. Bu görüşün Türk hukuku bakımından uygun olmadığı hususunda bkz. **Kurt**, İmkânsızlık, s. 175.

¹⁸⁵ **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202.

Her ne kadar bu çalışmanın kapsamı dışında kalsa da, alacaklıdan kaynaklı imkânsızlık durumlarının yaratacağı hukuki sonuçlar ile alacaklı temerrüdünün de karşılaştırılması gerekir. Nitekim Türk-İsviçre hukukunda, alacaklıdan kaynaklı sebeplerle imkânsızlığın hukuki sonuçlarına yer verilmemiştir. Bu sonuçların başında özellikle borçlunun, ifa teklifinde bulunmak için yapmış olduğu masraflar ve karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşı edimi gelmektedir. Şöyle ki, ifa teklifinde bulunabilmek için belirli bir hazırlık yapan borçlunun ifa teklifinin kabul edilmediği veya alacaklısının davranışını yerine getirmemesi sebebiyle, ifaya devam etmesi mümkün olmayan borçlunun, alacaklıdan nasıl bir talepte bulunacağı açık değildir. Temerrüde yol açan davranışlarda olduğu gibi, alacaklının kusuruyla borçlunun edimini imkânsızlaştırması durumunda da baskın görüşe göre, bir borç ihlali niteliği oluşmamaktadır¹⁸⁶. Bununla birlikte, hiçbir kusuru olmayan alacaklıyı dahi, temerrüdün hukuki sonuçları ile karşı karşıya bırakan kanun koyucunun, aynı davranışların imkânsızlığa yol açtığı hallerde, borçlunun aleyhine bir durum yaratması da mümkün değildir. Aksi durum, kanun koyucunun iradesine aykırı olacağı gibi hakkaniyet esaslarına da uymaz. Nitekim Türk hukukunda bazı özel düzenlemelerde (TBK m. 324, 408, 485) bu esas dikkate alınmakta ve borçlunun, alacaklıdan isteyebileceği taleplere yer verilmektedir¹⁸⁷. Bu noktada, borçlunun karşı edim talebini ortadan kaldıran “İfa İmkânsızlığı” başlıklı TBK m. 136 hükmünün uygulanması, tartışmalı olmakla birlikte, kanaatimizce yerinde değildir¹⁸⁸. Türk hukukunun aksine Alman hukukunda BGB §326/2’de sadece veya büyük ölçüde alacaklıdan kaynaklı sebeplerle ifanın yerine getirilemediği hallerde, borçlunun karşı edimi talep edebileceğine yer verilmiştir. Türk hukukundaki özel düzenlemeler de göz önüne alındığında, kanaatimizce Alman hukukundaki esasın, Türk

¹⁸⁶ **Koller**, OR AT, N. 54.157; **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202. Bu husustaki tartışmalar için bkz. **Giger**, s. 62 vd.

¹⁸⁷ Hizmet sözleşmesi bakımından TBK m. 408’te yer alan hükme göre, işverenin işçinin ifasını engellemesi durumunda işçinin ücrete hak kazanacağı ve işçiden tekrar ifayı isteyememesi durumu ile kira sözleşmesi bakımından TBK m. 324’te yer alan kiralananın kullanılmasa da kira bedelinin ödenmesi gerektiğini içeren düzenlemesi ve eser sözleşmesi bakımından TBK m. 485’te yer alan ve iş sahibinden kaynaklı sebeplerle ifanın imkânsızlaştığı hallerde, yüklenicinin işin değerini, giderlerini ve hatta iş sahibinin kusuru halinde tazminat isteyebileceğini içeren düzenlemeleri bunlara örnektir.

¹⁸⁸ Bu husus doktrinde tartışmalı olup bir görüş, alacaklıdan kaynaklı imkânsızlığı, TBK m. 136 kapsamında değerlendirirken, bir görüş boşluk olduğunu ve BGB §326/2 hükmünde yer alan ve borçlunun kendi borcundan kurtulmakla birlikte elde ettiği faydalar düşülmek kaydıyla karşı edimin sağlanması fikriyle doldurulması gerektiğini, bir diğer görüş ise, boşluk bulunmakla birlikte bunun TBK m. 136’nın kıyasen uygulanması ile doldurulabileceğini ileri sürmektedir. Tartışmaya ilişkin görüşler için bkz. **Kurt**, İmkânsızlık, s. 200, 201; **Giger**, s. 75 vd.; **Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susanne**, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 10. Aufl., Zürich Basel Genf 2014, N. 2592; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 58; **Akkanat**, Temerrüt, s. 145 vd. İsviçre hukukunda da Alman hukukundaki hükmün uygulanması gerektiği hususunda bkz. **Wiegand**, BSK OR, Art. 119, N. 14.

hukuku bakımından da geçerli olduğunu söylemek yanlış olmaz¹⁸⁹. Çalışma bakımından ise, işsahibi yüzünden ifanın imkânsızlaşması başlıklı TBK m. 485 hükmü caridir¹⁹⁰.

1.2.4.4. Ödemezlik Defi

Borçlunun alacaklıya ifa teklifinde bulunması ve alacaklı tarafından haklı bir sebep olmaksızın ifayı kabulden kaçınmasıyla alacaklı temerrüdü oluşur ve doktrinde kabul edilen baskın görüşe göre alacaklının TBK m. 97’de belirtilen ödemezlik def’i yoluna başvurma imkânı ortadan kalkar¹⁹¹. Bu sebeple, kurumların aynı anda uygulanabilmesine ilişkin herhangi bir problem bulunmamaktadır¹⁹². Aynı anda ifa kuralının söz konusu olduğu sözleşmelerde, borçlunun, temerrüdün şartlarından olan ifa teklifinde bulunmasıyla birlikte, alacaklının artık ödemezlik def’ine başvuru imkânı kalmaz ve karşı edimi de yerine getirmesi gerektiğinden aynı zamanda borçlu temerrüdü oluşur¹⁹³.

¹⁸⁹ Türk hukuku bakımından da alacaklının imkânsızlığa yol açtığı durumlarda temerrütte olduğu gibi teknik anlamda bir kusuru aranmamalıdır. Zira alacaklının temerrüde yol açabilen davranışları, ona bir borç olarak yüklenmediğinden, bu davranışların imkânsızlığa sebep olduğu hallerde de teknik bir kusurun aranması yerinde değildir. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 54.157; **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 2592; **Serozan**, İfa, §13, N. 6. (Yazar, ayrıca TBK m. 408 hükmünün Alman hukukundaki alacaklı kaynaklı imkânsızlık halinde karşı edimin yerine getirilmesi gerektiği düsturunun bir yansıması olduğunu da belirtmektedir. Bkz. § 13, N. 5); **Akkanat**, Temerrüt, s. 147. Nitekim TBK m. 485’te anılan işsahibinin kusuru ifadesinin de teknik anlamda kusuru ifade etmediği doktrin tarafından kabul edilmektedir. Bkz. 3.1.2.3.3.4.

¹⁹⁰ TBK m. 485 hükmünün kapsamı ve işsahibinin alacaklı temerrüdü halinde de kıyasen uygulanabilirliğine ilişkin bkz. 3.1.2.3.3.

¹⁹¹ **Eren**, Genel, N. 3193; **Keller, Max/Schöbi, Christian**, Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt 1988, s. 297; **Von Tuhr/Escher**, s. 75; **Bernet**, BSK OR, Vor. zu Art. 91-96, N. 7. Bizim de katıldığımız aksi görüş için bkz. **Oğuzman/Öz**, I, N. 1160.

¹⁹² **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 59; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 28; **Eren**, Genel, N 1144; **Von Tuhr/Escher**, s. 76.

¹⁹³ Buna karşılık, borçlunun önce ifayla yükümlü olduğu hallerde ise, karşı edimi talep edebilmesinin şartı kendi edimini yerine getirmek olduğundan alacaklıyı temerrüde düşürmesi yeterli olmaz. Başka bir deyişle, temerrüde düşen alacaklı, kendi edimini ifadan kaçınmaya devam edebilir. Herhangi bir hükmün düzenlenmediği Türk-İsviçre hukukunda, bir görüşe göre, borçlunun ancak tevdi veya satış yoluna başvurup kendi borcundan kurtulması halinde alacaklıdan karşı edim talep edebileceği belirtilmekte ve bu imkânın mümkün olmadığı borçlar bakımından da TBK m. 110 kapsamında sözleşmeden dönülebileceği belirtilmektedir. Ayrıca, alacaklının, kendi borcunun muaccel olmasını engellemek için, alacaklı temerrüdüne sebep olduğu hallerde de sadece temerrüt ile muacceliyetin gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Anılan görüş için bkz. **Kaniti, Salamon**, Akdin İfa Edilmediği Def’i, İstanbul 1962, s. 147 vd.; **Koç**, s. 164. İsviçre hukukunda ise baskın görüş, BGB §322/2’de olduğu gibi, alacaklının temerrüde düşmesiyle birlikte, borçlunun önce ifa yükümlülüğünün ortadan kalkacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 22; **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 19; **Stauber**, N. 746. Buna karşılık, İsviçre hukukunda bir başka görüş ise, aynı anda ifanın söz konusu olduğu sözleşmeler de dâhil olmak üzere, yalnız temerrüdün ödemezlik def’ini ortadan kaldırmayacağını ve verme borçlusunun tevdi/satış yoluna başvurarak borçlunun borcundan kurtularak, def’i ortadan kaldırılabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 56.118, 56.120. Satış ve eser sözleşmelerinde, işsahibi veya alıcının temerrüde düşmesinin borçlarının muacceliyeti sonucunu gerektirdiğini aksi takdirde satıcı ve yüklenicinin, alıcı ve işsahibinin keyfiyetine bırakılacağı yönünde bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 49 dn. 47; **Koç**, s. 164, 165. Eser sözleşmesi bakımından detaylı bilgi için bkz. 3.3.3.

1.2.5. Alacaklının Temerrüdünün Hukuki Niteliği

1.2.5.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nda borçların ifası altında düzenlenen alacaklının temerrüdü müessesesinin hukuki nitelendirmesi için yukarıda da belirtildiği üzere yalnız sistematik yorum yeterli değildir¹⁹⁴. Zira alacaklının, borçlunun ifası için gerekli olan davranışlardan kaçınması da borcun ifa edilmesine engel olur. Bu sebeple, alacaklı temerrüdünün de Türk hukuku bakımından esasen borçların ifa edilmemesi (ifa engelleri) çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir¹⁹⁵.

Türk hukuk literatüründe yeterli ilgiyi ve tartışmayı görmeyen alacaklı temerrüdünün hukuki niteliği, özellikle 1950'li yıllardan sonra Alman hukukunda ciddi tartışmalar yaratmıştır¹⁹⁶. Aşağıda nitelendirmeye ilişkin görüşlere ve özellikle külfet konusunun kendi içerisindeki ayrımlarına da yer verilmiştir. Son olarak, temerrüdün hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmelerimiz ve görüşümüz açıklanmıştır.

1.2.5.2. Doktrindeki Görüşler

1.2.5.2.1. Genel Olarak

Alacaklının temerrüdünün hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki temel ayırım külfet ve yükümlülük noktasında kendisini göstermektedir. Bu görüş ayrılığı esasında kronolojik bir ayırma da dayanmaktadır. Şöyle ki, Mommsen'e kadar alacaklının kabul davranışında temel fikrin yükümlülük olduğu görüşü hâkimken, önce Mommsen ve ardından Kohler'in geliştirdiği teoriler ile alacaklının yükümlülüğünün değil; hakkının söz konusu olduğu fikri ileri sürülmüştür¹⁹⁷. Bu fikrin özellikle Kıt'a Avrupası'ndaki ülkelerin kanunlarına da etkisiyle alacaklının temerrüdüne ilişkin genel hükümlerdeki düzenleme tekniği, yükümlülük

¹⁹⁴ Nitekim özellikle Alman hukukunda ifa engelleri (Leistungsstörungen) hukuku içerisinde kabul (alacaklı) temerrüdü de yer almaktadır. Bkz. **Emmerich, Volker**, Das Recht der Leistungsstörungen, 5. Aufl., München 2003, s.355 vd.; **Wertheimer, Frank**, Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen, JuS 1993, Heft 8, s. 647; **Hüffer**, s. 53 (Yazar, Staub'un sözleşmenin müspet ihlali kavramından sonra alacaklı temerrüdünün bu kapsama alındığını belirtmektedir.).

¹⁹⁵ Bu noktada, TBK m. 111'in başlığının "*Diğer İfa Engelleri*" olması da bu duruma işaret etmektedir. **Serozan**, İfa, §11 N. 1 (Yazar, alacaklı temerrüdünü de kapsayan ifa engelleri ifadesini kullanmakta ve bu ifadenin, alacaklı temerrüdü, aşırı ifa güçlüğü gibi borç ihlali oluşturmayan müesseseler içermesi sebebiyle sözleşmeye aykırılık -yüküm ihlali- şeklinde ikame edilemeyeceğini belirtmektedir.); **Akkanat, Halil.**, Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar, İstanbul 1996, s. 17. İsviçre hukukunda da kurumu ifa engelleri kapsamında değerlendiren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 56.1; **Staub**, N. 209; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 7 (Yazar, açıkça belirtmemekle birlikte alacaklı tarafından meydana getirilen ifa engelleri ifadesine yer vermektedir.); **Rey**, Mitwirkung, N. 188. Borcun ifa edilmemesi veya ifa etmeme kavramına ilişkin bkz. **Eren**, Genel, N. 3223 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 851 vd.; **Antalya, O. Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019, N. 987 vd.; N. 985.

¹⁹⁶ Tartışmaları tetikleyen, Schmidt'in kalem aldığı külfete ilişkin çalışmadır. Eser için bkz. **Schmidt, Reimer**, Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwangs im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts, Karlsruhe 1953.

¹⁹⁷ **Mommsen**, s. 134; **Kohler**, Annahme, s. 267.

fikrini zayıflatmıştır. Bununla birlikte, Alman hukukunda satış ve eser gibi temel sözleşmelerde, Türk-İsviçre hukukunda ise, satış sözleşmesinde¹⁹⁸, alıcının veya iş sahibinin kabule ilişkin borçlarının olduğu noktasında yasal düzenlemelerin yapılması tartışmalara sebep olmuştur. Bununla birlikte alıcının teslim alma borcunun gerçek anlamda bir yükümlülük olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır¹⁹⁹. Davranışların yükümlülük niteliğinin kabulü, borçluya, alacaklı temerrüdünün yanı sıra tazminat ve gerektiğinde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilme imkânı sağlamaktadır.

Bugün gelinen noktada alacaklının temerrüdüne ilişkin nitelendirme sorunu eski şiddetinde devam etmemekte ve temerrüde neden olabilecek davranışların yükümlülük veya külfet şeklinde düzenlenebileceği, İsviçre ve Alman hukukunda tüm yazarlar tarafından kabul görmektedir. Ancak, halen sözleşmedeki hükümlerden ve durumun gereğinden herhangi bir sonuca ulaşamadığı hallerde, temerrüde sebep olan davranışların kural olarak külfet mi yükümlülük mü yoksa sadece bir hak mı olduğuna ilişkin farklı fikirler doktrinde ileri sürülmektedir. Aşağıda, külfet, yükümlülük, hak ve son olarak karma görüşe ilişkin yazarların fikirlerine yer verilerek bir sonuca ulaşılmaya çalışılmıştır.

1.2.5.2.2. Külfet Görüşü

1.2.5.2.2.1. Külfet Kavramı

İlk defa sigorta hukuku alanında kullanılan külfet terimi, Schmidt tarafından özel hukuk dogmatikğine taşınan ve üzerinde yoğun tartışma bulunan kavramlardandır. Hatta terminolojik olarak dahi Türk, İsviçre ve Alman hukuku açısından külfet ifadesi tartışmaya açıktır²⁰⁰. Külfet, borçlunun yerine getirmek zorunda olduğu yükümlülükler ile hukuk düzeninin kişilere tanıdığı haklar arasındaki gri alan olarak tanımlanabilir. Türk hukuk

¹⁹⁸ Türk-İsviçre doktrininde, TBK m. 486 kapsamında iş sahibinin, TBK m. 389 kapsamında da ödünç alanın, kabul borcu altında olduğu ileri sürülmektedir.

¹⁹⁹ **Hrubesch-Millaue**, CHK OR, Art. 211 N. 3. İsviçre doktrininde baskın görüş külfet fikrini kabul etmekten Federal Mahkeme borç fikrindedir. Bkz. **Koller**, BSK OR, Art. 211 N. 4 vd.; **Giger**, BK OR, Art. 211 N. 21. Alıcı bakımından alacaklı ve borçlu temerrüdünün gerçekleşeceği hususunda bkz. **Feyzioğlu**, s. 118 dn. 141.

²⁰⁰ Türk hukukunda özel hukuk anlamında külfet konusu inceleyen tek monografik çalışma için bkz. **Aday, Nejat**, Özel Hukukta Yükümlülük Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 2000. Yazar, külfet yerine yükümlülük ifadesini kullanmakta olup Türk hukukunda kullanılan diğer ifadeleri de anmakta ve yükümlülüğü seçme sebeplerini gerekçelendirmektedir. Bkz. **Aday**, s. 15 vd. Tarafımızca, külfet ifadesinin seçilmesinde Türk hukukunda kavramın bir nebze de olsa yerleşmiş olması ve Aday'ın belirttiği usulî külfetler ile konunun karıştırılmasına karşı HMK'nın m. 190 ve 194'te "yük" ifadesine yer vermesi etkili olmuştur. Bununla birlikte, özellikle Alman ve İsviçre hukukunda külfet ile karşılaştırılan "Last" kavramı da bulunmaktadır. Usul hukukundaki "yük" ifadesi de kanaatimizce "Last" kavramına karşılık gelmekte olup çalışmada da kavramlar bu kabule göre kullanılmıştır. Last kavramının yük olarak kullanımı hususunda bkz. **Şenocak, Kemal**, Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi, AÜHFD C. 44, S. 1-4, Y. 1995, Ankara 1995, s. 378. Alman hukukunda külfet kavramına ilişkin teorilere ilişkin bkz. **Hähnchen, Susanne**, Obliegenheiten und Nebenpflichten, Tübingen 2010, s. 21 vd.; **Rütten, Thomas**, Die Bestellermittlung zwischen Obliegenheit und Pflicht, Frankfurt am Main 2009, s. 36.

doktrinde de, bir davranışın külfet olarak nitelendirilmesinde, hukuki sonuçlara göre hareket edilmektedir²⁰¹. Gerçekten de külfet, özellikle borç kavramıyla karşılaştırılarak, borcun yerine getirilmediği durumlarda ortaya çıkacak olan aynen ifa ve tazminat sonuçlarının bulunmaması bakımından borçtan farklılaştırılmaktadır. Bu kapsamda, külfet altındaki kişi, üzerine düşen davranışı yerine getirmediğinde aynen ifa veya tazminat yaptırımları ile karşılaşmasa da olumsuz hukuki sonuçlarla (*Rechtsnachteil*) karşı karşıya gelmektedir. Külfetin tartışmalı niteliği sebebiyle, özellikle Alman hukukunda oldukça farklı görüşler bulunduğundan aşağıda öncelikle külfete ilişkin görüşlere yer verilmiştir.

1.2.5.2.2.2. Külfete İlişkin Doktrindeki Görüşler

Sigorta hukukunda ve ardından özel hukuk dogmatğinde külfete ilişkin birçok farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerin tamamını değerlendirebilmek çalışmamız açısından ne mümkün ne de anlamlıdır²⁰². Bu kapsamda, öncelikle külfetin niteliğine ilişkin ileri sürülen teorilerin, daha sonra ise külfet kavramının özel hukuk dogmatğine taşınmasında büyük katkısı olan ve halen kavrama ilişkin temel kaynaklardan olması sebebiyle Schmidt'in teorisinin genel hatlarıyla açıklanmasında yarar vardır. Kavramın doğduğu sigorta hukuku alanında, külfetler, sigorta ettirenin, sigortacıya başvurabilmesi için yerine getirmesi gerekli şartlar olarak değerlendirilmiştir. Alman hukukunda halen baskın görüşü oluşturan ve farklı gerekçelerle savunulan şart teorisinin (*Voraussetzungstheorie*) temelinde, külfetlerin gerçek bir borç olmadığı ve külfeti yerine getirmesi gereken kişinin hakkını kullanabilmesi veya olumsuz hukuki sonuçlardan kaçınması için külfetin bir gereklilik olduğu fikri yatmaktadır²⁰³. Buna karşılık külfetleri borç olarak nitelendiren gerçek borç teorisi de (*Verbindlichkeitstheorie*) farklı gerekçelere dayanmaktadır. Genel itibariyle bu görüşte, borçlar ile külfetler arasında herhangi bir fark bulunmamakla birlikte, aynen ifanın yalnız istisnai durumlarda söz konusu olabileceği belirtilmekte ve kural olarak tazminat talebi kabul

²⁰¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 31; Eren, Genel, N. 118; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2015, N. 44 vd.; Oğuzman/Öz, I, N. 62; Arpacı, s. 74.

²⁰² Külfetin niteliğine ilişkin tarihi arkaplan ve görüşler için Aday, s. 19 vd.; Ehrensperger, Thomas, Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht, Dissertation der Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich 2004, s. 12 ve 31 vd.; Hähnen, s. 3, 9 vd.; Rütten, s. 26 vd.

²⁰³ Von Tuhr/Peter, s. 12 vd.; Jäggi, SCHÖNENBERGER, W./JÄGGI, P., Zürcher Kommentar; Obligationenrecht, Teilbd. V 1 a (Art. 1–17), 3. Aufl., Zürich 1973, Vorbemerkung vor Art. 1, N. 78; Rütten, s. 28; Aday, s. 22 vd. Tartışmanın tarihi arkaplanına ilişkin olarak, Aday'ın açıklamalarına göre; ilk kez 1857 tarihli Prusya Devletleri Ticaret Kanunu'nun gerekçesinde sigorta ettirenin, prim ödeme borcu dışında karşı edim teşkil etmeyen ve sigortacıdan talepte bulunabilmesinin şartlarından bahsedilmiş ve yükümlülüklerden ayırt edilmiştir. 1903 tarihli Sigorta Sözleşmesi Yasa Tasarısının gerekçesinde ise, külfetler, gerçek borç olarak görülmüşken Reichsgericht tarafından bunların gerçek bir borç olmadığı ve aynen ifa veya tazminat yollarına başvurulamayacağına hükmedilmiştir. Bkz. Aday, s. 19. Şart teorisinin külfetlerin her türünü açıklayamayacağı hususundaki haklı eleştirisi için bkz. Şenocak, K. s. 379.

edilmektedir²⁰⁴. Bu görüşlerin yanı sıra, külfet kavramını reddeden veya herhangi bir teorisinin olmadığını ya da tek bir teorisinin yer almadığını iddia edenler olduğu gibi külfetlerde edim menfaati bulunmaması sebebiyle borçlarla karşılaştırılmasının yanlış çıkış noktası olduğunu ileri sürenler ve külfeti dar anlamda yan borç olarak nitelendiren görüşler de bulunmaktadır²⁰⁵.

Külfetin özellikle medeni hukuk sahasına sirayeti Schmidt ile gerçekleşmekle birlikte, öncesinde de bu davranışların niteliğini bilhassa yükümlülük içerisinde farklı şekillerde açıklamaya çalışan yazarlar olmuştur²⁰⁶. Bunlardan, kendine karşı kusur (*Verschulden gegen sich selbst*²⁰⁷) öğretisi Zitelmann tarafından ortaya atılmış ve yazarın bu kapsamda verdiği örneklerin birçoğu sonradan külfet kapsamında örnek gösterilmiştir²⁰⁸. Bu görüşün temelinde, hukuk düzenince yapılması emredilmeyen davranışlara hukuk düzeninin avantaj veya dezavantaj bağladığı durumların, hukuka aykırılık oluşturmayacağı fikri yatmaktadır. Gerçekten de, kişinin kendi menfaatine aykırı davranması herhangi bir hukuki yükümlülük ihlali oluşturmamaktadır. Ancak davranışa aykırılığın, avantajlı sonuçlardan vazgeçme veya dezavantajlı sonuçlarla karşılaşma şeklinde düzenlenmiş olması da davranışın kınanabilirliğini gösterdiğinden, kendine karşı kusur olarak nitelendirilmiştir²⁰⁹.

Siber tarafından ileri sürülen görüşe göre ise, yerine getirmesi gereken kişinin, davranışta bulunmadığı hallerde dezavantajlarla karşılaştığı veya bu davranışlardan kaçınılması için hukuk düzeninin avantaj sağladığı haller, edimde bulunma yükümü (*Leistensollen*) olarak adlandırılmıştır²¹⁰. Yazar, yükümlülük ihlalinde meydana gelen aynen ifa veya tazminat taleplerinin, edimde bulunma yükümü hallerinde meydana gelmeyeceğinden bahisle, kavramı, yükümlülüğün farklılaştırmaktadır²¹¹. Bu fikrin, hukuki sonuçlara göre nitelendirme bakımından Türk hukuk doktrinindeki fikirle uyduğu söylenebilir. Hukuki sonuçlara göre, yükümlülük ve külfet arasında ayırım yapılabileceğini iddia edenlerden von Tuhr'a göre ise, bir yükümlülüğün bulunması için en azından tazminat talebinin yanı sıra

²⁰⁴ Aday, s. 44 vd.; Rütten, s. 29; Hähnchen, s. 24.

²⁰⁵ Görüşler için bkz. Hähnchen, s. 25 vd. yan borç görüşü için s. 233 vd.

²⁰⁶ Aday, s. 9; Henss, Olaf, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main 1988, s. 40; Ehrensperger, s. 12.

²⁰⁷ Zitelmann, Ernst, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1 : Allgemeiner Teil , Leipzig 1900, s. 168. (Erişim: <http://dlib-pr.mpi.de>) E.T.: 20.09.2018.

²⁰⁸ Ehrensperger, s. 12.

²⁰⁹ Aday, s. 69 vd.; Henss, s. 42; Ehrensperger, s. 13; Hähnchen, s. 138. Alman hukukunda görüşün özellikle doğal hukukta ileri sürülen, kişinin kendine karşı yükümlülükleri ile bağlantısı sebebiyle eleştirildiği noktasında bkz. Hähnchen, s. 139.

²¹⁰ Ehrensperger, s. 13. Kavramın çevirisi hususunda bkz. Aday, s. 57.

²¹¹ Aday, s. 60; Ehrensperger, s. 14. Ayrıca, Siber, BGB'nin yürürlüğünden sonra hukuki sonuçları ve hukuki yükümlülükleri sistematize eden ilk yazar olup Schmidt'in külfet teorisini oluşturmada oldukça önemlidir. Siber, borç ihlalleri bakımından aynen ifanın her zaman zorunlu olmadığını da belirtmektedir. Bkz. Hähnchen, s. 139. Benzer yönde görüşler ileri süren ve doğrudan/dolaylı edim yükümü şeklinde ayırım yapan Buchka'nın görüşleri için bkz. Aday, s. 60; Ehrensperger, s. 14.

kusurun da olması gerekir. Bu sebeple, tazminat talebinin bulunmadığı ve davranışı yerine getirecek kişinin dezavantajlı sonuçlarla tehdit edildiği hallerde, bir yükümlülüğün söz konusu olmadığı ve anılan davranış kuralı ile yalnız davranışı yerine getirecek kişinin menfaatinin dikkate alındığı ileri sürmektedir²¹².

Schmidt, norm düzenini, zorlama ve tahrik olguları şeklinde ikiye ayırmaktadır. Zorlama olgularında, kişi olguyu yerine getirmediği takdirde dezavantajlı durumla karşılaşırken, tahrik olgularında, olgunun yerine getirilmesi avantajlı bir durum sağlamaktadır²¹³. Zorlama ve tahrik olgularının her ikisi de kendi içerisinde işlevsel ve ereksel şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Schmidt, ereksel zorlama ve tahrik olgularını, kanun koyucunun doğrudan bir davranışın meydana gelmesini amaçladığı durumlar olarak nitelendirmektedir²¹⁴. Borçları ve külfetleri, ereksel zorlama olguları (*teleologische Nötigungstatbeständen*) altında kategorize eden Schmidt'e göre, külfetler, zorlayıcı etkisi azaltılmış (*Nötigungstatbestände milderer Zwangswirkung; Pflichten minderen Grades*) bir yapıdadır. Geniş anlamda borç kategorisi (*Verbindlichkeiten im weiteren Sinne*) içine giren külfetleri, borçlar ile yaptırım ve menfaat noktasında karşılaştıran yazar, borçlarda, alacaklının ifaya menfaati söz konusu iken, külfetlerde hem alacaklının hem de borçlunun menfaatinin (*gespaltenen Interessenlage*) bulunduğunu ileri sürmektedir²¹⁵. Bu noktada, alacaklının temerrüdünü de örnek göstermektedir²¹⁶. Gerçekten de, meseleye alacaklı temerrüdü açısından da bakıldığında alacaklının sözleşme konusunu teslim alma davranışı, yerine getirildiği takdirde, alacaklıyı dezavantajlı hukuki sonuçlardan kurtaracağı gibi borçlunun da borçtan kurtulmasını sağlar. Bu davranışın yerine getirilmediği durumlarda ise, borçlunun, her ne kadar sorumluluğu hafiflese de alacaklının temerrüdü sebebiyle borcundan kurtulamaması ve saklama için yeni masraf ve harcamaların doğması noktasında menfaati ihlal edilmiş olur. Alacaklı açısından da alacaklı temerrüdünün genel ve özel sonuçları meydana gelmekte ve böylelikle dezavantajlı hukuki sonuçlar doğmaktadır²¹⁷. Külfet ile borcu yaptırımlar noktasında da karşılaştıran Schmidt, borçlardan farklı olarak, külfetlerde, ifaya zorlamanın ve tazminatın mümkün olmadığını ileri sürmektedir²¹⁸. Külfetlerin ihlalini hukuka aykırı olarak görmeyen yazar, hem şart hem de gerçek borç teorisini reddederek külfetlerin temelinde çelişkili davranış yasağı

²¹² Ehrensperger, s. 15; Aday, s. 66.

²¹³ Aday, s. 77 vd. Konu açıklanırken, Aday'ın kullandığı terminoloji esas alınmaya çalışılmıştır.

²¹⁴ Schmidt, s. 314; Müller-Foell, s. 47.

²¹⁵ Schmidt, s. 104; Ehrensperger, s. 29.

²¹⁶ Schmidt, s. 146 vd.

²¹⁷ Meselenin Schmidt'in norm sistematigi içerisinde değerlendirmesi için bkz. Aday, s. 85.

²¹⁸ Schmidt, s. 317; Aday, s. 86.

fıkrinin yattığını ileri sürmekte ve külfet hallerinin bir kısmında kusurun bir şart olarak aranması gerektiği sonucuna varmaktadır²¹⁹.

Doktrinde, Schmidt'in görüşleri eleştirilmiş ve külfete ilişkin farklı hukuki nitelendirmelerde bulunulmuştur. Bunlardan ilki, külfeti hukuki bir kavram olarak reddeden görüştür. Bu görüşü savunan Esser, Schmidt'in çalışmasının, yaptırımlar çerçevesinde ampirik bir inceleme olduğunu ve yazarın yan borcu dikkate almadığını ve sigorta hukuku perspektifinden hareket ettiği eleştirisinde bulunmuştur²²⁰. Kimi yazarlar ise, külfeti, farklı gerekçelerle yük (*Last*) olarak nitelendirilmektedir²²¹. Yük niteliğine ilişkin bir görüşe göre²²², borçların yerine getirilmemesinde hukuka aykırılığın sebebi ifasının istenmeye değer (*wünschenswert*) niteliği iken, bu sahada olmayan külfetlerde karşı tarafın bir talebinden bahsedilemeyeceğinden hukuka aykırılık da mümkün değildir ve borçlarla ilişkilendirilemez. Dolayısıyla bu görüşe göre, külfet ihlali, yaptırım yoğunluğu azaltılmış yükümlülük değil, yaptırımı farklı türde nitelendirilmiş bir davranış ihlali olarak görülmektedir²²³. Külfette yalnız yerine getirmesi gereken kişinin menfaatinin dikkate alarak yük kapsamında değerlendiren yazarlara karşı, külfeti yine yük başlığı altında nitelendiren ve fakat her iki tarafın da menfaatinin dikkate alındığını belirten yazarlar da bulunmaktadır²²⁴. Bu noktada, külfeti her iki tarafın menfaatine bir yük niteliğinde gören yazarlar ile her iki tarafın menfaati unsuruna yer vermekle birlikte bunu yük kapsamında nitelendirmeyen Schmidt arasında ayırım bulunmaktadır. Zira külfet teorisi diyebileceğimiz bu görüşte, külfetler, yük kapsamında değil; yoğunluğu azaltılmış borç kapsamında değerlendirilmektedir.

²¹⁹ Schmidt, s. 317 vd. (Yazar, kıyasen hukuka aykırılıktan bahsetmektedir.); Ehrensperger, s. 30 vd.

²²⁰ Esser, *Besprechung von Reimer Schmidt, Die Obliegenheiten*, AcP 154, H. 1, 1955, s. 50, 51 (Yazar, Schmidt'in çalışmasını, hukukun hayata daha da yabancılaştırılması şeklinde yorumlanmıştır.). Külfet ile kavram hukukçuluğu yapıldığı ve münferit kurallardan yeni kavram üretmenin gereksizliği hususunda bkz. SCHMIDT, J., *Staudinger BGB, vor § 241, Rn. 242*, 1995 naklen Ehrensperger, s. 33. Ayrıca bkz. Aday, s. 11.

²²¹ Bu noktada, yük, dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Özellikle İsviçre doktrininde, külfeti yük olarak nitelendiren yazarlar için bkz. Ehrensperger, s. 35 Özellikle dn. 85. Dar anlamda yük kapsamında nitelendiren yazarlar, külfette yalnız yerine getirecek kişinin menfaatinin bulunduğundan yola çıkmaktadır. Geniş anlamda yük kapsamında ise, her iki tarafın menfaatinin bulunduğundan yola çıkılmaktadır. Buna karşılık, Aday ise, "*Last*" için külfet ifadesini kullanmakta ve "*Obliegenheit*" ifadesini ise, yükleni olarak adlandırmakta olup yüklenilerin külfetler kapsamında yer almadığını ileri sürmektedir. Bkz. Aday, s. 127

²²² Hanau, Peter, *Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung: Ein Beitrag zur Kritik der stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen*, ACP 165. Bd., H. 3/4 (1965), s. 239 vd.

²²³ Hanau, s. 239; Ehrensperger, s. 34.

²²⁴ Külfette her iki tarafın menfaati olduğunu ileri sürenler için bkz. Schmidt, s. 58 vd.; Ehrensperger, s. 45; Stauber, N. 152; Teichmann, Soergel BGB, Vor §241, Rn. 7; Koller, OR AT, N. 2.91; Dubischar, AK (Reihe Alternativ Kommentare) BGB, § 241, Rn. 7. Tek tarafın menfaati olduğunu ileri süren yazarlar için bkz. Von Tuhr/Peter, s. 12; Eren, Genel, N. 118; Wieling, Hans Josef, *Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst*, AcP 176, H. 4, 1976, s. 348 (Külfetin hukuki işlem niteliği ve ehliyet gerekliliği hususunda bkz. s. 353); Serozan, İfa, §12 N.3; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 102; Grüneberg, Palandt BGB, Einleitung vor § 241, Rn. 13; Mansel, Jauernig BGB, §241, Rn. 13 (Yazar, külfetleri yük olarak nitelermektedir.); Sigorta hukukuna ilişkin külfetler bakımından yalnız sigorta ettirenin menfaati bulunduğu hususunda bkz. Şenocak, K., s. 385.

Külfetin yoğunluğu azaltılmış borç olarak nitelendirilmesine karşı çıkan bir görüşe göre ise, külfette her iki tarafın da menfaati söz konusu olmakla birlikte önem arz eden husus, davranışın yerine getirilmemesi halinde karşı tarafın menfaatinin hükümde düzenlenen özel yaptırımlarla davranış yerine getirilmişçesine ve hatta daha iyi şekilde hesaba katılması olduğu ileri sürülmektedir²²⁵. Başka bir deyişle, davranışın yerine getirilmemesi sonucunda meydana gelen olumsuz hukuki sonuçlarla, davranışa zorlama veya tazminat yoluna başvurulamasa da, karşı tarafın menfaati aynı ölçüde dikkate alınmaktadır²²⁶. Bu görüşe göre, külfetin yaptırımının davranışa zorlama veya tazminat şeklinde olmaması bu yaptırımlardan daha hafif olduğu anlamına gelmediğinden yoğunluğu veya yaptırımı azaltılmış borç ifadesi kabul edilmemektedir.

Külfetleri, yan borç kapsamında değerlendiren bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, hukuki borç kavramı için aynen ifa veya tazminat gibi geniş anlamda bir dava edilebilirlik unsurunun aranmasının yanlış olduğu belirtilmekte ve külfetler bakımından hukuki sonuç olarak kabul edilen hak kaybı durumunun da tazminat veya aynen ifadan daha az ağır olmadığı ileri sürülmektedir²²⁷. Bu kapsamda, külfetleri de yan borç (*Nebenpflicht*) olarak değerlendiren bu görüş, külfetlerin hukuki sonuçlarından yola çıkarak belirleme yapılmasının yerinde olmadığını ileri sürmektedir²²⁸. Külfetleri doğrudan yan borç saymamakla beraber, geniş anlamda borç ilişkisi içerisinde borçlu bakımından söz konusu olan sözleşmenin amacına yönelik yan borçları (*vertragszielbezogenen Nebenpflichten*) ile alacaklının külfetlerinin aynı fonksiyonda olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır²²⁹.

Külfete ilişkin doktrinde oldukça farklı görüşler bulunmakla birlikte, özetle, külfet konusundaki tartışmaların, hukuki sonuçlar ve tarafların menfaatine göre şekillendiği sonucuna ulaşılabilir²³⁰. Türk özel hukuku bakımından konuyu inceleyen Aday ise gerek menfaatlere göre gerekse hukuki sonuçlara göre bir ayırım yapılmasını yanlış bulmaktadır²³¹. Gerçekten de, ayıp ihbarını örnek veren yazar, ihbarda bulunmanın alıcı yararına olduğunu

²²⁵ Koller, OR AT, N. 2.91.

²²⁶ Koller, OR AT, N. 2.94 (Yazar, ayrıca külfet ihlali hallerinde de istisnai olarak tazminatın söz konusu olabileceğini kabul etmekte ve bu durumun kanunun külfet ihlalinin tazminat yaptırımlı şekilde düzenlemesinden kaynaklandığını ileri sürerek burada sorumluluğun izin verilen davranıştan kaynaklandığını belirtmekte ve buna benzer sorumluluk haline TMK m.753, TBK m. 64/II hallerini de örnek göstermektedir.).

²²⁷ Hähnchen, s. 243 vd. (Bu noktada, yazarın külfete uymamanın meydana getireceği olumsuz hukuki sonuçların borç olma noktasında zorunlu olmayan tazminat veya aynen ifadan daha ağır olabileceği fikri Koller ile uyumaktadır.).

²²⁸ Hähnchen, s. 246 vd.

²²⁹ Henss, s. 110 vd. Türk hukuku bakımından benzer görüş için bkz. Hatemi/Gökyayla, s. 24 (Sözleşme ilişkisi içerisinde yer alan hakların kullanılmasında uyulması gereken kurallar olduğu belirtilmekte ve uymama yaptırımının karşı tarafa def'i hakkı sağladığı ileri sürülmektedir.).

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Ehrensperger, s. 32 vd.

²³¹ Aday, s. 120 vd. Hukuki sonuçlardan hareket ederek nitelik belirlemenin yanlışlığına ilişkin bkz. Stauber, N. 132; Rey, Mitwirkung, N. 142.

iddia edenlere karşılık, ayıplı teslim sonucu alıcı lehine bozulan dengenin başka bir düzlemde (ayıp hükümleri) tasfiyesinden ibaret olduğunu belirtmektedir²³².

Kanaatimizce, külfet, yerine getirilmediğinde davranışı yerine getirecek kişinin karşısındakine, davranışa yönelik aynen ifa veya tazminat hakkının sağlanmadığı ancak başkaca olumsuz hukuki sonuçlar meydana getiren bir davranış normudur. Külfet ihlali halinde, borç kavramı için tipik sayılan aynen ifa veya tazminat yaptırımlarına yer verilmemiş olsa da ortaya çıkan durumun taraflar arasında tamamen veya kısmen tekrar dengelenmesine yönelik bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenen olumsuz hukuki sonuçlar bulunmaktadır. Kanun koyucunun, düzenlediği hukuki sonuçlardan yola çıkıldığında, külfet olarak nitelendirilen davranış normlarında, yerine getirecek kişinin buna zorlanamayacağı ve bu kişi bakımından davranışın yerine getirilmediği takdirde hukuki ilişkinin nasıl devam etmesi veya rizikonun nasıl dağıtılması gerektiğine ilişkin sonuçlar çıkarılmaktadır. Bu kapsamda, külfetin niteliğine ilişkin doğrudan değerlendirmelerde bulunmak bu çalışmanın kapsamını aşmakla birlikte, borçtan bağımsız, borç ilişkilerinde menfaatlerin düzenlenmesine ilişkin ve yerine getirecek kişinin ifa veya tazminat gibi yaptırımlara zorlanamayacağı davranış normlarının kabulü gerekir. Bu anlamda, zararın artmasına sebep olan zarar görenin tazminat miktarında indirim yapılması, ayıp ihbarında bulunmayan kişinin ayıp hükümlerine başvuramaması gibi hallerde esasında hukuki ilişkideki dengenin sağlanmasına yönelik hakkın kapsamının daraltılması veya kaybı gibi hukuki sonuçlar düzenlenmiştir. Düzenlenen hukuki sonuçlar bakımından her zaman davranışı yerine getirmesi gereken tarafın menfaatiyle ilgili olduğunu söylemek ise, kanaatimizce güçtür. Zira doktrinde Aday'ın da belirttiği üzere, külfet hallerinde, borçlarda olduğu gibi karşı tarafın edim menfaatinden söz edilmesi mümkün değildir²³³.

1.2.5.2.2.3. Alacaklı Temerrüdünün Külfet İhlali Niteliği

Alacaklı temerrüdüne sebep olan davranışlar, önceleri alacaklının hakkını kullanmaktan kaçınması olarak görülmüşken, külfete ilişkin tartışmalarla birlikte, külfet kategorisinde değerlendirilmiştir. Türk-İsviçre ve Alman hukukunda külfet görüşü doktrinindeki baskın görüştür²³⁴. Nitekim alacaklı temerrüdünün hukuki sonuçlarında açıkça

²³² Aday, s. 123.

²³³ Edim menfaatine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aday, s. 149 vd.

²³⁴ Weber, BK OR, Art. 91, N. 51; Von Tuhr/Escher, s. 69; Mercier, CHK OR, Art. 91 N. 5; Schraner, ZK OR, Art. 91, N. 25; Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, N. 2390; Bernet, BSK OR, Vor zu Art. 91-96, N. 2; Koller, OR AT, N. 56.7; Koç, s. 62; Oğuzman/Öz, I, N. 1136 (Külfet nitelendirmesi yapılmamakla birlikte alacaklı açısından borç olabileceği ifade edilmiştir.); Serozan, İfa, § 12, N. 3; Eren, Genel, N. 3173; Akıncı, Temerrüt, s. 99. Alman hukuku için bkz. Lorenz, Beck OK BGB, § 293, Rn. 1; Dötterl, Beck OGG BGB, § 293, Rn. 11; Ernst, MüKo BGB, §293, Rn. 1; Hüffer, s. 19; Grüneberg, Palandt BGB, §293, Rn. 1; Hager,

aynen ifa ve tazminata yer verilmemiş olması, külfeti hukuki sonuçlara göre belirleyen baskın görüşe uygun olarak temerrüdün külfet ihlali niteliğini destekler.

Alacaklı açısından davranışların kural olarak borç ve hak niteliğinde olmayıp, her iki tarafın da menfaatini ilgilendiren bir külfet olduğunu belirten Schmidt, edimin kabulünde, bir şarttan²³⁵ daha fazla fonksiyon bulunduğunu ancak ereksel zorlama²³⁶ olarak bir borç bağlılığının da meydana gelmediğini ileri sürmektedir²³⁷. Bu temele dayalı olarak, Alman Medeni Kanunu’ndaki alacaklı temerrüdüne ilişkin hükümlerin, menfaatler dengesine uygun olduğunu belirten Schmidt, teslim dışındaki birlikte hareket etme davranışlarını ise, çelişkili davranış yasağına göre temellendirmekte ve alacaklının karşı edimi ifa etmekten kaçınmayacağını belirtmektedir²³⁸. Özetle, yazar, karşılıklı sözleşmelerde borçlunun karşı edime hak kazanacağını (BGB §324 I 1, 01.01.2002’de yürürlükten kalkan versiyon) ve alacaklının davranıştan kaçınmasının kendi borcunu ifa etmekten kaçınmasına engel olacağını belirterek külfet fikrini vurgulamaktadır²³⁹.

Külfet nitelendirmesi yapan yazarların, külfet konusunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bununla birlikte, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışların yerine getirilmemesinin, yalnız alacaklının elde edeceği edime engel olması veya bu edimden vazgeçmesi anlamına geldiği ve kendi menfaatine aykırı hareket eden alacaklının bu davranışlarının kural olarak yükümlülük niteliğinde olamayacağı belirtilmektedir. Bu nedenle, davranışların yerine getirilmemesinin hukuki sonuçlarında, aynen ifa ve tazminata yer

Erman BGB, Vorbem. vor §293, N.1; **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, s. 4 dn. 18’de belirtilen yazarlar; **Weller**, s. 472 ve özellikle dn. 53’te belirtilen yazarlar ve kararlar; **Rütten**, s. 61; **Arpacı**, s. 78 Özellikle dn. 66’da belirtilen yazarlar; **Ozanoğlu, Hasan Seçkin**, İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlı İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları, GÜHFD C. III, S. 1-2, Ankara 1999, s. 106; **Birinci Uzun, Tuba**, Alacaklının Temerrüdü Mü Haksız Elatma Mı? Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 31.3.2015 Tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 Sayılı Kararının İncelenmesi, İÜHFM, C. LLXIV, S. 2, s. 614; **Sert Canpolat, Selin**, Borçlar Kanununa Göre Alacaklının Temerrüdü, Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 477; **İnal, H. Tamer**, Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih, 7. Baskı, Ankara 2018, s. 418 (Yazar, külfet ifadesini kullanmamakla birlikte yan edim borçlarının ihlal edilmesinin de ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.).

²³⁵ Şart teorisine göre, külfetler, gerçek bir borç olmayıp, külfeti yerine getirmesi gereken kişinin hakkını kullanabilmesi veya olumsuz hukuki sonuçlardan kaçınması için gerekli bir şart niteliğindedir. Bkz. 1.2.5.2.2.2.

²³⁶ Schmidt’e göre, ereksel zorlama olguları, kanun koyucuların doğrudan bir davranışın meydana gelmesini amaçladığı durumlardır. Bkz. 1.2.5.2.2.2.

²³⁷ **Schmidt**, s. 147 (Yazar, borçlunun, alacaklıya karşı teslim konusunda dava hakkı tanınmaması prensibine istisna olan durumları: -Kanun’da düzenlenen hükümler (BGB §433, §640) – borçlunun teslimde özel bir menfaatinin olduğu durumlar –borçlunun edimini hazırlayabilmesi için alacaklının hususi borcunun bulunduğu durumlar -tarafaların özel olarak kararlaştırdığı haller şeklinde belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 147 dn. 733.)

²³⁸ **Schmidt**, s. 159.

²³⁹ **Schmidt**, s. 159, 160 (Yazar, bu durumları kıyasen hukuka aykırı “*analog rechtswidrig*” olarak nitelendirmektedir.)

verilmediği vurgulanmaktadır²⁴⁰. Buna karşılık, külfetin yaptırımının, yerine getirmesi gereken kişinin var olan veya ileride meydana gelecek bir hakkın kaybı olduğunu ileri süren bir görüşe göre ise, bu yaptırımın alacaklı temerrüdünde gerçekleştiğinden bahsedilemeyeceğinden külfet fikrinin kabul edilemeyeceği belirtilmiştir²⁴¹. Külfet nitelendirmesini yapan yazarlar da dâhil olmak üzere temerrüde yol açan davranışların tarafların açık veya zımni anlaşmaları ile borç olarak kararlaştırılabileceği konusunda tartışma bulunmamaktadır²⁴².

Alacaklı temerrüdünün külfet kapsamında değerlendirilmesinin sonucunda, alacaklı açısından davranışları yerine getirmemenin hukuka aykırılık oluşturmadığı ve bu kapsamda borçlunun aynen ifa ve tazminat hakkının bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bununla birlikte, doktrinde külfet niteliğini benimseyen birçok yazar tarafından, kanaatimizce çelişkili olarak, TBK m. 110'da yer alan borçlu temerrüdü hükümlerine atıf sebebiyle, yapma borçlarının söz konusu olduğu durumlarda alacaklının kusuru da varsa borçlunun menfi ve hatta kimi yazarlarca müspet zararını isteyebileceği fikri kabul edilmektedir²⁴³. Ancak, bu görüş tartışmalı olup zararların talep edilemeyeceğine ilişkin fikirler de mevcuttur²⁴⁴.

1.2.5.2.3. Yükümlülük Görüşü

Alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlara ilişkin ileri sürülen bir diğer görüş, yükümlülük fikridir. Bu noktada, öncelikle şu hususun belirtilmesinde yarar vardır. Doktrinde, eser sözleşmesinin meydana getirme aşamasının uzun ve karmaşık olduğu,

²⁴⁰ Bazı yazarlar tarafından külfet kavramının içeriğinin tam belirlenememesi sebebiyle alacaklı temerrüdü külfet olarak tanımlanmamakla birlikte, hak veya borç olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 53 (Yazar, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışların dürüstlük kuralına aykırı olduğunu belirtmekte ve fakat bunun borca aykırılık olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. N. 55); **Schraner**, ZK OR, Art. 91 A-B, N. 25.

²⁴¹ **Rey**, Mitwirkung, N. 160 vd. (Yazar, alacaklı temerrüdünde düzenlenen tevdi, satış ve sözleşmeden dönme imkânları ile borçlunun haklarının genişletildiğini ancak alacaklının herhangi bir hak kaybına uğramadığını bu sebeple külfetin tipik sonuçlarının söz konusu olmadığını ileri sürmektedir. Külfet ihlalinin tipik yaptırımının hak kaybı veya mahrumiyeti -ileride meydana gelecek hak kaybına ilişkin mahrumiyet "*Rechtsvorenthalt*", var olan hakkında azalmaya ilişkin kayıp "*Rechtsverlust*" - açıklamalarına ilişkin bkz. **a.g.e.**, N. 149, 150.).

²⁴² **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd. Allgemeiner Teil, 14. Neubearb. Aufl., München 1987, s. 389; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1136; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 837; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2391; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 68; **Bernet**, BSK OR, Vor Art. 91-96, N. 3; **Staubert**, N. 173; **Weller**, s. 477; **Rey**, Mitwirkung, N. 164.

²⁴³ **Eren**, Genel, N. 3176; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2463 (Yazarlar, külfeti yoğunluğu azaltılmış borç kapsamında görmek ve söz konusu düzenleme ile külfetin tazminat yaptırımı ile bağlandığı istisna durumdan söz etmektedirler.); **Koller**, OR AT, N. 56. 95; **Mercier**, CHK OR, Art. 95 N. 6; **Von Tuhr/Escher**, s. 84; **Koç**, s. 273; **Üçer**, s. 231; **Kren-Kostkiewicz**, OFK OR, Art. 91 N. 1; **Rey**, Mitwirkung, N. 209 dn. 343, 344'te anılan yazarlar; **İnal**, s. 425 vd. Külfet ihlali kapsamında tazminat yaptırımının da söz konusu olabileceği hususunda bkz. **Klees, Edgar**, La Demeure, Eine rechtsvergleichende Studie zum Verzugsrecht, Münster 1968, s. 214 vd.

²⁴⁴ **Becker, H.**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Bern 1945, Art. 95, N. 1; **Şenocak, K.**, s. 222; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1186; **Serozan**, İfa, §12, N. 11 (Yazar, "*Sözleşmeden Dönme*" isimli monografik eserinde ise, ödev "külfet" niteliğine karşı çıkmakta ve tazminatı kabul etmektedir. Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 326); **Kaniti**, s. 148.

böylece yoğun işbirliğinin gerektiği inşaat sözleşmesi gibi türlerinde, davranışların yükümlülük niteliğinde olduğu fikri günümüzde ağırlık kazanmaktadır²⁴⁵. Bu fikir aşağıda²⁴⁶ ayrıca ele alındığından burada yalnızca genel olarak alacaklının ifaya katılımını yükümlülük niteliğinde gören görüşlere yer verilmiştir.

Alacaklının ifaya katılımını yükümlülük olarak nitelendiren yazarlar, genellikle görüşlerinin temeline dürüstlük kuralı veya sözleşme taraflarının birlikte hareket etme borcunu (*Kooperationspflicht*) yerleştirmektedir²⁴⁷.

Doktrinde çeşitli sebeplerle ileri sürülen yükümlülük fikrine ilişkin açıklamalara geçmeden önce, bu çalışma bakımından esas alınan yükümlülük ayrımının belirtilmesinde yarar vardır. Zira bu hususta da farklı görüşler bulunmakla birlikte, çalışmamızın kapsamı gereği bunların detaylarına girilmemiş ve doktrinde Eren tarafından benimsenen tasnif esas alınmıştır. Geniş anlamda borç ilişkisinden kural olarak edim ve yan yükümlülükler doğmakta olup bunlardan edim yükümlülükleri de kendi içerisinde asli ve yan edim şeklinde ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmeye tipini veren ve ifa davasının temelini oluşturan asli edim yükümlülüklerinin (*Hauptleistungspflicht*) yanı sıra, asli edime oranla ikincil nitelikte olan kanun, sözleşme veya dürüstlük kuralından doğabilen ve asli edimin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eden yan edim yükümlülükleri (*Nebenleistungspflicht*) de iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde karşılıklılık (*synallagma*) içerisinde yer alır ve müstakil olarak ifası dava edilebilir²⁴⁸. Doktrinde, diğer davranış yükümlülükleri (*weitere Verhaltenspflichten*), özen gösterme yükümlülükleri (*Sorgfaltspflichten*) gibi isimlerle anılan

²⁴⁵ Örneğin, YİĞŞ m. 29/4 hükmünde, “İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini Yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi)” ifadesinde davranışlar bakımından yükümlülük ifadesine yer verilmiştir. Ancak, tek başına bu ifade davranışların yükümlülük niteliğinde olduğu sonucuna ulaştırmamaktadır. Zira Şartname’de yer alan hükümlerin (YİĞŞ m. 6, 8, 11, 12, 41, 44) hiçbirinde ilgili davranışların yerine getirilmemesiyle ilgili aynen ifa veya tazminat yaptırımı öngörülmemiş, yalnız işin süresine ilişkin düzenlemelere (YİĞŞ m. 6/7, 13, 29) yer verilmiştir.

Yargıtay ise, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin uyuşmazlıklarda yer tesliminin yapılmaması vb. hazırlık fiillerinden kaçınan işsahibi bakımından borçlu temerrüdü hükümlerini uygulamıştır. Bkz. 15. HD, T. 5.5.2004, E. 2003/5372, K. 2004/2508; 15. HD, T. 30.10.2001, E. 2001/2953, K. 2001/4871; 15. HD, T. 17.2.1994, E. 1993/3539, K. 1994/830; 15. HD, T. 19.3.2012, E. 2012/1126, K. 2012/1734 (KBİBB).

²⁴⁶ Bkz. 2.2.1.2.

²⁴⁷ **Hartmann, Christian**, Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers, Berlin 1997, s. 48 vd.; **Dötterl**, s. 38 dn. 97’de belirtilen yazarlar (Yazar, ayrıca, BGB §326/2’ye göre alacaklının tek başına veya geniş ölçüde sorumlu olduğu imkânsızlık durumlarının, alacaklı tarafından borçluya bir güven durumu yaratılmadığı için çelişkili davranış yasağı kapsamında değerlendirilemeyeceğini de belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 39); **Weller**, s. 473 özellikle dn. 57 (Yazar, alacaklının işbirliği davranışlarının (*Mitwirkungspflicht*) ayrıca bir düzenleme gerektirmeksizin tüm sözleşmeler bakımından, alacaklı açısından bir borç olduğunu ve kaynağının da ifayla bağlılık olduğunu (*Leistungstreuepflicht*) ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 478). Kooperatif hareket etme borcu, Alman hukukunda özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından söz konusu olup tarafların böyle bir yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Messerschmidt**, Messerschmidt/Voit, BGB §631, Rn. 132, 143.

²⁴⁸ **Eren**, Genel, N. 91 vd.; **İpek, Eyüp**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul 2016, s. 51 vd. Alman hukuku açısından detaylı bilgi için bkz. **Bachmann**, MüKo BGB, §241 Rn. 29 vd.

yan yükümlülükler (*Nebenpflichten*) ise, asli edim yükümlülüğüne bağlı olan ve bağlılığı sebebiyle, yükümlülüğe uyulmaması halinde aynen ifası dava edilemeyip yalnız tazminat davası olanağı sağlayan yükümlülüklerdir²⁴⁹. İki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından karşılıklılık içerisinde değerlendirilmeyen bu yükümlülükler, ifaya yardımcı ve koruyucu yan yükümler şeklinde ayrılmaktadır²⁵⁰. İşbirliği yükümlülükleri (*Mitwirkungspflicht*) de ifaya yardımcı yan yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir²⁵¹.

Alacaklı temerrüdüne yol açan davranışları, alacaklı için bağımsız dava edilemeyen yan borçlar (*unklagbare Nebenpflichten*) ile eş değer sayan bir görüşe göre, davranışların yerine getirilmemesiyle borçlu borcundan kurtulamamakta ve borçlunun borcunu ifası geçici olarak imkânsızlaşmaktadır ki; bu durum da alacaklının yerine getirmediği davranışlarında borçlunun da menfaati olduğunu göstermektedir²⁵². Aynı görüşe göre, borçlunun da menfaatinin bulunduğu davranışların yerine getirilmemesini, alacaklının hakkını dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanması olarak nitelendirilmekte ve davranışların yerine getirilmemesinin, borçlunun bağımsız dava edilemeyen yan yükümlülüklerinin ihlali ile aynı kapsamda değerlendirilmesi gerektiği ileri sürmektedir²⁵³. Bu görüşe göre, alacaklı, borçluya edim değişimini taahhüt etmesine rağmen davranışlardan kaçınarak bunu ihlal etmekte ve çelişkili davranmış (*venire contra factum proprium*) olmaktadır²⁵⁴.

Alacaklının temerrüde yol açan davranışlarının, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir borç olduğunu ileri süren diğer bir görüşe göre ise, sözleşmenin amacına ulaşması için tarafların birlikte çalışmaları gerektiği, alacaklının bu davranışları yerine getirmemesinin sözleşme amacını tehlikeye attığı durumlarda, sadakat yükümlülüğüne aykırılığın meydana geleceği belirtilmektedir²⁵⁵. Buna karşılık, davranışları ne külfet ne de yükümlülük olarak

²⁴⁹ **Eren**, Genel, s. 37 vd.; **İpek**, s. 67 vd. Alman hukuku açısından detaylı bilgi için bkz. **Bachmann**, MüKo BGB, §241 Rn. 33.

²⁵⁰ **Eren**, Genel, N. 102.

²⁵¹ **Eren**, Genel, N. 105.

²⁵² **Stauber**, N. 195 vd. (Yazar, bu hususta alacaklının tek başına hareket edemeyeceğini belirtmekte ve OR Art. 115'te düzenlenen tarafların anlaşmasıyla bir alacağın ortadan kaldırılması halini örnek vererek alacaklının tek başına karar vermesine kanun koyucu tarafından müsaade edilmediğini vurgulamaktadır. OR Art. 75 hükmünü de örnek göstermekte ve alacaklı açısından yükümlülük fikri kabul edilseydi, OR Art. 75 kapsamında ifa edilebilirliğe gerek bulunmayacağını belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 181, 183.). Türk hukukunda yan yükümlülük fikri için bkz. **Aral, Fahrettin**, Kötü İfa, Ankara 2011, s. 48.

Borçlunun edim yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilen işbirliği yükümlülüğünün alacaklı için de aynı şekilde görüldüğü ve aykırı davranışların sözleşmenin müspet ihlali olarak nitelendiği Alman İmparatorluk Mahkemesi kararları için bkz. **Hüffer**, s. 52 ve özellikle s. 53 dn. 248. Söz konusu nitelendirme ile borçluya sözleşmeden dönme ve tazminat imkânları tanınmıştır.

²⁵³ **Stauber**, N. 198, 199; **Weller**, s. 502 vd.

²⁵⁴ **Stauber**, N. 187. Alman hukukunda ise, Hüffer, çelişkili davranışın kaçınma ile değil alacaklının hem işbirliğinden kaçınıp hem de borçluya ödemezlik def'i ileri sürdüğü hallerde ortaya çıkacağını belirtmektedir. Bkz. **Hüffer**, s. 230.

²⁵⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 54; **Hüffer**, s. 54; **Dötterl**, Beck OGK BGB, § 293, Rn. 12 (Yazar, tarafların karşılıklı sadakat borcu kapsamında, birbirlerinin edim çalışmalarını desteklemesi ve imkânsız kılmamaya yönelik yan borçları olduğunu belirtmektedir. **Edis**, s. 322.

kabul eden bir görüşe göre, mesele, borçlunun karşı edime ulaşması ile ilgili olup karşılıklılık (synallagma) hususundaki düzenlemeler yettiği ölçüde dürüstlük kuralından kaynaklanan sadakat yükümlülüğüne başvurulmasına gerek yoktur²⁵⁶. Bu görüşe göre, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde önce ifa ile yükümlü borçlunun alacaklı tarafından engellenmesi durumunda karşı edimden kaçınma da söz konusu olur ve kıyasen borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulması gerekir.

Alacaklının borçluyla birlikte hareket etmesine ilişkin davranışları, yan edim yükümlülükleri kapsamında gören bir görüşe göre ise, bu davranışların yerine getirilmemesi, sözleşme amacının veya vaat edilen icrasının tehlikeye atılması olarak değerlendirilmekte ve doğrudan edimle ilgili görülmektedir²⁵⁷. Bu görüşe göre, sözleşmenin akdedilmesiyle, taraflar, sözleşmenin amacı olan edim değişiminin gerçekleşebilmesi için uyulması gereken davranış programına (*Handlungsprogramm*) riyeti de borçlanmaktadır²⁵⁸.

Alacaklıdan beklenen davranışların yükümlülük kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ve özellikle Alman borçlar hukuku modernizasyonunda bunun yapılmamasının yanlış olduğunu belirten bir görüşe göre ise, davranışların bu şekilde düzenlenmemesi, önemsiz ayrımlardan kaçınılan Alman Medeni Kanunu'nun sistemine aykırılık teşkil etmekte ve alacaklının işbirliği davranışları bakımından yükümlülüğün kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu yükümlülüğün, her şeyden önce borçlunun savunulması ve karşı edim menfaatinin korunması amacıyla olduğunu ileri süren bu görüşe göre, amaca uygun olmayan hukuki sonuçların sınırlandırılabilceği vurgulanmaktadır²⁵⁹. Özetle, BGB sistemiği açısından alt ayırım yapılmaksızın davranışların yükümlülük olması gerektiği ileri sürülmekte ancak borçlunun savunulması ve karşı edimi dışındaki amaçlara hizmet eden sonuçların bu davranışlar bakımından kabulünün zorunlu olmadığı vurgulanmaktadır²⁶⁰.

Sonuç olarak, temerrüde yol açan davranışlar bakımından yükümlülük görüşünü ileri süren yazarlarca, külfet teorisi eleştirilmekle birlikte, anılan davranışların bir edim yükümlülüğü kapsamında olduğu iddiasında bulunulmamakta ve borçlunun tazminat hakkına imkân sağlayan yan yükümlülük fikrinin benimsendiği söylenebilir.

²⁵⁶ Hüffer, s. 187, 232, 256.

²⁵⁷ Hartmann, s. 48 (Yazar, alacaklının davranışlarından kaçınmasının istisnai olarak, borçlunun mesleki veya işletme süreciyle koordineli bir menfaatiyle ilgili olduğu durumlarda ayrıca koruma yükümlülüğü kapsamında da değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. a.g.e., s. 55).

²⁵⁸ Hartmann, s. 49 ve özellikle dn. 60'da belirtilen yazarlar.

²⁵⁹ Schmidt-Kessel, NK BGB, §293, Rn. 2.

²⁶⁰ Schmidt-Kessel, NK BGB, §293, Rn. 2a.

1.2.5.2.4. Hak Görüşü

Alacaklının edimin ifasına iştirakının alacaklı bakımından bir hak olduğu ve bu davranışları yerine getirmemesinin bir hakkın kullanılmamasından ibaret olduğu fikri doktrinde ileri sürülmektedir. Esasen bu fikir, ilk defa Mommsen tarafından ileri sürülmüş ve alacaklı temerrüdü, borçlu temerrüdünden böylece ayrılmıştır. Halen borç görüşünü ileri süren yazarlar dışında birçok yazar temerrüde neden olan davranışların hak niteliğinde olduğunu belirtmektedir²⁶¹. Bu noktada, alacaklının alacak hakkı ile işbirliğine ilişkin hakkının ayrılmasının mümkün olmadığını ileri süren Rey, alacaklının davranışlarından kaçınmasının aynı zamanda edimi talep etmekten kaçınması anlamına geleceğini ve bu sebeple davranışlara ilişkin hakkın alacak hakkının bir bileşeni olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²⁶².

Türk hukukunda hak görüşünü savunan bir görüşe göre ise, alacaklının bu hakkı istisnasız olup kanunda teslim almaya ilişkin yükümlülüklerden bahseden düzenlemelere, alacaklının karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde aynı zamanda borçlu da olması sebebiyle yer verildiği belirtilmektedir²⁶³. Yine bu görüşe göre, karşılıklı borç yükleyen bazı sözleşmeler bakımından bu tip düzenlemelere yer verilmese de alacaklının borçlu sıfatıyla, teslim almaya (edimi kabule) ilişkin yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir²⁶⁴.

1.2.5.2.5. Karma Görüş

Alacaklı temerrüdüne ilişkin doktrinde ileri sürülen görüşlerden bir diğeri de davranışların hukuki niteliğiyle ilgili genel bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığını ileri süren görüştür. Bu görüşe göre, borçlunun sözleşmenin ifasına menfaatinin olup olmadığına bakılarak davranışın hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekir²⁶⁵.

Esasen doktrinde baskın olarak savunulan külfet fikrine katılan yazarlar, tarafların açık veya zımni anlaşmaları başta olmak üzere istisnai durumlarda yükümlülük nitelendirmesinin

²⁶¹ **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 23; **Becker**, BK OR, Vorbem. zu Art. 91-96 N. 2; **Von Tuhr/Escher**, s. 69; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 51; **Rey**, Mitwirkung, N. 134; **Kohler**, Annahme, s. 268; **Erdoğan, İhsan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 2017, s. 198.

²⁶² **Rey**, Mitwirkung, N. 136 vd.

²⁶³ **Üçer**, s. 33. (Nitekim yazar, satış sözleşmesindeki edimi kabul yükümlülüğünün alıcı için düzenlendiğinden bahsetmekte ve aynı zamanda borçlu da olan alıcının bu yükümlülüğünün alacaklı sıfatından kaynaklanmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 30.).

²⁶⁴ **Üçer**, s. 31, 33 (Ayrıca düzenlemenin yer almadığı sözleşmeler bakımından, kendi içerisinde başkaca hükümlerin bulunduğu ileri sürülerek kabul etmenin gereksiz olduğu belirtilmektedir.).

²⁶⁵ **Müller-Foell**, s. 111. Türk hukukunda da bu görüşü savunan yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Arpacı**, s. 110 (Yazar, esasen davranışların külfet niteliğinde olduğunu kabul etmekle beraber bu niteliğin belirli şartlarda yeterli olmayacağını ileri sürmekte ve somut olayın özelliklerine göre dürüstlük kuralından doğan yan yükümlülük fikrinin de kimi zaman kabul edilebileceğini belirtmektedir.)

yapılabileceğini kabul etmektedir²⁶⁶. Zira aksinin iddia edilmesi ne sözleşme özgürlüğü ne de somut olay adaletine göre mümkündür. Dolayısıyla, burada karma görüş ile kastedilen, kanun koyucunun davranışlara ilişkin hukuki bir nitelendirme yapmadığını ve her durumda somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi gerektiğini ileri süren görüştür.

1.2.5.3. Değerlendirme ve Görüşümüz

Bir borç ilişkisinde, alacaklı temerrüdüne neden olan davranışların ve bunları yerine getirmemenin borçluyu ilgilendirdiği yadsınamaz. Bu hususta değerlendirme yapılırken, alacaklının kendisine ifa edilecek edimle ilgili davranışlarında borçlunun korunmaya değer menfaatlerinin tespit edilmesi gerekir. Zira bir borç ilişkisinde, aksine anlaşma bulunmadıkça, borçlunun korunmaya değer menfaatleri kural olarak karşı edimi elde etme ve borçtan kurtulmadır²⁶⁷. Bu sebeple, kanun koyucu, alacaklının davranışları yerine getirmediği hallerde, borçlunun borcundan kurtulma menfaatini düzenlemiş ve borçluya Türk-İsviçre hukukunda verme ve yapma borcu ayrımı yaparak tevdi, satış veya dönme²⁶⁸ yoluyla borcundan kurtulma imkânı tanımıştır. Borçlunun karşı edimine ilişkin olarak ise, herhangi bir düzenleme yapılmamışsa da kimi sözleşmelerde yer alan düzenlemelerden (TBK m. 483/II, 485 gibi) prensiplerin çıkarılması mümkündür²⁶⁹.

Alacaklının edimin ifasına katılım davranışlarının elde edeceği edime yönelik olması sebebiyle bu davranışlar temelde onun alacak hakkının da bir parçasını oluşturur. Nitekim, alacaklı temerrüdüne ilişkin ilk tartışmaların hak perspektifli olması da bunu göstermektedir. Bununla birlikte, davranışlar, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının yanı sıra borçluyu da ilgilendirir. Ancak bu ilginin, edim menfaati ölçüsünde olduğu kabul edilemez.

²⁶⁶ Somut olaydaki menfaat durumlarının gerektirdiği hallerde, yükümlülük ihlalinin sonuçları şu hallerde kabul edilebilir: - Kanunda özel hükümlerin bulunduğu haller (TBK m. 232), -yerine getirilmemesi borçlu temerrüdüne yol açacak önemde olan yan borçlar, -sözleşmenin müspet ihlali oluşturacak nitelikte alacaklıya yükletilebilen durumlar, -asli edim yükümlülüğünün bir bölümü olması sebebiyle ifaya hazırlık hareketleri. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91. N. 57-63. Alman hukuku bakımından anlaşmanın türü ve içeriğine göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi gerektiği hususunda bkz. **Schubel**, Soergel Kommentar zum BGB, Bd. 3/2, Schuldrecht 1/2 §§ 243-304, 13. Aufl., Stuttgart 2014, Vor §293, Rn. 22; **Hähnchen**, s. 68, 302.

²⁶⁷ **Kohler**, Annahme, s. 271; **Hüffer**, s. 250-251. Buna karşılık, Alman hukukunda bir görüşe göre, borçlunun aynen ifa hakkı (*Naturalerfüllungsrecht*) kapsamında, yukarıda sayılanların yanı sıra, edimin meydana getirilmesi menfaati (*Leistungserbringungsinteresse*) ile ikincil borçlardan kaçınma menfaati (*Sekundaerpflichtvermeidungsinteresse*) de bulunmaktadır. Bkz. **Weller**, s. 464 vd.; **Riehm, Thomas**, Der Grundsatz der Naturalerfüllung, Tübingen 2015, s. 52 vd. Kanaatimizce, edimin meydana getirilmesine ilişkin menfaat, kanun koyucu tarafından yükümlülük düzeyinde korunmamıştır. Ancak sözleşme veya durumun özelliklerinden anlaşılabildiği hallerde, Kanun'da belirlenenden daha fazla dikkate alınması gereken menfaatlerdir.

²⁶⁸ Dönme hakkı, Alman ve Avusturya hukukunda genel hükümlerde borçluya tanınmamıştır.

²⁶⁹ Bu noktada, aynı anda ifanın söz konusu olduğu sözleşmeler bakımından alacaklının yerine getirmek zorunda olduğu edimin de muaccel olması sebebiyle herhangi bir problemle karşılaşmaz. Bu durum, TBK m. 98'de düzenlenen kuraldan da çıkarılabilir. Borçlunun önce ifayla yükümlü olduğu durumlar bakımından mesele önem arz etmekle birlikte eser sözleşmesinde kıyasen uygulanabilecek hükümlere yer verilmiştir. Aşağıda bkz. 3.3.3. Alman hukukunda ise, mesele BGB §322/2, 3 ile çözümlenmiştir. Bkz. **Pekmez, Cüneyt**, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödeme Defi), İstanbul 2019, s. 192 dn. 267 ve ayrıca krş. aşağıda §11, III

Zira bir borçlunun kural olarak karşı edime olan menfaati ile kendi edimini ifaya olan menfaati aynı düzeyde değildir. Alacaklının davranışı yerine getirmeyerek borçlunun ifasına devam etmesini engellediği veya ifayı geciktirdiği ya da alternatif ifa ikamelerine zorladığı durumlarda, borçlunun karşılaştığı olumsuz hukuki sonuçların ortadan kaldırılması da bir zorunluluktur. Bu kapsamda, kanun koyucu, görüşümüze göre (eksik de olsa) bozulan menfaat dengesini sağlamak için alacaklı temerrüdü müessesesi ile borçlunun haklarında genişletmeler yaparak (alternatif ifa ikameleri veya dönme ile borçtan kurtulma, hasar ve giderlerin alacaklıya geçişi vb.) borçlunun menfaatlerini dikkate almıştır²⁷⁰. Bunların içinde aynen ifa ve tazminat yaptırımlarının bulunmaması, davranışların kanun koyucu tarafından yükümlülük niteliğinde görülmediğini göstermektedir. Bu sistematik değerlendirildiğinde, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışların kural olarak külfet niteliğinde kabul edilmesi gerekir.

Temerrüde neden olan davranışlar bakımından yükümlülük fikrini ileri süren yazarlar, davranışların yan yükümlülük niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Geniş anlamda borç ilişkisi kapsamında, alacaklının da borçlunun da birbirlerine karşı yan/koruma yükümlülüklerinin olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak, yan edim yükümlülüklerinin veya yan yükümlülüklerin amacı, alacaklının ifa menfaatini doğru bir şekilde elde etmesidir. Başka bir deyişle, karşı tarafın ifa menfaatine ulaşabilmesi için uyulması gereken bu yükümlülüklerle, alacaklının elde edeceği ifa menfaatine hizmet eden davranışlarının bir tutulması kanaatimizce doğru değildir²⁷¹. Aynı şekilde, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışlardan kaçınmayı dürüstlük kuralından doğan sadakat borcuna aykırılık kapsamında gören anlayış da, kanaatimizce, alacaklının bu davranışları yerine getirmesinin elde edeceği edime ilişkin olduğunu göz ardı etmekte ve sadece borçlunun menfaatlerini dikkate alarak bunların da yalnız alacaklı temerrüdü ile korunamayacağını ileri sürmektedir²⁷². Bu görüşe

²⁷⁰ Kanaatimizce, alacaklı temerrüdünün belirli sözleşmeler bakımından eksiklikleri bulunmakla birlikte bu durum davranışların hukuki niteliğiyle değil, alacaklı temerrüdü müessesesindeki boşluklarla ilgilidir. Bkz. 3.2.2. Aynı yönde bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 202. Kanun koyucu, alacaklı temerrüdü hükümlerinde, kural olarak borçlunun sadece borcundan kurtulma menfaatini düzenlemiş, karşı edim menfaatini ise dolaylı yoldan dikkate almıştır. Başka bir deyişle, karşı edimi elde etmek için sözleşmeyi akdeden borçlunun, borcuyla daha fazla bağlı kalmaması korunması gereken hukuki değer olarak görülmüştür. Bununla birlikte, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ayrıca düzenlemelerle borçlunun özellikle karşı edimini elde etmeye yönelik menfaatinin korunduğu ve hatta alacaklının kusurunun olduğu hallerde başka taleplerin sağlandığı hükümler görülebilir (TBK m. 408, 483, 485). Bu düzenlemelerin aksine, genel hükümlerde borçlu bakımından yalnız borcundan kurtulma menfaatine hizmet eden yolların benimsenmesi, davranışların, kanun koyucu tarafından alacaklının davranışa zorlanabildiği yan edim veya meydana gelen zararları ödemek zorunda kalacağı yan yükümlülük niteliğinde görülmediği şeklinde yorumlanmaya açıktır.

²⁷¹ Bu noktada ancak borçlunun önce ifa ile yükümlü olduğu hallerde, alacaklının davranışının aynı zamanda borçlunun karşı edimi elde etmesine yönelik olduğu istisnası ileri sürülebilir.

²⁷² Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, alacaklının edime kavuşmak için gerekli işbirliğini yerine getirmesi ve yerine getireceği beklenmekle birlikte bu işbirliğinin alacaklı tarafından bizzat borçlanıldığı sonucunu doğuran yorumun kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bir tarafın menfaatinin bulunması sebebiyle bu

göre, alacaklı, sözleşme amacını tehlikeye atmamalı ve bu amacın gerçekleşmesi için elinden gelen her şeyi yapmalıdır. Kanaatimizce, bu sonucun kabul edilebilmesi için öncelikle tarafların her ikisinin de sözleşmeyle takip ettikleri ortak bir amacının olup olmadığının tespiti gerekir. Bu soru doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, tarafların her birinin sözleşme ile amaçladığı kişisel menfaatleri bulunmaktadır²⁷³. Bunlara ulaşabilmek adına tarafların birbirlerine tanıdıkları menfaatlerin, sözleşmenin amacı olduğu belirtilmektedir²⁷⁴. Tarafların karşılıklı olarak tanıdıkları bu menfaatlerden ayrı olarak ortak bir amaçlarından söz edilemeyeceği gibi gerçekleştirmeyi bekledikleri kişisel menfaatlerinin de amaç kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir²⁷⁵. Ancak, bu durum kural olup tarafların açık veya zımni iradeleriyle içlerinden birinin amacını sözleşme içeriğine dâhil etmesi mümkündür²⁷⁶. Alacaklının temerrüde yol açan davranışları ile borçlunun karşı edim ve borçtan kurtulma menfaatine ulaşmasında karşılaştığı olumsuz hukuki sonuçlardan izole edilmesi ve gerçekleştirdiği faaliyetler ölçüsünde karşı edime hak kazanmasının sağlanması dışında, borçlunun karşılaştığı tüm olumsuzlukların tamamen giderilmesi ve alacaklının, sözleşmeyi devam ettirmek zorunda bırakılmasını gerektiren bir gerekçe bulunmamaktadır. Dolayısıyla, temerrüde neden olan davranışların, borçluyla da ilgili olması sebebiyle ne tamamen hak fikri ne de alacaklıyı istemediği bir edime doğrudan veya dolaylı olarak zorlayan yükümlülük fikri yerine kural olarak külfet niteliği kabul edilmelidir.

Alacaklı temerrüdünün külfet ihlali niteliği ve hukuka aykırılık oluşturmaması sebebiyle borçlunun bu kapsamda meydana gelen zararları alacaklı temerrüdünün genel hükümleri ile tazmin edilemez. Bu sebeple, özellikle yapma borçları kapsamında borçluya tanınan TBK m. 110 hükmünün atıf yaptığı sözleşmeden dönme hakkının dar yorumlanması gerektiği fikrindeyiz. Başka bir deyişle, bu tip hallerde borçlu yalnız sözleşmeden dönme hakkına başvurabilmeli ve ayrıca menfi zarar ve hatta kimi yazarların kabul ettiği şekilde müspet zarar imkânı kabul edilmemelidir. Aksi durum, alacaklı temerrüdünün yükümlülük olarak görülmemesi fikrine de aykırılık oluşturur. Bu sebeple, külfet niteliğini kabul etmekle

davranışa güvenmesi ile güven ilkesine göre bu davranışın taahhüt edildiğine kanaat getirilmesi aynı şey değildir. Bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 204.

²⁷³ **Canbolat**, Amacın Gerçekleşmesi, s. 65 vd.

²⁷⁴ **Sarıkaya, Murat**, Sözleşmenin Yorumu, İstanbul 2019, s. 276 vd.

²⁷⁵ **Merz**, BK ZGB, Art. 2 N. 56; **Canbolat**, Amacın Gerçekleşmesi, s. 67 ve devamında belirtilen yazarlar Ayrıca, yazarın da sözleşmelerde ortak amaç bulunmadığı hususundaki görüşü için bkz. **a.g.e.**, s. 69; **Sarıkaya**, s. 276, 278 (Yazar, sözleşme amacının sözleşme içeriğine dâhil olmayıp içeriği saran ve koruyan çerper durumunda olduğunu belirtmektedir.).

²⁷⁶ **Canbolat**, Amacın Gerçekleşmesi, s. 92 (Yazar, amaç başlığı altında asıl ve kullanım amacı şeklinde ikili bir ayırım yapmakta, “*karşı tarafın yerine getirmekle yükümlü olduğu edimi*” asıl amaç, “*taraflardan birinin bireysel nitelik taşıyan diğer ihtiyaçlarının karşılanmasına yönelik tasavvuru*” ise, kullanım amacı olarak tanımlamaktadır. Kullanım amacının tarafların açık veya örtülü irade beyanlarıyla sözleşme içeriğine dâhil olabileceğini ve kural olarak kullanım amaçlarının taraflar için bağlayıcı olmadığını belirtmektedir.).

birlikte tazminatın da genel hükümlere göre mümkün olduğunu ileri süren görüşlere katılmamız mümkün değildir.

Meseleye tarihi açıdan da bakıldığında, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1871 yılındaki versiyonunda madde 162'de borçlunun tazminat talep edebileceğine yer verilmiştir. Bu hüküm 1875 ve 1877 tasarılarında da tutulmuştur. Ancak 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'na bu düzenleme alınmamış ve borçlunun yapma borcu bakımından ne dönme ne de tazminat hakkına yer verilmiştir²⁷⁷. Ardından bunun bir boşluk olduğu fark edilmiş ve İsviçre Borçlar Kanunu'nun 1905 tasarısında borçlu temerrüdü hükümlerine atıf içeren düzenleme eklenmiştir. Ancak, atıf yapılan borçlu temerrüdü hükümlerinde, sözleşmeden dönme ve tazminat talebi aynı anda alacaklıya sağlanmamakta dolayısıyla alternatif olarak sunulmaktaydı (OR 1905 Tasarısı Art. 1134/2). Daha sonra borçlu temerrüdünde dönme ve tazminatın birlikte kullanılabileceği başka bir deyişle bugünkü düzenlemeye ulaşılmıştır ancak alacaklı temerrüdünde atıf yapılan kısımda değişiklik yapılmamıştır. Bu durumun bilinçli mi yoksa unutulma sonucu mu olduğu belirsiz gözükmemektedir²⁷⁸. Ancak, İsviçre Borçlar Kanunu'nun meseleyi düzenleme tekniğine, Alman ve Avusturya'daki benzer düzenlemelere ve İsviçre kanun koyucusunun temerrüdü kusur teorisine göre şekillendirmediği de düşünülecek olursa alacaklı temerrüdü bakımından tazminata bilerek yer verilmediği sonucuna ulaşılmaktadır²⁷⁹.

Son olarak, alacaklı temerrüdünün hukuki niteliğinin külfet olarak kabulü, borçlara uygulanan kimi hükümlerin kıyasen alacaklı temerrüdüne uygulanmasını engellememelidir. Zira alacaklı bakımından yerine getirilmesi gereken davranışlar, yaptırımları noktasında yükümlülüklerden ayrılmaktaysa da, yerine getirilmesi gereken bir davranış normu olduğu gerçeğini değiştirmez. Bu sebeple, örneğin, TBK m. 116 hükmünün kıyasen alacaklı bakımından da uygulanması gerekir²⁸⁰.

1.2.6. Alacaklının Temerrüdünün Şartları

Türk Borçlar Kanunu'nda m. 106-111 arasında düzenlenen alacaklının temerrüdü için bazı şartlar gerekir. TBK m. 106 hükmünde, *“Yapma veya verme edimi gereği gibi kendisine önerilen alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın onu kabulden veya borçlunun borcunu ifa edebilmesi için kendisi tarafından yapılması gereken hazırlık fiillerini yapmaktan kaçınırsa, temerrüde düşmüş olur.”* ifadesi ile alacaklı temerrüdü için gerekli şartlara yer verilmiştir.

²⁷⁷ **Stauber**, N. 86, 92; **Rey**, Mitwirkung, N. 176.

²⁷⁸ Hükümün tarihsel özeti için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 176; **Stauber**, N. 91-104.

²⁷⁹ Benzer yönde **Rey**, Mitwirkung, N. 179.

²⁸⁰ **Koller**, Erfüllungsgelhilfen, N. 150; **Weber**, BK OR, Art. 101 N. 97; **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 294; **Eren**, Genel, N. 3349.

Sistematik açıdan hükümde yer alan veya tabii olarak gereken şartlar aşağıda borca, borçluya ve alacaklıya ilişkin olmalarına göre incelenmiştir.

1.2.6.1. Ön Şart: Borç İlişkisi

Alacaklı temerrüdünün söz konusu olabilmesi için öncelikle bir borç ilişkisinin bulunması gerekir. Başka bir deyişle, TMK m. 5 gereği tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanması gereken TBK'nın genel nitelikteki hükümlerinde yer alan alacaklının temerrüdü hükümleri, yalnız borç ilişkileri bakımından uygulanabilen hükümler içermektedir²⁸¹.

Hangi sebepten (sebepsiz zenginleşme, haksız fiil, sözleşme vb.) doğduğuna bakılmaksızın her tip borç ilişkisi bakımından söz konusu olabilecek alacaklının temerrüdü hükümlerinin özellikle aile, miras ve eşya hukukuyla ilgili borç ilişkilerinde uygulanıp uygulanmayacağı da belirlenmelidir. Taraflardan birinin alacaklı sıfatına sahip olduğu ve alacaklı tarafın borçlunun ifası için bir davranışta bulunmasının gerektiği her borç ilişkisi bakımından alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulabilir²⁸². Bu iki şartın, her borç ilişkisinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu yüzden, aile, miras ve eşya hukukuna ilişkin borç ilişkilerinde de anılan şartlara dikkat edilmesi elzemdir. Örneğin, nişanlanma ve evlenme sözleşmelerinde taraflardan hiçbiri alacaklı sıfatına sahip olmadığından hükümlerin uygulanması da mümkün değilken, aynî taleplerde (mülkiyetin iadesi gibi) alacaklı sıfatını taşıyan kişinin talebin gerçekleşmesini engellemesi durumunda alacaklı temerrüdünün varlığı kabul edilmelidir²⁸³.

Yukarıda belirtildiği üzere, alacaklının mutlaka bir davranışta bulunması gerekliliği sebebiyle, yapmama borçlarında alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulamaz. Bu noktada, ister kaçınma ister katlanma şeklinde gerçekleşsin, borçlunun borcunu alacaklının herhangi bir davranışına ihtiyaç duymaksızın ifada bulunabildiği hallerde temerrüdün meydana gelmesi

²⁸¹ Koç, s. 95; Weber, BK OR, Art. 91 N. 78; Akıncı, Temerrüt, s. 99.

²⁸² Schmidt-Kessel, NK BGB, §293, Rn. 3, 4; Eren, Genel, N. 3172 (Alacaklının olumlu davranışının yanı sıra, borçlusunun edimini ifa edebilmesi için olumsuz bir davranışın gerekebileceği haller de bulunmaktadır.); Schraner, ZK OR, Art. 91, N. 19; Rey, Mitwirkung, N. 90 (Yazar, temerrüdün ancak alacağın meydana gelmesinden itibaren söz konusu olabileceğini sözleşmenin kurulmasından önceki safhada da her ne kadar müstakbel alacaklı sayılabilse de temerrüdün ortaya çıkamayacağını kabul etmektedir. Alacaklının zamanaşımına uğramış alacağıyla ilgili işbirliğinden kaçınmasının da temerrüde neden olacağı hususunda bkz. a.g.e., N. 92.).

²⁸³ Bernet, BSK OR, Vor Art. 91-96 N. 4; Weber, BK OR, Art. 91 N. 78 (Özellikle eşya hukukunda kuralların uygulanabileceğini belirten yazar, tapu sicilinin düzeltilmesi, taşınmaz rehninin kaldırılması veya tapu sicil işlemlerinin yapılması taleplerinden kaçınma hallerinde alacaklı temerrüdünün söz konusu olamayacağını belirtmektedir.).

mümkün değildir²⁸⁴. Aynı şekilde, alacaklının temerrüde sebep olan davranışının, imkânsızlığa yol açtığı hallerde de tabii olarak temerrüt söz konusu olmaz²⁸⁵.

1.2.6.2. Borca İlişkin Şartlar

1.2.6.2.1. İfa Edilebilir Olma

Alacaklı temerrüdünün tanımlandığı TBK m. 106 hükmünde yer almamakla birlikte, temerrüdün doğması için borçla ilgili de bazı şartların sağlanması gerekir. Türk hukuk doktrininde kimi yazarlara göre, alacaklı temerrüdü için borcun muaccel²⁸⁶ veya ifa edilebilir olması ile ifasının mümkün olması gerekir²⁸⁷. Kanaatimizce, borcun muacceliyeti bir şart olarak aranmamalıdır. Başka bir deyişle, alacaklının temerrüdünde borcun muacceliyetine değil ifa edilebilir olup olmadığına bakılmalıdır. Zira TBK m. 96 hükmüne göre, aksi anlaşılmadıkça borçlunun erken ifada bulunma hakkı vardır. Buna göre, borçlunun borcunu ifa edebilme yetkisine sahip olduğu her durumda, alacaklının ifaya katılımdan kaçınması alacaklı temerrüdüne yol açar²⁸⁸. Ancak, TBK m. 96'da kural olarak kabul edilmesi gereken erken ifanın istisnalarına da yer verilmiştir. Buna göre, borçlunun, erken ifada bulunamayacağı sözleşmede düzenlenmiş ya da alacaklıya elverişli olmayan bir zamanda sunulmuşsa, alacaklının kaçınma davranışı temerrüde yol açmaz²⁸⁹. Tarafların borcun yerine getirilmesine ilişkin vade kararlaştırdıkları durumların da toptan bir şekilde erken ifanın istisnası olduğu kabul edilemez. Dolayısıyla, yalnız vade belirlenmesi ifa edilebilirliği ortadan kaldırmaz. Zira doktrinde de, istisnalar kapsamında mutlak vade sayılmakta olup belirli vadenin alacaklının da yararına olduğu durumlarda erken ifaya izin verilmeyeceğinden bahsedilmektedir²⁹⁰. Alman hukukunda ise, alacaklı temerrüdü hükümleri kapsamında BGB §299'da, borçlunun önceden bildirimde bulunmaksızın erken ifada bulunduğu hallerde,

²⁸⁴ **Koç**, s. 41 vd. ve s. 91 (Yazar, muaccel olma ve ifa kabiliyetini haiz olma şartını ayrı ayrı ele almaktadır.); **Feyzioğlu**, s.118-119; **Eren**, Genel, N. 3172; **Üçer**, s. 10; **Arpacı**, s. 210; **Akıncı**, Temerrüt, s. 100.

²⁸⁵ **Ernst**, MüKo BGB, §293, Rn. 3. Geçersiz satış sözleşmesi sebebiyle iade taleplerinde alacaklı temerrüdünün uygulanamayacağı hususunda bkz. **Bernet**, BSK OR, Vor Art. 91-96 N. 4.

²⁸⁶ Muacceliyetin dar ve geniş olmak üzere iki farklı anlamı bulunmaktadır. Dar anlamda muacceliyet, alacaklı tarafından ifanın istenebilmesi iken, geniş anlamda muacceliyet ise borçlunun borcu ifadan kaçınma imkânlarının da ortadan kalkmasıyla borcun ifasının zorunlu hale gelmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Yüce**, **Melek Bilgin**, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, İstanbul 2015, s. 17. Burada kastedilen dar anlamda muacceliyettir.

²⁸⁷ **Koç**, s. 90; **Üçer**, s. 57 vd. (Yazar, borç bakımından şartı, muaccel veya ifa edilebilir olma şeklinde isimlendirmektedir.); **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 838; **Arpacı**, s. 210.

²⁸⁸ **Yüce**, s. 213-214; **Leu**, BSK OR, Art. 81 N. 1; **Üçer**, s. 57; **Bucher**, OR AT, s. 320; **Von Tuhr/Escher**, s. 70; **Sert Canpolat**, s. 482.

²⁸⁹ **Yüce**, s. 214; **Rey**, Mitwirkung, N. 111 vd. Alacaklının ailesinden birinin ölümü anında teslimin kabul edilmesinin beklenemeyeceğine ilişkin bkz. **Ernst**, MüKo BGB, §294 N. 5. Bu noktada, müaccel bir borcun ifa teklifinin alacaklıyı kural olarak temerrüde düşüreceğini kabul edip, borçlunun tevdi yoluna başvuramayacağı hususunda bkz. **Kılıçoğlu**, **Ahmet**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 21. Bası, Ankara 2017, s. 692.

²⁹⁰ **Yüce**, s. 218 vd. (Yazar, sübjektif kesin vade bakımından da erken ifanın toptan bir şekilde mümkün olmayacağı fikrini reddetmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 222); **Üçer**, s. 64.

alacaklının geçici olarak ifayı kabul edememesinin alacaklı temerrüdüne yol açmayacağı düzenlenmiştir²⁹¹.

1.2.6.2.2. Mümkün Olma

Borcun mümkün olması, borçlunun ifa edeceği edimin objektif olarak yerine getirilebilmesidir. Zira daha önce de belirtildiği üzere, alacaklının temerrüdü ile imkânsızlık birbirini dışlayan kurumlardır. Borçlunun borcunu ifa etmesinin imkânsız olduğu hallerde artık alacaklının davranışının temerrüde yol açtığını ileri sürmek mümkün değildir. Burada bahsi geçen imkânsızlık hali, sonraki imkânsızlık olup başlangıçtaki imkânsızlık sözleşmeyi kesin hükümsüz hale getireceği için alacaklı temerrüdü söz konusu olmaz. İfanın mümkün olması temerrüdün bir şartı olduğundan, borçlunun sözlü ifa teklifinin yeterli olduğu durumlarda dahi bu ifa teklifini yerine getirip getiremeyeceğinin araştırılması gerekir. Başka bir deyişle borçlunun ifaya hazır olduğu tespit edilmelidir. Zira borçlu yerine getirilmesi objektif olarak mümkün olmayan bir borç için sözlü ifa teklifinde bulunsa veya teklifte bulunmasına gerek olmayan bir durum olsa bile, borcun ifası mümkün olmadığından alacaklı temerrüdü oluşmaz²⁹².

Borcun mümkün olması kapsamında, alacaklının davranıştan kaçınması halinde, ifanın objektif ve sürekli bir biçimde imkânsızlaşmamasını da anlamak gerekir. Başka bir deyişle, temerrüde sebep olan davranış daha sonra yerine getirildiğinde yine ifa mümkün olmalıdır. Aksi takdirde, davranıştan kaçınıldığı anda ifa imkânsızlığı meydana gelir. Böylece, borcun mümkün olması, hem ifanın alacaklıya sunulabilir olmasını hem de alacaklının hazırlık fiili veya kabul davranışından kaçınmasıyla, borcun sürekli biçimde imkânsızlaşmamasını ifade eder.

1.2.6.3. Borçluya İlişkin Şartlar

1.2.6.3.1. İfaya Hazır Olma

Borçlunun ifaya hazır olması (*Leistungsbereitschaft des Schuldners*), hükümde açıkça yer almayan ancak tabii olarak bulunması gereken şartlardandır. Nitekim bu şart, özellikle İsviçre doktrininde tatışmasız bir şekilde kabul edilmektedir²⁹³. Borçlunun ifaya hazır olmasından, ifanın gerçekleşebilmesi için, alacaklının katılımı dışında kalan her şeyin borçlu

²⁹¹ Alman hukukunda da BGB §271/2 gereği erken ifa kuralı olarak geçerlidir. Dürüstlük kuralının özel bir düzenlemesi niteliğindeki BGB §299'un alacaklının ifayı kabul edememesinin sürekli olduğu durumlarda erken ifa teklifi anında alacaklı temerrüdünün doğacağı belirtilmektedir. Bkz. **Ernst**, MüKo BGB, §299 Rn. 4.

²⁹² **Üçer**, s. 66; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 840. Krş. BGB §297.

²⁹³ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 79; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 60; **Dorer, Max**, Die Elemente des Gläubigerverzugs, Grenchen 1906, s. 3 vd.; **Staubert**, N. 49; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 2; **Von Tuhr/Escher**, s. 70; **Mercier**, CHK OR, Art. 91, N. 15. Türk hukukunda bkz. **Akıncı**, Temerrüt, s. 100.

tarafından yapılması anlaşılmaktadır²⁹⁴. Bu anlamda, borçlu, ifa için üzerine düşen ve usulüne uygun bir ifa teklifini yerine getirebilmek için gerekli tüm davranışları gerçekleştirmedikçe, alacaklının temerrüdü gündeme gelmez. Başka bir deyişle, borçlunun, alacaklının ifaya katılması halinde, hiçbir aksaklık olmadan ifayı gerçekleştirebileceği şekilde hazır olması gerekir²⁹⁵.

Borçlu açısından aranan bir diğer şart olan borçlunun usulüne uygun ifa teklifi ile ifaya hazır olması her ne kadar birbirine yakın kavramlar olsa da, doktrinde, ifaya hazır olmanın, hem edim kapasitesini (*Leistungsvermögen, Fähigkeit*) hem de borçlunun ifaya ilişkin sübjektif iradesini (*Leistungswillen*) içerdiği ileri sürülmektedir²⁹⁶. Buna karşılık ifa teklifi ise, borçlunun ifaya hazır olduğunun alacaklıya bildirilmesidir²⁹⁷. Borçlunun ifaya hazır olabilmesi için yukarıda da belirtildiği üzere ifanın mümkün olması gerekir²⁹⁸. Hazır olunan ifanın; kişi, zaman, yer ve konu şeklindeki ifa modalitelerine ve tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları özel durumlara uygun olması gerekir²⁹⁹. Nitekim ifa teklifinin gerekli olmadığı veya sözlü teklifin yeterli olduğu hallerde dahi, temerrüt için borçlunun, alacaklının davranışı yerine getirmesiyle birlikte ifayı gerçekleştirebilecek durumda olması aranmalıdır.

İfa hazır olma kapsamında, ifanın nitelik ve nicelik bakımından edime uygun olması gerekir. Buna göre, borçlunun hazırladığı kısmi ifa, kural olarak alacaklıyı temerrüde düşürmez³⁰⁰. Doktrinde, borçlunun içerik yönünden hazır olmasının somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, -aranacak cins borçları bakımından ayırma işlemi fazla zaman gerektirmiyorsa borçlunun borç konusunu ayırmasına (tahsisine) gerek bulunmadığı, -bozulabilen ürünler bakımından ifa zamanında hemen elde edilebilecek olması koşuluyla borçlunun malı zilyetliğinde bulundurmasının gerekmemesi, -art arda teslimli edimlerde her bir kısım bakımından muacceliyet anında ifaya

²⁹⁴ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 80; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 60.

²⁹⁵ **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 64.

²⁹⁶ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 80; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 2; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 60; **Akıncı**, Temerrüt, s. 101. Aksi yönde, **Schenker, Ernst**, Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot, zum Lehre vom Gläubigerverzug, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, 79. Bd., 1929, s. 156.

²⁹⁷ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 80.

²⁹⁸ **Stauber**, N. 50 (Yazar, ifanın mümkün olmasının hangi kapsamda olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapmaksızın borçlunun ifaya hazır olması başlığı altında ifanın mümkün olması gerektiğini belirtmiştir.). Bize göre, ifanın mümkün olması borçluya değil, borca ilişkin bir şart olması sebebiyle ayrı başlık altında değerlendirilmiştir.

²⁹⁹ Türk hukuk doktrinindeki çalışmalarda, ifa modalitelerine uygunluk, yalnız usulüne uygun ifa teklifi kapsamında değerlendirilmiştir. **Koç**, s. 95; **Üçer**, s. 71 (Yazar, borçlunun ifaya hazır olması gerekliliğinden ifa teklifi başlığı altında bahsetmektedir.); **Antalya**, N. 878. İfa hazır olma ifadesi için bkz. **Sert Canpolat**, s. 483; **Akıncı**, Temerrüt, s. 101.

³⁰⁰ Kısmi ifanın alacaklı tarafından kabul edilmesinin zorunlu olduğu durumlardaysa alacaklı temerrüdü oluşur. Kısmi ifanın zorunlu olduğu haller ve özellikle bu zorunluluğun hukuki olarak külfet olduğu hususunda bkz. **Demirbaş**, s. 195 vd.; **Şen, Elif**, Kısmi İfa, Ankara 2018, s. 130.

hazır olmanın aranması örnekleri verilmektedir³⁰¹. Borçlunun ifayı içerik olarak hazırlamaması/hazırlayamaması durumunda, sebebi önem arz etmeksizin, alacaklının temerrüdü mümkün değildir. Ancak, borçlunun ifaya hazır olamamasının veya ifayı hazırlayamamasının nedeni, alacaklının daha öncesinde bir davranışı yerine getirmemesinden kaynaklanıyorsa, tabii olarak borçlu bakımından herhangi bir sorumluluk doğmaz ve anılan davranışı yerine getirmeyen alacaklı, davranıştan kaçındığı andan itibaren temerrüde düşmüş olur³⁰².

İfayı gerçekleştirecek kişi borçlu olmakla birlikte, TBK m. 83 gereği kural olarak şahsen ifaya zorunlu olmadığından üçüncü kişilerce de ifa hazırlığı mümkündür ve ifayı gerçekleştirecek üçüncü kişinin de ifaya hazır olması alacaklı temerrüdü bakımından yeterlidir³⁰³. Sözleşmeye ve somut olayın özellikleri çerçevesinde, borçlunun kişiliğinin alacaklı bakımından önem arz edip etmediğine göre durum belirlenmelidir.

İfaya hazır sayılma için, ifanın yeri konusunda taraflar arasında ayrıca bir anlaşma yoksa TBK m. 89 çerçevesinde değerlendirme yapılması gerekir. Dolayısıyla borçlunun sözleşmeye veya kanuna göre belirlenen ifa yerinde, ifayı gerçekleştirmesini sağlayacak tüm davranışları yerine getirebilecek olması gerekir³⁰⁴. Bu kapsamda, ifa yerine ulaşması için gerekli işlemler yapılmamışsa yine borçlunun ifaya hazır olmadığı ve usulüne uygun bir ifa teklifinde bulunamayacak olması sebebiyle alacaklı temerrüdü oluşmaz.

Zaman bakımından uygunlukta ise, ifa teklifinin yapılacağı zamanda, borçlunun ifaya hazır olması gerekir³⁰⁵. İfanın gerçekleşmesi için alacaklının bir davranışı gerektiğinden borçlu sözlü ifa teklifinde bulunacaksa, ifaya hazır olmanın sözlü teklifin yapıldığı anda, belirli bir günün kararlaştırılması sebebiyle teklife gerek bulunmayan hallerde ise, belirlenen günde borçlunun ifaya hazır olması gerekir³⁰⁶.

Alacaklının temerrüdü için şartların oluşması ve temerrüdün meydana gelmesinden sonra, borçlu, tevdi, satış veya dönme gibi borcundan kurtulmaya yönelik herhangi bir yola başvurmamışsa, kural olarak ifaya hazır olma durumunu devam ettirmesi gerekir. Böylelikle alacaklı sonradan üzerine düşen davranışı yerine getirdiğinde, ya ifa gerçekleşir ya da borçlu ifasına kaldığı yerden devam eder. Doktrinde, cins borçları bakımından, borçlunun aynı malı

³⁰¹ Örnekler için bkz. **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 65.

³⁰² **Von Tuhr/Escher**, s. 72.

³⁰³ **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 61; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 89 (Yazar, ifaya hazır olma durumunun kural olarak borçluda bulunması gerektiğini ifade etmekte ve üçüncü kişinin ifaya hazır olduğu durumlarda borçlunun da teklifte bulunup bulunamayacağı hususunda kanunun herhangi bir bilgi vermediğini belirtmektedir.); **Sert Canpolat**, s. 482.

³⁰⁴ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 93; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 69.

³⁰⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91, N 94; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 70.

³⁰⁶ **Weber**, BK OR, Art. 91, N 94.

tekrar sağlayabileceği sürece satmasına müsaade edileceği belirtilmektedir³⁰⁷. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde de, temerrüdün devamı için borçlunun ifaya hazır beklemesi gerekmele birlikte, bu sürenin dürüstlük kuralına göre tespit edileceği vurgulanmaktadır³⁰⁸.

Son olarak, borçlunun ifaya hazır olması gerektiğine ilişkin açık bir düzenlemeye BGB §297’de yer verilmiş olup bu hususun üzerinde kısaca durulmasında yarar vardır. Anılan paragrafta, borçlunun, ifa teklif zamanında veya alacaklının davranışta bulunması gereken belirli bir zamanda ifayı meydana getiremeyecek olduğu durumda, alacaklının temerrüde düşmeyeceğine yer verilmiştir³⁰⁹. Dolayısıyla, piyano dersine hastalığı sebebiyle gidemeyen öğretmenin öğrencisi de derse zamanında gelmemiş olsa, öğrenci alacaklı temerrüdüne düşmez. Hem borçlunun ifaya hazır olmadığı hem de alacaklının katılım davranışını yerine getiremediği hallerde nasıl bir çözümün benimsenmesi gerektiği ise belirsizdir. Alman hukukunda da tartışmalı³¹⁰ olan bu durum, doktrinde çifte temerrüt (*doppelte Verzug*) veya farazi alacaklı temerrüdü (*hypothetischen Gläubigerverzug*) şeklinde isimlendirilmektedir³¹¹. Buna göre, alacaklının da davranışı yerine getirmeye hazır olmadığı hallerde, borçluyu temerrüde düşürdüğünden bahsedilemez. Aynı ve tek olan edimle ilgili hem alacaklı hem de borçlu temerrüdü mümkün olamayacağı için çifte temerrüt ifadesinin doğru olmadığı da belirtilmektedir³¹². İfaya hazır olma durumunun ispatı ise, alacaklıya yükletilmemelidir³¹³. Buna göre, ifa teklifi, ifaya hazır olmaya ilişkin fiili bir varsayım yaratmakla birlikte, örneğin sözlü ifa teklifinde yine hazır olma durumunun borçlu tarafından ispatlanması gerekir³¹⁴.

1.2.6.3.2. İfa Teklifi

Alacaklı temerrüdü için gerekli unsurlardan bir diğeri de borçlunun ifa teklifidir. TBK m. 106’da açıkça yer alan ifa teklifi, borçlunun ifaya hazır olduğunun alacaklıya

³⁰⁷ **Weber**, BK OR, Art. 91, N 95; **Koller**, OR AT, N. 56.32; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 71.

³⁰⁸ **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 73. Bu noktada, TBK m. 408 düzenlemesinde, işçiye hem karşı edim sağlanmış hem de işçinin ifaya hazır bulunmaya devam etme zorunluluğu ortadan kaldırılmıştır.

³⁰⁹ Paragrafta düzenlenen durum, borçlunun ifaya hazır olmasının sadece geçici olarak imkânsız olduğu duruma ilişkindir. **Larenz**, I, s. 392; **Ernst**, MüKo BGB, §297 Rn. 2. Sürekli ifaya hazır olamamaya ilişkin de anlaşılması gerektiği hususunda bkz. **Schmidt-Kessel**, NK BGB, §297, Rn. 1.

³¹⁰ **Larenz**, I, s. 360; **Gursyk, Karl Heinz**, Schuldnerverzug trotz fehlender Annahmehereitschaft des Gläubigers?, AcP 173, H. 5, 1973, s. 456.

³¹¹ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 171; **Koller**, OR AT, N. 55.10; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 366 N. 4; **Rey, Pascal**, Concurrent Delay im Bauwerkvertrag-was ist gemeint?, BR 2019, s. 264.

³¹² **Rey**, Mitwirkung, N. 905 dn. 1196.

³¹³ İfaya hazır olma halinin ispatı doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, kanaatimizce, kural olarak ifaya hazır olma durumunu borçlunun ispatlaması gerekir. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, ifa teklifinin ispatlandığı durumda ifaya hazır olma bekleneneğinden, alacaklının ifaya hazır olunmadığını ispatlaması gerekir (Bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 71 dn. 21; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 91 N. 2; **Bernet**, BSK OR, Art. 91 N. 16; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 174). Borçlunun (yüklenicinin) ifaya hazır olma durumunu ispatlaması gerektiği hususunda bkz. **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 5; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 139.

³¹⁴ **Von Tuhr/Escher**, s. 71 dn. 20, 21; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 91 N. 2; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 5; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 139.

bildirilmesidir³¹⁵. İfa teklifi, ifanın teslim alınmasına ilişkin olabileceği gibi alacaklının ifanın devamı için yerine getirmesi gereken davranışın talep edilmesi şeklinde de olabilir³¹⁶. Gerçekten de, ifanın teslim alınması için alacaklıya yapılan ifa teklifiyle, ifanın hazırlanmaya devam edebilmesi için alacaklıdan bir davranışı yerine getirmesinin istenmesi arasında ifa teklifi niteliği bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır³¹⁷.

İfa teklifi, borçlu temerrüdündeki ihtar gibi³¹⁸ hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde olup hukuki işleme ilişkin kuralların kıyasen uygulanmasını gerektirir³¹⁹. Bu kapsamda, teklifte bulunan kişinin fiil ehliyetine sahip olması ve hukuki işlemler bakımından geçerli olan temsil ve irade beyanına ilişkin kurallar kıyasen uygulanır³²⁰.

İfa teklifinin kural olarak fiilen yapılması zorunlu olmakla birlikte, sözlü yapılması da mümkündür³²¹. Hatta alacaklının temerrüdü için ifa teklifine gerek bulunmayan haller de mevcuttur. İfa teklifinin, sözleşme ile kararlaştırılan borca uygun ve gereği gibi ifa sağlayacak nitelikte olması gerekir³²². Bir evin çatısını tamir etmeyi borçlanan çatı ustasının, kararlaştırılan zamanda gerekli araç ve malzemelerle eve gelmesi durumunda fiili ifa teklifi oluşur. Sözlü ifa teklifinde ise, ifaya hazır olan borçlu bunu alacaklıya açıkça bildirebileceği gibi bu durum zımnen de gerçekleşebilir.

Fiili ifa teklifi, alacaklının yalnız kendisine sunulan ifayı teslim almaya ilişkin davranışını gerektiren teklif türü olup götürülecek ve gönderilecek borçlar bakımından söz

³¹⁵ Üçer, s. 71; Koç, s. 95; Pekmez, s. 206 vd.; Arpacı, s. 213; Rey, Mitwirkung, N. 97.

³¹⁶ Stauber, N. 51; Weber, BK OR, Art. 91, N. 96; Koller, OR AT, N. 56.31.

³¹⁷ Nitekim alacaklıdan davranışı yapması için talepte bulunmanın da sözlü ifa teklifi olduğu yönünde açık düzenleme için bkz. BGB §295/c.2.

³¹⁸ Bu durum sadece benzerlik olup ifa teklifi ihtarın karşılığı şeklinde nitelendirilemez. Nitekim doktrinde de borçlu temerrüdünde ihtarın borçluyu temerrüdü düşürürken, ifa teklifinin tek başına alacaklı temerrüdüne yeterli olmayacağı, ayrıca alacaklı tarafından kaçınmanın gerektiği belirtilmektedir. Bkz. Koç, s. 98 (İhtar ile ifa teklifi arasında yalnız uzak bir benzerlik olduğu belirtilmektedir. Özellikle dn. 78.); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 838. Buna karşılık, doktrinde ifa teklifi yerine ihtar anlamına gelebilecek şekilde “*Mahnengeschäft*” ifadesine de rastlanılmaktadır. Bkz. Rey, Mitwirkung, N. 94 vd. (Yazar, ayrıca anılan ihtarın alacaklıya varması gerekli bir irade açıklaması olduğunu belirtmektedir. Bkz. a.g.e., N. 102.)

³¹⁹ Eren, Genel, s. 162; Koller, OR AT, N. 56.29; Weber, BK OR, Art. 91, N. 97; Stauber, N. 51; Schraner, ZK OR, Art. 91, N. 74; Fiili ifa teklifinin hukuki fiil olduğu hususunda Kaniti, s. 135. Fiili ifa teklifinin maddi fiil (*Realakt*) olduğu hususunda Larenz, I, s. 390; Huber, Ulrich, Leistungsstörungen, I. Bd. Handbuch des Schuldrechts Bd. 9/1, Tübingen 1999, s. 204.

³²⁰ Weber, BK OR, Art. 91, N. 97; Eren, Genel, N. 430.

³²¹ Koç, s. 111 (Ayrıca, doktrinde kabul görmemekle birlikte, ifa teklifinin gerekli olmadığı hususundaki görüşler için bkz. a.g.e., s. 96 vd.); Kaniti, s. 135; Von Tuhr/Escher, s. 70 vd.; Weber, BK OR, Art. 91, N. 100; Rey, Mitwirkung, N. 97. Borçlunun sözlü ifa teklifinde de ifaya hazır olması gerektiğinden, her iki teklif türü arasında yapılan ayrımın uygun olmadığına ilişkin bkz. Koller, OR AT, N. 56.52.

³²² Bu noktada, ifaya hazır olmada bahsedilen modalitelere uygunluk aynen geçerli olup sadece sözlü ifa teklifinin üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi istisna oluşturmaktadır. Borçlunun kendisi, yetkili temsilcisi veya borçluya halef olan dışındaki kişilerce yapılan sözlü ifa teklifi, alacaklı temerrüdü için yeterli görülmemektedir. Von Tuhr/Escher, s. 71; Koç, s. 117; Weber, BK OR, Art. 91, N. 135; Eren, Genel, N. 3180; Feyzioğlu, s. 120.

11.HD, T. 8.7.2019, E. 2017/4954, K. 2019/5047 (karararama.yargitay.gov.tr) :“..alacaklının kısmi ödemeyi reddetmiş olması halinde dahi alacaklı temerrüdünün koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır.”

konusudur³²³. Sözlü ifa teklifi ise, alacaklıya yalnız bir bildirimde bulunulan ve özellikle aranacak borçlar ile ifanın devam edebilmesi için alacaklı tarafından bir davranışın gerektiği hallerde ortaya çıkar³²⁴. İfanın gerçekleşmesi için alacaklının hazırlık fiillerine ihtiyaç duyulan haller bu kapsamdadır³²⁵. Örneğin, teslim için eserin alacaklıya götürülmesi gerekiyorsa, borçlunun eseri sözleşmeye uygun biçimde alacaklının yerleşim yerinde fiili olarak sunması gerekirken; eserin meydana getirilmesine devam edilen ve alacaklının işe ilişkin kararına ihtiyaç duyulan durumlarda kararın açıklanması için sözlü bildirimde bulunulması yeterlidir. Bu kapsamda, sözlü ifa teklifi, ifaya ilişkin davranışlara başlamak için gerekebileceği gibi işin devamında da söz konusu olabilir. Alacaklının belirli bir davranışta bulunmasının gerektiği hallerde, alacaklıya yapılan sözlü teklif, borçlunun ifaya hazır olduğunu ve alacaklının üzerine düşen davranışı gerçekleştirmesinin talep edilmesidir³²⁶.

Alacaklının teslimden veya hazırlık fiilinden kaçınacağını önceden bildirdiği durumlarda (sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi, haksız fesih vb.), borçlunun fiili ifa teklifinin gerekmediği hususunda doktrinde oybirliği bulunmakla birlikte, sözlü ifa teklifinin

³²³ **Stauber**, N. 52; **Koç**, s. 101; **Akıncı**, Temerrüt, s. 101; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 101; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 78.

³²⁴ Alacaklının bir davranışının gerektiği ve bu davranış olmaksızın borçlunun ifada bulunamadığı hal, doktrinde, ifa teklifinin mümkün olmadığı durum olarak da isimlendirilmektedir. Bkz. **Stauber**, N. 52; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 124. Bu kapsamda, fiili ifa teklifinin mümkün olmadığı hallerde sözlü ifa teklifi gerekir şeklinde bir kurala ulaşılabilir. Bu kuralın istisnası ise, kanaatimizce, ifa teklifinin hiç gerekmediği hallerdir. Ancak, bu kural tek başına yeterli değildir. Zira öyle haller vardır ki, fiili ifa teklifi mümkün olmasına rağmen sözlü ifa teklifi alacaklı temerrüdü için yeterlidir. Bu duruma örnek olarak alacaklının önceden ifayı kabul etmeyeceğini veya davranışı yerine getirmeyeceğini açıkladığı haller gösterilebilir. Ancak, bu durumda da esasında sözlü ifa teklifinin gerekip gerekmediği hususu tartışmalıdır.

Buna karşılık, Yargıtay, ayıplı aracın iadesine ilişkin bir kararında, borcun niteliğine ilişkin bir tespitte bulunmaksızın aracı teslim almayan veya teslim edilmesi için adres de bildirmeyen teslim alacaklısına tanınan süre sonunda alacaklı temerrüdünün kabul edileceğine hükmetmiştir: “*Somut olayda alacaklının, ilamda hüküm altına alınan ayıplı aracın teslimi edimini yerine getirmek için icra emriyle, teslim alacaklısına para borcu borçlusuna aracın teslim alınması amacıyla adresler bildirdiği, ancak teslim alacaklısının haklı bir sebep ileri sürmeksizin adrese gitmediği ve kendisince de teslim için bir adres bildirilmeyip kabuldən kaçınıldığı, bu nedenle ayıplı aracın iade edilmesi ediminin yerine getirilemediği ve ayıplı aracı teslim alma edimi alacaklısının teslim alma için bildirilen süre sonunda kendisinin temerrüde düştüğü anlaşıldığı gibi, ilamda alacağın faiziyle tahsili hususunda bir açıklama da bulunmadığı görülmektedir.*

Bu durumda, Mahkemece, ayıplı aracın teslim edimi yönünde icra emri tebliği tarihinden itibaren teslim alma için verilen sürenin sonunda, teslim alacaklısının temerrüde düştüğü ve ilamda hüküm altına alınan ayıplı araç bedelini 5335 sayılı Yasa ile değişik 3095 sayılı Yasa'nın 1. maddesinde düzenlenen yasal faiziyle ödemek zorunda olduğu kabul edilerek, İcra Müdürlüğü'nce yapılan faiz hesabının gerektiğinde bilirkişiden Yargıtay denetimine elverişli olacak şekilde rapor alınmak suretiyle denetlenip, sonucuna göre bir karar verilmesi yerine, eksik incelemeyle yazılı gerekçeyle şikayetin reddi yönünde hüküm kurması isabetsizdir.” 8. HD, T. 27.10.2014, E. 2014/705, K. 2014/19234 (www.lexpera.com).

³²⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 127 (Yazar, alacaklının ifaya hazırlık hareketini yerine getirmediği durumlar bakımından sözlü ifa teklifinin yeterli olduğunu belirtmekte ve ifaya eşlik eden davranışları –*Begleithandlung*- farklı tutarak makbuz vermeyen alacaklı bakımından sözlü ifa teklifinin temerrüt için yeterli olmadığını belirtmektedir.). Makbuz vermeyen alacaklıya karşı sözlü ifa teklifinin yeterli olmayacağı açık olmakla birlikte, makbuz vermeme örtülü olarak edimin reddi anlamına geldiğinden alacaklı temerrüdünün oluşacağı da ileri sürülmektedir. Tartışmalar ve anılan görüş için bkz. **Koç**, s. 131.

³²⁶ **Stauber**, N. 52; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 129; **Von Büren**, OR AT, s. 415.

gerekliliği tartışmalıdır³²⁷. Kanaatimizce, alacaklının davranıştan kaçınacağına ilişkin önceden yaptığı bildirimin³²⁸, borçlunun borcuyla olan bağıni ortadan kaldırmaması, alacaklının karar değiştirebilme ihtimalinin bulunması ve alacaklı temerrüdünün ispatının sağlanabilmesi sonuçları da göz önüne alındığında, sözlü ifa teklifini arayan Türk hukukundaki hâkim görüşün takip edilmesi gerekir. Alacaklının kaçınmaya ilişkin bildirimi dar yorumlanmamalı ve zımni olarak da bu bildirimin gerçekleşebileceği kabul edilmelidir³²⁹.

Borçlunun fiili veya sözlü ifa teklifine gerek kalmaksızın, alacaklının temerrüde düşebileceği istisnai haller de bulunmaktadır. Tarafların sözleşme ile önceden alacaklının davranışı yerine getireceği zamanı belirledikleri (belirli veya kesin vade) durumlarda, teklife gerek kalmaksızın (*ipso iure*) alacaklının temerrüdü meydana gelir. Aynı şekilde, alacaklının borçlunun ifayı yerine getirmesini engellediği hallerde de borçlunun teklifte bulunmasına gerek yoktur³³⁰. BGB §296'da alacaklının davranışı yerine getirmesi gereken zamanın belirli veya belirlenebilir olduğu durumlarda teklife gerek bulunmadığı açıkça düzenlenmiştir. Son olarak, alacaklının bir davranışıyla veya davranışı dışındaki sebeplerle, ifa teklifinin alacaklı veya temsilcisine sunulamadığı hallerde, her ne kadar teklif şartı sağlanamadığından alacaklı temerrüdü oluşmasa da, TBK m. 111 hükmü gereği, borçlunun tevdi, satış veya sözleşmeden dönme hakkını kullanarak borçtan kurtulması mümkündür³³¹.

1.2.6.4. Alacaklıya İlişkin Şartlar

1.2.6.4.1. Alacaklının Yerine Getirmesi Gerekli Bir Davranışın Bulunması

Alacaklı temerrüdünün gerçekleşebilmesi için alacaklı açısından bulunması gerekli ilk şart, alacaklının yerine getirmesi gereken bir davranışın bulunmasıdır. Bu davranışların, borçlunun edim yükümlülüğü kapsamında yer almaması ve dolayısıyla alacaklı veya onun yetkilendirdiği bir üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gerekir. Davranışlar, yapma,

³²⁷ Kimi yazarlar borçlunun sözlü ifa teklifinde bulunması gerektiğini ileri sürerken: **Von Tuhr/Escher**, s. 71; **Eren**, Genel, N. 3179; **Dorer**, s. 24; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 839; **Feyzioğlu**, s. 121; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1145; **Bernet**, BSK OR, Art. 91 N. 4; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 128; **Tunçomağ, Kenan**, Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976, s. 758. Kimileri sözlü ifa teklifine dahi gerek bulunmadığını ileri sürmektedir: **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 109; **Von Büren**, OR AT, s. 415; **Bucher**, OR AT, s. 320 dn. 10; **Demirsatan, Barış**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul 2019, s. 201. Tartışmaya ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Koç**, s. 147 vd. Alman hukukunda, alacaklının edimi almayacağını açıkladığı hallerde sözlü ifa teklifinin gerektiği BGB §295'te açıkça hükme bağlanmıştır.

³²⁸ Doktrinde bu bildirimin hukuki işlem benzeri fiil olduğu hakkında bkz. **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 112.

³²⁹ Alacaklının sözleşmeyi hükümsüz saydığı veya ifanın usulüne uygun olmadığı yolundaki beyan ve itirazlarının da red ile eşdeğerde olduğu hususunda bkz. **Koç**, s. 147.

³³⁰ **Eren**, Genel, N. 3181; **Von Tuhr/Escher**, s. 71; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 138; **Akıncı**, Borçlar, s. 220 (Yazar, kesin vadeli durumlarda teklife gerek bulunmadığını ileri sürmektedir.).

³³¹ Bu hususta, hüküm kapsamında alacağın kime ait olduğu konusunda ihtilaf bulunması, alacaklının kimliği, fiil ehliyetinin bulunmaması, alacaklıdan kaynaklı ifa yerine ilişkin engeller değerlendirilmektedir. Hükme ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz **Akkanat**, Temerrüt, s. 17 vd.

verme veya yapmama şeklinde olabilir³³². Buna ek olarak, söz konusu davranış gerçekleşmeden borçlunun ifayı gerçekleştirememesi de bulunması gerekli bir şarttır. Başka bir deyişle, temerrüde neden olan davranışlar bizzat ifanın gerçekleşmesi için zorunlu bir şart niteliğinde olmalıdır³³³. Buna göre, ifaya katkı sağlayan ancak ifa veya ifanın devamı için zorunlu olmayan (iş sahibinin yüklenicileri denetlemesinde olduğu gibi³³⁴) davranışlar temerrüde yol açmaz. Bu noktada, kabul bakımından bir tereddüt oluşabilir. Zira borçlu, alacaklının kabulden kaçındığı hallerde de kanun koyucunun borçluya sunduğu tevdi veya satış yoluyla da ifayı gerçekleştirebilir. Kanaatimizce, kanun koyucunun hazırlık fiili ve kabul şeklinde ayırım yapmasının gerekçesi de budur. Başka bir deyişle, benzer nitelik ve sonuçları doğuran her iki davranış türünün ayrı ayrı anılması, birinde (kabulde) ifanın ikamelerle de olsa mümkün olmasıdır. Nitekim, kabulden her zaman daha önce söz konusu olan hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesinde borçlunun gereği gibi bir ifa teklifinde bulunması mümkün değilken, ifa teklifinin gerçekleşebildiği durumlarda, artık kabul davranışından bahsedilmesi gerekmektedir³³⁵. Kanaatimizce, bu görüşe kısmen katılmak gerekir. Zira ifa teklifinin yalnız fiili değil sözlü olabileceği de göz önünde bulundurulacak olursa esasen hazırlık fiillerinde de borçlunun ifa teklifinden bahsedilir. Dolayısıyla, her iki davranışta da ortak nokta ifade engellenme olup ayırıcı husus ifanın ikame edilmesinin mümkün olup olmadığıdır³³⁶.

Kanun koyucu temerrüde neden olan davranışları, hazırlık fiilleri ve kabul şeklinde ayırma tabi tutsa da doktrinde ikili ayırımı genişleten ancak esaslı farklılıklar yaratmayan nitelendirmeler yapılmaktadır³³⁷. Bu kapsamda, alacaklının, sözleşmenin kurulduğu andan

³³² **Rey**, Mitwirkung, N. 82; **Ünal, Akın**, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi, ERÜHFD, C. XIV, S. 2, 2019, s. 445; **Zeltner**, N. 30.

³³³ **Arpacı**, s. 55 ve dn. 2’de belirtilen yazarlar (Yazar, alacaklının katılım davranışlarıyla ilgili fiil ehliyetinin bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, katılım davranışının, hukuki işlem, maddi fiil veya hukuki işlem benzeri fiil olmasına göre karar verilmelidir. Bkz. **a.g.e**, s. 56.).

³³⁴ **Gauch**, Werk, N. 1346 vd.

³³⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 68.

³³⁶ Bu noktada, makbuz verme gibi ifayı takip eden davranışlar bakımından, yapılan ayırımın uygun olmadığı ileri sürülebilir. Zira refakat davranışlarından kaçınıldığında aslında borçlu ifade engellenmemektedir. Ancak, makbuzun verilmemesi veya senetlerin iade edilmemesi durumu borçlu bakımından daha sonra ifayı ispatı noktasında kolaylıklar sağladığından ve bunlar olmaksızın bir kez daha ifa zorunluluğu doğabileceğinden, bu davranışlardan kaçınılması ifanın borçludan beklenemeyeceği durum kapsamında değerlendirilmelidir. Bkz. ve krş. **Rey**, Mitwirkung, N. 17, 35.

³³⁷ Doktrinde, kabul temerrüdü ile işbirliği temerrüdünü iki farklı tür olarak nitelendirenler de bulunmaktadır. Alman hukukunda, genel hükümlerde kabul temerrüdüne yer verilirken, ayrıca eser sözleşmesinde iş sahibinin işbirliği davranışlarına (*Mitwirkung*, BGB §642) yer verildiğinden bu şekilde ikili bir ayırımın yapılmasına kanaatimizce Türk hukuku bakımından gerek bulunmamaktadır. Zira Türk Borçlar Kanunu’nda işbirliği davranışı şeklinde somut bir düzenleme yer almamakta olup Alman hukukundan farklı olarak müessesenin başlığı alacaklının temerrüdü şeklindedir. Tüm davranış türlerinin, kabul temerrüdü altında değerlendirilmesi ise, yine Kanun’da ayrıca hazırlık fiilleri ifadesine yer verilmesi sebebiyle, düzenlemeye yeterince uygun görünmemektedir. Tüm bunlarla birlikte, anılan ayırımların pratik bakımdan bir hukuki sonucu bulunmamaktadır. Farklı ayırımlar için bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 147; **Koç**, s. 153; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 9; **Feldmann**, Staudinger BGB, §293 Rn. 22; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 114; **Eren**, Genel, N. 3183; **Koller**, OR AT, N. 56.19; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2397; **Staubert**, N. 55.

sona erdiği ana kadar yerine getirmesi gereken ve temerrüde yol açabilen davranışlar, ifanın gerçekleşebilmesi için gerekli olan

- ifaya hazırlık davranışları³³⁸ (*Vorbereitungshandlungen*),
- ifa sırasında yerine getirilecek olan katılma/işbirliği davranışları³³⁹ (*Mitwirkungshandlungen bei Erfüllung*)
- ifayı takip eden/ifaya refakat eden davranışlar³⁴⁰ (*Begleithandlungen*) şeklinde tasnif edilebilir.

Doktrinde, davranışlara ilişkin isimlendirme bakımından da farklı terimler kullanılmaktadır. Bu kapsamda, özellikle Alman hukukunda BGB §642'nin de başlığında yer alan “*Mitwirkung*” ifadesi, Türk doktrininde de birlikte hareket etme, edimin ifasına katılım veya işbirliği davranışları gibi isimlerle anılmaktadır³⁴¹. Kanaatimizce, davranışlar bakımından, kanun koyucunun benimsediği “hazırlık fiilleri” veya “kabul” şeklindeki tasnifin veya “alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlar” ifadesinin kullanılması teknik açıdan daha uygun düşmektedir. Bununla birlikte, anılan ayrımın pratikte herhangi bir önemi olmayacağından çalışmada, edimin ifasına katılım, işbirliği ve birlikte hareket etme davranışları ifadelerine de yer verilmiştir. Bu çalışma bakımından, anılan kavramlar ile alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlar kastedilmektedir.

³³⁸ Alacaklının hazırlık fiillerine; - seçimlik borçlarda alacaklının seçim hakkını kullanması, -tahsis kaydıyla satışta alıcının eşya konusunu belirlemesi (*Spezifikationskauf*) -malın gönderilmesine ilişkin talimatın verilmesi, - eser ve hizmet sözleşmelerinde malzeme, araç gereç, plan, yer teslimi, inşaat izni alınması veya işin yapılmasına ilişkin talimatlar, - teslim zamanını alıcının belirlediği hallerde teslim talebi, -alacaklının teslim almak için gerekli fiilleri yapması, - işsahibinin diktirdiği elbise için provaya, hastanın randevuya gitmesi, - avukatın dava için ihtiyacı olan belgelerin vekalet veren tarafından teslimi örnek gösterilebilir. Örnekler için bkz. **Koç**, s. 132 vd.; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 149; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 121; **Von Tuhr/Escher**, s. 72; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 10; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2399. Ayrıca, Alman doktrininde ileri sürülen ve Türk hukukunda da savunulan bir görüşe göre, alacaklının karşı edimin ifasına hazırlığı da, borçlunun borcunu ifa edebilmesindeki hukuki engelin ortadan kaldırılması çerçevesinde değerlendirilmekte ve bunu yerine getirmeyen alacaklının, temerrüdünün gerçekleşeceği ileri sürülmektedir. Görüş için bkz. **Pekmez**, s. 67 vd.

³³⁹ Alacaklının edimi kabulünü de içeren edimin ifasına katılma davranışları, ifanın devamı veya tamamlanabilmesi için gerekli olan davranışlardır. Edimin kabulünün yanı sıra, - işçinin hizmet borcunu ifa ettiği makineye işveren tarafından elektrik sağlanması, - elbise diktiren kişinin işin tamamlanabilmesi için provalara katılımı, - tamircinin tamir etmekte olduğu yere girmesine izin verilmesi, -aranacak borçlarda borç konusunun teslim alınması örnek gösterilebilir. Örnekler için bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 151; **Von Tuhr/Escher**, s. 72; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 11; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2401.

³⁴⁰ Bu davranışlara ise, makbuz ve senede ilişkin hükümler (TBK m. 103, 105), -alacaklının, alacaklılık sıfatına ilişkin belge veya temsilcisinin yetki belgesini sunması gerektiği hallerde bunların sunulması, - alacağın devrinde devreden kişinin devralana alacak senedi, ispat belgeleri ve bilgileri vermesi (TBK m. 190), - alacaklının kefile vermesi gerekli belgeleri sunması (TBK m. 592/III) halleri de örnek gösterilebilir. Örnekler için bkz. **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 124; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 154; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 12 (Yazar, alacaklılık sıfatına ilişkin belge sunulmasını, ifaya hazırlık hareketleri kapsamında değerlendirmektedir.); **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2403.

³⁴¹ Edimin ifasına katılım ifadesi ve açıklaması için bkz. **Arpacı**, s. 55 vd. (Yazar, edimin ifasına katılımı dar ve geniş şeklinde ikiye ayırmakta ve ilkinin yalnız edimin kabulünü, ikincisinin ise hazırlık faaliyetleri ile refakat faaliyetlerini de içerdiğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 61.). Birlikte hareket etme ifadesi için bkz. **Ardıç**, s. 1. İşbirliği ifadesi için bkz. **Ünal**, s. 445; **Seçer, Öz**, İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, Editörler: İNAL, E./BAYSAL, B., İstanbul 2017, s. 522.

Alacaklı temerrüdü için yerine getirilmesi gerekli davranışların (*Mitwirkungsverhalten*) bulunması zorunludur. Bununla birlikte, her durumda davranışların yerine getirilip getirilmediğinin tespiti gerekmez. Başka bir deyişle, birçok durumda alacaklının edimin ifasına katılımının sonucu (*Mitwirkungserfolg*) önemlidir³⁴². Örneğin, alacaklının borçluya yapılacak işin planını vermesinin gerektiği hallerde, bu planın borçlunun gereği gibi ifasına uygun yapılması ve teslim edilmesi gerekir. Dolayısıyla birden çok davranışın alternatif veya kümülatif olarak bir araya gelmesi ve gereği gibi ifayı mümkün kılması ile katılım meydana gelir. Buna karşılık, talimat vermede olduğu gibi alacaklının, borçluya yalnız talimatını bildirmesinin yeterli olduğu işbirliği davranışları da ortaya çıkabilir. Ancak, sonucun gerçekleşmemesinin her durumda alacaklı temerrüdüne yol açtığı da kabul edilmemelidir. Bu durum aşağıda ayrıca ele alınmıştır³⁴³.

1.2.6.4.2. Kaçınma

Türk Borçlar Kanunu'nun 106. maddesine göre, temerrüt için gerekli şartlardan bir diğeri de alacaklının davranışlardan kaçınmasıdır. Kaçınma ifadesi, TBK m. 112 vd. yer verilmeyen bir kavram olarak açıklanmaya muhtaçtır. Bu şart, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda "*imtina eder ise*" şeklinde ifade olunmuştur. Doktrinde, bu şart ifanın reddedilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Ancak, reddetmek ifadesi anlam bakımından daha çok davranışın iradi olarak yerine getirilmemesini çağrıştırmaktadır³⁴⁴. Oysa kusur ve benzeri sübjektif şart içermeyen alacaklı temerrüdü bakımından kaçınmak ifadesinden temerrüde neden olan davranışın yerine getirilmemesi anlaşılmalıdır. Bunun kapsamına ise, davranışın hiç yerine getirilmemesi ile kurumun temerrüt olarak zikredilmesinden de anlaşılabileceği üzere geç yerine getirilmesi girer. Böylece, alacaklının hazırlık fiili veya kabulü hiç yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesi hallerinde alacaklının temerrüdü ortaya çıkar³⁴⁵. Ancak, temerrüt hallerinin anılan lâfzi yorumla sınırlı tutulmaması gerekir. Başka bir deyişle, kaçınma gerçekleşmemesine rağmen alacaklı temerrüdünün kabul edilebileceği haller gündeme gelebilir. Bunun tespiti için ise, borçlunun alacaklının riziko alanından kaynaklanan bir sebeple ifayı yerine getirmedi

³⁴² **Rey**, Mitwirkung, N. 84 (Yazar, sözleşmenin içeriğine göre belirlenecek olan soyut bir kavram olarak işbirliği edimi –*Mitwirkungsleistung*- ifadesine de yer vermektedir. Bkz. **a.g.e**, N. 73 vd.).

³⁴³ Bkz. 1.2.6.4.2.

³⁴⁴ Nitekim TDK Güncel Türkçe Sözlük'te de reddetmek, "*bir şeyi kabul etmemek, geri çevirmek*" şeklinde tanımlanmıştır. <https://sozluk.gov.tr>, E.T.: 15.04.2019.

Yargıtay da internet bankacılığı yoluyla gönderilen parayı kabul etmeyip tekrar borçlusuna gönderen alacaklı bakımından alacaklı temerrüdünü kabul etmiştir. Bkz. 7. HD, T. 19.01.2015, E. 2014/13511, K. 2015/11 (KBİBB).

³⁴⁵ Daha önce de açıklandığı üzere, hazırlık fiillerinin hiç yerine getirilmemesi durumunda geçici imkânsızlık meydana gelir. Bkz. 1.2.4.3.

engellenip engellenmediği tespit edilmelidir³⁴⁶. Böylece, alacaklının, borçlunun ifasını aktif bir davranışla engellediği durumlarda da alacaklı bakımından temerrüdün gerçekleştiği kabul edilir³⁴⁷. Doktrinde bizim de katıldığımız bir görüşe göre, temerrüdün kabulü için, alacaklının ifayı engelleyen davranışının, ileride yerine getirmesi gereken hazırlık fiili veya kabulden kaçınacağı sonucuna da ulaştırması gerekir³⁴⁸.

Alacaklının davranışları yerine getirmekle birlikte davranışların veya sonucunun ayıplı, eksik veya uygun olmaması hallerinde de alacaklı temerrüdünün ortaya çıkıp çıkmayacağı değerlendirilmelidir. Zira bu durumlarda alacaklı kural olarak davranıştan kaçınmamakta ve fakat borçlunun ihtiyaç duyduğu işbirliği sonucu da ortaya çıkmamaktadır. Kanaatimizce, bu durumun temerrüde yol açıp açmayacağına sözleşmenin niteliği ve TBK'daki özel düzenlemeler çerçevesinde karar verilmesi gerekir. Örneğin, alacaklının yerine getirmesi gereken davranış sebebiyle borçlu edimini ayıplı meydana getirmiş veya borç konusu yok olmuş ya da imkânsızlaşmışsa ayrıca özel düzenlemelerin değerlendirilmesi gerekir. Buna karşılık, alacaklı, gereği gibi olmayan bu davranışını tekrar yapmak zorunda kalmışsa artık davranışın geç yerine getirilmesi sebebiyle temerrüt gerçekleşir. Eser sözleşmesi bakımından durum aşağıda incelenmiş olmakla birlikte, doktrinde kural olarak kötü işbirliğinin (*Schlechtmitwirkung*) temerrüdün kapsamında olmadığı belirtilmektedir³⁴⁹.

Alacaklının gereği gibi sunulan edimden veya yerine getirmesi gereken davranışlardan kaçınması için açık bir irade beyanına gerek bulunmayıp, bu durum alacaklının pasif kaldığı hallerde de ortaya çıkar³⁵⁰. Bu kapsamda, alacaklının edimin sunulduğu anda haklı sebep olmaksızın ifa yerinde bulunmaması veya bulunamaması ya da ifa zamanında borçluyla iletişim kurmaması durumlarında da alacaklı temerrüdü oluşur. Kabulden kaçınma ile teslim almadan kaçınmanın da birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Esasında sıklıkla aynı anda ortaya çıkan bu iki durum, kimi zaman iki ayrı evre şeklinde de gerçekleşebilir. Edimin fiili olarak alınmaması durumunda teslim almama söz konusu olurken, alacaklının sunulan veya teslim aldığı edimi, ifa olarak kabul etmemesi halinde kabulden kaçınma söz konusudur³⁵¹. Her iki kaçınma durumu da kabul temerrüdü kapsamındadır. Örneğin, ifanın gereği gibi olup olmadığını incelemesi gereken alacaklı, ifayı fiili hâkimiyetine almakla birlikte ifa olarak kabul etmediğini açıklayana kadar alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Alacaklının, daha

³⁴⁶ Katılım sonucunun gerçekleşip gerçekleşmediğine göre alacaklı temerrüdüne karar verilmesi gerektiği hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 84.

³⁴⁷ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 137; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 17; **Eren**, Genel, N. 3181.

³⁴⁸ **Rey**, Mitwirkung, N. 20.

³⁴⁹ Bkz. 2.2.2.2. Kötü işbirliğinin temerrüde dâhil olmadığına ilişkin bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 2.

³⁵⁰ **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 80; **Koç**, s. 153; **Üçer**, s. 118; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 8; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 152; **Koller**, OR AT, N. 56.06.

³⁵¹ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 142; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 116; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 7; **Staubert**, N. 55; **Oğuzman/Öz**, I, N. 844.

sonra teklifi reddetmesiyle, eğer teklif edilen edim gereği gibi ise, alacaklı temerrüdü meydana gelir. Bu kapsamda, alacaklı, sözleşmeye uygunluk değerlendirmesinin isabetsiz olması ihtimaline karşı rizikoyu yüklenir. Alacaklının, haklı bir sebebi olmaksızın ifayı teslim almaktan kaçındığı hallerin tamamında kusurun önemi olmaksızın alacaklı temerrüdü oluşur. Bu çalışmanın konusu olan eser sözleşmesi özelinde bu kavramlar ve kaçınma durumları aşağıda incelenmiştir³⁵².

Alacaklının sunulan edimi ifa olarak kabul ettiğini açıklamasına rağmen, ifayı teslimden geçici (alacaklının o an yerinin olmaması vb.) olarak kaçındığı hallerde ise, kanaatimizce, temerrüt için, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak, borçlunun bu duruma rıza gösterip göstermediğine göre karar vermek gerekir³⁵³. Zira borçlu her ne kadar ifa olarak kabulle borcundan kurtulmuş olsa da, borçlunun ifa konusundan da kurtulmak istediği hallerde, alacaklı temerrüdü kapsamında eserin tevdi edilmesi veya satışı yoluyla bu sonuca ulaşabilir. Örneğin, bir kurum için çok sayıda elbise üreten bir işletmenin, ürettiği elbiselerin uygunluğu kurum tarafından kabul edilmiş olmakla birlikte, henüz kurum tarafından teslim alınamayacağı bildirildiği halde, alacaklı temerrüdünün oluşup oluşmadığına, işletmenin ifa konusu elbiseleri elinde tutmak isteyip istemediğine göre karar verilmeli ve böylece borçlu ifa konusundan kurtulmak istiyorsa, tevdi imkânı sağlanmalıdır. Buna karşılık, alacaklının malı teslim alıp kabul etmediğini bildirmesine rağmen malı borçluya iade etmemesi durumunda ise, somut olayın özelliklerine göre, alacaklının malı ifa olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılmalıdır.

Alacaklının ihtirazi kayıt olmaksızın ifayı teslim alması halinde ise, borçlunun hemen borcundan kurtulması söz konusu olmayıp sadece ifanın gereği gibi olmadığı hususunda ispat yükünün alacaklıya intikal ettiği sonucuna varılmalıdır. Başka bir deyişle, alacaklının ihtirazi kayıtsız bir teslimden sonra ifayı kabulden kaçınması durumunda, TBK m. 112'de düzenlendiği gibi ifanın gereği gibi olmadığını alacaklının ispatlaması gerekir³⁵⁴.

Alacaklının edimi kabul etmesi, borçlunun edim borcunu sona erdirmekle birlikte kabulden kaçınması ise, sahip olduğu haktan feragat anlamına gelmez³⁵⁵. Gerçekten de edimin ifası mümkün ve borç ilişkisi halen devam ediyorsa, alacaklının alacağını talep etme

³⁵² Bkz. 2.2.3.

³⁵³ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 144; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 118. Hem Schraner hem de Weber, kabulün gerçekleşip teslim almamanın geçici olarak mümkün olamayabileceğini belirtmekte ancak alacaklı temerrüdünün oluşup oluşmayacağı konusunda bir açıklama yapmamaktadır. Buna karşılık, borçlunun durumunun değerlendirilmesi gerektiği hususunda bkz. **Dötterl**, Beck OGG BGB, §293, Rn. 81 Özellikle dn. 151.

³⁵⁴ **Yılmaz, Halil**, Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması, Ankara 2015, s. 65.

³⁵⁵ **Üçer**, s. 118; **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 146; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 119.

hakkı vardır. Bu sebeple, tevdi, satış veya dönme yoluna başvurmayan borçlunun yukarıda da belirtildiği üzere ifaya hazır olma durumunun devam etmesi gerekmektedir³⁵⁶.

1.2.6.4.3. Haklı Sebebin Bulunmaması

Alacaklının temerrüdü için gerekli şartlardan bir diğeri de, kaçınmanın haklı bir sebebe (*ungerechtfertigterweise*) dayanmamasıdır³⁵⁷. Sebebin, haklı olarak nitelendirilebilmesi için objektif nitelikte olması gerekir³⁵⁸. Dolayısıyla, aynı durumdaki herhangi bir alacaklının da davranıştan kaçınmasının haklı olduğu haller bakımından temerrüdün oluşmadığı kabul edilmelidir. Haklı sebebe ilişkin değerlendirme yapmadan önce, borçlunun ifaya hazır ve usulüne uygun ifa teklifinde bulunduğu tespit edilmelidir. Ancak, bu şartlara rağmen haklı sebep olmaksızın kaçınma, alacaklı temerrüdüne yol açar. Bu sebeple, ayıplı, eksik, gecikmiş veya başka unsurlar sebebiyle gereği gibi olmayan ifa teklifinde, alacaklının kaçınma davranışlarının haklılığı söz konusu değildir. Bu durumda teklifin gereği gibi olmaması sebebiyle alacaklı temerrüdü oluşmaz. Dolayısıyla, haklı sebebin varlığının, usulüne uygun ifa teklifinden kaçınma halinde aranması gerekir. Usulüne uygun bir ifa teklifinin bulunmadığı durumlarda, alacaklının kaçınması haklı olmakla birlikte, temerrüt için borçlu bakımından aranan şart gerçekleşmemiş olur³⁵⁹. Alacaklının kaçınmasının, önemsiz ayıplarda olduğu gibi (bina tesliminde bazı muslukların takılmamış olması gibi) TMK m. 2'ye aykırılık oluşturduğu hallerde de alacaklı temerrüdü meydana gelir.

Temerrüt bakımından haklı sebep şartının aranması, objektif sebepler bulunmadıkça, alacaklının etki alanında gerçekleşen olayların rizikosunu borçlunun üstlenmesini engeller. Bu kapsamda, alacaklının alan ve çevresine dâhil edilebilecek olan hatası, hastalığı, ehliyetsizliği veya ölümü gibi sebepler, davranıştan kaçınmada haklı sebep oluşturmaz³⁶⁰. Doktrinde haklı sebep sayılmayan durumlara;

³⁵⁶ Bkz. 1.2.6.4.1.

³⁵⁷ Alman hukukunda, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak alacaklı açısından haklı sebep şartına yer verilmemiştir. Bununla birlikte, Alman doktrininde de haklı sebeplere veya dürüstlük kuralına dayalı olarak alacaklının davranışlardan kaçınmasının temerrüdü engelleyeceği fikrine yer verilmektedir. Bu duruma, işçinin, işverene, işverenin aile üyelerine, mülkiyetine, yaşamına, diğer işçilere zarar vermesi gibi durumlarda artık işverenin sunulan hizmeti kabul etmemesinin temerrüde yol açmayacağı örnek gösterilmektedir. Bkz. **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293, Rn. 94; **Feldmann**, Staudinger BGB, §293 Rn. 19.

³⁵⁸ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 155; **Von Tuhr/Escher**, s. 72; **Üçer**, s. 121; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 125; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 22.

³⁵⁹ **Koç**, s. 159; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1150; **Sert Canpolat**, s. 486. Buna karşılık, gereği gibi ifanın olmadığı hallerde de alacaklının kaçınmasının haklı sebep oluşturduğuna ilişkin bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 842; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 15; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 160; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 128.

³⁶⁰ **Eren**, Genel, N. 3184; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 156; **Koç**, s. 156; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 125; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2396; **Larenz**, I, s. 393; **Üçer**, s. 122. Alacaklının ehliyetsizliği halinde de alacaklı temerrüdünün hukuki sonuçları meydana gelebileceğinden, yerine getirilmesi gereken davranışların ehliyetsiz yapılması da mümkün olduğu için bu davranışların hukuki işlem olmadığı yönünde bkz. **Ehrensperger**, s. 90.

-borçlusunun müşterek bir borçlusuyla kendi alacağını takas etmek isteyen alacaklının kaçınması, -alacaklının borç konusuna ihtiyacının kalmaması, - tarafların tamiri gerektiren ayıp hallerinde alacaklının malı teslim alacağını düzenledikleri durumlardaki kaçınması, - birden fazla borcu bulunan borçlunun ifasının ödemek istediği borcundan farklı bir tanesine sayıldığı haller (TBK m. 101), -borçlusunun feshini geçersiz saydığı için sözleşme konusunu iade almaktan kaçınan alacaklı örnek gösterilmektedir³⁶¹. Buna karşılık, alacaklı açısından temerrüdü engelleyen haklı sebeplere ise;

-tasarrufun iptali davasına sebep olabilecek bir ifa teklifinin reddi, - borçlunun erken ifasının alacaklıyı zor duruma sokabileceği hallerde erken ifayı bildirmeden yapılan ifa teklifinin reddi³⁶², -faizleri ödemededen anaparayı ödemek isteyen borçlunun reddi, - borçlunun, usulüne uygun ifa teklifinde bulunmakla birlikte alacaklının davranışı yerine getirmesini engellediği durumlar, -alacaklının davranışı yerine getirmesini engelleyen doğal afet veya salgın hastalık gibi mücbir sebepler örnek gösterilmektedir³⁶³.

1.2.7. Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları

İş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüde düştüğü hallerin hukuki sonuçları aşağıda ayrı bir bölüm altında incelendiğinden, bu kısımda yalnız temerrüdün sonuçlarına genel hatlarıyla değinilmiş olup detaylı açıklamalara eser sözleşmesi bağlamında ayrıca yer verilmiştir³⁶⁴. Türk Borçlar Kanunu'nda m. 107-110 arasında yer verilen alacaklı temerrüdünün hükümleri kapsamında, verme borçları bakımından borçluya, tevdi etme veya sözleşme konusu tevdiye uygun olmadığı hallerde satılarak bedelinin tevdi edilmesi imkânı sağlanırken, yapma borçları bakımından da borçlu temerrüdü hükümlerine göre, sözleşmeden dönme imkânı verilmiştir. Daha önce de açıklandığı üzere, borçluya, alacaklı temerrüdünün hükümleri kapsamında, kurumun niteliği gereği, alacaklıyı davranışa zorlama imkânı ve tazminat hakkı tanınmamıştır.

Alacaklı temerrüdünün TBK'da düzenlenen bu sonuçlarına ek olarak, gerek doktrin ve yargı uygulamasıyla gerekse kurumun külfet niteliği sebebiyle, borçlunun davranışın yerine getirilmemesi durumunda karşılaşılabilecek olumsuz durumların ortadan kaldırılmasına yönelik

³⁶¹ **Weber**, BK OR, Art. 91, N. 158; **Von Tuhr/Escher**, s. 73; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 14; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 127.

³⁶² Bu hal, BGB §299'da, edimin ifa zamanının tespit edilmediği veya borçlunun erken ifada bulunmak istediği durumlarda, alacaklının geçici olarak teslimden kaçınması, borçlu tarafından alacaklıya uygun bir süre verilmedikçe, temerrüde sebep olmaz şeklinde düzenlenmiştir.

³⁶³ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 160; **Schraner**, ZK OR, Art. 91, N. 128; **Von Tuhr/Escher**, s. 73; **Bernet**, BSK OR, Art. 91, N. 15; **Oğuzman/Öz**, N. 1150. Alacaklının ailesinde ölüm olması durumunda, ifa teklifinin dürüstlük kuralına aykırılığı hususunda bkz. **Ernst**, MüKo BGB, §294, Rn. 5.

³⁶⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm.

hukuki sonuçlar da kabul edilmektedir³⁶⁵. Bu sonuçlar, özellikle, borçlunun olumsuz hukuki sonuçlardan korunmasının yanı sıra, davranışı yerine getirmemekle birlikte hakkını kaybetmeyen ve daha sonra talepte bulunabilecek alacaklıya karşı, borçlunun korunması amacıyla. Aynı zamanda, kimi sözleşmelerde, alacaklının davranıştan kaçınmasının zımni olarak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini ortadan kaldırma (TBK m. 484 gibi) veya iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde kendi edimini yerine getirmekten kaçınma anlamına geldiği hallerde de ayrıca öncelenmiş borca aykırılık (borca aykırılığın önceden belli olması) gibi hukuki müesseselere başvurulması mümkündür.

Alacaklı temerrüdünün, bir kısmı tartışmalı olmakla birlikte, genel hukuki sonuçları kapsamında; -borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, -hasarın alacaklıya geçişi, -ödemezlik def'ine başvurunun mümkün olmaması, -sözleşme faizlerinin durması, -borçlu temerrüdünün sona ermesi, -temerrüdün neden olduğu masrafların talebi ve -seçimlik borçlarda seçim hakkının karşı tarafa intikali sayılabilir³⁶⁶.

Türk-İsviçre hukukunda alacaklının temerrüde düşmesi halinde, borçlunun sorumluluğunu düzenleyen herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda, alacaklının temerrüde düşmesiyle birlikte, borçlunun sorumluluğunun hafifleyerek yalnız kast ve ağır ihmalden sorumlu olacağı ve temerrütle birlikte sözleşme konusuna ilişkin hasarın alacaklıya geçeceği, BGB §300'de açıkça düzenlenmiştir. Türk-İsviçre hukuku bakımından borçlunun sorumluluğunun hafiflemesi, temerrüt sonrasında borcuyla bağlı kalmaya devam eden borçlu açısından, bu durumun yarar sağlamayan bir hal olması sebebiyle TBK m. 114'e dayandırılmaktadır³⁶⁷. Taşınır satışı (TBK m. 208) ve eser (TBK m. 483) sözleşmelerinde ise, alacaklının teslimden kaçınması halinde, hasarın alacaklıya intikal edeceğine açıkça yer verilmiştir. Türk hukukunda, bu özel düzenlemeler dışında tevdi hakkının düzenlendiği TBK m. 107'de yer alan "*hasar ... alacaklıya ait olmak üzere*" ifadesinden de yola çıkılarak, tevdi ile birlikte hasarın intikal edeceği de ileri

³⁶⁵ Türk-İsviçre hukukunun yanı sıra Avusturya hukukunda bu hukuki sonuçlar kanunen düzenlenmemekle birlikte ABGB §1419'da, alacaklının olumsuz sonuçlarla (*widrigen Folgen*) karşılaşacağına yer verilmiştir. Bu olumsuz hukuki sonuçlar, Ortak hukuktan, doktrinden ve yargı uygulamasından çıkarılmaktadır.

³⁶⁶ Kefilin ödeme talebinin reddi halinde, kefilin borcundan kurtulması ise, TBK m. 593/II'de açıkça düzenlendiğinden tartışmalı değildir.

³⁶⁷ **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 12; **Von Tuhr/Escher**, s. 74; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 15, 17 (Yazar, sorumluluğun hafiflemesi yalnız alacaklıya karşı söz konusu olup üçüncü kişilere karşı bunun geçerli olmayacağını fakat borçlunun alacaklıya rücu edebileceğini belirtmektedir.); **Von Büren**, OR AT, s. 417; **Eren**, Genel N. 3190; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1156; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 846; **Koç**, s. 276; **Sert Canpolat**, s. 495; **Tekben, Tuğçe**, Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları, MHAD, C. 22, S. 3, Y. 2016, s. 2600. TBK m. 114/II atfı sebebiyle sadece TBK m. 52 kapsamında borçlunun sorumluluğun azalması gerektiği yönünde bkz. **Koller**, OR AT, N. 56.106; **Staubert**, N. 716 (TBK m. 114 hükmünün sözleşmelerin tamamı açısından değerlendirilmesi gerektiğini bu sebeple sözleşmedeki her bir yükümlülük -borçlunun saklama yükümlülüğü- açısından değerlendirme yapılamayacağını ileri sürmektedir.).

sürülmektedir³⁶⁸. Bu görüş kapsamında, çeşit ve para borçlarında tevdi gerçekleşmeksizin hasarın alacaklıya geçişi, söz konusu değildir³⁶⁹. Aksi halde, sözlü ifa teklifinde bulunabilecek ve borç konusunu ayırmamış bir borçlunun, bu teklifiyle temerrüde düşen alacaklıya, hasarın geçmesi gibi hakkaniyete uygun olmayan bir sonuç ortaya çıkar. İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre ise, eser ve satış sözleşmeleri dışında kalan çeşit borçlarında, ayırma gerçekleşmişse hasarın alacaklı temerrüdüyle geçişi söz konusu iken; ayırmanın gerçekleşmediği durumlarda, hasara uğrayan malların alacaklı temerrüdü gerçekleşmeseydi ifada kullanılabilecek olduğunun borçlu tarafından ispatlanması gerektiği ileri sürülmekte ve geri kalan çeşit özellikle para borçları bakımından da ancak tevdi ile hasarın geçeceği kabul edilmektedir³⁷⁰. Doktrinde, alacaklı temerrüdüyle birlikte hasarın alacaklıya intikal edeceğini ileri süren ve çeşit borçları bakımından baskın görüşe katılan bir başka görüşe göre ise, borçlu temerrüdü bakımından geçerli olan TBK m. 119'un alacaklının temerrüdüne de kıyasen uygulanması gerekir³⁷¹.

Alacaklı temerrüdünün sonuçlarından bir diğeri de, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklının, ödemelik def'ine başvuramayacak olmasıdır³⁷². Zira aynı anda ifanın söz konusu olduğu sözleşmelerde, borçlunun ifa teklifiyle birlikte alacaklının artık kendi edimini yerine getirmekten kaçınması mümkün değildir. Bu def'inin ortadan kalkması için, baskın görüşe göre, alacaklının temerrüde düşmesi yeterli olup ayrıca borçlunun tevdi

³⁶⁸ **Koç**, s. 284 (Yazar, özellikle kanunda hasarın temerrüt anında geçeceğine ilişkin bir sonuca yer verilmeyip tam aksine TBK m. 107'de yer alan ifade sebebiyle tevdi ile hasarın intikal edeceğinin düzenlendiğini belirtmektedir. Hasarın geçiş anına ilişkin görüşler için bkz. **a.g.e.**, s. 278 vd.). Aksi yönde, **Feyzioğlu**, s. 128. Alman hukukunda BGB §300/2'de belirtilen esastan farklı olarak HGB § 373/1'de ticari satımda temerrüde düşen alacaklıya hasarın tevdiyle intikal edeceğine yer verilmiştir. Anılan düzenlemelerde de Türk hukukundakine benzer şekilde, hasarın alacaklıya ait olacağı ifade edilmiştir. Ancak, ticari satım sözleşmelerinde de hasar, BGB §300/2 kapsamında temerrüdün gerçekleşmesiyle beraber alacaklıya intikal eder. Bkz. **Grünwald**, MüKo HGB, §§ 373, 374, Rn. 18.

³⁶⁹ **Oğuzman/Öz**, I, N. 1163 (Yazarlar, alacaklı temerrüdünün sonuçları kapsamında ve özellikle Alman hukukundaki düzenlemenin Türk hukuku açısından geçerli olamayacağını belirtmekle beraber, hasarın tevdiyle geçtiğini de vurgulamaktadır.); **Eren**, Genel, N. 3192; **Koç**, s. 283; **Akıncı**, Temerrüt, s. 108. Türk hukukunda temerrüdün gerçekleştiği anda hasarın geçtiği yönünde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 848; **Üçer**, s. 155. Çeşit-parça satışı ayırımının uygulandığı eBK döneminde, cins borçları bakımından ayırmayla hasarın geçtiği yönünde, **Serozan**, İfa, §12 N. 8.

³⁷⁰ **Von Tuhr/Escher**, s. 75 (Yazarlar, alacaklının, teslim hazır borçluya engel olduğu ve temerrüde düştüğü hallerde, cins borcu bakımından ayırma yapılmasa da hasarın geçmesi gerektiğini ve aynı durumun alacaklı huzurunda borçlu tarafından ayırma yapılacak hallerde, alacaklının gelmediği durumlarda da geçerli olacağını belirtmekte ve alacaklı temerrüdü olmasaydı borçlunun malı ifada kullanacağını ispatın her zaman borçluda olduğunu ileri sürmektedir.); **Koller**, OR AT, N. 56.115 (Yazar, diğer yazarların aksine para borcu bakımından da tevdi şartının değil, ayırma durumuna göre karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Aynı yönde, **Staubert**, N. 788.); **Schranner**, ZK OR, Art. 92, N. 17; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2439; **Bucher**, OR AT, s. 324; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 21.

³⁷¹ **Bucher**, OR AT, s. 324; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2438.

³⁷² **Schranner**, ZK OR, Art. 92, N. 19; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 22; **Eren**, Genel, s. 1041; **Staubert**, N. 730 (dn. 1353'te belirtilen yazarlar ve dn. 1356'ta belirtilen kararlar gereğince İsviçre Federal Mahkemesi de aynı görüştedir.). Alacaklının ödemelik def'ine başvurabileceği hususunda bkz. **Koller**, OR AT, N. 56. 122.

veya satış yollarına başvurması gerekmez³⁷³. Aynı anda ifa kuralının uygulandığı sözleşmelerde, ödemezlik def'ine başvuramayan alacaklının karşı edimi de muaccel hale geleceğinden, ifa teklifinde bulunan borçlunun, borçlu temerrüdü hükümlerine başvuru imkânı da doğar³⁷⁴. Buna karşılık, borçlunun, önce ifayla yükümlü olduğu hallerdeyse, yalnız temerrüdün gerçekleşmesine dayalı olarak karşı edim talebi ve ödemezlik def'i ileri sürme imkanını ortadan kaldırması mümkün değildir. Bu durumun en fazla uygulama alanı bulacağı eser sözleşmeleri bakımından nasıl bir durumun ortaya çıkacağı aşağıda incelenmiştir³⁷⁵.

Alacaklı temerrüdünün sonuçlarından bir diğeri ise, borçlu temerrüdünü engellemesidir³⁷⁶. Başka bir deyişle, alacaklı borcun ifasına engel oldukça artık borçlunun borcunu yerine getirememesinin borca aykırı olduğu ileri sürülemez. Alacaklının temerrüdü sebebiyle sözleşme süresinin uzadığı hallerde de tarafların önceden kararlaştırdıkları vadede borcunu ifa edemeyen borçlu bakımından aynı sebeple borçlu temerrüdü gerçekleşmez. Ancak, para borçlarında, tevdi gerçekleşene kadar parayı kullanabilecek olan borçlu aleyhine temerrüt faizi işlemese de sözleşme faizleri işlemeye devam eder³⁷⁷. Alacaklının temerrüdü kapsamında borçlunun tazminat talebi bulunmasa da temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masrafların ödenmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir³⁷⁸. Alman hukukunda BGB §304'te düzenlenen ve borçlunun masraflarını talep edebileceğine dair açık hükmün aksine, Türk-İsviçre hukukunda bu konuda yalnız TBK m. 107'deki (OR Art. 92) “*giderleri alacaklıya ait olmak üzere*” ifadesi yer almaktadır. Bu masraflar kapsamında, temerrüt süresince edimin korunması, saklanması, bakımı ve sigortalanması için yapılanlar ile edimi ifaya hazırlamak için boşuna yapılmış giderler sayılabilir. Bu talebin hukuki dayanağı olarak, vekaletsiz işgörme veya sebepsiz zenginleşme hükümleri gösterilmektedir. Bununla birlikte, doktrinde, alacaklı temerrüdünden sonra borcuyla bağlı kalmaya devam eden borçlunun edim konusunu tevdi etmesi veya satması halinde buna ilişkin masraflarını isteyebileceğini, bu

³⁷³ **Koç**, s. 303. Borçlunun tevdi gerçekleştirene kadar alacaklının ödemezlik def'i yoluna başvurabileceği hususunda **Koller**, OR AT, N. 56.118.

³⁷⁴ **Koç**, s. 302.

³⁷⁵ Bkz. 3.3.3.

³⁷⁶ **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 20; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 25; **Eren**, Genel, N. 3194; **Staubert**, N. 703; **Von Tuhr/Escher**, s. 75; **Koç**, s. 301; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1159 (Yazarlar, borçlu temerrüdünün sona ermesinin, alacaklı temerrüdünün sonucu olarak değil, borçlunun ifayı teklif etmesinin sonucu olarak dikkate alınması gerektiğini ileri sürmekte ve haklı sebeple ifayı teklif eden alacaklının temerrüde düşmemiş olmasına rağmen borçlu temerrüdünün sona ereceğini belirtmektedirler. Aynı durumu, ödemezlik def'i bakımından da ileri sürmektedirler.).

³⁷⁷ **Von Tuhr/Escher**, s. 75; **Eren**, Genel, N. 3196; **Koç**, s. 295; **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 21; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 26; **Oğuzman/Öz**, I, N.1162.

³⁷⁸ **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 26; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 31; **Von Tuhr/Escher**, s. 75; **Eren**, Genel, N. 3195; **Bucher**, OR AT, s. 325 (Yazar, alacaklının, borçlunun, temerrüt nedeniyle ortaya çıkan olumsuz sonuçları karşılaması gerektiğini belirtmekte ve borçlunun masraflar kendisine ödenene kadar edim konusu üzerinde hapis hakkına sahip olduğunu ve bunun TBK m. 97'ye dayandığını belirtmektedir.); **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2443; **Serozan**, İfa, §12 N. 12. İsviçre doktrinindeki görüşler için bkz. **Staubert**, N. 807 vd.

yollara başvurmadağı takdirde edim konusunun saklanması veya korunmasına ilişkin yaptığı masrafları, alacaklı adına değil, borçlunun borcunun devam etmesi sebebiyle yaptığını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, borçlu, yaptığı harcamaları masraf kalemi olarak değil, olası tazminat talebi kapsamında isteyebilir³⁷⁹. Temerrüt sebebiyle malvarlığı kayıplarına dayalı talepler aşağıda ayrıca ele alınmıştır³⁸⁰.

Alacaklı temerrüdünün sonuçlarından biri de temerrüdün gerçekleşmesiyle, kefilin borcundan kurtulmasıdır. TBK m. 593/II’de düzenlenen bu sonuca göre, kefilin ifayı teklif etmesine rağmen alacaklının haklı bir sebep olmaksızın kaçınması durumunda, kefil, üçüncü bir kişinin borcu için sorumluluk üstlendiğinden, temerrütle birlikte bu sorumluluğu sona erer³⁸¹.

Son olarak, seçim hakkının alacaklıda olduğu seçimlik borçlarda, alacaklı temerrüdünün nasıl bir sonuç doğuracağı da tartışmalıdır. Bu hususta, bir görüş³⁸², alacaklının seçim hakkına dava yoluyla zorlanabileceğini belirtirken, ikinci bir görüş³⁸³ ise, alacaklının bu konuda serbest olduğunu, ancak borçluya da sözleşmeden dönme hakkının tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Alman hukukundan esinlenen üçüncü bir görüş ise, BGB §264/2’de belirtildiği şekilde, seçim yapması için alacaklıya borçlu tarafından tanınan sürenin sonunda seçim hakkının borçluya geçeceğini ileri sürmektedir³⁸⁴.

³⁷⁹ **Stauber**, N. 826. Borçlunun, borcunun devam edeceği doktrin tarafından da kabul edilmekle birlikte, kanaatimizce, alacaklının tek taraflı davranışı ile yaratılan bu durumdan kaynaklı ortaya çıkan giderlerin alacaklıya yükletilmemesi hakkaniyete aykırı bir duruma sebep olur. Ayrıca, yazarın, bu giderleri zarar kapsamında görüp, masraf olarak nitelendirmemesi de tartışmaya açıktır. Aynı yönde bkz. **Serozan**, İfa, §12 N. 12.

³⁸⁰ Bkz. 3.2.2.

³⁸¹ **Von Tuhr/Escher**, s. 74; **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 33; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 38.

³⁸² **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 72 N. 11.

³⁸³ **Von Tuhr/Peter**, s. 80; **Eren**, Genel, N. 3006.

³⁸⁴ **Bucher**, OR AT, s. 228 dn. 22. Görüşler için ayrıca bkz. **Seliçi, Özer**, Seçimlik Borçların İfası, İÜHFM, C. 34, S. 1-4, 1968, s. 393 vd.; **Koç**, s. 138; **Schraner**, ZK OR, Art. 92, N. 35; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 43.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞSAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNÜN ŞARTLARI

2.1. Borç Bakımından Şartlar

2.1.1. Borcun İfa Edilebilir Olması

İşsahibinin alacaklı temerrüdü için aranan şartların başında yüklenicinin borcunun ifa edilebilir olması gelir. İşsahibinin alacaklı temerrüdü, hazırlık fiilinden veya kabulden kaçınma ile ortaya çıkabileceğinden ifa edilebilirliğin, yüklenicinin hem meydana getirme hem de teslim borcu bakımından değerlendirilmesi gerekir. Sözleşme hükümleri veya özelliği ya da durumun gereğinden tarafların aksini kastettikleri anlaşılmadıkça (TBK m. 96), yüklenicinin meydana getirme ve teslim borcunu erken ifa etmesi mümkündür. Bu şekilde erken ifanın kabul edilebileceği durumlarda, işsahibinin davranışı yerine getirmemesi alacaklı temerrüdünü doğurur³⁸⁵. Ancak, bu durum, işsahibinin meydana getirme sürecinde yerine getirmesi gerekli davranışların tamamının yüklenici tarafından talep edilmesini sağlamaz³⁸⁶. Zira temerrüt için yüklenicinin öncelikle ifaya hazır olması gerekmektedir³⁸⁷. Bu ifaya hazır olma durumu ise, belirli aşamalar sonucunda başka bir deyişle işsahibinin de katılma davranışlarını adım adım yerine getirmesiyle ortaya çıkar. Örneğin, yüklenici, kazı çalışmalarına başlar başlamaz yapacağı konutun mutfak dolaplarının veya tesisata ilişkin malzemelerinin kendisine hemen teslimini talep edemez. Bu sonuç, somut olayın özellikleri çerçevesinde durumun gereğinden çıkarılır. Buna karşılık, taraflar, işsahibinin davranışlarını, yüklenicinin talebi halinde yerine getireceğini de kararlaştırabilirler. İşsahibinin yerine getireceği davranış bakımından şart veya vade kararlaştırıldığında ise, durumun işsahibinin menfaatine de ilişkin olup olmadığı değerlendirilmelidir. Örneğin, işsahibinin de menfaati düşünülerek bir vade belirlenmişse, tarafların erken ifanın aksine karar aldıkları sonucuna ulaşılmalıdır. Aynı sonuca, tarafların meydana getirme faaliyetleri için başlangıç zamanı kararlaştırdıkları hallerde de ulaşılır. Başka bir deyişle, işe başlama tarihi işsahibinin de menfaatine belirlenmişse, yüklenici, bu tarihten önce işsahibinden işbirliği davranışını yerine getirmesini talep edemez. Bu noktada, özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından söz konusu olan inşaat programlarının ve bunda yer alan sürelerin bağlayıcı olup olmadığının somut

³⁸⁵ Bkz. 1.2.6.2.1.

³⁸⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 504.

³⁸⁷ Bkz. 1.2.6.2.1.

olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Şüphe durumunda ise, bu programların ve sürelerin bağlayıcı olmadığı kabul edilmelidir³⁸⁸.

Yüklenicinin teslim borcunun erken ifası bakımından da meydana getirmeye ilişkin kurallar geçerlidir. Başka bir deyişle, yüklenicinin, eseri tamamlaması ile birlikte kural olarak teslim etme imkânı vardır³⁸⁹. Bu noktada da teslim bakımından getirilen şart veya vadenin işsahibi bakımından anlamı değerlendirilmeli ve ona göre erken ifanın mümkün olup olmadığına karar verilmelidir³⁹⁰. Örneğin, işsahibi, tatilden dönüş tarihi olan 10 Temmuz'da tamir edilen eseri alacağını bildirmiş ise, yüklenicinin, 3 Temmuz'da eseri teslim almadığı için işsahibini temerrüde düşürmesi mümkün değildir.

2.1.2. Borcun Mümkün Olması

İşsahibinin temerrüdü için yüklenicinin edim yükümlülüğünün mümkün olması gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici, eseri meydana getirip işsahibine teslim edebilmelidir. Bu şart ile yüklenicinin, ifa kapasitesi değil, edim sonucunu objektif açıdan gerçekleştirebilir olması kastedilmektedir. Örneğin, eserin yapılacağı yerin devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan bir yer haline gelmesi veya portresini yaptırmak isteyen işsahibinin ölümü halinde olduğu gibi yüklenicinin edimini yerine getirmesinin mümkün olmadığı durumlarda işsahibinin alacaklı temerrüdünden bahsedilemez.

İfanın mümkün olmamasının sebebi alacaklı temerrüdü bakımından önem arz etmez. İster mücbir sebep gibi taraflara yükletilemeyen bir sebep isterse işsahibinin sağlaması gereken malzemeye ilişkin sürekli ithalat yasağında olduğu gibi işsahibinin riziko alanından kaynaklansın, yüklenicinin edim yükümlülüğü mümkün olmadığı sürece işsahibinin alacaklı temerrüdü de gerçekleşmez. Aynı şekilde, yüklenicinin ifasının beklenemez olduğu durumlarda da yine alacaklı temerrüdünden bahsedilemez. Buna karşılık, işsahibinin, ifaya katılımının beklenemediği durumlarda ise, bunun TBK m. 106 çerçevesinde objektif haklı sebep oluşturup oluşturmadığı tespit edilmeli ve bu kapsamda değilse işsahibinin alacaklı temerrüdüne hükmedilmesi gerekir.

³⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 655 vd.; **Reetz, Peter**, Schneller, schneller!-Baubeschleunigung und ihre Kosten, ansprüche des Unternehmers und des Bauherrn, Schweizerische Baurechtstagung 2013, N. 9.

³⁸⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 505.

³⁹⁰ Nitekim daha önce de belirtildiği üzere yalnız vadenin kararlaştırılmış olması, erken ifayı engellemez. Bkz. 1.2.6.2.1.

2.2. İşsahibi Bakımından Şartlar

2.2.1. İşsahibinin Alacaklı Temerrüdüne Sebep Olan Davranışlarının Varlığı

2.2.1.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesini diğer sözleşmelerden farklı kılan sonuç odaklı yapısı, meydana getirmeye yönelik bir süreci gerektirir ve bu sürecin nihayetinde elde edilen sonuç işsahibine sunulur ve karşı edime (TBK m. 479) hak kazanılır. Başka bir deyişle, yüklenicinin karşı edime hak kazanabilmesinin yolu, tarafların kararlaştırdıkları şekilde sonucun meydana gelmesini gerektirmektedir ki bu da işsahibine eserin teslim edilmesine kadarki sürecin sorumluluğunun, yükleniciye ait olduğunu göstermektedir (TBK m. 483/I). Ancak, bu sonucun meydana getirilebilmesi ve eserin teslim alınması neredeyse her zaman işsahibinin de ifaya katılımını gerektirir³⁹¹. Dolayısıyla, işsahibinin bu davranışları aynı zamanda yüklenicinin edim borcunun da sınırlarını oluşturur³⁹². Bu kapsamda, eser sözleşmelerinde birçok halde, işsahibi ve yüklenicinin işbirliği içinde hareket etmesi sözleşmenin ifa edilebilmesi için kaçınılmazdır. Bu durum, işsahibinin hazırlık fiillerinde kendisini daha çok gösterir. Gerçekten de, bu davranışlar yerine getirilmediğinde, yüklenicinin ifaya devam etmesi mümkün değildir. Ayrıca, yüklenicinin önce ifa ile yükümlü olduğu da düşünüldüğünde, işsahibinin bu davranışlardan kaçınması bir noktada yüklenicinin karşı edime kavuşmasını da engeller. Bu davranışlarını yerine getirmekten kaçınan veya yükleniciyi ifada engelleyen işsahibine karşı alacaklı temerrüdü hükümleri cari olur.

İşsahibinin edimin ifası için yerine getirmesi gereken davranışlar sözleşme konusuna ve içeriğine göre belirlenir. Özellikle günümüzde eser sözleşmelerinin çeşitliliği de düşünüldüğünde bunların somut olarak belirlenmesi mümkün değildir. Zira taraflar, sözleşme konusuna göre her zaman ek davranışlar kararlaştırabilecekleri gibi kural olarak yüklenicinin edim borcu kapsamında sayılabilecek bir davranış işsahibine de yükleyebilirler. Kanun koyucu ise, her ne kadar eser sözleşmesinde özel bir düzenlemeye yer vermese de, alacaklı temerrüdü bakımından hazırlık fiilleri ve kabul şeklinde ikili bir ayırım tercih etmiştir³⁹³. Kanun'da yer alan “*hazırlık fiilleri*” ifadesi, esasen kabulden önceki aşamada alacaklının yerine getirmesi gerekli her türlü davranış kapsayacak nitelikte geniş anlamıyla

³⁹¹ Zira eser sözleşmelerinin, ferdi olarak işsahibi için meydana getirilmesi ve onun ihtiyaçlarına yönelik olması sebebiyle, en azından işsahibinin talimatına veya kişisel katılımına ihtiyaç bulunmaktadır. Bkz. **Busche**, MüKo BGB, §642, Rn. 1.

³⁹² **Strunk**, s. 54 vd.; **Ardıç, Azmi**, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016, s. 1; **Arpacı**, s. 127.

³⁹³ İsviçre doktrininde ise, işsahibinin yerine getirmesi gerekli davranışlar yerine getirileceği zamana göre farklı şekilde isimlendirilmektedir. İfaya hazırlık fiilleri “*Vorbereitungshandlung*” olarak isimlendirilmekle birlikte, alacaklının ifası esnasında gerekli olan davranışlar “*Mitwirkung*”, ifaya refakat eden davranışlar “*Begleitshandlung*” olarak nitelendirilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. 1.2.6.4.1. Hazırlık fiillerinin de “*Mitwirkung*” kapsamında olduğu noktasında ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 1330.

kullanılmıştır. Bu durum, kanaatimizce 818 sayılı eBK m. 90'da yer alan “*tekaddümen... yapılması lazım gelen*” ifadesinden de çıkartılabilir³⁹⁴. Dolayısıyla, aşağıda da görüleceği üzere, karışıklıklara engel olmak adına TBK'daki ifaya hazırlık fiilleri ifadesinin geniş anlamda anlaşılabilir olarak sözleşmenin kurulmasından (meydana getirme faaliyetlerine başlanmadan öncesinden) ifanın teslim alınmasına kadar, ifa için gerekli tüm davranışları kapsayan bir anlama geldiği kabul edilmelidir³⁹⁵. Bu çalışma bakımından da hükümdeki ifadeye uygun olarak, ifaya hazırlık fiilleri geniş anlamıyla kullanılmış olup kabul aşamasına kadar işsahibinin yapması gereken her türlü davranış, hazırlık fiilleri kapsamında değerlendirilmiştir³⁹⁶. Bununla birlikte, doktrinde ve uygulamada kabul davranışlarını da kapsayacak biçimde kullanılan işbirliği veya katılım davranışları ifadelerine de çalışmada yer verilmiştir³⁹⁷. İşsahibinin bu davranışlarına genellikle inşaat sözleşmesinde ortaya çıkan durumlar örnek gösterilmekle birlikte, işin görülmesi için gerekli malzeme, arazi, enerji, plan ve proje sağlanması, talimat veya onay verilmesi, provaya katılma, teslim için eseri birlikte kontrol etme, inşaat ruhsatı vb. hukuki izinlerin alınması, birden fazla yüklenici arasında koordinasyon sağlanması davranışları işbirliği kapsamında değerlendirilmektedir³⁹⁸.

İşsahibinin katılım davranışları, meydana getirme faaliyetlerinin uzun sürdüğü veya karmaşık süreçlerden oluşan ya da birden fazla alt yüklenicinin devreye girdiği büyük projeleri konu alan eser sözleşmeleri bakımından da önem arz etmektedir. Zira meydana getirmeye yönelik programdaki ufak bir aksaklık zincirleme şekilde diğer yüklenicileri veya süreçleri de etkilemekte ve işin tamamına yayılabilmektedir³⁹⁹. Bu sebeple, aşağıda açıklandığı üzere, bu tip sözleşmeler bakımından işsahibinin işbirliğinin hukuki niteliğinin farklı değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁴⁰⁰. Ancak, ister bir

³⁹⁴ 818 sayılı BK'da yer alan ifade, hazırlık fiillerini karşılamakta olup mülga Kanun'daki *tekaddüm (takaddüm)* ifadesi, önce gelme, önce davranma anlamlarına gelmekte ve alacaklının, borcun ifasının gerçekleşebilmesi için önce yapması gereken davranışları kapsamaktadır. Kelimenin anlamına ilişkin bkz. **Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Yayına Hazırlayan: Güneşal, A.S., 25. Baskı, Ankara 2008, s. 1024.

³⁹⁵ **Gauch**, Werk, N. 1330 (Yazar, eser sözleşmesi bakımından, “*Mitwirkung*” kapsamında, hazırlık fiillerinin yanı sıra eserin meydana getirilmesinde gerekli olan işsahibi davranışlarının da bulunduğunu belirterek, kanaatimizce kavramı bir üst kategori haline getirmektedir.). Açıkça belirtmemekle birlikte, sayılan farklı davranış türlerinden anlaşıldığı kadarıyla aynı yönde, **Koller**, Werk, N. 172. **Rey**, *Mitwirkung*, N. 69 (Yazar, hazırlık fiilleri ve kabulün işbirliği edimlerini kapsadığını belirtmektedir.).

³⁹⁶ Buna karşılık, Alman ve Avusturya Medeni Kanunları ile İsviçre doktrininde genel başlık olarak “*Mitwirkung*” ifadesiyle de karşılaşılmaktadır. İşbirliği veya katılma olarak çevrilebilecek bu ifade, alacaklı açısından tüm davranışları kapsaması yönünden yerinde olmakla birlikte, TBK'da yer alan ifadeden ayrılmamak adına, işsahibinin temerrüde yol açan davranışları, kabul ve ifaya hazırlık fiilleri kapsamında ele alınmıştır. Bununla birlikte, farklı ayrımlar çerçevesinde anılan ifadelerin genişletilmesi de kimi zaman gerekmektedir. Bkz. 2.2.1.3.

³⁹⁷ Bkz. 1.2.6.4.1.

³⁹⁸ **Zeltner**, N. 43 vd.; **Rey**, *Mitwirkung*, N. 406 vd.; **Arpacı**, s. 133 vd.; **Ardıç**, s. 74 vd.

³⁹⁹ Bu tip sözleşmelerde özellikle temerrütten sonra başkaca sebeplerin de meydana gelmesiyle yeni sonuçlar doğabileceği gibi yüklenicinin karşılaştığı olumsuz sonuçların ağırlaşması da söz konusu olabilir. Böyle durumlarda, hangi sebepten kimin sorumlu olduğu ve tarafların riziko alanlarının titizlikle belirlenmesi gerekir.

⁴⁰⁰ Bkz. 2.2.1.2.

metro yapım işinde tünel yapan yüklenicinin inşaat alanına alınmaması sebebiyle diğer yüklenicilerin işleri aksasın, isterse gelinlik sipariş veren kişinin provalara gelmemesinden dolayı terzi ifada engellenmiş olsun, sözleşme konu ve kapsamı fark etmeksizin işsahibinin işbirliği davranışlarının yerine getirilmesi sözleşmenin ifası için elzendir. Meydana gelen sonuçların özellikle maddi ağırlığına bakılarak davranışların hukuki niteliğinin belirlenmesi uygun gözükmemektedir.

İşsahibinin kabulü takiben yerine getirmedeğinde alacaklı temerrüdüne yol açabilecek davranışlarının bulunup bulunmadığı da bu kapsamda incelenmiş olup bu davranışlar doğrudan TBK m. 106’da düzenlenen “*hazırlık fiilleri*” ve “*kabul*” kategorisi içerisinde değerlendirilemeyeceğinden “*kabul sonrası davranışlar*” olarak nitelendirilmiştir. Ancak, kabul sonrası da olsa, işsahibinin yerine getireceği davranışlar yine hazırlık fiilleri veya kabul şeklinde ortaya çıkar⁴⁰¹.

2.2.1.2. İşsahibinin Davranışlarının Hukuki Niteliği

2.2.1.2.1. Genel Olarak

İşsahibinin sözleşmenin ifası için yapması gereken hazırlık fiilleri ve kabul davranışlarının hukuki niteliği bakımından alacaklının işbirliği davranışlarında olduğu gibi doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. İşsahibinin davranışlarının niteliği konusunda, külfet ve yükümlülüğün yanı sıra karma görüşler de ileri sürülmektedir⁴⁰². Tartışma, özellikle Alman hukukunda daha yoğundur. Zira Türk-İsviçre hukukunun aksine Alman hukukunda, işsahibinin yerine getirmesi gereken işbirliği davranışları için, BGB §642 ve §643’te ayrıca düzenlemelere yer verilmiş olup eserin hem teslim alınmasını hem de gereği gibi olduğu takdirde sözleşmeye uygun olduğunun işsahibince belirtilmesini de içeren teslim alma “*Abnahme*” ise, BGB §640’da borç olarak düzenlenmiştir⁴⁰³. Türk-İsviçre doktrininde de bir görüş, TBK m. 486’da yer alan “*kabul etmek ve karşılığını vermekle yükümlüdür.*” ifadesi kapsamında, işsahibinin kabul borcu bulunduğunu ileri sürmektedir⁴⁰⁴.

⁴⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 2.2.2.3.5.

⁴⁰² Külfet ve yükümlülük görüşlerine yönelik açıklamalar için bkz. 1.2.5.

⁴⁰³ “*Abnahme*” başlıklı BGB §640, Türk hukuku bakımından teslim almanın değil, kabulün karşılığını oluşturmada olup işsahibi açısından bir borç olarak düzenlenmiştir. BGB §642 ve §643’te ise, işsahibinin işbirliği davranışlarından (*Mitwirkung*) kaçınması halinde, kendisinden uygun bir tazminatın (*angemessene Entschädigung*) istenebileceği belirtilmiş ve ayrıca TBK m. 110’a benzer şekilde belirli süre içerisinde davranışı yerine getirmeyen işsahibine karşı, yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceğine (*Kündigung*) yer verilmiştir. Anılan tazminatın, teknik anlamda bir tazminat olup olmadığı da Alman hukukunda tartışmalı olup çalışmamız kapsamında birçok yerde bu hususa değinilmiştir.

⁴⁰⁴ Eren, Özel, N. 2240 (Yazar, eseri teslim alma borcu ifadesini kullanmaktadır.); Von Tuhr/Escher, s. 69 dn. 2; Weber, BK OR, Art. 91, N. 69; Üçer, s. 29; Schraner, ZK OR, Art. 91 N. 41; Serozan, Dönme, s. 328. Aksi yönde, Koller, Werk, N. 170. Bu duruma ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. 2.2.2.3.2.

2.2.1.2.2. Külfet Görüşü

İş sahibinin davranışları bakımından, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda, genel hükümlerde olduğu gibi külfet görüşü hâkimdir⁴⁰⁵. Külfet görüşünü ileri süren yazarların neredeyse tamamı, kanunda bir hükmün bulunduğu veya sözleşmenin yorumundan (sözleşmede açık veya zımni bir anlaşma), davranışların iş sahibi açısından yükümlülük olarak nitelendirilebileceği fikrini kabul etmektedir⁴⁰⁶. Başka bir deyişle, somut olayın özelliklerine göre belirli şartlar (ceza koşulu kararlaştırılması, referans iş, tarafların TBK m. 484 hükmünü devre dışı bırakmaları vb.) altında yükümlülük fikri de kabul görmektedir⁴⁰⁷. Bu görüşe göre, davranışlar bakımından hem yükümlülük hem de külfet fikri kabul edilebilse de, herhangi bir sonuca ulaşılamayan durumlarda külfet fikri benimsenmektedir.

İş sahibinin, sözleşmenin kurulduğu andan sona erdiği ana kadarki süreçte ifanın gerçekleştirilmesi için yerine getirdiği davranışların tamamı, yüklenicinin eseri meydana getirme ve aynı zamanda teslim borcunun ifasına yöneliktir. Başka bir deyişle, iş sahibi elde

⁴⁰⁵ **Gauch**, Werk, N. 1344; **Koller**, Werk, N. 172; **Schulin, Hermann**, Schuldnerrechte bei vertragswidrigem Verhalten des Gläubigers, insbesondere bei Dienstleistungsoobligationen, Haftung aus Vertrag, Hrsg.: KOLLER, A., St. Gallen 1998, s. 82; **Hürlimann, Roland**, Ansprüche des Unternehmers aus Bauablaufstörungen des Bauherrn, Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht, Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag, Zürich 2004, s. 819; **Hauck, Bernd/Rebmann, Tobias**, Auswirkungen von Bauablaufstörungen auf den werkvertraglichen Vergütungsanspruch, s. 432; **Larenz, K.**, Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd.: Besonderer Teil, 1. Halbbd., München 1986, s. 371; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 2; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642, Rn. 17; **Hüffer**, s.222 vd.; **Hartmann**, s. 68; **Ünal**, s. 450; **Öz**, İnşaat, s. 112-113 (Yazar, davranışların iş sahibi bakımından yalnız hak niteliğinde olduğunu belirtmektedir.); **Özcelik, Ş. Barış**, Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları, AÜHFD, C. 63, S. 3, s. 609 (Ancak, yazar, TBK m. 110 kapsamında sözleşmeden dönme halinde istisnai olarak borca aykırılığın kabul edilmesi gerektiğini ve borcunun menfi zararını isteyebileceğinin kabul edilmesi gerektiğini de belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 612.); **Seçer**, Fesih, s. 239; **Aday**, s. 195; **Akkanat, Halil**, İnşaat Sözleşmesi'nde İş Sahibinden Kaynaklanan Ek Masrafların Durumu, Ord. Prof. Dr. Ali Fuad BAŞGİL'in Anısına Armağan, İstanbul 2019, s. 142-143; **Mansel**, Jauernig BGB, §642, Rn. 1; **Raab**, NK BGB, §642, Rn. 6; **Leupertz/Halfmeier**, PWW BGB, §642 Rn. 2. Başka yazarlar ve açıklamalar için ayrıca bkz. ve krş. **Weller**, s. 472 vd.; **Arpacı**, s. 68 dn. 43.

⁴⁰⁶ **Gauch**, Werk, N. 1334, 1345; **Koller**, Werk, N. 173; **Pedrazzini**, s. 542; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 13; **Rey**, Mitwirkung, N. 555; **Hurlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 376 N. 4; **Schulin**, s. 82; **Larenz, Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, II.Bd.: Besonderer Teil, 1. Halbbd., München 1986, s. 371 (LARENZ, II/1); **Strunk**, s. 281; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 2; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 17; **Müller-Foell**, s. 53; **Hartmann**, s. 68; **Ünal**, s. 450; **Rütten**, s. 105.

⁴⁰⁷ 15. HD, T. 12.09.2007, E. 2006/4710, K. 2007/5271: “Sözleşmenin cezai hükümler bölümünde “..... yükümlülüklerini yerine getirmeyen taraf, diğer tarafa her hafta için sekiz bin malın toplam bedelinin (KDV hariç) yarısı kadar tazminat ödemeyi kabul ederler.....” içerikli ceza koşulu yer almaktadır. Yanlarca kararlaştırılan bu ceza koşulu, Borçlar Kanunu’nun 158/1. maddesi gereğince “seçimlik” ceza koşuludur. Nitekim, davacı, ilk yarı için teslim alınmayan 84.000 adet lavaş ekmeğinin davalı tarafından teslim alınmaması sebebiyle, davalıya tebliğ edilemeyen 15.01.2004 tarihli ihtarında da açıklandığı üzere sözlü olarak (13.239.000.000) TL. ceza koşulunun ödenmesini davalıdan istemiş; davalı ise, 12.01.2004 tarihli ihtarıyla talebini kabul etmediğini, ancak “makul miktardaki tazminatı” ödeyebileceğini davacıya bildirmiştir. Haftada 8000 adetlik partiler halinde davalıya mal teslim edileceği ve mal bedelinin ise teslimatta davalı tarafından davacıya peşin olarak ödeneceği sözleşmede kararlaştırılmıştır. Sözleşmedeki bu koşullar iş sahibinin “bedel ödeme” borcunu düzenleyen Borçlar Kanunu’nun 364/2. maddesi hükmüne uygundur. Buna göre, yüklenicinin teslim; iş sahibinin ücret ödeme borçlarının bölümsel edimler halinde ifa olunacağı taraflarca kabul edilmiştir. Dava dosyası kapsamındaki deliller değerlendirildiğinde, ilk yarı dönem için 84.000 adet ekmeği davalının teslim almamasını haklı gösteren hukuksal bir sebebin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Davalının temerrüdü sonucu davacı, seçimlik hakkını kullanarak, (13.239.000.000) TL. tutarındaki ceza koşulunu isteyebilir.” www.lexpera.com.

edeceği edimin gerçekleşmesine ilişkin davranışlarda bulunarak sahip olduğu alacak hakkının kapsamında hareket etmektedir. Nitekim, yüklenicinin kural olarak, sözleşmeyi eserin kabul edilmesi veya kullanılması için değil, karşı edimi elde etmek amacıyla akdettiğinin de gözden uzak tutulmaması gerekir⁴⁰⁸. Bununla birlikte, yüklenicinin, karşı edimi olan bedele hak kazanabilmesi de borçlanmış olduğu eseri, sözleşmeye uygun meydana getirmesi ve teslim etmesiyle mümkündür. Yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünü gerçekleştirebilmesi ise, işsahibinin katılımına bağlı olduğundan, davranışlar, dolaylı olarak bedel edimini ilgilendirdiği gibi yüklenicinin ifa programını da aksatır⁴⁰⁹. Bu durum da, davranışların yerine getirilmemesi durumunda yüklenicinin karşılaşacağı olumsuz hukuki durumların ortadan kaldırılmasını gerektirir. Böylece, davranışlarda bulunmanın yalnız bir hakkın kullanımı kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

2.2.1.2.3. Yükümlülük Görüşü

İşsahibinin katılım davranışlarına ilişkin doktrinde ileri sürülen ve günümüzde taraftarı artan bir diğer görüş ise, yükümlülük görüşüdür. Bu görüşteki yazarların, bir kısmı⁴¹⁰ genel olarak tüm eser sözleşmeleri bakımından işsahibinin işbirliği davranışlarının yükümlülük niteliğinde olduğunu ileri sürerken, diğer bir kısmı⁴¹¹ ise eser sözleşmelerinin belirli nitelikleri taşıdığı hallerde yükümlülük niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Ancak, her durumda görüşlerin temelinde yatan fikir, işsahibinin işbirliğinden kaçınması halinde alacaklı temerrüdü hükümlerinin yüklenicinin menfaatlerini tek başına koruyamayacağı bu sebeple

⁴⁰⁸ **Leupertz, Stefan**, Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht, Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, München 2010, s. 143; **Koller**, Werk, N. 170. Nitekim işsahibinin borçları başlığı altında yalnız bedel ödeme borcuna yer verilmesi ve genel hükümlerdeki TBK m. 110 ve m. 484 düzenlemesi ile eser sözleşmeleri bakımından, kural olarak yüklenicinin karşı ediminin korunduğu fikri sonucuna ulaşılabilir.

⁴⁰⁹ Bu duruma, özellikle birden fazla yüklenicinin bulunduğu hallerde işsahibi veya onu temsil eden bir kişi tarafından, yükleniciler arası koordinasyonun sağlanması durumları örnek gösterilebilir.

⁴¹⁰ **Ardıç**, s. 64, 140 (Yazar, taraf anlaşmasının bulunduğu hallerde yan edim yükümlülüğü olarak kararlaştırılabileceğini tarafların farazi iradelerine göre hareket edildiği durumlarda ise, davranışın işsahibinin mi yüklenicinin mi yararına olduğunun tespit edilmesi gerektiğini eğer ikincisi yararına ise, yükümlülük niteliğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Tamamlayıcı yorumdan da aksi sonuca ulaşılamayan hallerde de davranışların diğer davranış yükümü kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.); **Weller**, s. 584 (Yazar, sadakat borcu ve borçlunun ifaya ilişkin menfaati kapsamında yükümlülük değerlendirmesinde bulunmaktadır.).

⁴¹¹ **Zeltner**, N. 342; **Ayan**, s. 37 vd.; **Arpacı**, s. 111; **Kürşat**, İnşaat, s. 156 (Yazar, hazırlık fiillerinin yerine getirilmemesi halinde borçlu temerrüdünün gerçekleşeceğinden bahsetmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 157); **Müller-Foell**, s. 111; **Nicklisch**, BB 1979, s. 537; **Teichmann**, Soergel BGB, §642, Rn. 2; **Fuchs, Heiko**, Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien, Köln München 2004, s. 372; **Kapellmann, Klaus**, Die erforderliche Mitwirkung nach §642 BGB, §6 VI VOB/B Vertragspflichten und keine Obliegenheiten, NZBau 2011, s. 193 vd.; **Seçer**, Gecikme, s. 524; **Spiess, Hans Rudolf**, Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht, Recht 2012, s. 121; **Erman**, Arsa Payı, s. 48 vd.; **Schwenker/Rodemann**, Erman BGB, §642 BGB Rn. 2; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 775; **Eren, Fikret**, İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001, s. 104; **Akkanat**, Taşeronluk, s.208 dn. 252; **Kaplan, İbrahim**, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2019, 2. Bası, s. 87.

yükleniciye tazminat hakkı tanınması gerektiğidir. Bu görüşteki yazarlar, özellikle meydana getirme faaliyetleri uzun süren veya karmaşık niteliğe sahip eser sözleşmeleri bakımından TBK'daki düzenlemelerin yetersiz olduğunu belirtmektedir. İş sahibinin davranışları yerine getirmemesi durumunda, yüklenicinin özellikle diğer işlerinde gecikmesi veya üçüncü kişilere tazminat ödemek zorunda kalması, işin yarıda kalması sebebiyle meydana gelebilecek gecikmeye bağlı diğer zararları veya uğradığı ticari itibar zedelenmesi vb. çeşitli zararların tazmin edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bu fikirleri, Alman Federal Mahkemesi'nin sözleşmenin müspet ihlaline dayandığı eski tarihli kararları da güçlendirmiştir⁴¹². Bu noktada, Alman hukukunda bir başka görüş, iş sahibinin kusursuz olduğu hallerde alacaklı temerrüdü hükümleri uygulanacağını, kusurlu olduğunda ise ifa engellerine ilişkin diğer hükümlerin de kümülatif olarak uygulanabileceğini belirtmektedir⁴¹³.

2.2.1.2.4. Karma Görüş

Davranışın niteliğinin somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini ileri süren görüş, bu çalışma bakımından karma görüş olarak adlandırılmıştır. Bu görüşe göre, TBK'da iş sahibinin davranışlarına ilişkin açık bir düzenlemenin bulunmaması, genel bir kuralı gerektirmez. İş sahibinin somut faaliyeti ve bu faaliyetin sonuçları dikkate alınarak davranışların hukuki niteliğinde belirleme yapılmalıdır⁴¹⁴. Esasen baskın görüşün kabul ettiği

⁴¹² BGHZ 11, 80 (Anılan kararda, charter sözleşmesi söz konusu olup taşıtanın belirttiği kişinin gemiyi boşaltmaması sebebiyle, taşıyan ifa etmemeye dayalı tazminat talep etmiş ve bu talep, Federal Mahkeme tarafından, taşıtanın sözleşme amacını tehlikeye attığı gerekçe gösterilerek sözleşmenin müspet ihlali kapsamında kabul edilmiştir.). Bu karara ilişkin yapılan eleştiriler üzerine, Federal Mahkeme kısa bir zaman sonra verdiği başka bir kararında, bir borç ihlali çerçevesinde olmadığını ve sözleşmenin müspet ihlaline yol açmayacağını belirtmekle birlikte, sözleşme taraflarının sadakat yükümlüğünü ihlalinin sözleşme amacını tehlikeye atacağını belirtmiştir. Karar için bkz. II ZR 117/59 vom 20 Juni 1960, s. 8 vd. Sözleşmenin müspet ihlaline dayanan bir başka karar için bkz. BGHZ 50, 175 (Anılan kararda, iş sahibi tarafından sipariş edilen faturalama makinelerinin tamamlanabilmesi için, iş sahibinin bazı bilgileri yüklenici ile paylaşması gerekirken bu davranışlar yerine getirilmemiş ve yüklenici tarafından hazırlanan makineler tamamlanamamıştır. Federal Mahkeme, külfet gerekçesine dayanan kararı bozmuş ve bu davranışların da borç ilişkisi kapsamında olduğunu belirterek yükleniciye sözleşmenin müspet ihlali kaynaklı talep hakkını tanımıştır.). Güncel kararlarda ise, külfet görüşü hâkimdir. Bkz. BGHZ 216, 319 (2017 yılında verilen bu kararda, VOB/B'nin dâhil edildiği inşaat sözleşmesi söz konusu olup kaba inşaat yüklenicilerinden birinin iflası ve iş sahibinin mimarının davranışları nedeniyle programa uygun gerçekleştirilememiştir ve Federal Mahkeme tarafından kural olarak iş sahibinin davranışlarının külfet niteliğinde olduğu kabul edilerek, istinaf mahkemesinin, iş sahibinin davranışlarının borç niteliğinde görülmemesi Federal Mahkeme tarafından da uygun bulunmuştur.); BGH, VII ZR 185/98, 21.10.1999. Aksi yönde, BGHZ 179, 55.

⁴¹³ **Hartmann**, s. 45. Kanaatimizce, Alman hukukunun aksine Türk hukukunda alacaklı temerrüdü bakımından ayrıca haklı sebep şartına yer verildiği için kural olarak bu fıkra kabul edilmesi mümkün gözükmemekle birlikte, iş sahibinin kusurlu biçimde temerrüde yol açtığı hallerin, eser sözleşmesi içerisindeki özel düzenlemelerden bazılarının (TBK m. 484) kapsamına girip girmediğinin de kontrol edilmesi gerektiği bu anlamda bir gerçektir.

⁴¹⁴ **Ayan**, s. 36; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 564 (Yazarlar, sözleşmenin yorumunun yanı sıra meydana getirme borcunun zamana yaygınlığı sebebiyle iş sahibinin davranışları bakımından genel itibariyle yükümlülük altında olduğunu da ileri sürmektedir); **Arpacı**, s. 112 (Yazar, inşaat sözleşmesi gibi uzun zaman dilimine yayılan sözleşmeler bakımından yükümlülük fikrini, yalın eser sözleşmelerinde ise öncelikle somut olayın hal ve şartlarının değerlendirilerek herhangi bir cevap bulunamadığında külfet niteliğinin kabul edilmesi gerektiğini

külfet fikrine göre de davranışların niteliğine somut olayın özelliklerine göre karar verilir. Ancak, herhangi bir belirlemenin yapılamadığı durumlarda, davranışların külfet niteliğinde olduğu kabul edilmektedir.

Karma görüşü savunan bir başka fikre göre davranıştan kaçınma ise, somut olay bakımından yüklenicinin ifa menfaatini aşan bir duruma sebep oluyorsa yükümlülük, böyle bir durum yoksa külfet olarak değerlendirilmelidir⁴¹⁵.

2.2.1.2.5. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kanaatimizce, alacaklı temerrüdünde benimsediğimizden farklı olarak iş sahibinin davranışlarına yükümlülük niteliği verilmesini gerektiren bir durum bulunmamaktadır⁴¹⁶. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde özellikle iki noktanın dikkate alınarak hareket edilmesi gerekir. Bunlardan ilki, eser sözleşmesinin içerdiği özel düzenlemelerdir. Zira TBK m. 472/II, 483, 484, 485/II hükümleri dikkate alınmadan, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün ve özellikle hukuki sonuçlarının bu maddelerde düzenlenen fikirlerle tamamlanmadan değerlendirilmesi mümkün değildir. İş sahibinin davranışlarının nitelendirilmesindeki ikinci husus ise, sözleşmenin yorumuna başvurulması zorunluluğudur. Zira külfet görüşünde olan yazarların da belirttiği gibi, açık veya zımni olarak tarafların bu davranışları bir borç olarak kararlaştırabilmeleri mümkündür. Bu noktada, sadece tarafların kullandıkları ifadelerle göre sonuca ulaşılmamalı ve sözleşmenin tamamı yorumlanmalıdır⁴¹⁷. Örneğin, yüklenicinin referans iş olması için (meydana getirilen programın dünyaca ünlü bir üniversitede kullanılması gibi) akdettiği bir eser sözleşmesinde, bu irade, iş sahibi tarafından da biliniyor veya bilinebilecek durumda ise, artık teslim almanın yanı sıra programın meydana getirilmesi süresince, iş sahibinin işbirliği davranışlarının bir yan borç olduğu sonucuna ulaşılır⁴¹⁸. Ancak, sözleşmenin yorumundan, iş sahibinin temerrüde yol açabilecek davranışlarının tamamına ilişkin bir sonuca ulaşmak şart değildir. Dolayısıyla, iş sahibi bakımından meydana getirilen eserin kabulünün bir borç olarak düzenlenmesi, iş sahibinin o eserin meydana getirilmesi

ileri sürmektedir.); **Büyükay**, s. 222 (Açık olmamakla birlikte, yazar, davranışın borç niteliğinde olabileceğinden bahsetmiş ve bu durumlarda alacaklı veya borçlu temerrüdünün gündeme geleceğini belirtmiştir.); **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 2; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 6; **Kapellmann, Klaus**, Die BGH-Entscheidung zu §642 BGB: Konsequenzen für §6 VI VOB/B, NZBau 2018, s. 339 (Yazar, federal mahkemenin külfet görüşünün, sözleşmenin yorumuna bağlı olarak borç ve külfete karar verilebileceği anlamına geldiğini belirtmektedir.). Kısmen aynı yönde, **Scheube, Jan**, Die Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag-Obliegenheit oder Pflicht?, Berlin 2003, s. 73.

⁴¹⁵ **Klees**, s. 218 (Yazar, BGB §642'den yükleniciye en fazla karşı edim miktarının ödenebileceğini ve bunu aşan durumlarda borca dayalı tazminat talep edilebileceğini ileri sürmektedir.).

⁴¹⁶ Bu noktada, hukuki niteliğe ilişkin tartışmalar ve değerlendirmemiz için bkz. 1.2.5.

⁴¹⁷ Örneğin, “*teslim almakla yükümlüdür*”, “*ruhsatı sağlamak zorundadır*” gibi ifadeler borç nitelendirmesi için tek başına yeterli olmamalıdır. Aynı yönde bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, Köln 2018, § 642, Rn. 20.

⁴¹⁸ **Gauch**, Werk, N. 1345; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 775; **Gehrer, Leo R.**, Vom Recht des Unternehmers, den Werkvertrag aufzulösen, Mélanges Assista, Genf 1989, s. 175 dn. 20.

sırasındaki tüm hazırlık fiilleri bakımından da borçlu olduğu anlamına gelmez. Buna karşılık, referans işte olduğu gibi, eserin tamamlanması ve tesliminde yüklenicinin menfaatinin bulunduğu kabul edilecek olursa artık işsahibinin ifa için gerekli davranışları yerine getirmesi yükümlülük niteliğindedir. Başka bir deyişle, yüklenicinin karşı edim dışındaki menfaatlerinin, sözleşme içeriğine dahil edilmesi gerekir. Sözleşmenin yorumu ve eser sözleşmesinin özel düzenlemeleriyle herhangi bir sonuca ulaşamadığı durumlarda ise, kanaatimizce, külfet niteliği benimsenerek yüklenicinin alacaklı temerrüdü hükümlerine göre, meselenin halli gerekir. Bu durumun bir sonucu olarak da işsahibinin davranışlarının yükümlülük niteliğinde olduğunu iddia eden yüklenicinin bu durumu ispatlaması gerekir.

İşsahibinin davranışlarının kural olarak yükümlülük olduğu fikri, kanaatimizce, Alman hukuku bakımından tartışılabilirse⁴¹⁹ de, Türk-İsviçre hukukunda en azından yasal bir dayanağın söz konusu olmadığı belirtilmelidir⁴²⁰. Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu'nda işsahibinin sorumluluk alanına ilişkin düzenlemeler incelendiğinde de bu sonuç ortaya çıkar. Örneğin, TBK m. 472/II'de malzeme sağlama bakımından işsahibinin borçlu olduğu açıkça düzenlenmediği gibi yerine getirilmemesine ilişkin de bir düzenleme yapılmamış olup malzemenin, ayıba (TBK m. 476), yok olmaya (TBK m. 483/II) veya imkânsızlığa (TBK m. 485) yol açtığı durumlarda ilgili maddelerin uygulanması gerekir. İşsahibinin alacaklı temerrüdüne yer verilen tek hüküm olan TBK m. 483'te temerrütle, edim ve bedel hasarının işsahibine geçeceğine yer verilmiş ve eserin yok olduğu hallerde yüklenicinin yaptığı işin ücreti ile giderlerini isteyebileceği düzenlenmiştir. Buna göre, işsahibinin temerrüdü, yükleniciye ayrıca tazminat ödemeyi gerektiren bir durum olmayıp yalnız eserin yok olduğu ana kadar yapılan işin bedeli ile yüklenicinin giderlerinin ödenmesini gerektirmektedir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında her ne kadar, işsahibinin “kusuru” ve “zarar” ifadelerine yer verilmişse de, doktrinde de belirtildiği üzere burada kullanılan kavramlar teknik anlamda kullanılmamıştır. Başka bir deyişle, kusur ile kastedilen işsahibinin borca aykırı davranışı olmadığı gibi zarar da yüklenicinin uğramış olduğu tüm zararlara değil yalnız karşı edim menfaatine ilişkindir⁴²¹. Aynı durum TBK m. 485/II için de kabul edilmektedir⁴²². Dolayısıyla, belirtilen hallerde kusurdan ve davranışın borca aykırılığından bağımsız,

⁴¹⁹ Bu hususta, teslim alma ve kabul etmenin (*Abnahme*) Kanun'da açıkça borç olarak düzenlenmesi (BGB §640) ve her ne kadar doktrinin büyük bir kısmı ve pratikte kabul edilmese de işbirliği davranışlarında yer verilen “*Entschädigung*” ifadesinin tartışmalı niteliği ve genel hükümlerin aksine yükleniciye sözleşmeden dönme hakkının tanınması (BGB §643) bu kapsamda gerekçe olarak gösterilebilir. Örneğin, bu düzenlemelere (BGB §§642, 643, 645) dayalı olarak, külfet sonucuna ulaşamayacağı hususunda bkz. **Müller-Foell**, s. 64.

⁴²⁰ **Gauch**, Werk, N. 1326.

⁴²¹ **Gauch**, Werk, N.726, 1210; **Koller**, Werk, N. 1030; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 66; **Koller, J.**, s. 69; **Rey**, Mitwirkung, N. 577. Elbette, işsahibinin davranıştan kaçınmasının yüklenicinin bütünlük menfaatine zarar verdiği durumlarda ayrıca sorumluluğu söz konusudur. Ancak, bu durum, temerrüde neden olan davranışın niteliğiyle doğrudan ilişkili değildir.

⁴²² **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 30; **Gauch**, Werk, N. 737; **Koller**, Werk, N. 287.

kanundan doğan ve üst sınırı sözleşmede kararlaştırılan bedeli geçemeyecek olan bir tazminat söz konusudur. Bu nitelikteki bir taleple de iş sahibinin işbirliği davranışlarını yerine getirme hususunda borçlu olduğu sonucuna ulaşılamaz. Tam tersine, yüklenicinin yalnız karşı edim menfaatinin dikkate alındığı ve iş sahibinin eserin tamamlanması hususunda yüklenici tarafından doğrudan (aynen ifa) veya dolaylı (tazminat) olarak baskılanamayacağı sonucuna ulaşılır.

İş sahibinin davranışlarının borç niteliğine ilişkin ileri sürülen gerekçelerden biri de, eser sözleşmelerinin özellikle uzun süreli ve kompleks projeleri içerdiği durumlarda yüklenicinin işin ifası için yapmış olduğu yatırımın ve maliyetin büyüklüğü sebebiyle davranışlardan kaçınma ile yüklenicinin zararlarının karşılanması gerektiğidir. Bu fikirden dolaylı olarak iş sahibinin ifanın gerçekleşmesi için üzerine düşen davranışların tamamını yapması gerektiği sonucuna ulaşılır. Ancak, bu fikrin TBK m. 484 ile bağdaştırılabilmesi mümkün değildir⁴²³. Bu hükme göre, iş sahibi, teslimden önce istediği zaman sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına sahiptir. Sözleşmenin bu şekilde feshedildiği hallerde de, yüklenicinin ileri sürebileceği talep, TBK m. 483/II ve 485/II’de anılan tazminat ile aynıdır. Başka bir deyişle, yüklenici, yalnız bedele ilişkin menfaatini isteyebilir. Dolayısıyla diğer işleri yerine getirmemesi sebebiyle ödemek zorunda kaldığı tazminatları (sorumluluk menfaati), fesih sebebiyle uğradığı ticari kaybı vb. zararlarını talep edemez⁴²⁴. Bu durum da, iş sahibinin işe devam etmeye zorlanamayacağını göstermektedir. TBK’da yer alan düzenlemelerin o sözleşme türündeki işin büyüklüğü, kapsamı, maliyeti veya tarafların hangi oranda yatırım yaptıklarını dikkate almaksızın uygulanması gerektiği düşünüldüğünde ise, kanaatimizce hükümlerin sözleşmelerin belirli türlerine uygulanmayacağı düşüncesi isabetli değildir⁴²⁵.

⁴²³ Nitekim Alman hukukunda bir görüş, iş sahibinin sözleşmeyi teslimden önce feshetme hakkının, önceden beri süregeldiğini ve eski tarihlerde de büyük proje eser sözleşmelerinin bulunduğunu dolayısıyla kanun koyucunun söz konusu düzenlemeleri, özellikle zanaat veya aynı anda birden fazla akdedilebilen işler için öngördüğü fikrinin doğru olmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **Bitter, Georg/Rauhut, Tilman**, Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers?, JZ 20/2007, s. 966 vd. (Yazarlar, vekalet sözleşmesine göre güven ilişkisinin kural olarak daha az önemli olduğu eser sözleşmesinde de iş sahibine böyle bir imkânın tanınmasının, iş sahibinin esere ilişkin ihtiyacının ortadan kalktığı ve artık kullanmayacağı bir eserin meydana getirilmesi için kaynak harcanmasının mantıksız olduğunu belirtmektedir.). İşbirliği davranışları bakımından yükümlülük fikrini kabul etmekle birlikte iş sahibinin feshinin bununla çelişeceği hususunda bkz. **Fuchs**, s. 359-360.

⁴²⁴ **Seçer**, Fesih, s. 68; **Gauch**, Werk, N. 550 vd.; **Koller**, Werk, N. 1054; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 15; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 29.

⁴²⁵ BGH 4A_494/2010 vom 7.12.2010, E. 4.4. (Kararda, yalnız zararın büyüklüğü sebebiyle, bir borç ihlalinin söz konusu olduğu sonucuna varılamayacağı belirtilmiştir.). Aynı yönde, **Gauch**, Werk, N. 1321, 1345 (Yazar, uzun süreli veya belirli niteliklere sahip inşaat sözleşmeleri bakımından zımnen işbirliği davranışlarının yükümlülük niteliğinde kabul edilmesinin ölçüyü aşmak olacağını belirtmektedir.); **Rey**, Mitwirkung, N. 391-392 (Uzun süreli ve karmaşık sözleşme olması işbirliği gerekliliğine ilişkin doğrudan bir şey söylememektedir. Zira bu tip sözleşmelerde de planlama ve meydana getirme sürecinin tamamen yükleniciye bırakılıp bırakılmaması durumu belirler. Dolayısıyla, tek başına sözleşmenin kurulduğu anda öngörülemezliğin bulunması önemli değildir. Uzun süreli ve karmaşık sözleşmelerde her ne kadar baştan her şeyin en ince ayrıntısına kadar planlanması veya meydana getirme sürecinin problemsiz gerçekleşmesi mümkün olmasa da bunların sebebi

Özellikle eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin daha basit süreçler içeren ve zanaat işlerine yönelik olduğu fikrine karşı ise, Türk Borçlar Kanunu'nun 2011 tarihli olduğu göz önünde bulundurulacak olursa, kanun koyucunun büyük projelere veya inşaat sözleşmelerine de söz konusu hükümlerin uygulanacağını bilmesine rağmen, düzenlemelerde herhangi bir değişikliğe gitmemiş olması anılan fikrin devam ettirildiği şeklinde yorumlanmaya açıktır⁴²⁶. Buna karşılık, emredici nitelikte olmayan iş sahibinin fesih hakkı, tarafların anlaşması ile kaldırılmışsa, artık katılım faaliyetleri bakımından yükümlülük görüşü kabul edilmelidir⁴²⁷.

Doktrinde, külfet fikrini kabul etmekle birlikte TBK m. 484'ün (OR Art. 377) varlığının, iş sahibinin davranışlarının yükümlülük niteliğinde olmasıyla çelişki oluşturmayacağını ileri süren bir görüş de bulunmaktadır⁴²⁸. Bu görüşe göre, iş sahibinin sözleşmeyi fesih hakkı ile yüklenicinin işbirliği davranışlarına ilişkin aynen ifa talebi çelişki oluştursa da, bu davranışlardan kaçınmaya tazminat sonucunun bağlanması söz konusu hakla çelişen bir yanı bulunmamaktadır. Nitekim, ani edimli eser sözleşmesinde, fesih hakkının kabul edilmesi de o ana kadar iş sahibinin sözleşmeyle bağlılığının aynı şekilde değerlendirilmesi gerektiğini göstermektedir⁴²⁹. Yine bu görüşe göre, işbirliği davranışlarının tazminat yaptırımına tabi tutulmasının amacı sözleşmenin yerine getirildiği aşamada yüklenicinin işbirliği davranışlarından kaçınma veya kötü yerine getirilmesine karşı korunmak iken, fesih hakkı, sözleşmenin istenildiği zaman sona erdirmesiyle ilişkilidir⁴³⁰. Kanaatimizce, iş sahibinin hem sözleşmeyi istediğinde feshedebilmesi hem de sözleşmeyi yerine getirme hususunda teknik anlamda bir tazminatla dolaylı da olsa baskı altında tutulması birbiriyle çelişir. Bu sebeple, iş sahibinin davranıştan kaçınmasının tazminat yaptırımına tabi tutulduğu kabul edildiğinde, iş sahibinin fesih hakkının ortadan kalktığı sonucuna ulaşılmalıdır. Özetle, TBK'da yer alan hükümler ve sistematığe göre, iş sahibinin işbirliği davranışları bakımından kural olarak külfet fikri benimsenmelidir. Bununla birlikte, tarafların açık veya farazi iradelerine göre yükümlülük sonucuna da sözleşmenin yorumu kapsamında ulaşılabilir. Bu durumda, özellikle davranışlar bakımından genel bir kurala değil, işin niteliğine ve tarafların riziko dağılımlarına ilişkin yaptıkları düzenlemelerin incelenmesi ve müstakil işbirliği davranışları bakımından sonuca ulaşılmalıdır. Ancak, bu durum, yukarıda

sözleşmenin karmaşık veya uzun süreli olmasında değil, teknik açıdan bunun mümkün olmaması ve ekonomik açıdan belirsizliğindedir.).

⁴²⁶ İlgili hükmün karma nitelikte olmasına rağmen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde de uygulanabileceği doktrinde ileri sürülmektedir. Bkz. **Kürşat, Zekeriya**, İnşaat Sözleşmesi, İstanbul 2017, s. 235; **Seçer**, Fesih, s. 93. Aksi görüş için bkz. **Buz, Vedat**, İş Sahibinin BK m. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi, BATİDER C. XXI S. 2, s. 223; **Erman**, Arsa Payı, s. 215.

⁴²⁷ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 758.

⁴²⁸ **Weller**, s. 556; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 70; **Rey**, Mitwirkung, N. 563.

⁴²⁹ **Weller**, s. 556.

⁴³⁰ **Rey**, Mitwirkung, N. 564 ve özellikle dn. 761.

da belirttiğimiz gerekçelerle, belirli özelliklere sahip sözleşmeler bakımından toptan bir şekilde yükümlülük niteliğini gerektirmez.

İş sahibinin temerrüde yol açan davranışları bakımından külfet fikrinin kabul edilmesiyle koruma yükümlülüklerinin ihlalinin de birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Bu yükümlülükler, TMK m. 2 kapsamında tüm borç ilişkileri bakımından geçerli olan ve sözleşmenin karşı tarafının bütünlük menfaatinin korunmasına ilişkindir. İş sahibinin davranışları külfet niteliğinde olsa dahi, kaçınma ile koruma yükümlülüklerinin de ihlal edilmesi mümkündür. Bu tip hallerde, iş sahibi koruma yükümlülüğünü ihlal etmiş olduğundan tazminat talebiyle karşı karşıya kalır. Bu durum, iş sahibinin davranışları kötü (ayıplı, eksik, uygun olmayan) yerine getirdiği hallerde daha sık ortaya çıkar⁴³¹. Buna, iş sahibinin, eserin meydana getirilmesi için gerekli önlemleri almaması veya geç alması sebebiyle yüklenicinin işçilerinin bu sebeple zarara uğraması örnek gösterilebilir.

Doktrinde, inşaat sözleşmeleri bakımından tarafların birlikte hareket etme borcundan (*Kooperationspflicht*) bahsedilmektedir⁴³². Buna göre, tarafların sözleşme ile amaçladıkları sonuca erişebilmek için birlikte hareket etmeleri gerekmektedir. Borcun içeriği yeterince belirli olmamakla birlikte, külfet ve yükümlülükler içerdiğini ileri sürenler de bulunmaktadır⁴³³. Bu fikre karşı İsviçre doktrininde ise, birlikte hareket etme borcunun bağımsız bir borç kategorisi olarak değerlendirilemeyeceği ve iş sahibinin davranışlarının ancak yan borç olarak değerlendirilmesi halinde bu kapsamda ele alınabileceği belirtilerek, yan borcu aşan nitelikte bir ayrımın İsviçre hukuku bakımından reddedilmesi gerektiği ileri sürmüştür⁴³⁴. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da bu görüşün kabulü gerekir.

2.2.1.3. İş sahibinin Davranışlarının Türleri

Günümüzde, eser kavramının genişliği sebebiyle yazılım geliştirmeden tiyatro gösterisine, inşaat sözleşmelerinden elbise dikimine kadar oldukça farklı eser sözleşmeleri ile karşılaşılır. Bu çeşitliliğe sahip olan sözleşmeler bakımından, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışlarının, tek tek belirlenmesi mümkün olmadığı gibi anlamlı da değildir. Bununla birlikte, analitik bir inceleme yapılabilmesi ve özellikle davranışları yerine getirmeme

⁴³¹ Kötü işbirliğinin bu şekilde koruma yükümlülüklerini ihlal ettiği durumları geniş anlamda kötü işbirliği olarak değerlendiren görüş için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 710.

⁴³² Ayrıntılı bilgi için bkz. **Fuchs**, s. 45 vd.; **Preussner, Mathias**, Die Pflicht zur Kooperation-und ihre Grenzen, FS für Reinhold Thode, Münih 2005, s. 80 vd.; **Schwarze, T.**, Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts, Berlin 2003, s. 8 vd. **Spieß, Hans Rudolf/Huser, Marie-Theres**, Der Bau-Werkvertrag in der Praxis, Unter Einbezug der Norm SIA 118, Zürich/St. Gallen 2016, N. 279; **Von Rintelen**, Kapellmann/Messerschmidt VOB Kommentar, Teil B, Einl., Rn. 42. Aksi yönde, **Leupertz**, s. 144 vd. (Yazar, VOB/B'nin içeriğe dâhil edilmediği inşaat sözleşmeleri bakımından, iş sahibinin davranışlarının külfet olduğundan bahsetmektedir.); **Leupertz/Halfmeier**, PWW BGB, §642 Rn. 4.

⁴³³ **Preussner**, FS für Reinhold Thode, s. 80.

⁴³⁴ **Gauch**, Werk, N. 821b, 1345a; **Rey**, Mitwirkung, N. 656 vd. özellikle N. 662.

sayılabilecek durumların incelenmesi için bir sınıflandırmaya ihtiyaç bulunmakta olup aşağıda davranışların hangi temel noktalara göre sınıflandırılacağı açıklanmaya çalışılmıştır.

2.2.1.3.1. Kaynağına Göre

İş sahibinin katılım davranışları, hukuki kaynağa göre sınıflandırılabilir. Bu kapsamda, hemen hemen bütün işbirliği davranışları aslında işin özelliği gereği gereklidir. Ancak bu tip davranışların aynı zamanda hukuki bir düzenlemeye⁴³⁵ veya taraf anlaşmalarına dayanması da mümkündür. Davranışın hangi kaynaktan doğduğu hususunda pratik bakımından herhangi bir farklılık yoktur.

İşbirliği davranışlarının taraf anlaşmalarına dayandığı hallerde değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, anlaşmanın geçerliliğidir. Zira taraflar bu tip anlaşmalar ile borçlunun yerine getirmesi gerekli davranışları iş sahibine yükletebilecekleri gibi iş sahibinin davranışlarını da yüklenicinin yükümlülüğü kapsamına alabilirler. Davranışın, hukuki veya fiili sebeplerle münhasıran iş sahibi veya onun adına hareket eden üçüncü kişi tarafından yerine getirilmesi gereken hallerde, tarafların yaptıkları anlaşma ile davranış, yüklenicinin yükümlülüğüne dahil etmeleri mümkün değildir⁴³⁶. İş sahibinin yerine getirmesi gereken bir işbirliği davranışına anlaşmada yer verildiği durumlarda ise, somut olayın özellikleri ve anlaşmanın tamamı değerlendirilerek hukuki niteliğe karar verilmelidir. Kabul ettiğimiz görüş uyarınca, şüphe halinde külfet sonucuna ulaşılarak, sadece alacaklı temerrüdü hükümlerine göre uyumsuzluğun halli gerekir.

2.2.1.3.2. Davranışın Konusuna Göre

İş sahibinin temerrüde neden olan davranışları, konusuna göre de sınıflandırılabilir. İş sahibinin davranışları yapma (olumlu) ve yapmama (olumsuz) şeklinde meydana gelebilir⁴³⁷. Olumlu davranışlar kapsamında, yapma ve verme yer alırken; olumsuz davranışlarda ise, kaçınmanın yanı sıra katlanma da gündeme gelir. İş sahibinin temerrüde sebep olabilmesi için, “*yapmaktan kaçınma*” gerektiğinden, kural olarak iş sahibinin davranışları geniş anlamda yapma kapsamındadır⁴³⁸. Ancak, temerrüdün mutlaka geniş

⁴³⁵ Yapım İşleri Genel Şartnamesi (m. 6, 7, 8, 11, 12, 41, 44) ve Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi (m. 4, 5, 9, 12, 27) bu duruma örnektir.

⁴³⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 23. Örneğin, yapı ruhsatının alınması yalnız yapı sahipleri veya kanuni vekillerinin talebiyle mümkündür (İmar Kanunu madde 22). Ancak, yükleniciye verilecek vekaletname ile bu davranışın yüklenicinin yükümlülüğü olarak düzenlenmesi mümkündür.

⁴³⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 82. Edimin çeşitleri bakımından yapılan ayırım ve detaylı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, I, N. 23 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak**, s. 9; **Eren**, Genel, N. 284 vd.

⁴³⁸ İfayı destekleyen ve mümkün kılan davranış ifadesi için bkz. **Zeltner**, N. 30; **Gauch**, Werk, N. 1329.

anlamda yapma davranışlarından kaçınmaya dayanması aranmamalıdır. Zira birçok durumda yüklenici bakımından önemli olan ifayı mümkün kılan işbirliği sonucu olduğundan, iş sahibinin bu sonucu engelleyen katlanma veya kaçınma davranışlarını yerine getirmemesi de temerrüde neden olur⁴³⁹. Bu tip durumlarda, yüklenicinin ifa teklifinin aranmasına gerek yoktur. Temerrüt bakımından iş sahibinin davranışları, kanaatimizce, hem olumlu hem de olumsuz davranışlarla ortaya çıkabilir. Aynı şekilde, iş sahibinin eserin meydana getirilmesinin durdurulmasına veya yavaşlatılmasına ilişkin davranışları halinde de, objektif haklı bir sebebi olmadıkça alacaklı temerrüdünün oluşacağı kabul edilmelidir⁴⁴⁰.

2.2.1.3.3. Gerçekleştiren Kişiye Göre

İş sahibinin temerrüde neden olabilecek davranışlarının sınıflandırılmasında kullanılabilecek bir diğer kıstas, davranışları kimin gerçekleştireceğine göredir. Bu kapsamda incelenen husus, iş sahibinin yerine getirmesi gereken davranışları bir başkasının yerine getirip getiremeyeceğidir. Özellikle iş sahibi adına hareket eden kişilerin veya iş sahibinden habersiz üçüncü kişilerin de davranışta bulunmasının mümkün olduğu haller tespit edilmelidir. Dolayısıyla, iş sahibinin yerine getirmesi gerekli davranışlar kapsamında yer almakla birlikte, taraf iradesi veya o alandaki teamüllere dayalı olarak yüklenicinin yükümlülüğüne dahil edilen haller bu kapsamda değildir⁴⁴¹.

İş sahibinin ifaya katılım davranışlarını kural olarak bizzat yerine getirmesi gerekmez⁴⁴². Bu konuda, iş sahibinin şahsi niteliğine önemli ölçüde bağlı olan (portre çizimi, iş sahibine özel elbise dikilmesi) yüklenici edimleri ve münhasıran iş sahibinin yerine getirmesi gereken hukuki veya fiili davranışlar dışında, davranışlar iş sahibi adına hareket etme yetkisine

⁴³⁹ İfa sürecinde engellenme durumunda da temerrüdün meydana geleceği hususunda bkz. **Eren**, Genel, N. 3181; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 8 (Yazarlar, hukuki sonuca bir etkisi olmadığından, katı bir ayrıma gerek bulunmadığını ileri sürmektedir.); **Von Tuhr/Escher**, s. 71; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 137; **Wiedemann**, Soergel BGB, Vorb. §293 Rn. 4; **Kögl**, Beck OGG BGB, §642 Rn. 24 (Yazar, inşaatın zamanından önce kullanılması durumunu buna örnek göstermektedir.); **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 6.

İleride ortaya çıkacak hazırlık fiili veya kabul davranışının yerine getirilmemesi anlamına geleceği ve öncelenmiş alacaklı temerrüdünün kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 20.

⁴⁴⁰ **Gauch**, Werk, N. 596 (Yazar, iş sahibinin bu talebinin OR Art. 377'den –TBK m. 484- kaynaklanan bir kısmi fesih olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmektedir.). Yavaşlatma veya durdurma talimat yetkisine ilişkin bkz. **Kurt, Leyla Müjde**, Eser Sözleşmesinde Süre Uzatımı, BATİDER C. XXVII S. 1, 2011, s. 164; **Gökyayla**, s. 136.

⁴⁴¹ Bu noktada, taraf iradesi dışında, sözleşmenin akdedildiği alanda yerleşmiş teamül gereği, doğrudan yüklenici veya iş sahibi tarafın yerine getirmesi gerekli davranışlar söz konusu olabilir. Örneğin, bir moda evine gelinlik diktirilmesinde veya bir makinenin tamir edilmesinde kural olarak malzeme yüklenici tarafından sağlanırken, inşaat işlerinde, inşaatın yapılacağı alanın ve inşaat izninin sağlanması iş sahibinin yerine getirmesi gerekli davranışlardandır. Aynı yönde, **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 11; **Kögl**, Beck OGG BGB, §642 Rn. 14 (Yazar, sözleşmenin yorumuna göre sonuca ulaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.). Malzeme sağlama bakımından, Türk Borçlar Kanunu hangi tarafın sağlaması gerektiği hususunda herhangi bir kural getirmemiş olmakla birlikte, olağan eser sözleşmelerinde iş sahibinin, eser teslim sözleşmelerinde ise, yüklenicinin malzemeyi sağlaması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Bkz. **Eren**, Özel, N. 2096.

⁴⁴² **Rey**, Mitwirkung, N. 321.

sahip kişi veya kişiler tarafından yerine getirilebilir⁴⁴³. Eve gelen tamirciye kapıyı aile üyelerinden herhangi birinin açmasında, şirketin teslim etmesi gereken bilgileri çalışanlardan birinin yerine getirmesinde, mimar veya mühendisin inşaat sahibi adına talimatlar vermesinde olduğu gibi davranışlar, işsahibi adına hareket eden kişiler tarafından yerine getirilebilir⁴⁴⁴. Bu fikrin bir sonucu olarak, davranışı, işsahibi adına gerçekleştirebilecek kişilerin davranışları yapmaması halinde de alacaklı temerrüdü nedeniyle işsahibine başvurulabilmelidir. Burada, TBK m. 116 hükmü kıyasen uygulanmalı ve işsahibinin yardımcı kişileri veya çalıştırdığı kimseler bakımından da kusur değerlendirmesine bakılmaksızın kaçınma halinde temerrüt hükümleri uygulanmalıdır⁴⁴⁵. Bu noktada, inşaat sözleşmeleri bakımından inşaatı denetlemekle ve yönetmekle görevlendirilmiş mimar veya mühendisin, talimat vermekten veya koordinasyondan haklı bir neden olmaksızın kaçındıkları her durumda, işsahibinin alacaklı temerrüdü meydana gelir. İşsahibinin birden fazla yan yüklenici ile anlaştığı hallerde, yüklenicilerden birinin gecikmesi veya kendi kısmını gereği gibi meydana getirmemesi sebebiyle, diğer yüklenicileri etkilediği hallerde de benzer durum ortaya çıkar⁴⁴⁶. Her ne kadar yan yükleniciler işsahibinin yardımcı kişisi sayılmasa da, ön yüklenicilerden birinin üzerine düşen kısmı ayıplı veya geç meydana getirmesi ve sonraki yükleniciye kendi kısmını yapması için sözleşme konusunun verilmesi durumunda, işsahibi bakımından malzemenin veya faaliyetin yapılacağı eserin ayıplı veya geç tesliminden farksızdır⁴⁴⁷.

İşsahibinin izni ve bilgisi olmaksızın, yüklenicinin yetkilendirmediği üçüncü kişiler veya kontrol edilemeyen durumlar sebebiyle ifada engellenmesi durumunda, aksine açık veya zımni bir anlaşma yoksa, TBK m. 483 hükmünden yola çıkılarak, yüklenicinin bu duruma katlanması gerekir⁴⁴⁸. İşsahibinin fiili davranışının izni ve bilgisi olmaksızın üçüncü kişi tarafından yerine getirildiği hallerde ise, işsahibinin alacaklı temerrüdü engelleneceği gibi gerçekleşmiş temerrüt de sona erer⁴⁴⁹. Ancak, hukuki işlemler bakımından bu kabul edilemez ve işsahibinin alacaklı temerrüdü ortaya çıkar. Yüklenici ve işsahibinin anlaşarak, kimi

⁴⁴³ **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 18; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 10; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 7; **Rey**, Mitwirkung, N. 23.

⁴⁴⁴ **Zeltner**, N. 11; **Gauch**, Werk, N. 240.

⁴⁴⁵ **Şenocak**, İfa Yardımcıları, s. 295; **Aday**, s. 232; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 26; **Rey**, Mitwirkung, N. 323. Davranışların işsahibi bakımından yükümlülük niteliğinde olduğu hallerde işsahibinin sorumluluğuna ilişkin açıklamalar için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1339 vd.

⁴⁴⁶ **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 16; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 9; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 9; **Gauch**, Werk, N. 1338; **Koller**, Werk, N. 569.

⁴⁴⁷ Bu durum özellikle Alman doktrininde tartışmalıdır. Ancak, İsviçre doktrininde baskın görüş, ön yükleniciyi ifa yardımcısı olarak kabul etmemekle birlikte, işsahibinin sorumluluğunu kabul etmektedir. Bunun için ise, yüklenicinin, ön yüklenicinin ifa etmiş olduğu edimdeki açık ayıpları ve uzmanlığı gereği kendisinden beklenilebilecek özenli bir inceleme ile bilmesi gereken ayıpları tespit ederek iş sahibini uyarması gerekir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 2039 vd.; **Ardıç**, s. 121 vd.

⁴⁴⁸ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 35; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 7, 11.

⁴⁴⁹ **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 40.

davranışları üçüncü kişinin yerine getireceğini kararlaştırdıkları durumlarda da, bu davranışlar ifa için gerekli olduğundan halen sözleşmenin kapsamında yer alır. Kural olarak faaliyetlerin işsahibi tarafından yerine getirilmesi gerektiğinden üçüncü kişinin kaçınması durumunda işsahibinin alacaklı temerrüdü yine kabul edilmelidir⁴⁵⁰. Bununla birlikte, işsahibinin sadece davranışın yerine getirilmesinden değil, sorumluluktan da kurtulmak istediği ve tarafların bu hususta açıkça veya örtülü olarak anlaştığı sonucuna ulaşılan hallerde, artık üçüncü kişinin kaçınması sebebiyle temerrüt kabul edilmemeli ve yüklenicinin yalnız üçüncü kişiye başvurusu kabul edilmelidir⁴⁵¹.

2.2.1.3.4. Yapılacağı Yere Göre

İşsahibinin davranışlarının sınıflandırılabilceği bir diğer kategori de, yapılacağı yere göredir. Bu noktada, tarafların açık veya zımni iradelerinden davranışların yerine getirilmesi gereken yer belirli ise bu anlaşılmaya göre, böyle bir sonuca ulaşılamayan durumlarda ise, TBK m. 89'un uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması ile davranışların yeri belirlenir⁴⁵². Örneğin, götürülecek borçlarda, işsahibinin kendi yerleşim yerinde ifayı kabul etmesi gerekirken, aranacak borçlarda ise, yüklenicinin yerleşim yerinde sunulan ifa teklifi için orada hazır bulunulması gerekir. Gönderilecek borçlarda ise, kabulün gönderilen yerde gerçekleşmesi gerekir⁴⁵³.

Hazırlık fiillerinde ise, eserin somutlaştırılmasına yönelik talimat verme gibi yalnız bildirimden ibaret davranışlarda yükleniciye bildirimin yapılması yeterli iken, malzeme, eser teslimi gibi bir şeyin verilmesi durumunda, yüklenicinin borcunun ifa yerine göre hareket edilmesi zorunlu değildir. Örneğin, inşaat yapacak yükleniciye planların inşaatın yapıldığı yerde teslimi birçok durumda anlamsız olabilir çünkü yüklenicinin öncelikle planlar üzerinde kendi işyerinde çalışması gerekebilir. Dolayısıyla, yüklenicinin borcunun ifa yerinden bağımsız olarak işin niteliğine göre en azından alternatif yerlerde işbirliği faaliyetlerinin yerine getirilmesi kabul edilmelidir⁴⁵⁴.

⁴⁵⁰ **Rey**, Mitwirkung, N. 332.

⁴⁵¹ Böyle bir anlaşmanın bulunduğu hallerde, kanaatimizce, işsahibinin sorumsuzluk anlaşmasından değil, işbirliği davranışının ve rizikosunun işsahibinden yükleniciye geçtiği kabul edilmelidir.

⁴⁵² Külfetlere, ifa yeri ve zamanı bakımından genel hükümlerde yer alan TBK m. 89 (OR Art. 74), m. 90 (OR Art. 75)'in uygulanması gerektiği yönünde, **Ehrensperger**, s. 145. İşbirliğinin ifa edileceği yere ilişkin bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 129.

⁴⁵³ **Huber**, I, s. 210; **Von Tuhr/Escher**, s. 70 dn. 9.

⁴⁵⁴ **Rey**, Mitwirkung, N. 131.

2.2.1.3.5. Yapılacağı Zamana Göre

İş sahibinin davranışlarında kullanılabilecek bir diğer sınıflandırma da davranışların gerçekleştirilebileceği zamana göre yapılan ayırmadır. Alacaklı temerrüdünün düzenlendiği TBK m. 106'da yer alan hazırlık fiilleri ve kabul ayırımı da kanaatimizce davranışların yerine getirileceği zamanı esas almıştır. Bu noktada, sözleşmenin kurulduğu andan sona erdiği ana kadar ortaya çıkabilen iş sahibinin davranışları, yüklenicinin ifa teklifinin mümkün olmasından önce veya sonra olmasına göre incelenebilir. Benzer şekilde, yüklenicinin meydana getirme borcundan önce veya sırasında gerçekleştirilecek davranışların⁴⁵⁵ yanı sıra, verme borcu sırasında veya sonrasında yerine getirilmesi gerekli davranışlardan da bahsedilebilir⁴⁵⁶. Hangi ayırım benimsenirse benimsensin kanun koyucu, temerrüt bakımından sonuçları, borçlunun edim türüne (verme ve diğer edimler) göre düzenlemiştir. Bu sebeple, verme ve yapma borcunu bir arada bulunduran eser sözleşmesinde, iş sahibinin kaçınmasının hangi borcun yerine getirildiği sırada gerçekleştiği önem arz eder. Bununla birlikte, yukarıda da belirtildiği üzere, hazırlık fiillerinden kaçınıldığında yüklenicinin ifada bulunabileceği bir edimden bahsedilemezken, kabul davranışlarından kaçınması halinde ifa ikamelerine başvurulabilir⁴⁵⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 106'da yer alan kabulden kaçınma ifadesi ise, iş sahibinin eseri teslimden kaçınmasını da içeren geniş bir kavramdır. Aynı şekilde, makbuz verme gibi ifaya eşlik eden davranışlar da yine kabul kapsamında değerlendirilebilir. Yüklenicinin, meydana getirilmiş eserin ifasını teklif edebildiği hallerde, iş sahibinin davranışları, kabul kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak, bu durum mutlak olmayıp, istisnası niteliğinde eserler de mümkündür. Bunların başında, meydana getirme ve teslimin aynı anda

⁴⁵⁵ Hazırlık fiilleri kendi içerisinde, iki alt başlıkta değerlendirilebilir. Bunlardan ilki, sözleşmenin kurulmasından sonra yüklenicinin ifa faaliyetlerine başlayabilmesi için gereken hazırlık fiilleri olup eve tamire gelen yüklenicinin eve girmesi, eserin meydana getirileceği eşyanın teslimi, plan teslimi, eserin somutlaştırılması, inşaat izninin alınması, sahnenin elektrik vb. düzeneğinin sağlanması, arazinin temizletilmesi davranışları buna örnek gösterilebilir. Hazırlık fiillerinin ikinci türü ise, yüklenicinin ifa faaliyetleri esnasında iş sahibinin yerine getirebileceği davranışlar olup bunlara da, iş sahibinin talimat vermesi, devam etmekte olan eserin rengine karar vermesi, yükleniciler arası koordinasyon sağlanması, devam etmekte olan tedavi, terzi vb. faaliyetlere katılma davranışları örnek gösterilebilir. Hemen belirtelim ki, örneğin talimat verilmesi veya yükleniciler arası koordinasyon veya denetim gibi birçok davranış, her iki türün kapsamına da girebilir. Alman hukukunda benzer yönde bkz. **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 14 (Yazar, işbirliği -*Mitwirkung*- davranışlarının, meydana getirmede ve meydana getirme için gerekli davranışlar şeklinde, hazırlık fiilleri – *Vorbereitungshandlungen*- olarak adlandırılabilirliğini belirtmektedir.).

⁴⁵⁶ Nitekim Alman hukukunda da, iş sahibinin davranışları bakımından BGB §642'de eserin meydana getirilmesi sırasında (*bei der Herstellung*) iş sahibinin gerekli davranışları bakımından düzenleme yapılmış olup ifa olarak teslim alma (*Abnahme*) yükümlülük olarak düzenlenerek, iş sahibinin davranışlarının meydana getirme ve verme borcuna göre ikiye ayrıldığı söylenebilir. **Kögl**, Beck OGG BGB, §642 Rn. 12; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn.6. Genel hükümlerde düzenlenen kabul temerrüdü (BGB §293) ise, her iki temerrüt halini de kapsamaktadır. **Grüneberg**, Palandt BGB, §293 Rn. 2.

⁴⁵⁷ Doktrinde, davranışlar farklı şekilde isimlendirilebilmektedir. Bkz. 1.2.6.4.1.

gerçekleştiği haller gelir. Örneğin, tiyatro gösterisinde her iki borç eş zamanlı olarak ifa edilmektedir.

Son olarak, kanun koyucunun yapmış olduğu ikili ayırım genişletilerek, kabulden sonra işsahibinin yerine getirmesi gereken davranışlar da söz konusu olabilir⁴⁵⁸. Özellikle işsahibinin ayıbın giderilmesini talep ettiği durumlarda işsahibinin tekrar yerine getirmesi gereken işbirliği davranışları ortaya çıkar⁴⁵⁹. Teslimden sonra meydana gelen bu katılım faaliyetlerine ilişkin, kanaatimizce, hazırlık fiili ve kabul şeklinde tekrar ayırım yapılabilir. Zira sözleşmenin sona ermesi anına kadar meydana gelebilen işbirliği davranışları, yüklenicinin asli ve yan edim yükümlülüklerinin tamamen sona ermesine kadar mümkündür. Buna göre, yüklenicinin, ayıbın giderimi borcu devam ettikçe de işsahibinin katılım davranışları gündeme gelebilir ve bunlardan kaçınılması yine alacaklı temerrüdü sonucunu doğurur.

2.2.2. İşsahibinin Davranıştan Kaçınması

2.2.2.1. Genel Olarak

İşsahibinin yapması gereken bir davranıştan kaçınması temerrüt için zorunlu şartlardandır. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda alacaklının temerrüdüne ilişkin “*reddeder veya ... imtina eder*” yerine, TBK m. 106 hükmünde “*kabulden veya ... yapmaktan kaçınırsa*” ifadesi tercih edildiğinden, karışıklıklara yol açmamak adına bu çalışmada da “*kaçınma (verweigern)*” ifadesi tercih edilmiştir. Kaçınma, TBK sistematüğinden ayrılmamak adına hazırlık fiillerinden kaçınma ve kabulden kaçınma şeklinde ayrı ayrı incelenmiştir.

Bu çalışma bakımından işsahibinin yerine getirmesi gereken davranışların hukuki niteliği kural olarak külfet olmakla birlikte, somut olayın özellikleri veya sözleşmenin yorumundan borç niteliğinin de mümkün olması ve gerek doktrinde gerekse uygulamada kavramların karşılığının bulunması sebebiyle, borçların ihlal edilmesindeki sınıflandırmaya göre hareket edilmiştir. Başka bir deyişle, işsahibinin davranışlardan kaçınması kapsamında hiç yerine getirmeme ve geç yerine getirme incelenmiştir⁴⁶⁰. İşsahibinin davranışı hiç yerine getirmemesi, bu davranış olmadan yüklenicinin işe devamı mümkün olmadığından, kural olarak geçici imkânsızlığa yol açacak olmakla birlikte davranışın ve yüklenicinin ifasının sonradan yerine getirilebilmesi mümkün olduğu sürece temerrüt kapsamında

⁴⁵⁸ **Oberhauser, Iris**, Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers auch nach Abnahme?, FS für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag, Münih 2010, s. 172 vd.; **Koller, Alfred**, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, Zürich 1995, N. 123; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 220 vd.; **Zeltner**, N. 32; **Rey**, Mitwirkung, N. 91.

⁴⁵⁹ Ayıp kaynaklı talebin, kendine özgü ikincil bir talep mi yoksa tekrar canlanan bir ifa talebi mi olduğu tartışmalıdır. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1714.

⁴⁶⁰ Kaçınma kavramına ilişkin bkz. 1.2.6.4.2.

değerlendirilmelidir⁴⁶¹. Ayrıca, bu durum sadece hazırlık fiilleri açısından söz konusu olup eserin hiç kabul edilmemesi veya hiç teslim alınmaması da kural olarak imkânsızlığa değil temerrüde yol açar.

Kaçınma kapsamındaki bir diğer husus ise, davranışların geç yerine getirilmesidir ki bu hal, alacaklı temerrüdünün tipik halini oluşturmaktadır. Bu noktada, iş sahibinin hazırlık fiillerini yüklenicinin borcunu ifasına uygun yerine getirmediği (kötü işbirliği) hallerin de kaçınma kapsamında yer alıp almayacağı tespit edilmelidir. Zira kaçınma ifadesi, ilk bakışta negatif bir durumu ifade ederken, amaca uygun yerine getirilmeyen davranışta, iş sahibinin aktif bir davranışı söz konusu olduğundan tanıma doğrudan uymamaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda kabul edilen bir görüşe göre, iş sahibinin, davranışları hiç yerine getirmemesi veya geç yerine getirmesinin yanı sıra uygun şekilde yerine getirmediği hallerde de, eserin gereği gibi meydana getirilmesinin gecikmesi veya tehlikeye atılması sebebiyle, BGB §642 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁴⁶². Kanaatimizce, davranışın uygun olmayan şekilde yerine getirilmemesinin doğrudan iş sahibinin temerrüdüne yol açacağı söylenemez⁴⁶³. Zira iş sahibinin davranışı uygun bir şekilde yerine getirmediği hallerde, TBK m. 472/III'te belirtildiği gibi, kural olarak yüklenicinin bildirim yükümlülüğü doğar⁴⁶⁴. Bu bildirim yapılmışsa artık uygun olmamanın yaratacağı sonuçlara iş sahibinin, bu bildirimin yapılmadığı hallerde ise, tek başına yüklenicinin veya yüklenici ile iş sahibinin

⁴⁶¹ Geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin bilinemediği haller, doktrinde imkânsızlık kapsamında değerlendirilmektedir (**Gündoğdu**, İmkânsızlık, s. 110). Ancak, iş sahibinin işbirliği davranışları, genellikle iş sahibinin iradesine bağlı olduğundan bu hallerde süreklilik şartının gerçekleştiği sonucu kabul edilmemelidir. Süreklilik şartı ifa engelinin geçiciliği dışında, alacaklının iradesine bağlı olmamasının da aranması gerektiği hususunda bkz. **Giger**, s. 30.

⁴⁶² Bu hallerin de BGB §642 kapsamında değerlendirilmesi, esasen hükmün yüklenicinin ek bedel talebiyle ilgili olmasındandır. Türk hukukunda da davranışın kötü ifası sebebiyle yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı ek giderleri talebi mümkündür. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 9; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 6; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 25; **Strunk**, s. 69; **Schilder, Hendrik**, Der Anspruch aus §642 BGB Grundlagen und Berechnung der zusätzlichen Vergütung, Frankfurt am Main 2006, s. 96; **Schwenker**, Erman BGB, §642 Rn. 1; **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, §642 Rn. 15, 16 (Yazar, gereği gibi yerine getirmeme durumunda da, davranışın uygun şekilde yerine getirilmesinden kaçınılması sebebiyle yüklenici bakımından bekleme süresine yol açtığını belirtmekte ve yüklenicinin bu süreye ilişkin taleplerinin de BGB §642 kapsamında değerlendirmektedir.); **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 25; **Voit**, Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB, §642 Rn. 1; **Wahl, Matthias C.**, Die Haftung des Auftraggebers im Bauwerkvertrag bei verzögerter, unterlassener und fehlerhafter Mitwirkung nach BGB und VOB/B, Tübingen 2004, s. 74; **Zeltner**, N. 187 (Yazar, kötü işbirliği-Schlechtmitwirkung- ifadesine yer vermekte ve kötü işbirliğinin de temerrüde yol açabileceğini belirtmekle birlikte, inşaat sözleşmesinde işbirliği davranışları bakımından kural olarak yükümlülük fikrini benimsemektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 40, 190 vd.); **Müller-Foell**, s. 121 (Davranışlar bakımından karma görüşü benimseyen yazar, ilgili kısımda yükümlülük niteliğindeki davranışlar bakımından gereği gibi olmama halini incelemiştir.). Türk doktrininde ise, davranışların kötü ifası halleri, eserin ayıplı olması veya yok olması ya da ayıplı ifa nedeniyle yüklenicinin uğrayacağı zarar bakımından incelemiştir. Bkz. **Ardıç**, s. 283 vd.; **Arpacı**, s. 248 vd.

⁴⁶³ Ayrıca bkz. 1.2.6.4.2.

⁴⁶⁴ Yüklenicinin iş sahibinin uygun olmayan davranışları bakımından bildirim yükümlülüğü bulunmakla birlikte, bu yükümlülük yüklenicinin tespit ettiği veya etmek zorunda olduğu uygunsuzluklar bakımından kabul edilir. İş sahibi adına hareket eden mimar veya mühendis gibi uzman kişilerin bulunduğu hallerde de aynı kural geçerlidir. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1958; **Bühler**, ZK OR, Art. 365 N. 64 vd.

sonuçlara katlanması gerekir⁴⁶⁵. TBK m. 476 hükmü bu durumun somut örneklerinden biridir. Yüklenicinin ihtar veya bildirimine rağmen, işe devam edilmesini isteyen işsahibi alacaklı temerrüdüne düşmez. Bu noktada, temerrüt ancak ihtar veya bildirim üzerine, davranışın tekrar uygun şekilde yerine getirilmesine kadar geçen süre bakımından söz konusu olabilir⁴⁶⁶.

Görüldüğü üzere, davranışın kötü yerine getirilmesi hali, dolaylı bir şekilde gecikmeye ve böylece temerrüde yol açabilse de, esasen eserin ayıplı olmasına, kötüleşmesine, yok olmasına veya imkânsızlaşmasına sebep olur⁴⁶⁷. Kanun koyucu da buna uygun olarak, TBK m. 472/III, 476, 483/II, 485 düzenlemelerini ihdas etmiştir. Davranışın kötü ifası bu çalışmanın kapsamına girmediği için müstakil olarak incelenmemekle birlikte yeri geldikçe incelenmiştir.

2.2.2.2. Hazırlık Fiillerinden Kaçınma

2.2.2.2.1. Hazırlık Fiilleri

İşsahibinin hazırlık fiilleri, yüklenicinin ifa faaliyetleri öncesinde söz konusu olabileceği gibi, ifa faaliyetleri esnasında da ortaya çıkabilir. Hazırlık fiillerinin, özellikle eser kavramının genişliği düşünüldüğünde sınırlandırılabilmesi mümkün olmadığı gibi böyle bir sınırlamaya gerek de bulunmamaktadır. Bir davranışın hazırlık fiili olup olmadığının belirlenmesinde, öncelikle, somut olayın özelliklerinden bunun işsahibi tarafından yerine getirilmesinin gerekip gerekmediğinin tespit edilmesi ve işsahibi tarafından yerine getirilecekse, bu davranışın gerçekleştirilmediği durumda yüklenicinin ifaya devam edemeyeceğinin tespiti gerekir. Doktrinde, bir görüşe göre, işsahibinin davranışı yüklenicinin

⁴⁶⁵ Hükümde, doğacak (olumsuz-*nachteiligen Folgen*) sonuçlar belirtilmemiş olmakla birlikte, ayıbın sebebi işsahibinin malzemesi olmasına rağmen yüklenicinin ayıp sorumluluğunun devam etmesi (TBK m. 476), eserin yok olmasına işsahibinin talimatı sebep olmasına rağmen yüklenicinin bedel hasarına katlanmak zorunda kalması (TBK m. 483/II) veya yüklenicinin işe zamanında başlayamama sebebinin işsahibinin gerekli hazırlığı hiç veya gereği gibi yapmaması olsa da işsahibinin TBK m. 473'e başvurabilmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁴⁶⁶ Özellikle TBK m. 476 hükmü bakımından yüklenicinin ihtardan sonra beklemesi gerektiğine ilişkin bkz. **Trachsel, Heribert**, Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln, Dissertation der Universität St. Gallen, Bern Stuttgart Wien 2000, N. 417; **Gauch**, Werk, N. 1949; **Bühler**, ZK OR, Art. 369 N. 42; **Koller**, Nachbesserung, N. 55.

⁴⁶⁷ Türk hukuk doktrininde de kötü işbirliği sayılabilecek halleri işsahibinin işbirliği kapsamında değerlendiren yazarlar çoğunluktadır. Özellikle, iş değişikliği bakımından bu durum kabul edilmektedir. Bkz. **Gökyayla**, s. 119; **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 156. İşsahibinin iş değiştirilmesine sebep olduğu hallerde, yalnız sözleşme konusunun içeriği değişirken, işbirliği davranışlarından kaçınma halinde yüklenici sözleşmenin ifasında engellenmekte ancak sözleşme konusuna ilişkin herhangi bir değişiklik meydana gelmemektedir. İş değişikliği durumu, kural olarak, yüklenicinin sözleşmenin ifasına devam edemediği bir durum da oluşturmamaktadır. Zira işsahibinin iş değişikliği oluşturan davranışı veya talebi, yüklenici tarafından karşılanmak zorunda değildir (**Gökyayla**, s. 113). Bu da, kanaatimizce, iş değişikliğini gerektiren durumlarda, yüklenicinin ifada engellenmesine değil, yalnızca başta kararlaştırılan eseri meydana getirme borcunun devam ettiği anlamına gelir (**Rey**, Mitwirkung, N. 732). Bununla birlikte, istisnai olarak iş değişikliğinin işin devamı için zorunlu olduğu durumlarda (**Gökyayla**, s. 114) ise, bu durumun işsahibinin hukuki egemenlik alanından kaynaklanması şartıyla işsahibinin alacaklı temerrüdü kabul edilmelidir.

ifasını mümkün kılabilceği gibi destekleyici nitelikte de olabilir⁴⁶⁸. Kanaatimizce, iş sahibinin yükleniciyi denetlemesi gibi ifa sürecini destekleyici davranışlar, aksi kararlaştırılmadığı veya somut olaydan çıkarılamadığı sürece, iş sahibi açısından bir hak niteliğinde olup bunların yerine getirilmemesi temerrüde yol açan davranışlar kapsamında sayılamaz⁴⁶⁹. Nitekim, TBK m. 106 hükmünde yer alan “*borcunu ifa edebilmesi için ... yapılması gereken*” ifadesi de, yalnız ifayı mümkün kılan davranışlar bakımından temerrüdün söz konusu olabileceğini göstermektedir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulduğu andan eserin teslim edilmesi aşamasına kadarki süreçte iş sahibinin yerine getirmesi gereken ve yüklenicinin edimini mümkün kılan davranışların tamamı, iş sahibinin hazırlık fiilleri kapsamındadır⁴⁷⁰. Bu noktada, sözleşme görüşmelerinde, yüklenicinin edimin ifasına karar vermek için iş sahibinden belirli bilgileri istemesi veya planın teslim edilmesi gibi davranışlar ise, bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Zira bu tip durumlarda, borç ilişkisi henüz kurulmadığından alacaklı temerrüdü hükümlerinin doğrudan uygulanması mümkün değildir⁴⁷¹.

İş sahibinin veya onun adına hareket eden kişilerin gerçekleştirebileceği hazırlık fiilleri kapsamında;

- yüklenicinin faaliyette bulunacağı eserin (yer teslimi)⁴⁷² veya eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin-araçların, plan ve projelerin sağlanması ve hazır bulundurulması, eserin gerçekleştirileceği yerin ifaya uygun halde bulundurulması⁴⁷³ (temizlenmesi vb.), yükleniciye elektrik vb. enerji sağlanması,

⁴⁶⁸ Zeltner, N. 30, 33.

⁴⁶⁹ İş sahibinin denetiminin ne yan borç ne de külfet olduğu yönünde bkz. **Gauch**, Werk, N. 1346; **Koller**, Werk, N. 175.

⁴⁷⁰ **Zeltner**, N. 30; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 12; **Voit**, Beck OK BGB, §642 Rn. 2.

⁴⁷¹ **Zeltner**, N. 32; **Ardıç**, s. 1.

⁴⁷² Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yer teslimini iş sahibinin borçları kapsamında değerlendirmektedir: “Çünkü, karşılıklı edimleri içeren inşaat sözleşmesinde, yer teslimi, iş sahibinin öncelikli edim borcudur.... İnşaat yapılacak arsanın boş ve sorunsuz olarak teslimini davalı arsa sahibinden istemiştir. Mahkemece, davacının bu yöndeki isteminin kabulüne karar verilmesi gerekirken...” 15. HD, T. 05.05.2004, E. 2003/5372, K. 2004/2508 (**Erman**, Arsa Payı, s. 57 dn. 78.); 15. HD, T. 22.04.2008, E. 2007/3118, K. 2008/2682 (KBİBB).

Benzer şekilde, YİĞŞ hükümlerinin cari olduğu bir sözleşmede de Yargıtay, yer teslim borcundan bahsetmektedir. “iş sahibi yer teslim borcu yönünden temerrüde düşmüştür. Yer teslimi konusundaki tahammül ve makul bekleme süresi aşıldığından davacı yüklenici sözleşmenin feshini talep etmekte haklıdır. Bu nedenle mahkemece sözleşmenin feshine ve kesin teminatın iadesine karar verilmelidir. Yüklenici dava dilekçesinde bir ayırım yapmadan 000,00 TL maddi ve manevi tazminat isteminde bulunduğundan yükleniciye talebinin ne miktarının maddi tazminata, ne miktarının manevi tazminata ait olduğu, maddi tazminatın hangi kalemlerden oluştuğu ve her bir kalem için ne miktar istendiği açıklattırılmalı, manevi tazminat istemi şartları oluşmadığından reddedilmeli, maddi tazminat yönünden ise talepleri bilirkişiden rapor alınmak suretiyle değerlendirilmeli, varılacak sonuca göre hüküm verilmelidir.” 15. HD. T. 26.9.2013, E. 2012/6076, K. 2013/5196 (www.lexpera.com). Ancak, YİĞŞ m. 6’da düzenlenen yer teslimiyle ilgili düzenlemeden bu davranışın yükümlülük niteliğinde olduğu sonucunu çıkartacak herhangi bir dayanak bulunmamaktadır.

⁴⁷³ Özellikle arazinin ifaya uygun bulundurulması hususunda doktrinde tartışma bulunmaktadır. Zira bu davranış kural olarak iş sahibinin riziko alanına ilişkin olmakla birlikte arazinin meydana getirilecek esere uygun olmaması bakımından yüklenicinin uyarma yükümlülüğünün hangi hallerde söz konusu olacağı ve durumun TBK m. 480/II kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin tespiti önemlidir. Bu noktada, iş sahibinin

inşaat izni vb. idari ve hukuki izinlerin alınması, provaya/muayeneye gidilmesi, ifa için gereken ve yüklenicinin talep ettiği bilgi, belge vb. sağlanması⁴⁷⁴, yüklenicinin ifaya çağırılması, yükleniciye vekalet verilmesi⁴⁷⁵, yapı denetime başvurulması, kat irtifakı tesisi⁴⁷⁶

- gerçekleştirilecek eserin belirlenmesine ilişkin talimat verilmesi, seçimlik hakların kullanılması, birden fazla yüklenici arasında koordinasyonun sağlanması, yüklenicinin ifa için ulaşması veya girmesi gereken yerlere ulaşmasının sağlanması

örnek kabilinden sayılabilir. Bu davranışların sözleşmenin farklı safhalarında, farklı kişilerce meydana getirilmesi mümkün olup sözleşmede tarafların anılan davranışları, yan ve hatta asli yükümlülük olarak kararlaştırmaları veya somut olayın özellikleri gereği davranışların borç olduğu sonucuna da varılabilir. Dolayısıyla, davranışların, her bir somut olayın özelliğine göre değerlendirilmesi, herhangi bir sonuca ulaşamadığı hallerde ise külfet niteliğinde kabul edilmesi gerekir.

bir uzman tarafından temsil edilip edilmediği, sözleşme ile ilgili rizikoların yükleniciye bırakılıp bırakılmadığı tespit edilmeli ve bunların sonucuna göre duruma kimin katlanacağı tespit edilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koller**, Werk, N. 897; **Gauch**, Werk, N. 1102.

⁴⁷⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde, kanaatimizce hatalı biçimde, işsahibinin bu davranışların aynen ifasına zorlanabileceğine yer verilmiştir. “*Ancak, tapu kaydı davalı üzerinde olduğu için, inşaatı başlamak; devam etmek ve bitirmek için resmi mercilere başvurmak ve gerekli izinleri almak için davalı arsa sahibinin davacı yükleniciye yardımcı olması veya yetki vermesi gerekmektedir. Davalının, sözleşmeden ve işin mahiyetinde anlaşılan bu edimini yerine getirmemesi halinde mahkemece, davalının iradesi yerine geçmek üzere, bu işlerin ifası için davacıya yetki verilmesine karar verilmesi gerekir. Ancak, davalının bu edimin ifasına zorlanabilmesi için, ifanın imkânsız olmaması ve muaccel olması gerekir. Davacı sadece tescil isteminde bulunmuş ise de; bunun içinde, davalıyı, tescil öncesi edimlerini ifaya davet istemi de var sayılır. İleri sürülen olayları hukukten nitelemek ve uygulanacak kanun hükmünü tesbit etmek hâkime aittir (HUMK. md. 76). Öte yandan, geçerli bir sözleşmenin ayakta tutulması ve ifa edilmesi esastır (ahde vefa sözleşmeyle bağlılık ilkesi). Mahkemece öncelikle, dava konusu olayda 10 nolu parsel üzerine inşaat yapılmasının sürekli ve mutlak bir şekilde imkânsız olup olmadığı resmi mercilerden sorulup tesbit edilmelidir. Böyle bir imkânsızlık bulunduğu takdirde BK.nun 20 ve 117. maddeleri gereğince sözleşmenin ifası istenemez. Şayet bu nitelikte bir imkânsızlık yoksa, geçici bir süre beklenmesi gerekiyorsa, sözleşme geçerlidir, ancak henüz ifası istenemez. Böylece geçici bir imkânsızlık da yoksa, davalı arsa sahibinin yükleniciye yardım etmek ediminin ifasına, yani yükleniciye yetki verilmesine karar verilmelidir.*” 15. HD, T. 17.02.1994, E. 1993/3539, K. 1994/830 (KBİBB).

⁴⁷⁵ Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde “yükleniciye vekalet vermenin arsa sahibinin temel borçlarından olduğu” ifadesini içeren yerel mahkeme kararını onamıştır. 23 HD, T. 23.1.2013, E. 2012/5838 K. 2013/300. Kanaatimizce yanlış olan bu uygulama doktrinde de eleştirilmektedir. Bkz. **Ardıç**, s. 107; **Kürşat**, İnşaat, s. 177 Özellikle dn. 439 (Ancak, yazar, somut durumda yapılacak değerlendirmeye göre borç sonucuna ulaşılabilen hallerde, yan yükümlülük niteliğinde de olsa aynen ifasının istenebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 180); **Öz**, İnşaat, s. 112. Kısmen aksi yönde, **Arpacı**, s. 144-145 (Yazar, işsahibinin, yükleniciye vekalet vermemesi durumunda yüklenicinin vekaletle konu işlemleri tek başına yerine getirip getiremediğinin değerlendirilmesi gerektiğini ve yerine getiremiyorsa TBK m. 125/2 kapsamında dolayısıyla borçlu temerrüdüne dayalı olarak sözleşmeden dönüleceğini belirtmektedir.).

⁴⁷⁶ Yargıtay 23. Hukuk Dairesi, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde işsahibinin yetki vermeye zorlanabileceğini ancak bunun yalnız inşaatın devam edebilmesi için sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. “*Bununla birlikte, davacı yüklenici vekili, 634 sayılı Yasa gereğince, kat irtifakı tesisi ve kat irtifakı tapularının alınması için yetki talep etmiş ve mahkemece davacı yükleniciye kat irtifakı kurmak üzere yetki verilmiş ise de, yükleniciye inşaatın yapılabilmesi ve devam edebilmesi konusunda yetki verilebilirken 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu'nun 14. maddesi ve Dairemizin istikrar kazanmış uygulaması gereğince Dairemizin 30.10.2013 tarih ve 4775 E., 6640 K.; 28.02.2014 tarih ve 2013/7095 E., 2014/1449 K. sayılı ilamları) davacı yükleniciye kat irtifakı kurmak ve kat mülkiyeti tapularını tesis etmek üzere yetki verilmesi mümkün değildir. Bu itibarla, kat irtifakı kurulmasına izin verilmesine yönelik talebin reddi gerekirken, kabulü usul ve yasaya aykırı olmuş, hükmün bozulması gerekmektedir.*” 23 HD T. 28.04.2016, E. 2016/689 K. 2016/2754 (www.lexpera.com).

2.2.2.2.2. Kaçınma

2.2.2.2.2.1. Hiç Yerine Getirmeme

İş sahibinin hazırlık fiillerini hiç yerine getirmemesi durumunda, yüklenicinin, iş sahibini aynen veya nama ifaya zorlayamaması sebebiyle, yüklenicinin edimine etkisi farklı şekillerde doğabilir. Başka bir deyişle, iş sahibinin davranışı yerine getirmemesi, yüklenicinin ifasını imkânsız kılabileceği gibi iş sahibinin alacaklı temerrüdüne de yol açabilir. Bu noktada, iş sahibinin davranıştan kaçınmasının sürekliliği ve geçiciliğinin tespit edilmesi önem arz etmektedir⁴⁷⁷. Her iki kurum arasında ayırım yapılırken, öncelikle alacaklının yerine getirmediği davranışı, sonradan gerçekleştirmesi durumunda, yüklenicinin ifaya devam etmesi mümkün oluyorsa kural olarak alacaklı temerrüdünün, aksi halde imkânsızlık hükümlerinin uygulanması gerekir⁴⁷⁸. İş sahibinin iradi olarak davranışı yerine getirmekten sürekli kaçındığı durumlarda da kural olarak (mutlak kesin vade, sürekli borç ilişkisi sayılabilen haller istisna olmak üzere), imkânsızlık meydana gelmez. Zira iş sahibinin fikrini değiştirdiği durumda, yüklenicinin ifaya devam etmesi veya başlaması mümkündür. Dolayısıyla, iradi biçimde hiç yerine getirmeme durumunda da sonraki geçici imkânsızlık gündeme gelir⁴⁷⁹. Buna karşılık, yerine getirmemenin sürekli imkânsızlık olarak nitelendirildiği durumlarda ise, TBK m. 485 hükmü uygulanmalıdır⁴⁸⁰.

İş sahibinin hazırlık fiilini sürekli olarak yerine getirememesinin, ortadan kaldırılamayan bir engelden kaynaklandığı durumlarda, imkânsızlık hükümlerine (TBK m. 485) başvurulması gerekir⁴⁸¹. Örneğin, inşaat iznini alması gereken bir iş sahibinin bu talebi kamu idaresince tarım arazisi olması sebebiyle reddedilmiş ve iptali mümkün değilse veya portresi çizilen ya da elbise diktiren iş sahibinin ölmüşse, piyano dersi alan öğrenci ellerini kullanamaz hale gelmiş ya da parça borcu niteliğindeki malzeme tamamen yok olmuşsa, alacaklı yüzünden imkânsızlık söz konusudur. Bu noktada, engelin beklenmedik olaydan kaynaklanması halinde TBK m. 485/I uygulama alanı bulurken, iş sahibine yükletilebilen sebeplerle imkânsızlık durumlarında ise, TBK m. 485/II uygulanır ve yüklenicinin TBK m. 484'te olduğu gibi bedel menfaati karşılanır⁴⁸². İş sahibinin, sözleşme amacının gerçekleşmesi

⁴⁷⁷ **Giger**, s. 29; **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202; **Rey**, Mitwirkung, N. 15.

⁴⁷⁸ **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202; **Zeltner**, N. 266 (Yazar, davranıştan sürekli kaçınma halinin objektif imkânsızlığa yol açmayacağı ihtimalden bahsetmektedir.). Aksi yönde, **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 42.

⁴⁷⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 15 (Yazar, TBK m.106'da –OR Art. 91- yer alan “borçlunun borcunu ifa edebilmesi – *imstande-sein*” durumunun geçici, objektif sonraki imkânsızlık olduğunu belirtmektedir.). Bu tip hallerde ayrıca TBK m. 484'ün de göz önünde tutulması gerekir.

⁴⁸⁰ **Gauch**, Werk, N. 1343; **Koller**, Werk, N. 254; **Koller, J.**, Der “Untergang des Werkes” nach Art. 376 OR, Dissertation der Universität Freiburg, Winterthur 1983, s. 69; **Pedrazzini**, s. 548.

⁴⁸¹ **Giger**, s. 29.

⁴⁸² **Koller**, Werk, N. 254; **Gauch**, Werk, N. 736; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 20.

veya ortadan kalkması sebebiyle davranıştan sürekli olarak kaçındığı haller de imkânsızlık kapsamındadır⁴⁸³.

İş sahibinin davranışı sonradan yerine getirmesi durumunda, yüklenicinin ifaya devam edebileceği ve iş sahibine yükletilebilen sürekli kaçınma hallerinde, iş sahibine karşı alacaklı temerrüdü hükümlerine başvurulur. Bu noktada, yüklenici, TBK m. 110 hükmüne göre sözleşmeyi sona erdirebilmekle birlikte, doktrinde bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m. 110'a gerek bulunmayıp, TBK m. 484 hükmünün uygulanması gerekir⁴⁸⁴. Zira davranışı sürekli yerine getirmeyen iş sahibi, esasında zımni olarak sözleşmeyi feshetmiş olup böyle bir durumda yüklenicinin zararlarını gidermekle yükümlü kılınmalıdır.

İş sahibinin davranışı yerine getirmemesinin geçici olduğu hallerde ise, davranışın geç yerine getirilmesi ve buna dayalı olarak alacaklı temerrüdü söz konusudur. Bu noktada değerlendirilmesi gereken husus, davranıştan kaçınmanın geçici olup olmadığının bilinemediği veya bu geçiciliğin ne kadar süreceğinin tespit edilemediği haller ile geçiciliğin yüklenici tarafından beklenmesinin mümkün olmadığı durumlardır. Kanaatimizce, bu hallerde de yine imkânsızlık hükümlerine başvurulmalıdır⁴⁸⁵. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere bu durumun iş sahibinin iradesine bağlı olduğu hallerde yukarıda sayılan haller ortaya çıksa da alacaklı temerrüdü veya şartları oluşmuşsa TBK m. 484 kapsamında meselenin halli gerekir⁴⁸⁶. Durumun tespitinin mümkün olmadığı hallerde, yüklenicinin TBK m. 110 hükmünün kıyasen uygulanmasıyla, iş sahibine, sözleşmeye bağlı kalabileceği uygun süreyi tanıyarak hareket etmesi, olası uyuşmazlıkları engelleyecektir⁴⁸⁷. Böylece, hem yüklenici

⁴⁸³ Serozan, İfa, §13 N. 7; Kurt, İmkânsızlık, s. 102. Aksi yönde, Ardic, s. 321.

⁴⁸⁴ Gauch, Werk, N. 1343 (İş sahibinin sürekli kaçınma davranışı sebebiyle oluşan imkânsızlıktan sorumlu olduğu hallerde de yine TBK m. 485/II kapsamında yüklenicinin talebinin TBK m. 484'deki gibi olacağını belirten yazar, böylece sürekli kaçınmanın kusurlu meydana getirildiği hallerin hukuki sonuçlarını hakkaniyete uygun sonuca bağlamaktadır. Bkz. a.g.e., N. 736); Zeltner, N. 273 vd.; Kürşat, İnşaat, s. 180. Davranışın yan borç olarak nitelendirildiği haller bakımından ise, yan borç ihlalinin sözleşmeden dönme imkânı sağlayıp sağlamayacağı tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz, Dönme, s. 114 vd.

⁴⁸⁵ Bkz. 1.2.4.3; Kurt, İmkânsızlık, s. 174 Özellikle dn. 317; Eren, Genel, N. 3263; Altunkaya, s. 119; Gündoğdu, İmkânsızlık, s. 106 vd.; Özçelik, İmkânsızlık s. 587 vd.

Yargıtay da “Şüphesiz geçici imkânsızlığın varlığı, beraberinde tarafların bu sözleşmeyle ne kadar süre bağlı kalacakları sorununu getirir. Bu konudaki kural “ahde vefa=söze sadakat” ilkesi gereği tarafların sözleşmeyle bağlı tutulmasıdır. Ancak bazı özel durumlar vardır ki, tarafları o sözleşmeyle bağlı saymak hem onların ekonomik özgürlüklerini engeller, hem de bir başkası ile sözleşme yapma fırsatını ortadan kaldırır. Uygulamada, geçici imkânsızlık halinde tarafların o sözleşmeyle bağlı tutulma süresine “akde tahammül süresi” denilmektedir. Bu sürenin gerçekleşip gerçekleşmediğini de her somut olaya göre ve onun çerçevesinde değerlendirmek gerekir.” ifadeleriyle her somut olaya göre tespit edilecek akde tahammül süresine göre belirleme yapılması gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. HGK T. 28.04.2010, E. 2010/193, K. 2010/235 (www.lexpera.com).

⁴⁸⁶ Bkz. 1.2.4.3.

⁴⁸⁷ Nitekim böyle bir halde, temerrüt fikri kabul edilse dahi, yüklenici tarafından TBK m. 110 hükmü için aranan süre verme şartı gerçekleşmiş olur. Bkz. Stauber, N. 508 (Yazar, doktrin ve uygulamada süre şartının kabul edildiğini belirtmekle birlikte, bu konuda TBK m. 110 atfı gereği kıyasen uygulanan TBK m. 124 -OR Art. 108- hükmündeki şartları alacaklı temerrüdü açısından değerlendirmekte ve borçlunun durumundan süre verilmesini

borcundan kurtulduğundan emin olarak işi meydana getirmek için kullandığı üretim faktörlerini başka işlere aktarabilir hem de taraflar arasında özellikle geçicilik-süreklilik konusunda doğabilecek olası uyuşmazlıkların önüne geçilmiş olur. Ayrıca, durum ister imkânsızlık ister temerrüt olarak değerlendirilsin, aşağıda görüleceği üzere, TBK m. 110 kapsamında sözleşmenin feshedildiği hallerde de, kıyasen TBK m. 485 uygulanacağından hukuki sonuç bakımından da bir farklılık ortaya çıkmaz⁴⁸⁸.

İş sahibinin davranışı hiç yerine getirmemesi çerçevesinde incelenebilecek hallerden biri de, davranışı yerine getirmeyeceğini önceden açıkça bildirdiği veya iş sahibinin tutum ve davranışlarından bu halin anlaşılabilirdiği durumlardır. İş sahibi davranışı yerine getirmeyeceğini belirtebileceği gibi, sözleşmenin geçersizliğini ileri sürme veya bu anlama gelen davranışlarıyla da bunu gösterebilir. Ancak, iş sahibinin davranışa ilişkin çekince belirtmesi bu kapsamda değerlendirilemez⁴⁸⁹. İş sahibinin davranıştan kaçınacağı anlaşıldığı anda, henüz ne imkânsızlık ne de temerrüt söz konusu olduğundan ve iş sahibinin karar değiştirip davranışı yerine getirme ihtimali bulunduğundan, kanaatimizce, davranışın yerine getirilmesi gereken an gelene kadar, kural olarak iş sahibinin temerrüdü gündeme gelmemelidir⁴⁹⁰. Bu görüş, anılan hallerde, sözlü teklif şartını arayan baskın görüşe⁴⁹¹ de uygun olup temerrüt veya imkânsızlık anının tespitini de mümkün kılar. Bununla birlikte, bu hallerin açık ve kesin nitelikte olduğu durumların ise, TBK m. 484 veya öncelenmiş alacaklı temerrüdü (alacaklı temerrüdünün önceden belli olması) olarak nitelendirilmesi de kabul edilebilir.

Davranışın hiç yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilmesi gereken hususlardan bir diğeri de, iş sahibinin bir şey teslim etmesinin gerektiği hallerde, aliud sayılabilecek durumlardır⁴⁹². Örneğin, fayans teslim etmesi gereken iş sahibinin mermer teslim etmesi durumunda olduğu gibi, iş sahibi tarafından gerçekleştirilen davranış, ayıplı veya ifanın amacına uygun olmayan nitelikte olmayıp, tamamen başka bir şey olduğundan, yine

gerektirmeyen hallerin -m. 124/1- ve mutlak vadeli işlemlerin- m. 124/3- kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir.); **Eren**, Genel, N. 3220.

⁴⁸⁸ Bkz. 3.1.2.3.

⁴⁸⁹ **Ernst**, MüKo BGB, §295 Rn. 7; **Dötterl**, Beck OGK, §295 Rn. 23. BGB §295 düzenlemesine göre, alacaklının edimi kabulden kaçındığını açıkladığı haller ile ifanın gerçekleşmesi için alacaklının davranışının gerektiği hallerde yani hazırlık fiillerinin gerektiği durumlarda, borçlunun sözlü ifa teklifi yeterlidir.

⁴⁹⁰ Davranışın yerine getirilmesi bakımından tarafların bir vade belirlemediği hallerde, iş sahibinin sürekli bir şekilde davranışta bulunmaya hazır halde bekleme zorunluluğu yoktur. Benzer yönde bkz. **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 39.

⁴⁹¹ Bkz. 1.2.6.3.2. **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 128; **Bernet**, BSK OR, Art. 91 N. 4. Alacaklının sürekli bir şekilde davranışı yerine getirmeyeceğinin açıkça anlaşıldığı, iş sahibinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürmesi veya kesin ve net bir biçimde davranışı yerine getirmeyeceğinin belirtildiği hallerde, davranış anını beklemeye ve yüklenici açısından sözlü ifa teklifine gerek bulunmaksızın temerrüdün kabulü gerektiğine ilişkin bkz. **Dötterl**, Beck OGK, §295 Rn. 31, 32.

⁴⁹² **Şenocak**, **Zarife**, Borçlar Kanunu'nun 96. vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından Aliud'un (Başka Şeyin) Teslimi", BATİDER, C. XV, S. 1, 1989, s. 114.

davranışın hiç yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilmelidir⁴⁹³. Aynı durum, iş sahibinin davranışı yüklenicinin borcunun ifasına uygun olmayan şekilde (kötü işbirliği) yerine getirmiş olmasına rağmen, hiç yerine getirmeme sayılabilecek durumlar için de geçerlidir. Örneğin, ameliyata aç gelmesi gereken hastanın tok gelmesi durumu buna örnek gösterilebilir.

2.2.2.2.2. Geç Yerine Getirme

Hazırlık fiillerinin geç yerine getirilmesi halinde, iş sahibi davranışı zamanında yerine getirmemekle birlikte, sonradan bunu gerçekleştirmekte ve edimin ifasına katkı sağlamaktadır. Bu hususta, geç yerine getirme için, iş sahibinin davranışı yerine getirme gerekliliğinin doğmuş olması gerekir. Zira gecikme tabii olarak davranışın yerine getirilmesi gereken bir zamanı da içinde barındırır. Tarafların, borçların yerine getirilmesinde olduğu gibi, iş sahibinin davranışı için bir şart veya vade kararlaştırmaları mümkündür⁴⁹⁴. Bu tip durumlarda, borçlarda olduğu gibi öncelikle vadenin belirli veya kesin olup olmadığının incelenmesi gerekir. Buna karşılık, hiçbir belirlemenin yapılmadığı hallerde, TBK m. 90 hükmü külfet niteliğindeki hazırlık fiilleri açısından uygulanmamalıdır⁴⁹⁵. Buna dayalı olarak, iş sahibinin yapması gerekli davranışların, önce yüklenici tarafından talep edilmesi gerekir ki, bu durum, yüklenici açısından sözlü ifa teklifini oluşturur⁴⁹⁶. Ancak, bu talepten itibaren hangi süre içerisinde davranışın gerçekleştirilmesi gerektiğine somut olayın özelliklerine göre karar verilmelidir. Başka bir deyişle, iş sahibinin talep edilen davranışı yerine getirebileceği makul sürenin iş sahibine tanınması şarttır⁴⁹⁷. Bu süre içerisinde davranış yerine getirilmemişse, sürenin sona ermesiyle iş sahibinin temerrüdüne hükmedilmelidir⁴⁹⁸. Ayrıca, sözleşmeden dönmek isteyen yüklenicinin TBK m. 110 kapsamında iş sahibine tanınması gereken süre ile bu sürenin karıştırılmaması gerekir. Burada tanınan süre iş sahibinin davranışı

⁴⁹³ Aliud teslimin, hiç ifa etmeme niteliğine ilişkin tartışmalar için bkz. **Şenocak**, Aliud, s. 120 vd.

⁴⁹⁴ İş sahibinin davranışı bakımından belirli bir tarih belirlenebileceği gibi, belirli tarihe kadar davranışın gerçekleştirilmesi veya “inşaat izninin alınmasından itibaren üç hafta” veya “provaya gelinmesinden sonra 2 gün içerisinde” şeklinde de belirlenebilir. Ayrıca bkz. BGB §296.

⁴⁹⁵ Davranışların yerine getirilme zamanının belirsizliği geniş yorumlanmalı ve yüklenicinin edimi bakımından belirli veya belirlenebilir bir süre kararlaştırılmış olsa bile, işi meydana getirecek olan yüklenici olduğundan davranışın yerine getirilmesi için iş sahibine süre tanınması gerekir. İstisnai olarak, yüklenicinin meydana getirme faaliyetlerine hemen başlamasının gerektiği ve bunun için iş sahibinin davranışına ihtiyaç duyulan hallerde, iş sahibinin de davranışı aksine anlaşma yoksa hemen yerine getirmesi gerekir. Bu bağlamda, yüklenicinin ediminin kesin vadeye bağlı olduğu ve iş sahibinin de yapması gereken işbirliği davranışını bildiği durumlar bu duruma örnek oluşturabilir.

⁴⁹⁶ **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 108; **Von Büren**, OR AT, s. 416; **Bucher**, OR AT, s. 321.

⁴⁹⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 115.

⁴⁹⁸ **Oğuzman/Öz**, I, N. 1148; **Koç**, s. 127; **Von Tuhr/Escher**, s. 71.

yerine getirmesi gerektiğini öğrendikten sonra ihtiyaç duyduğu zaman dilimi olup temerrüt için de bir şart olarak aranmalıdır⁴⁹⁹.

Davranışın yerine getirilmesi için belirli veya belirlenebilir bir zamanın kararlaştırıldığı hallerde ise, ifa teklifine gerek olmaksızın işsahibi temerrüde düşer⁵⁰⁰. İşsahibinin davranışını yerine getirmesinin şarta bağlandığı hallerde de, somut olayın özelliklerine şartın gerçekleşmesiyle birlikte uygun süre sağlanmalıdır. Özellikle şartın gerçekleşmesinin yüklenicinin iradesine bağlı olduğu durumlarda, yüklenicinin bu yöndeki iradesini açıklamasından veya şartı gerçekleştirmesinden sonra işsahibine uygun süre tanınmalıdır. Örneğin, yüklenicinin inşaatın belirli işlerini bitirdikten sonra işsahibi tarafından bazı malzemelerin sağlanacağı kararlaştırılmışsa, davranışın yerine getirmesinin belirsiz olduğu durum gibi, yüklenicinin ifa teklifi ve malzemelerin teslimi için işsahibine süre tanınması gerekir⁵⁰¹.

İşsahibinin hazırlık fiillerinde gecikmesinin, davranışın hiç yerine getirilmemesine yol açtığı ve böylece imkânsızlığa sebep olan durumlar da ortaya çıkabilir. Gerçekten de, işsahibinin davranışı zamanında yerine getirmediği hallerde, artık ifaya devam edilmesinin mümkün olmadığı veya edilse dahi taraflar için bir sonuç doğurmadığı durumlar söz konusu olabilir. Bu tip hallerde, davranış hiç yerine getirilmemiş hükmünde olup alacaklı temerrüdünün değil, işsahibi yüzünden ifa imkânsızlığı (TBK m. 485) hükmünün uygulanması gerekir. İşsahibinin davranışı yerine getireceği zaman bakımından mutlak kesin vadenin kararlaştırıldığı haller bu kapsamdadır. Örneğin, art arda farklı şehirlerde gösteri sunan bir tiyatro ekibinin, gösterinin planlandığı yere salon sahibi şirket tarafından alınmamaları halinde, başka şehirlerdeki gösterilerine devam etmeleri gerektiğinden işsahibinden kaynaklanan imkânsızlık hali devreye girer⁵⁰². Aynı şekilde, somut olayın özelliklerinden, işsahibinin davranışı zamanında yerine getirmediği hallerde, yüklenicinin ifaya devam edemeyeceğinin veya etmesinin sözleşmenin her iki tarafına da bir faydasının olmadığı durumların tamamı, bu kapsamda değerlendirilmelidir. Sürekli borç ilişkisi doğuran eser sözleşmeleri isimsiz sözleşme olmakla birlikte, bu tip sözleşmeler bakımından da işsahibinin davranışını geç yerine getirdiği haller, kural olarak davranışın hiç yerine getirilmemesi kapsamında değerlendirilmelidir. Her ay bir dergi yayınlatan işsahibinin, dergi içeriğini yükleniciye o ay içerisinde gönderememesi hâli buna örnek gösterilebilir.

⁴⁹⁹ **Schenker, Franz**, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht, Dissertation Freiburg 1988, N. 68; **Yüce**, s. 198 vd.; **Öz**, Dönme, s. 155.

⁵⁰⁰ Bkz. 1.2.6.3.2.

⁵⁰¹ İnşaat sözleşmesi halleri bakımından detaylı bilgi için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 550 vd.

⁵⁰² Hemen belirtelim ki, bu örnek bakımından yüklenici sıfatına sahip olan gösteri ekibinin TBK m. 485 kapsamında talebinin belirlenmesi gerekir.

Davranışın geç yerine getirildiği haller kapsamında değerlendirilmesi gereken bir diğer durum da, davranışının yerine getirilmesi gereken zamanda ancak yüklenicinin borcuna tamamen veya kısmen uygun olmadığı durumlardır. Daha önce de belirtildiği üzere, iş sahibinin davranışı kötü yerine getirmesi doğrudan alacaklı temerrüdüne yol açmaz. Bununla birlikte, gereği gibi olmayan davranışın, iş sahibi tarafından daha sonra tamamen veya kısmen telafi edilmesi gerekiyorsa, bu gerçekleşene kadar iş sahibinin temerrüdü ortaya çıkar. Bu tip haller, iş sahibinin, davranışı yerine getirdiği şekliyle eserin meydana getirilmesinde ısrar etmediği veya bu uygunsuzluğun taraflarca fark edilebildiği durumlar bakımından geçerlidir⁵⁰³. Bunun aksine, iş sahibinin sürekli bir şekilde uygunsuzluğu gidermediği durumlarda ise, eserin yok olması veya ayıplı olması söz konusu olabileceği gibi imkânsızlık da meydana gelebilir. Dolayısıyla, ortaya çıkan sonuca göre değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, iş sahibinin meydana getirilecek program için gerekli bilgileri eksik veya yanlış verdiği bir durum, doğrudan alacaklı temerrüdü doğurmaz. Öncelikle, yüklenicinin, iş sahibini uyarması gerekir⁵⁰⁴. Eğer iş sahibi uyarıya rağmen işe bu şekilde devam edilmesini istiyor ve yüklenicinin işe bu şekilde devamı mümkünse artık ileride karşılaşılabilecek ayıp, yok olma, imkânsızlık gibi sonuçlar sebebiyle iş sahibinin sorumluluğu doğar. Ancak, iş sahibi uygun şekilde ifade bulunacağını belirtmişse veya bu durum gerçekleşene kadar yüklenicinin ifaya devam etmesi mümkün değilse temerrüdün kabulü gerekir⁵⁰⁵. Bu noktada, temerrüdün hangi andan itibaren başladığı belirlenmelidir. Kanaatimizce, bu tip durumlarda, temerrüt, yüklenici tarafından yapılan uyarı üzerine davranışın yerine getirilebileceği makul sürenin dolduğu andır⁵⁰⁶. Buna göre, 21 Mayıs'ta bilgileri teslim etmesi gereken ve fakat ifaya uygun teslim etmeyen iş sahibine, uyarı 23 Mayıs'ta yapılmış ve bilgi temini iki günde sağlanabilecek bir davranış ise, 26 Mayıs'tan itibaren temerrüdün doğduğu kabul edilmelidir. Ayrıca, kısmi yerine getirmenin, yüklenicinin ifasına devam etmesini sağlamadığı haller bakımından da davranışın hiç yerine getirilmemesinde olduğu gibi hareket edilmelidir.

⁵⁰³ İş sahibinin davranışı hatalı veya ayıplı yerine getirmesine rağmen, sözleşmeye devam edilmesi hususundaki talimatının yüklenici tarafından kural olarak yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. **Matz, Christoph**, Die Konkretisierung des Werks durch den Besteller, Tübingen 2012, s. 103 vd.; **Gauch**, Werk, N. 1927; **Egli**, Komm-SIA 118, Art. 84 N. 2.1; **Gökyayla**, s. 135; **Bühler**, ZK OR, Art. 369 N. 32.

⁵⁰⁴ **Schumacher/König**, N. 341 (Yazar, ayıplı işbirliği ifadesini kullanmakta fakat bu kapsama, davranışların gecikmiş, hatalı, eksik, teknik olarak ayıplı veya çelişkili olması hallerini de dâhil etmekte ve meseleye ek bedel bakımından yaklaşmaktadır.); **Hürlimann**, s. 817; **Spiess**, Recht 2012, s. 118.

⁵⁰⁵ Örneğin, inşaatın yapılacağı taşınmazın tahliye edilmemiş bulunması, imar mevzuatına uygun inşaat için gerekli koşulların sağlanmamış olması bu durumlara örnek gösterilebilir. **Erman**, Arsa Payı, s. 57.

⁵⁰⁶ Davranışın yerine getirileceği tarihin belirli olduğu durumlarda ise, ek süre tanınmadan belirlenen süreden itibaren temerrüdün gerçekleştiği kabul edilebilir.

2.2.2.2.3. Eserin Meydana Getirilmesi Faaliyetinin Engellenmesi

İş sahibinin yerine getirmesi gerekli davranışlardan kaçınması kapsamında değerlendirilemeyecek olan hallerden bir diğerini de iş sahibinin ifa sürecini engellediği durumlar oluşturur. Bu haller, ilk bakışta, temerrütten, iş sahibinin gerek kaçınma yerine aktif bir davranışının bulunması yönünden gerekse iş sahibinin eserin ifası için üzerine düşen bir davranışla ilgisinin bulunmaması bakımından farklılık oluşturmaktadır. Ayrıca, iş sahibinin eseri meydana getirme faaliyetlerini engellemesi temerrütten daha ağır, başka bir deyişle, birçok durumda doğrudan sözleşmeyi tehlikeye atan bir durum oluşturur. Zira temerrütte iş sahibinin elinde olmayan sebeplerle kaçınmasından bahsedilebilirken, burada iş sahibi iradi biçimde ifa sürecine engel olmaktadır. Alman hukukunda, iş sahibinin, yükleniciyi aktif olarak engellediği durumların da BGB §642 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁵⁰⁷. Kanaatimizce, dikkat edilmesi gereken husus, iş sahibinin engelleme davranışının, yerine getirmesi gereken bir hazırlık fiilinden kaçınması anlamına gelip gelmediğidir. Örneğin, iş sahibinin yükleniciyi tamir edeceği eve almaması durumunda, meydana getirme için iş sahibinin teslim etmek durumunda olduğu eseri sağlamaktan kaçınması söz konusudur. Aynı şekilde, eserin meydana getirilmesini engelleyen her davranış, ifanın mümkün olabilmesi için iş sahibinin kaçınması gereken bir davranış anlamına da gelebilir⁵⁰⁸. Dolayısıyla, her bir somut olayda engelleme davranışı değerlendirilmeli ve engellenmenin başka bir davranıştan kaçınma anlamına geldiği durumlarda iş sahibinin temerrüdü kabul edilmelidir. Böyle bir sonuca ulaşamayan hallerde ise, iş sahibinin ifanın meydana getirilememesi için süreci engellemeye çalışmasının kesin ve sürekli olup olmadığı incelenmelidir. Eğer böyle bir sonuca varılıyorsa, TBK m. 484 veya öncelenmiş alacaklı temerrüdü (alacaklı temerrüdünün önceden belli olması) kapsamında durum değerlendirilebilir⁵⁰⁹. Ayrıca, bu tip durumlarda iş sahibinin yüklenicinin alanına müdahalede bulunup bulunmadığı değerlendirilerek, iş sahibinin TBK m. 112 kapsamında tazminat

⁵⁰⁷ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 8; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 6; **Schilder**, s. 97.

⁵⁰⁸ **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 6; NJW 2017, 2025 (BGH VII ZR 194/13 Rn. 18).

⁵⁰⁹ Bkz. 1.2.6.4.2. Kısmen aynı yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 20; **Ayan**, s. 38. Sona erdirmeye beyanının alacaklı temerrüdü niteliğine ilişkin bkz. **Demirsatan**, s. 199 vd.

Nitekim Yargıtay da durumu her ne kadar TBK m. 484 kapsamında değerlendirmese de, “*Davalı yüklenici M. G. da cevap ve aşamalarındaki savunmalarında inşaatı girişi engellendiğinden işe devam edemediğini, bu sebeple işi tamamlayamadığını ileri sürmüştür. Davalı yüklenicinin bu savunması, sözleşmenin eylemli olarak feshedildiği şeklinde anlaşılmalıdır. Eser sözleşmelerinde sözleşmenin feshi halinde fesheden iş sahibi kural olarak müspet zarar kapsamında olan eksik ve kusurların giderim bedelini isteyemez ise de menfi zarar kapsamında fazla ödemenin istirdadını talep edebilir Maddi vakıaları ileri sürüp kanıtlamak taraflara, hukuki vasıflandırma hâkime ait olduğundan (1086 Sayılı H.U.M.K. 76. ve 6100 Sayılı H.M.K.nın 26. maddeleri) çoğun içinde az da vardır ilkesi gereğince davacının talebinin bu şekilde anlaşılması gerekir. Mahkemece sözleşmenin feshedilip feshedilmediği konusunda bir araştırma yapılmamış, sabit olması halinde yüklenicinin iş sahibince kapı kilitlerinin değiştirilerek inşaatı girişi engellemesinin eylemli fesih olup olmadığı tartışılıp değerlendirilmemiştir.*” ifadeleri ile feshin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini aramıştır. 15. HD T. 17.2.2015 E. 2014/2391 K. 2015/769 (KBİBB).

sorumluluğu da göz önünde bulundurulmalıdır⁵¹⁰. Yüklenicinin yapımına devam ettiği esere işsahibi tarafından zarar verilmesi bu duruma örnektir. Aynı durum, işsahibinin işbirliği gerekmeksizin yüklenicinin ifada bulunabildiği durumlarda da gündeme gelir. Belirtilen haller, işsahibinin, yükleniciye işbirliği davranışı kapsamında verdiğini geri istemesi halinde de ortaya çıkar⁵¹¹.

2.2.2.3. İfanın Kabulünden Kaçınma

2.2.2.3.1. Genel Olarak

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne yol açan hallerden bir diğeri ise, eseri kabulden kaçınmasıdır. 6098 sayılı TBK m. 106’da yer alan “*kabulden kaçınma*” ifadesi, 818 sayılı eBK’da “*alacaklı ... onu reddeder*” şeklinde yer almaktaydı. Bu kapsamda, kabulden kaçınmanın tespit edilebilmesi için öncelikle “kabul” ifadesinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Kavramın eser sözleşmesi içerisinde yerini tespit edebilmek ise, oldukça güçtür. Zira kabulden kaçınma için öncelikle eser sözleşmesi bakımından teslimin ve kabulün ne olduğu belirlenmelidir. Teslim ise, teslim etme ve teslim almayı da içeren eser sözleşmesinin en tartışmalı konularındandır. Bu sebeple, aşağıda öncelikle teslim ve kabul kavramlarına genel hatlarıyla yer verilmiş olup değerlendirme başlığı altında TBK m. 106 bağlamında kabulün, eser sözleşmesinde nereye yerleştirilmesi gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır. Başka bir deyişle, bu çalışmanın konusunu ilgilendirdiği ölçüde eser sözleşmesinde yer alan teslim ve kabul kavramlarına yer verilerek sınırlandırma yapılmaya çalışılmıştır. Kabulden kaçınma açıklanmadan önce, yaptığımız değerlendirmeye göre teslimin farklı eser türlerinde ne şekilde gerçekleşeceği de belirtilmiştir.

2.2.2.3.2. Teslim ve Kabul

2.2.2.3.2.1. Teslim ve Teslim Alma Kavramı

Eser sözleşmesinde teslim, eser üzerindeki fiili hâkimiyetin (dolaysız zilyetliğin) işsahibine bırakılmasıdır⁵¹². Kanunda yüklenicinin teslim borcu açık olarak düzenlenmese de, TBK’da yer alan diğer düzenlemelerden bu sonuca ulaşılabilmektedir. TBK m. 473, 474, 478, 479, 483 hükümlerinde teslim, m. 483’te ise, teslim alma ifadesine yer verilmiştir⁵¹³. İsviçre

⁵¹⁰ Weber, BK OR, Art. 91 N. 33, 60; Bucher, OR AT, s. 318 dn. 1.

⁵¹¹ Busche, MüKo BGB, §648 Rn. 9.

⁵¹² Becker, BK OR, Art. 367 N. 2; Gauch, Werk, N. 87; Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 367 N. 3; Klauser, s. 16; Tandoğan, II, s. 125; Ayan, s. 90; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 80.

⁵¹³ Ayrıca, 818 sayılı eBK m. 363/2 hükmünde “*tesellüm*” ifadesi yer almaktayken, anılan ifade TBK’da teslim tarihi olarak ifade edilmiştir.

Borçlar Kanunu'nda, teslim ifadesi için “*Ablieferung (Art. 367)*” ve “*Übergabe (Art. 376)*”; teslim alma ifadesi için “*Abnahme (Art. 370, 371)*” kullanılmıştır⁵¹⁴.

Teslim ile ilgili tartışmalara girmeden önce teslimin hukuki sonuçlarının belirlenmesinde yarar vardır. Teslim anında, işsahibinin bedel borcu muaccel hale geleceği gibi, teslimle birlikte işsahibinin ayıba ilişkin muayene ve ihbar külfeti için süreleri başlar (TBK m. 474) ve bu sürelerin geçirilmesinden sonra eser, işsahibi tarafından kabul (*Genehmigung*) edilmiş sayılır (TBK m. 477/II). Doktrindeki baskın görüşe göre, teslimle, işsahibinin esere ilişkin edim talebi yerini ayıp sorumluluğu hükümlerine bırakır ve yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna ilişkin TBK m. 478'den doğan kısa zamanaşımı süreleri işlemeye başlar⁵¹⁵. İşsahibi, teslimde herhangi bir çekince belirtmemişse, eserin sözleşmeye uygunluğunu ispat yükü de işsahibine geçer. Teslimle birlikte, bedel ve edim hasarı da işsahibine intikal eder.

Doktrindeki baskın görüş, teslim etme ve teslim alma kavramını birbirinin karşılığı olarak görmekte ve ikisinin birlikte teslimi meydana getirdiğini belirtmektedir⁵¹⁶. Buna göre, teslim etme ve teslim alma şeklinde birbirini takip eden iki ayrı sürecin söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Teslim etme ve teslim alma, aynı ve tek olayın sözleşmenin taraflarına göre nitelendirilmesi olup aynı anda gerçekleşen ve birbirine bağlı kavramlardır⁵¹⁷. Teslim alma, işsahibinin eseri fiilen alması veya fiili devrin mümkün olmadığı hallerde işsahibinin dolaysız zilyetliğe sahip olmasıyla veya yüklenicinin bildiriyle gerçekleşir. Dolayısıyla, fiziki devrin mümkün olmadığı hallerde, işsahibinin teslimden kaçınmasının ve böylece alacaklı temerrüdünün gündeme gelmeyeceği belirtilmektedir⁵¹⁸. Yine baskın görüşe göre, teslimin gerçekleşebilmesi için eserin tamamlanmış olması zorunlu bir şartken, ayıplı olması teslimi engel değildir⁵¹⁹. Böylece, eserin eksik olduğu durumlarda kural olarak teslim

⁵¹⁴ İfadelerin farklı kullanımına ilişkin bkz. **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 13a, b; **Bühler**, ZK OR, Vorb. zu Art. 364-371 N. 7; **Dürr**, s. 49.

⁵¹⁵ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 320; **Bühler**, ZK OR, Vorb. zu Art. 364-371 N. 4; **Bucher**, OR BT, s. 208; **Klauser**, s. 16; **Pedrazzini**, s. 525; **Gauch**, Werk, N. 1351; **Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 59; **Brändli, Roger**, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Dissertation der Universität St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007, N. 79.

⁵¹⁶ **Eren**, Özel, N. 2114; **Paket, Sabure**, Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara 2020, s. 79; **Gauch**, Werk, N. 97; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 313; **Tandoğan**, II, s. 127; **Gündoğdu, Fatih**, Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2), İstanbul 2019, s. 92; **Uçar**, s. 516.

⁵¹⁷ **Gauch**, Werk, N. 97; **Zeltner**, N. 165; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 370 N. 1; **Bögli**, N. 193; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 313; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 81; **Kurt**, Temerrüt, s. 69; **Ayan**, s. 50; **Tandoğan**, II, s. 127; **Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 74 (OR Art. 376'da yer alan “*Übergabe*” ifadesi ise, teslim olayının üçüncü kişiler açısından nitelenmesidir.); **Şahin, Cevdet Salih**, Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicilerin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfalardan Sorumluluğu, İstanbul 2014, s. 3.

⁵¹⁸ **Gauch**, Werk, N. 93; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 361.

⁵¹⁹ **Trümpy, Daniel**, Abnahme und Genehmigung von Bauwerken, Das Private Baurecht des Schweiz, Hrsg.: Martin Lendi, Urs Ch. Nef, Daniel Trümpy, Zürich 1994, s. 104; **Eren**, Özel, N. 2115; **Gauch**, Werk, N. 103, 106; **Klauser**, s. 16; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 367 N. 3; **Kurt**, Temerrüt, s. 85. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 513; **Paket**, s. 108 dn. 300.

gerçekleşmezken, ayıplı eserlerde teslim mümkündür. Ancak, iş sahibinin ayıplı eseri teslimden kaçınmasının alacaklı temerrüdüne yol açıp açmayacağı hususu tartışmalıdır⁵²⁰.

Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, teslim alma, teslim etmeyi takip eden bir süreç olup teslim almadan sonra da kabul aşaması gelmektedir. Başka bir deyişle, yüklenici tarafından borca uygun eserin, ifa amacıyla iş sahibine devri (*Übergabe*), teslim etme (*Ablieferung*) olup iş sahibinin eseri elinde tutma iradesiyle alması teslim alma (*Annahme*⁵²¹), eseri elinde tutmasının yanı sıra yükleniciyi borcundan kurtarma iradesinin de bulunduğu haller ise, kabul (*Abnahme*) olarak nitelendirilmekte ve bu aşamalar birbirini takip etmektedir⁵²².

Teslim konusunda doktrindeki üçüncü bir görüşe göre ise, teslim, eserin fiili olarak alınması veya bildirimin ulaşmasının yanı sıra, eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulü (*Anerkennung des Werkes als Erfüllung in der Hauptsache, Billigung*) anlamına da gelmektedir⁵²³. Bu görüşteki yazarlar da kendi içinde ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan bir kısmına⁵²⁴ göre, eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulü, teslim için her durumda gerekir. Diğer bir kısmı ise, yalnız ayıplı veya eksik eserlerde bu kabulün aranması gerektiğini, eserin sözleşmeye uygun olduğu durumlarda teslimin, teslim alma fiili veya yapılan bildirimle gerçekleşeceğini ileri sürmektedir⁵²⁵. Başka bir deyişle, birinci gruptaki yazarlar, teslim alma durumunun yanı sıra iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulü, TBK m. 477'deki kabulden (*Genehmigung*) tamamen farklı olup iş sahibinin ayıp haklarını ortadan kaldırmamakta yalnız asli ifa talebini sona erdirmektedir. Esas itibarıyla ifa olarak kabul, iş sahibi tarafından açıkça gerçekleşebileceği gibi birçok durumda eserin teslim alınmasından itibaren kısa bir sürenin geçmesi, eserin kullanılmaya başlanması veya bedelin ödenmesiyle de yerine getirilebilir⁵²⁶. Esas itibarıyla ifa olarak kabulün hukuki niteliğinin hukuki işlem benzeri davranış olduğu kabul edilmektedir⁵²⁷. Somut olay bakımından iş sahibinin davranışları değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması

⁵²⁰ Bkz. 2.2.2.3.3.

⁵²¹ TBK'da, "*Annahme*" ifadesine karşılık gelecek şekilde "*Kabul*" ifadesi kullanılmaktadır.

⁵²² **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 13a, b. Benzer yönde, **Bühler**, ZK OR, Vorb. zu Art. 364-371, N. 7.

⁵²³ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 365; **Brändli**, N. 114 vd.; **Bögli**, N. 291; **Kaniti**, s. 115; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 81 vd.; **Koller**, Werk, N. 490; **Ayan**, s. 54. Bu görüş, ayıplı veya eksik eserlerin teslimi noktasında Alman hukukunda yer alan ve iş sahibine bir borç olarak yükletilen ve hâkim görüşe göre hem teslim almayı hem de eserin esas itibarıyla kabulünü içeren "*Abnahme*" kavramına yaklaşmaktadır. Kavrama ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Busche**, MüKo BGB, §640 Rn. 2; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §640 Rn. 3; **Kögl**, Beck OGG BGB, §640 Rn. 10. İsviçre hukuku bakımından anılan görüşün eleştirisi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 100.

⁵²⁴ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 83; **Bögli**, N. 278; **Kaniti**, s. 115.

⁵²⁵ **Koller**, Werk, N. 490; **Brändli**, N. 144. Kısmen aynı yönde, **Ayan**, s. 57 (Yazar, yüklenicinin inşaatın tamamlandığına ilişkin bildirim veya terk ile teslimin gerçekleştiğini, iş sahibinin ifa olarak kabul etmediğini bildirmesinin bozucu koşul gibi teslim durumunu ortadan kaldırdığını ileri sürmektedir.).

⁵²⁶ **Bögli**, N. 290 vd.; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 83; **Ayan**, s. 60; **Brändli**, N. 153.

⁵²⁷ **Bögli**, N. 285; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 83.

gerekir. Bu kapsamda işsahibinin sessiz kalmasıyla dahi esas itibariyle ifa olarak kabul söz konusu olabilir⁵²⁸.

Esas itibariyle ifa olarak kabulün gerçekleşmesiyle, eksik veya ayıplı eser teslim edilmiş sayılır ve bedel muaccel olacağı gibi işsahibinin eserin meydana getirilmesine ilişkin talebinin yerini ayıptan doğan hakları alır⁵²⁹. Bu görüşe göre, ayıplı veya eksik eserin işsahibi tarafından esas itibariyle ifa olarak kabulüyle, artık eksiklik de ayıp olarak değerlendirilir. Bu fikir, teslim bakımından eserin tamamlanmasını bir şart olarak arayan baskın görüşün de aksini savunmaktadır. Azınlık görüşün, çalışmamız bakımından önemli olan noktası, işsahibinin hâkimiyetinde yer alan eserlerde veya fiili bir teslim sürecinin gerekmediği eserlerde alacaklı temerrüdünün ortaya çıkabilmesidir⁵³⁰.

2.2.2.3.2.2. Kabul Kavramı

Teslim ve teslim alma kavramının yanı sıra eser sözleşmesinin çeşitli hükümlerinde kabul ifadelerine de yer verilmiştir. İşsahibinin alacaklı temerrüdünün kabulden kaçınmaya ilişkin olması sebebiyle bu kavramların da incelenmesi gerekir. TBK m. 477'de yer alan kabul, işsahibinin meydana getirilen eserin sözleşmeye uygun ve ayıpsız olduğuna ilişkin irade beyanıdır⁵³¹. Eserin kabulü, açıkça, örtülü veya farazi olarak gerçekleşebilir. Gerçekten de, işsahibi eseri sözleşmeye uygun bulduğunu açıkça yükleniciye bildirebileceği gibi somut olayın özelliklerinden eseri kabul ettiği sonucuna ulaşılabilen davranışlarıyla da örtülü kabule yol açabilir⁵³². Doktrinde, işsahibinin açıkça bildiği veya muayeneye gerek bulunmaksızın anlayabileceği ayıplar bakımından ihtirazi kayıt koymaksızın eseri kullanmaya başlaması, edimin gereği gibi ifa edilmemesine rağmen yüklenicinin faturasının çekince ileri sürülmeksizin ödediği haller örtülü kabule örnek olarak gösterilmektedir⁵³³. Farazi kabul ise, TBK m. 477/II, III kapsamında işsahibinin kabule ilişkin herhangi bir iradesi bulunmamasına rağmen bildirim şartının yerine getirilmediği durumlarda söz konusudur⁵³⁴.

⁵²⁸ **Bögli**, N. 302; **Ayan**, s. 59.

⁵²⁹ **Koller**, Werk, N. 157; **Brändli**, N. 97.

⁵³⁰ **Bögli**, N. 278.

⁵³¹ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 370 N. 1; **Gauch**, Werk, N. 2070; **Koller**, Werk, N. 162; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 370 N. 2; **Bögli**, N. 128 vd.; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 83; **Tandoğan**, II, s. 217; **Gündoğdu**, Eser, s. 96; **Paket**, s. 120-121; **Kaplan**, İnşaat, s. 139; **Yakuppur**, **Sendi**, Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s. 68.

⁵³² **Bögli**, N. 131; **Gauch**, Werk, N. 2082; **Bühler**, ZK OR, Art. 370 N. 12; **Eren**, Özel, N. 2183; **Erman**, Arsa Payı, s. 163; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 524; **Aral/Ayrancı**, s. 403.

⁵³³ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 370 N. 11; **Bühler**, ZK OR, Art. 370 N. 14; **Eren**, Özel, N. 2184; **Paket**, s. 127.

⁵³⁴ Farazi kabul ve kanuni karine niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Yücer Aktürk**, **İpek**, Satım ve Eser Sözleşmelerinde gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s. 251 vd. **Paket**, s. 100 vd.

Yukarıda açıklanan teslim alma (*Abnahme*) ve TBK m. 477 anlamında kabul (*Genehmigung*) ise, farklı anlamlara gelmektedir⁵³⁵. Kural olarak kabul, eserin teslim alınmasından sonra gerçekleşen ve eserin sözleşmeye uygunluğunu içeren bir irade beyanıdır⁵³⁶. Buna karşılık teslim alma, eserin işsahibinin fiili hâkimiyetine başka bir deyişle dolaysız zilyetliğine alınmasıdır. Hatta işsahibinin hâkimiyetinde bulunan eserlerde, işsahibinin teslim alma şeklinde bir davranışı dahi söz konusu değildir. Yüklenicinin, tamamlanma bildirimi ve işsahibinin hiçbir engelle karşılaşmadan dolaysız zilyetliğe sahip olması teslim alma için yeterlidir⁵³⁷. Dolayısıyla bu tip durumlarda, baskın görüşe göre, teslim alma kendiliğinden gerçekleşir⁵³⁸. İşsahibinin, eseri gözden geçirmekten vazgeçtiği veya yükleniciye açıkça kabul ettiğini açıkladığı ya da teslimle birlikte örtülü kabulün gerçekleştiği hallerde ise, teslim alma ve kabul aynı anda gerçekleşir. Eserin teslim edilmesiyle, yüklenicinin asli edim yükümlülüğü sona erip, yerini ayıp hükümlerine bırakırken, kabulle birlikte yüklenicinin, olağan ayıplara ilişkin sorumluluğu ortadan kalkar.

Kanun koyucu, eser sözleşmesine ilişkin iki düzenlemede daha kabul ifadesine yer vermiştir. Bunlardan ilki, yüklenicinin ölümü veya yeteneğini kaybetmesi durumunda işsahibinin eseri kabul etmekle yükümlü olduğudur (TBK m. 486)⁵³⁹. Diğerisi ise, eserin hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olduğu durumlarda, işsahibinin sözleşmeden dönebileceğine ilişkindir (TBK m. 475/1)⁵⁴⁰. Doktrinde bir kısım yazarlar, TBK m. 486’da belirtilen kabule ilişkin yükümlülük ifadesinden yola çıkarak eser sözleşmesinde de işsahibinin kabul borcu olduğunu ileri sürmektedir⁵⁴¹. Buna karşılık bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, anılan hüküm, işsahibinin kabulünü değil, yalnız meydana getirilen eserin kısmi bedelinin ödenmesi zorunluluğunu düzenlemektedir⁵⁴². Dolayısıyla işsahibi için böyle

⁵³⁵ **Gauch**, Werk, N. 99; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 370 N. 11; **Tandoğan**, II, s. 88; **Paket**, s. 148; **Uçar**, s. 516; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 81; **Ayan**, s. 50; **Kürşat**, İnşaat, s. 182; **Gündoğdu**, Eser, s. 98. Çekince ileri sürülmeksizin teslim almanın eserin kabul olduğuna ilişkin bkz. **Bühler**, ZK OR, Art. 370 N. 11; BGE 97 II 355; **Arpacı**, s. 156. Çekincesiz teslim alma ve eserde fiili veya hukuki hâkimiyet halinde örtülü kabul olduğu yönünde bkz. **Eren**, Özel, N. 2184. Çekincesiz teslimde, yalnız teslimin gerçekleşeceği hususunda bkz. **Yılmaz**, s. 204.

⁵³⁶ Nitekim mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 370. maddesinde teslim alma anlamına gelen “*Abnahme*” ifadesinden de bu durum anlaşılmaktadır.

⁵³⁷ **Gauch**, Werk, N. 92; **Koller**, Werk, N. 160; **Bögli**, N. 191; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 12; **Ayan**, s. 52 vd.; **Ermann**, Arsa Payı, s. 25; **Seliçi**, İnşaat, s. 36; **Uçar**, s. 518.

⁵³⁸ Her durumda, eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulü şartını arayanlara göre, bildirimden itibaren işsahibine eseri reddetme hakkı için uygun bir süre tanınması gerektiği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. **Bögli**, N. 247 vd.; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 370; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 87. Eserin sözleşmeye uygun olduğu durumlarda bu şartın aranmayacağına ilişkin bkz. **Koller**, Werk, N. 160; **Ayan**, s. 57.

⁵³⁹ OR Art. 379/2: *Der Besteller ist verpflichtet, ... anzunehmen...*

⁵⁴⁰ OR Art. 368/1: *... die Annahme billigerweise nicht zugemutet werden kann...*

⁵⁴¹ **Keller/Schöbi**, s. 232; **Dayımlarlı, Kemal**, İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 209; **Ardıç**, s. 248; **Arpacı**, s. 242.

⁵⁴² **Gauch**, Werk, N. 765; **Stauber**, N. 639; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 41; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 379 N. 15; **Gautschi**, BK OR, Art. 379 N. 17; **Bühler**, ZK OR, Art. 379 N.18; **Şen**, s. 154. Ödenmesi

bir yükümlülük söz konusu olmayıp, hükümde yer alan kabul ile eserden yararlanmadan bahsedildiğinden, TBK m. 477 anlamında bir kabulün de söz konusu olmadığı açıktır.

TBK m. 475/1’de “*hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı*” ifadesinde yer alan kabul kavramı ise, TBK m. 477’de yer alan kabulden farklı olarak, eserin teslim alınmasına ilişkindir⁵⁴³. Gerçekten de, anılan hükümle eserdeki ayıbın önemli olduğu durumlarda, işsahibinin sözleşmeden dönebileceği ifade edilmiştir⁵⁴⁴. Dolayısıyla, işsahibinin teslim almaya zorlanabileceği, başka bir deyişle ayıplı eseri teslimden kaçındığı takdirde alacaklı temerrüdünün meydana geleceği eserlerde, teslimin gerçekleşmesiyle birlikte işsahibinin sözleşmeden dönme hakkına başvurusu mümkün değildir. Özellikle ayıbın önemsiz olduğu veya işsahibinin eseri reddetmesinin ayıbın giderilmesinden daha fazla masrafa yol açacağı durumlarda, teslimden kaçınma, alacaklı temerrüdüne yol açacağı gibi işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı da yoktur⁵⁴⁵. Bununla birlikte, bu fikir, önemsiz ayıplarda, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine başvurulamayacağı anlamına da gelmez⁵⁴⁶.

2.2.2.3.2.3. Değerlendirme

Eser sözleşmesinde işsahibinin, gereği gibi teklif edilen eseri haklı bir sebep olmaksızın kabulden kaçınmasıyla alacaklı temerrüdü meydana gelir. Anılan kabulün belirlenmesi için öncelikle mehzat İsviçre Borçlar Kanunu ile TBK’deki kavramların tespiti gerekir. Mehzat İsviçre Borçlar Kanunu’nda OR Art. 370’de yer alan “*Genehmigung*” ifadesi, TBK m. 477’de “*kabul*” şeklinde ifade edilmişken, alacaklı temerrüdünün düzenlendiği OR Art. 91’de yer alan “*Annahme*” ifadesi de, TBK m. 106’da yine “*kabul*” şeklinde çevrilmiştir. Buna karşılık, eserin yok olmasını içeren OR Art. 376/1’de yer alan “*Annahme im Verzug*” ifadesi ise, TBK m. 483’te “*teslim almada temerrüt*” şeklinde düzenlenmiştir⁵⁴⁷. Ayrıca, OR

gereken ücretin kısmi ücret olmayıp TBK m. 475/2’de yer alan esasa göre belirlenmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Koller**; Werk, N. 305.

⁵⁴³ **Öz**, Dönme, s. 103 (Yazar, 818 sayılı eBK döneminde yer alan “*kabul*” ifadesinin teslim alma anlamında kullanıldığını belirtmektedir.).

⁵⁴⁴ **Gauch**, Werk, N. 1987; **Bögli**, N. 88, 99; **Klauser**, s. 46; **Şahin**, s. 145 vd.

⁵⁴⁵ Ayıbın niteliğine bakmaksızın işsahibinin teslimi reddedebileceği ilişkin bkz. **Brändli**, N. 114; **Bögli**, N. 379. Ayıbın önemli olduğu durumlarda eserin tesliminden kaçınılabileceği hususunda bkz. **Ayan**, s. 59 (Ayrıca, yazar, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması bakımından dürüstlük kuralı ölçütü olduğunu belirtmektedir.).

⁵⁴⁶ **Ayan**, s. 59; **Bögli**, N. 382. Aksi yönde **Gauch**, Werk, N. 559 vd.; **Öz**, Dönme, s. 103. Eserin teslim alınmamasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmayacağı veya yüklenicide bu hususta haklı bir güvenin oluşturulmadığı durumlarda, işsahibi kural olarak sözleşmeden dönme hakkına başvuramayacağı bir ayıp bakımından da eseri teslimden kaçınabilir ve eseri ifa olarak kabul etmediğini ileri sürebilir.

⁵⁴⁷ Daha önce de belirttiğimiz üzere, hazırlık fiillerinde temerrüde düşülmesi durumunda da hasarın işsahibine intikali gerektiğinden, TBK’deki ifadede, yalnız teslim almada temerrüdün değil, alacaklı temerrüdünün anlaşılması gerekir. Aynı yönde bkz. **Uçar**, s. 516 Özellikle dn. 6; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 21; **Koller, J.**, s. 17; **Gauch**, Werk, N. 1192. Hükümün Fransızca metninde ise, teslim (*Livraison*) ifadesine yer verilmiştir. Aynı şekilde, OR Art. 211’de yer alan “*anzunehmen*” ifadesi de TBK m. 232 hükmünde “*devralmakla yükümlü*” şeklinde çevrilmiştir.

Art. 370 ve 371’de yer alan ve İsviçre doktrininde de teslim alma anlamında kullanılan “*Abnahme*” ise, anılan hükümlerin paralel normu olan TBK m. 477 ve m. 478’de yer almamaktadır. Bu kavram kargaşasına ilişkin kanun koyucu ilgili maddelerin gerekçesinde de herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu sebeple, Türk-İsviçre doktrinindeki açıklamalar da göz önünde bulundurularak TBK m. 106’da ifade edilen kabulün eser sözleşmesindeki yeri tespit edilmelidir.

Öncelikle, TBK m. 106 anlamında kabul (*Annahme*) ile TBK m. 477’de yer alan kabulün (*Genehmigung*) karşılaştırılması gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere, doktrinde TBK m. 106 anlamında kabul, edimin ifa olarak alınması (*als Erfüllung billigen*) şeklinde tanımlanmaktadır⁵⁴⁸. Alacaklının edimi ifa olarak almasıyla, ifanın gerçekleştiği ve dolayısıyla borçlunun borcundan kurtulduğu kabul edilmektedir. Nitekim, alacaklı temerrüdünün sonuçlarında yer verilen tevdi, satış ve dönme hakkı da haksız biçimde borcundan kurtulamayan borçluya tanınmış imkânlardır. Bu noktada, iş sahibinin TBK m. 477 kapsamında eseri kabul ettiği hallerde de, yüklenicinin borcundan kurtulduğu kabul edilmektedir. Dolayısıyla, her iki kabulün borçluyu borçtan kurtardığı söylenebilir. Ancak bu durum, kanaatimizce iki kavramın aynı anlama geldiğini göstermemektedir. Zira alacaklı tarafından edimin ifa olarak alınması ile, 818 sayılı eBK’daki ifadeyle edimin reddedilmemesiyle, ifa gerçekleşir ve borçlu asli edim yükümlülüğünden kurtulur. Eser sözleşmesinde yüklenicinin, asli edim yükümlülüğünden kurtulması ise, eseri meydana getirmesi ve iş sahibine teslimiyle gerçekleşir⁵⁴⁹. Buna karşılık, iş sahibinin eseri TBK m. 477 anlamında kabul etmesi ise, hali hazırda asli edim yükümlülüğünden kurtulan yüklenicinin olağan ayıplar sebebiyle sorumluluğunu ortadan kaldırır. Buna göre, TBK m. 477’de düzenlenen kabul, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna ilişkin olup eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunu gösteren bir irade beyanıdır. İş sahibinin, eseri ifa olarak kabulü ise, yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü sona erdirdiğinden, esasen eserin teslimiyle aynı anlama gelmektedir.

Eserin teslimi ile TBK m. 106’da yer alan kabulün aynı anlama geldiği fikri kabul edildiğinde, TBK m. 483’teki alacaklı temerrüdü yerine kullanılmış olan “*teslim almada temerrüt*” ifadesi çelişkili gözükebilir. Zira, bu hükme göre, TBK m. 106’da yer alan kabul, teslim alma ile aynı anlama gelmektedir. Bu fikir ise, doktrinde bizim de katıldığımız

Türk kanun koyucusunun, kabul veya alacaklı temerrüdü yerine aynı kurumu ifade etmekle birlikte, teslim almada temerrüt ifadesini benimsemesi, kabul ile aynı anlama geldiği ve böylece zilyetliğin devri veya bildirimin yanı sıra ifa olarak kabulü içerdiği şeklinde de yorumlanmaya açıktır.

⁵⁴⁸ **Weber**, BK OR, Art. 91 N.142; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 116; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 18; **Şahin**, s. 4.

⁵⁴⁹ Eserin sadece teslim alınmasının, yüklenicinin ifa borcunu sona erdirmediği hususunda bkz. **Arpacı**, s. 155.

alacaklının edimi kabulünün (*Annahme*) ve teslim almasının (*Abnahme*) farklı anlamlara geldiğini belirten baskın görüşe aykırıdır⁵⁵⁰. Teslim alma, alacaklının edimi fiili hâkimiyetine (*Entgegennahme*) almasıdır. Ayrıca, borçlanılmış edimin, ifa olarak alınması anlamına gelen kabulün, edim teslim alınmaksızın da gerçekleşebileceği kabul edilmektedir⁵⁵¹. Gerçekten de, teslim alma ve ifa olarak kabul farklı zamanlarda gerçekleşebilecek olup alacaklının edimi teslim almasına rağmen kabul etmemesi (eserin eksik veya ayıplı olduğu iddiasıyla yükleniciye teslim edilmesi) mümkün olduğu gibi, edimi teslim almamasına rağmen kabul etmesi de mümkündür. Buna göre, iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması halinde alacaklı temerrüdü meydana gelebileceği gibi, eseri teslim alıp almadığından bağımsız ifa olarak kabulden kaçındığı hallerde de alacaklı temerrüdünün kabulü gerekir⁵⁵². Bu durum da kabulden kaçınmanın, teslim almaktan kaçınmayı da kapsayan geniş bir kavram olduğunu göstermektedir.

Yukarıda yapılan açıklamalar da göz önüne alındığında, kanun koyucunun oluşturduğu kavramların birbirleriyle uyum içinde bulunabileceği hal, kanaatimizce teslim (alma) bakımından iş sahibinin iradesini de arayan görüşün benimsendiği durumda meydana gelir. Gerçekten de, bu görüşe göre, teslimin gerçekleşebilmesi için eserin fiili hâkimiyetinin yanı sıra iş sahibi tarafından esas itibarıyla kabul (*Anerkennung des Werkes als Erfüllung in der Hauptsache, Billigung*) edilmesi gerekir. Ancak, bu iki şart gerçekleştiğinde, eser sözleşmesinde teslim, dolayısıyla iş sahibi bakımından da teslim alma gerçekleşmiş olur⁵⁵³. İşte, TBK m. 106’da yer alan kabul ifadesi de eser sözleşmesindeki teslimle aynı anlama gelmekte olup iş sahibinin eseri fiili hâkimiyetine almasının yanı sıra ifa olarak da kabul etmesiyle gerçekleşir. Bu iki unsurdan birinden haksız biçimde kaçınan iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer. Başka bir deyişle, iş sahibinin, eseri fiili olarak teslim alması (*Abnahme*)

⁵⁵⁰ **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 18; **Weber**, BK OR, Art. 91 N.142; **Rey**, Mitwirkung, N. 67; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 116. “*Annahme*” kavramını “*Abnahme*” den daha dar nitelendiren bir görüşe göre, ilkinde, iş sahibinin eseri elinde bulundurmak iradesiyle fiilen devralması söz konusuysa, ikincisinde, bu iradenin yanı sıra yükleniciyi borcundan kurtarma iradesi de gerekir. Görüş için bkz. **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 13a. Kavramların kimi zaman birbirinin yerine kullanıldığına ilişkin bkz. **Brändli**, N. 78 (Yazar, öğreti ve uygulamada “*Abnahme -teslim alma-*” yerine “*Annahme -kabul-*” ifadesinin kullanıldığını fakat her iki kavramın da iş sahibinin perspektifinden teslimden başka bir şeyi ifade etmediğini belirtmektedir.); **Paket**, s. 79 dn. 182; **Şahin**, s. 4; **Ardıç**, s. 137 vd.; **Ayan**, s. 50; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 16; BGE 115 II 458. *Abnahme* kavramının taşınmaz eserler için teslimi ifade ettiğine ilişkin bkz. **Uçar**, s. 515; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 16. Alman hukukunda BGB §293’te belirtilen kabul (*Annahme*) ile BGB §363’te ifade olunan ifa olarak kabulün (*Annahme als Erfüllung*) ve BGB §640’da yer alan eserin kabulünün (*Abnahme*) aynı anlama gelmediği belirtilmiş ancak gerekçe ileri sürülmemiştir. Bkz. **Huber**, I, s. 182.

⁵⁵¹ **Weber**, BK OR, Art. 91 N.142; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 116; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 18; **Rey**, Mitwirkung, N. 67. Alman hukuku için bkz. **Huber**, I, s. 181 (Yazar, alacaklının edimi fiilen almasından sonra alacaklı temerrüdünden bahsedilemeyeceğini ancak eseri tekrar borçluya iade ederse alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceğini kabul etmektedir.). Aksi yönde, **Öz**, Dönme, s. 103 (Yazar, teslimden sonra kabulden kaçınmanın, sözleşmeden dönme anlamına geldiğini belirtmektedir.).

⁵⁵² Edim teslim alınmamasına rağmen ifa olarak kabul edildiği hallerde borçlunun durumuna göre karar verilmesi gerektiği hususunda bkz. 1.2.6.4.2.

⁵⁵³ **Von Tuhr/Escher**, s. 4 dn. 32; **Pedrazzini**, s. 524.

ve esas itibariyle ifa olarak kabul etmesi (*Anerkennung des Werkes als Erfüllung in der Hauptsache, Billigung*) TBK m. 106'da yer alan kabul (*Annahme*) ile aynı anlama gelmektedir.

İrade beyanı niteliğindeki kabulden (TBK m. 477) farklı olarak, hukuki işlem benzeri davranış olan eserin esas itibarıyla kabulü ile işsahibi bakımından teslim (alma) ve dolayısıyla yüklenicinin asli edim yükümlülüğü sona erer. Başka bir deyişle, yüklenicinin, eseri işsahibine teklifi veya tamamlanma bildirimiyle başlayan teslim süreci, işsahibinin eseri fiili hâkimiyetine alması ve ifa olarak kabul etmesiyle tamamlanmış olur. Ancak, teorik açıdan yapılan bu ayrımın pratikte tespit edilebilmesi oldukça zordur. Somut olayın özelliklerine göre tarafların davranışlarının değerlendirilmesi gerekir. Özellikle işsahibinin davranışının TBK m. 477 anlamında örtülü kabul niteliğinde olduğu durumlara da dikkat edilmesi ve işsahibinin iradesinin eseri ifa olarak mı ayıpsız olarak mı kabul ettiğinin dikkatle tespit edilmesi gerekir. Zira kural olarak zaman bakımından en son gerçekleşecek olan eserin ayıpsız olduğu anlamında kabulün gerçekleştiği durumlarda, işsahibinin alacaklı temerrüdünden bahsedilemez. Bu nedenle, işsahibinin, dolaysız zilyetliği elde ederken eseri genel itibarıyla gözden geçirmesi⁵⁵⁴ ve ona göre teslimden kaçınıp kaçınmadığını açıklaması lehinedir. Buna karşılık, fiilen teslim alınan eserlerde, işsahibinin, tek taraflı biçimde ifa olarak kabul hususunda çekince ileri sürmesinin kabul edilmeyeceği belirtilmektedir⁵⁵⁵.

Bu çalışma bakımından önem arz eden nokta, işsahibinin fiili hâkimiyetindeki eserlerde olduğu gibi, onun fiili bir davranışına gerek bulunmayan hallerde de, eseri esas itibarıyla ifa olarak kabulden haklı sebep olmaksızın kaçınmasının alacaklı temerrüdü oluşturmasıdır. Bunun gerçekleşebilmesi için tabii olarak eserin gereği gibi (TBK m. 106) olması gerekir. Dolayısıyla, eserin ayıplı veya eksik olduğu durumlarda, işsahibinin eseri teslim almaktan veya ifa olarak kabulden kaçınmasıyla teslim gerçekleşmediği gibi temerrüt de meydana gelmez⁵⁵⁶. Buna karşılık, işsahibinin, bu durumu biliyor olmasına rağmen, ifa

⁵⁵⁴ Buradaki inceleme hakkı da külfet niteliğinde olmakla birlikte TBK m. 474 ile karıştırılmamalıdır. İşsahibi, eseri teslim almaktan kaçınmasını gerektiren bir eksiklik veya ayıbın söz konusu olup olmadığını inceleyecek ve zilyetliğin devrinden kaçınabilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Koller**, Werk, N. 158 (Yazar, İtalyan Medeni Kanunun'da –Art. 1665/1- bu duruma ilişkin hüküm bulunduğunu da belirtmektedir.); **Bögli**, N. 284; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 84.

⁵⁵⁵ **Bögli**, N. 292.

⁵⁵⁶ Tabii olarak, işsahibinin eserin teslimini reddettiği durumların dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı önemsiz eksik veya ayıp halleri bu durumdan müstesnadır.

Benimsediğimiz fikir, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde yer alan "*Geçici Kabul*" kavramı ile de paralellik göstermektedir. Başka bir deyişle, YİGŞ'de belirtilen geçici kabul ile TBK m. 106'da yer alan kabul aynı anlamdadır. Şartname'nin 41. Maddesine göre geçici kabulün, işin idare tarafından teslim alınma anlamına geldiği belirtilmektedir. (Bkz. **Paket**, s. 99 vd.; **Öz**, İnşaat, s. 147; **Seliçi**, İnşaat, s. 38; **Kürşat**, İnşaat, s. 181.). Benzer şekilde, SIA-Norm 118 Art. 158'te de teslimin, işsahibi ve yüklenici tarafından inşaatın birlikte kontrol edilmesinden sonra gerçekleşeceğine yer verilmiştir. Bu kontrole

katılmama işsahibi bakımından alacaklı temerrüdüne yol açar. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 471; **Gauch/Stöckli**, Komm. SIA-Norm 118, Art. 158, Anm. 14, 15.).

YİGŞ Madde 41:

(1) Taahhüt edilen iş, sözleşme ve eklerinde yer alan hükümlere uygun olarak tamamlandığında yüklenici idareye geçici kabulün yapılması için yazılı olarak başvuruda bulunur. **(Ek cümle: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)** Geçici kabul işlemleri Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği hükümleri de dikkate alınarak aşağıdaki esaslara göre yürütülür.

(2) Yapılan işler, yapı denetim görevlisi tarafından ön incelemeden geçirilir ve yapılan tespitler bir tutanağa bağlanır. Bu inceleme sırasında yüklenicinin veya vekilinin de hazır bulunması gereklidir. Yükleniciye yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse yapı denetim görevlisi bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir. Yapılan ön inceleme sonucunda;

a) İşin sözleşme ve eklerine uygun olarak tamamlandığı ve kabul işlemlerinin yapılmasında bir engel bulunmadığı anlaşırsa idare tarafından geçici kabul komisyonu oluşturulur,

b) İş kabule hazır değilse, eksik ve kusurlu işleri gösteren ön inceleme tutanağı, yapı denetim görevlisinin işin kabule hazır hale gelmesi bakımından yaklaşık bitim tarihini tespit eden görüşleriyle birlikte en geç üç gün içerisinde idareye gönderilir. **(Ek cümle: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)** Bunun üzerine, yükleniciye 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca kusur ve eksiklerin giderilmesi için, yapı denetim görevlisinin belirttiği yaklaşık bitim tarihi de dikkate alınarak, en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarda bulunulur ve sözleşmede belirlenen oranda gecikme cezası süre uzatımları dâhil işin bitmesi gereken tarihi takip eden günden başlamak üzere uygulanır. Belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, işin son durumu, yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir.

(3) Yüklenici geçici kabul başvurusunda gecikmiş olursa veyahut işi süresinde kabule elverişli duruma getirememişse; sözleşmeye göre işin bitmesi gereken tarihte yapı denetim görevlisi veya idarece görevlendirilecek **(Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)** işin niteliğine uygun sayıda teknik eleman tarafından iş yerinde incelenerek o günkü durum bir tutanakla tespit edilir. Bu inceleme sırasında yüklenicinin veya vekilini e hazır bulunması gereklidir. Yükleniciye yapılacak tebligata rağmen kendisi veya vekili gelmezse yapı denetim görevlisi veya idare bu incelemeyi tek taraflı olarak yapar ve düzenlenen tutanakta bu husus belirtilir. **(Mülga cümle: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)**

(4) Kabul komisyonunun oluşturulması ve işyerine gönderilebilmesi, yapılan işin kusurlu ve eksik kısımlarının bedelleri toplamının işin sözleşme bedelinin yüzde beşinden fazla olmamasına bağlıdır. Bu oranı geçmeyen kusur ve eksiklikler, aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına ve/veya işletilmesine engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır.

(5) Kabul komisyonu, gerçekleştirilen işlerin nev'ini, niteliğini, sözleşme ve ekleri ile teknik gereklere ve iş sırasında onaylanan değişikliklere uygunluğunu ve kabule hazır olup olmadığını, yüklenici veya vekili ile birlikte inceler. Yapılan inceleme neticesinde;

a) **(Değişik bent: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)** Kabul komisyonu işi kabule uygun bulmadığı takdirde, mevcut durumu ve işin kabule hazır hale gelmesi bakımından yaklaşık bitim tarihini bir tutanakla tespit eder ve idareye bildirir. Bu durumda geçici kabul yapılmamış sayılır. Bunun üzerine, yükleniciye 4735 sayılı Kanunun 20 nci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca kusur ve eksiklerin giderilmesi için, kabul komisyonunun belirttiği yaklaşık bitim tarihi de dikkate alınarak, en az on gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarda bulunulur ve sözleşmede belirlenen oranda gecikme cezası işin varsa süre uzatımları da dâhil sözleşmesine göre bitmesi gereken tarihi takip eden günden başlamak üzere uygulanır. Belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, işin son durumu idarece görevlendirilen işin niteliğine uygun sayıda teknik eleman tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir.

b) **(Değişik bent: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019)** Kabul komisyonu, kabule engel nitelikte olmamakla birlikte yapılan işte kusur ve eksiklikler tespit ederse; geçici kabul tutanağını tanzim ederek gördüğü kusur ve eksikliklerin ayrıntısını gösterir bir liste düzenler ve bunların giderilmesi için gerekli olan süreyi tutanakta belirtir. Belirlenen sürenin sonunda, yüklenici bulunsun veya bulunmasın, işin son durumu, yapı denetim görevlisi tarafından düzenlenecek bir tutanakla tespit edilir ve idareye iletilir. Eksikliklerin giderilmesi halinde geçici kabul tutanağı onaylanır. Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan tutarın %10'u oranında günlük ceza uygulanır. Ancak gecikme otuz günü geçerse ceza uygulamasına devam edilmekle birlikte idarece kusur ve eksiklikler yüklenici nam ve hesabına giderilebilir. Bu durumda kabul tutanağı eksikliklerin giderilmesinden sonra idarece işleme konularak onaylanır ve bu tarih kabul tarihi olarak dikkate alınır.

c) Kabul komisyonu işi kabule uygun gördüğü takdirde, geçici kabul tutanağı düzenlenir ve bu tutanağı komisyon üyeleri ile birlikte yüklenici veya vekili de imzalar.

olarak kabul ettiğini gösteren davranışlarının varlığı halinde ise, teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. İş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmesi, açıkça veya örtülü olarak gerçekleşebilir⁵⁵⁷. Bu kapsamda, iş sahibinin eseri fiilen teslim almasının, aynı şekilde zaruri olmamasına rağmen eseri kullanmaya başlamasının, ayıptan doğan haklarını kullanmasının, kısmi dahi olsa bedel ödemesi yapmasının ve hatta teslim almadan itibaren kural olarak belirli bir sürede reddetmemesinin de esas itibarıyla ifa olarak kabul anlamına geldiği belirtilmektedir⁵⁵⁸. Buna göre, iş sahibinin eseri TBK m. 106 anlamında kabulden kaçınması, eseri teslim almaktan kaçınması veya ifa olarak kabul etmediğini gösteren davranışları halinde ortaya çıkar.

İş sahibinin, sözleşmeye uygun eseri haklı bir sebep olmaksızın ifa olarak kabulden kaçındığı durumun sonuçları ise, kanaatimizce, eserin tevdiye uygunluğuna göre belirlenmelidir. Taşınır veya belirli bir cisim üzerinde somutlaşan cismani eserlerde iş sahibi eseri ifa olarak kabul etmemişse, eseri tekrar teslim alan ve aksi fikirde olan yüklenicinin, ifa ikamelerine (tevdî ve satış) başvurarak teslimi gerçekleştirmesi mümkündür. Ayrıca, eseri elinde bulunduran yüklenici, TBK m. 483 gereği hasardan sorumlu olmayacağı gibi yaptığı

(7) Geçici kabul tutanağı, ihale makamı veya yetkilendirdiği kişilerce onaylandıktan sonra geçerli olur. Geçici kabulün yapılmasını müteakip işin kullanılması ve/veya işletilmesi, işin kesin kabulünün yapıldığı anlamına gelmez.

(8) Geçici kabul itibarıyla tarih olarak esas alınacak tarih, işin geçici kabule elverişli bir halde tamamlandığı tarih olup bunu geçici kabul komisyonu tespit ederek tutanağa geçirir. Ancak yüklenici tarafından tamamlanması ve düzeltilmesi gereken eksik ve kusurlardan, teknik bakımdan tamamlandıktan sonra bir deneme süresi geçirmesi gerekenler varsa, bu kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihinden başlayarak kesin kabule kadar geçmesi gereken süreyi de kabul heyeti belirleyerek tutanağa yazar.

(9) Yüklenicinin yaptığı işin, süresinde (Ek ibare: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019) (varsa süre uzatımları da dâhil) tamamlandığı yapı denetim görevlisi tarafından tespit edilmiş ve idareye bildirilmiş, ancak kabul komisyonunun iş yerine gitmesi ve kabulü yapması herhangi bir nedenle gecikmiş ise kabul tutanağında işin gerçek bitiş tarihi belirtilir ve bu tarih, işin geçici kabul (Ek ibare: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019) itibarıyla olur.

(12) Geçici kabul için yapılan incelemede, teknik olarak kabulünde sakınca görülmeyen ve işin idareye teslimini ve kullanılmasını ve/veya işletilmesini engellemeyen, giderilmesi de mümkün olmayan veya fazla harcama ve zaman kaybını gerektiren, kusur ve eksiklikler görülecek olursa yüklenicinin varsa hakediş veya teminatından uygun görülecek bir (Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019) nefaset bedeli kesilmek şartı ile, iş idare tarafından bu hali ile kabul edilebilir. (Ek cümle: 08.08.2019-30856 R.G./33. md., yürürlük: 18.08.2019) Nefaset bedeli işin kabul edilebilirliğine ilişkin yüzde beş oranının hesabında dikkate alınmaz. Bu gibi kusur ve eksikliklerin niteliğinin ve kesilecek bedelin kabul tutanağında gösterilmesi gereklidir. Yüklenici bu işleme razı olmazsa, her türlü gideri kendisine ait olmak üzere, kusur ve eksiklikleri verilen sürede düzeltmek ve gidermek zorundadır.

(14) İşin süresinden önce bitirilmesi halinde, yüklenicinin isteği üzerine, idare sözleşmedeki iş bitim tarihini beklemeksizin yukarıdaki usullere uygun olarak işin kabulünü yapabilir.

⁵⁵⁷ **Bögli**, N. 290 vd.; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 83; **Kürşat**, İnşaat, s. 178 dn. 442 (Kural olarak inşaatın teslimi bakımından iş sahibinin katılımına ihtiyaç bulunmadığından alacaklı temerrüdünün oluşamayacağını kabul eden yazar, iş sahibinin tesellümü reddettiğine dair açıklığın bulunduğu durumların da söz konusu olabileceğini ve teslim için tarafların ayrıca anahtar teslimi gibi ek unsurların gerektiği hallerde de alacaklı temerrüdünün göz önünde bulundurulmasını vurgulamaktadır.); **Gündoğdu**, Eser, s. 595; **Kögl**, Beck OGK BGB, §293 Rn. 80, 82; **Huber**, I, s. 181; **Wiedemann**, Soergel BGB, §293 Rn. 10; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 142; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 116.

⁵⁵⁸ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 368; **Bögli**, N. 289 vd.; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 85.

giderleri de işsahibinden talep eder⁵⁵⁹. Buna karşılık, işsahibinin hâkimiyetinde yer alan eserlerde ise, durum farklılık arz eder. Kural olarak tevdi ve satış mümkün olmadığından, işsahibinin alacaklı temerrüdü ile teslim gerçekleşmiş sayılır ve yüklenici asli edim yükümlülüğünden kurtulur. Buna göre, işsahibinin, ayıba ilişkin muayene ve ihbar süreleri ile zamanaşımının ise, temerrütle birlikte başladığı kabul edilmelidir.

2.2.2.3.2.4. Teslimin Gerçekleşmesi

Teslim, gerek işsahibi gerekse yüklenici açısından eserin türüne göre farklı şekillerde gerçekleşir. Bu nedenle, eser türlerine göre teslimin incelenmesi elzemdir. Aşağıda taşınır, taşınmaz, bağımsız maddi varlığı bulunmayan ve fikrî eserlere göre ayırım yapılarak teslimin gerçekleşmesi açıklanmaya çalışılmıştır.

2.2.2.3.2.4.1. Taşınır Eserlerde

Taşınır eserlerde teslim, eserin zilyetliğinin işsahibine devri ile gerçekleşir⁵⁶⁰. Yüklenicinin, eseri, işsahibi tarafından anlaşılabilir bir ifa iradesiyle, onun hâkimiyet alanına geçirmesi gerekir⁵⁶¹. Eser teslim sözleşmelerinde, taşınırın teslimiyle mülkiyet de işsahibine intikal eder. Bununla birlikte, işsahibi eserin önceden maliki değilse mülkiyetin de işsahibine sağlanması teslim için bir şarttır⁵⁶². Doktrinde, zilyetliğin teslimsiz devir yoluyla gerçekleştiği durumlarda ancak işsahibinin buna rıza gösterdiği veya işin niteliğinden bunun mümkün olduğu hallerde, teslimin gerçekleşebileceği kabul edilmektedir⁵⁶³. Bu fıkre göre, teslim için kural olarak işsahibinin doğrudan doğruya zilyet kılınması gerekir.

Teslimin gerçekleşebilmesi, yüklenicinin, işsahibi tarafından anlaşılabilen ifa iradesiyle hareket etmesini gerektirir⁵⁶⁴. Başka bir deyişle, kendiliğinden işsahibinin hâkimiyet alanına giren veya işsahibinin bu iradeyi bilmesinin mümkün olmadığı hallerde,

⁵⁵⁹ Bkz. 3.1.2 ve 3.1.3; 3.2.2.2 ve 3.2.2.3.

⁵⁶⁰ **Koller, J.**, s. 12; **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 9; **Durr**, s. 56; **Gauch**, Werk, N. 88 (Dolaysız zilyetliğin devredilmesi gerektiği belirtilmektedir.); **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 10; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 367 N. 2; **Uçar**, Teslim, s. 535; **Kurt**, Temerrüt, s. 80.

⁵⁶¹ **Gauch**, Werk, N. 87; **Koller**, Werk, N. 155; **Öz**, Dönme, s. 167; **Tandoğan**, II, s. 125; **Ozanoğlu**, s. 62; **Eren**, Özel, N. 2116; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 485; **Paket**, s. 82; **Gündoğdu**, Eser, s. 64.

⁵⁶² **Öz**, Dönme, s. 166; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 11; **Eren**, Özel, N. 2123; **Altaş**, Telef Olma, s. 81; **Kurt**, Temerrüt, s. 80. Mülkiyet geçişinin zorunlu bir unsur olmadığı hususunda bkz. **Gauch**, Werk, N. 88; **Gautschi**, BK OR, Art. 363 N. 5a (Yazar, işsahibinin dolaysız asli zilyet yapılmasının şart olmadığını belirtmekte ve kiracının da teslimin alacaklısı olabileceğini ileri sürmektedir.); **Gündoğdu**, Eser, s. 66 (Yazar, mülkiyeti devretmesi gereken yüklenicinin de istisnaen malik olmadığı durumlarda, işsahibinin, yükleniciye karşı kötü ifa sebebiyle değil, borçlu temerrüdü kapsamında başvurması gerektiğini ileri sürmektedir.).

⁵⁶³ **Öz**, Dönme, s. 167; **Altaş**, Telef Olması, s. 81; **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 9; **Gümüş**, II, s. 27 (Yazar, eser sözleşmesindeki teslimin, eşya hukukundan daha geniş bir kavram olduğunu belirtmektedir.).

⁵⁶⁴ **Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 61; **Bögli**, N. 186; **Şenocak**, Ayıbin Giderilmesi, s. 80; **Öz**, Dönme, s. 167; **Altaş**, Telef Olması, s. 81; **Koller, J.**, s. 12; **Gautschi**, BK OR, Art. 367 N. 13a; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 10; **Klauser**, s. 16; **Koller**, Werk, N. 155; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 367 N. 2; **Gündoğdu**, Eser, s.65.

teslimden bahsedilemez. Buna göre, eserin, iş sahibinin bahçesine gizlice bırakılmasıyla teslimin gerçekleştiği ileri sürülemez⁵⁶⁵. Tamamlanmış eseri, yüklenicinin henüz ifa iradesiyle iş sahibine sunmasından önce, iş sahibinin kendiliğinden eseri teslim almaya yönelik davranışları veya eseri kullanmaya başlaması halinde de teslim gerçekleşmiştir⁵⁶⁶. Eserin iş sahibinin fiili hâkimiyetinde bulunmasına rağmen, eseri kullanabilmesi için yüklenici tarafından sağlanması gereken doküman, kullanma kılavuzu vb. gereken hallerde ise, ayrıca bunlar da sağlanmadan teslim gerçekleşmez⁵⁶⁷. Doktrindeki bir görüşe göre, eserin teslim alınması için iş sahibinin özel bir teslim alma iradesine gerek yoktur⁵⁶⁸. Buna göre, irade bozukluklarına dayalı teslim almanın iptali mümkün değildir. Ancak, taşınır eserlerde iş sahibinin teslim almaya yönelik davranışları gerekmektedir. Başka bir deyişle, iş sahibi teslim almaya yönelik davranışını yerine getirmediği sürece teslimin gerçekleşmesi mümkün değildir ve diğer şartlar da varsa iş sahibinin temerrüdü oluşur. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, eserin iş sahibi tarafından ifa olarak kabulü de gerekir⁵⁶⁹. Doktrinde de belirtildiği üzere, eserin fiilen teslim alınmasıyla bu durum gerçekleşir⁵⁷⁰. Ancak, iş sahibinden habersiz biçimde onun fiili hâkimiyet alanına bırakılmış bir eserin tesliminden söz edilemez. Bunun için, iş sahibinin eserin bırakıldığını öğrendikten sonra eseri ret için uygun sürenin tanınması gerekir⁵⁷¹.

Taşınır eserler bakımından teslim yerinin belirlenmesi de önem arz etmektedir. Bu kapsamda, taraflar arasında aksine bir anlaşma olmadıkça, aranacak borç (TBK m. 89/2, 3) söz konusudur⁵⁷². Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı taşınır eser teslim sözleşmelerinde, götürülecek borç ortaya çıkar⁵⁷³. Dolayısıyla, bu halde yüklenicinin,

⁵⁶⁵ **Ayan**, s. 51; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 335 (Yazar, taraflarca kararlaştırıldığı takdirde, iş sahibinin kapısına bırakılan eseri teslim edilmiş sayılacağını belirtmektedir.).

⁵⁶⁶ **Gauch**, Werk, N. 89; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 13; **Becker**, BK OR, Art. 367 N. 2.

⁵⁶⁷ **Gauch**, Werk, N. 94; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 18.

⁵⁶⁸ **Gauch**, Werk, N. 98; **Tandoğan**, II, s. 127; **Eren**, Özel, N. 2116; **Gündoğdu**, Eser, s. 65 dn. 164; BGer 4A_252/2010 vom 25.11.2010, E. 5.3; **Gümüş**, II, s. 34.

⁵⁶⁹ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 365; **Bögli**, N. 278.

⁵⁷⁰ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 369; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 83.

⁵⁷¹ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 84; **Ayan**, s. 55 dn. 164 (“Buna göre mesela, yüklenicinin hazırladığı bir bilgisayar programını disket içinde iş sahibine postalaması durumunda, iş sahibinin eseri mevcut haliyle ifa olarak kabul etmeme hakkı bulunan bir durumda, uygun bir süre içinde yükleniciye eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirebilir. Bu durumda hukuki anlamda teslim gerçekleşmemiş sayıldığı için, yine yukarıdaki gibi iş sahibi borcun ifa edilmemesinden doğan haklarını kullanabilir. Bu bildirimin, ayıp ihbarıyla veya ayıptan doğan hakların kullanılmasıyla bir ilişkisi yoktur. Bu olayda iş sahibinin kendisine postalanan taşınır eseri ifa olarak kabul etmeme hakkının bulunmadığı bir durum (eserin tesellümden kaçınmayı haklı gösterecek derecede ayıplı olmadığı) söz konusu ise, onun eseri ifa olarak kabul etmediğini ileri sürmesi veya eseri yükleniciye iade etmesi, onu alacaklı temerrüdüne düşürmez. Çünkü bu durumda, eserin yüklenicinin hâkimiyet alanında bulunması durumundan farklı olarak, artık teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir. Teslim gerçekleştiği için, artık alacaklı temerrüdü de söz konusu olamayacaktır.”).

⁵⁷² **Gauch**, Werk, N. 89; **Keller/Schobi**, s. 226; **Kurt**, Temerrüt, s. 80; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 341; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 562; **Altaş**, Telef Olması, s. 82; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 363 N. 22. Aksi yönde, **Gautschi**, BK OR, Art. 363 N. 6c.

⁵⁷³ **Tandoğan**, II, s. 125; **ALTAS**, Telef Olması, s. 82; **Kurt**, Temerrüt, s. 80 dn. 261; **Paket**, s. 93.

iş sahibine fiili teslim teklifi gerekir. Gönderilecek eserlerde ise, teslimin hangi anda gerçekleştiğinin tespiti önemlidir. Bu noktada, eserin göndericiye teslimiyle mi yoksa iş sahibinin eser üzerinde hâkimiyet kurması ile mi teslimin gerçekleşeceği tartışmalıdır⁵⁷⁴. Kanaatimizce, TBK m. 208/III'ten farklı olarak, eser sözleşmesi bakımından teslim, iş sahibinin eser üzerinde fiili hâkimiyeti kazandığı anda gerçekleşmelidir. Aynı şekilde, bedel hasarı da teslimin gerçekleştiği bu andan itibaren iş sahibine geçmelidir⁵⁷⁵.

2.2.2.3.2.4.2. Taşınmaz Eserlerde

Taşınmazları konu edinen eser sözleşmeleri bakımından teslimin gerçekleşmesi, arsanın yükleniciye veya iş sahibine ait olmasına göre incelenmelidir.

-Yüklenicinin arazisi üzerinde inşa edilen taşınmazların iş sahibine teslimi, hem eser üzerinde fiili hâkimiyetin hem de mülkiyet geçişi için iş sahibi adına tescilin yapılmasıyla gerçekleşir⁵⁷⁶. Fiili hâkimiyetin kurulduğu ve hatta iş sahibinin taşınmazı kullanmaya başladığı fakat adına henüz tescilin gerçekleştirilmediği durumlarda teslim, kural olarak gerçekleşmiş olmaz. Bununla birlikte, iş sahibinin, teslim hususunda yüklenicide haklı güven oluşturduğu durumlarda, yükleniciye karşı teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmesi TMK m. 2 çerçevesinde reddedilmelidir. Yüklenicinin arazisine inşa edilen taşınmazlar bakımından, iş sahibinin fiili hâkimiyeti elde etmeye yönelik davranışlardan kaçınması (daire anahtarlarını almaması) veya tescil işlemine katılmaması gibi durumlarda alacaklı temerrüdü hükümleri cari olur⁵⁷⁷.

-İş sahibinin arazisi üzerinde yapılan taşınmazlarda, mülkiyet iş sahibinde olduğu gibi zilyetliğin fiilen devri de mümkün olmadığından, teslim ilişkisi süreci yüklenicinin eserin tamamlandığına ilişkin ifa iradesi ile bildirimde bulunmasıyla (*Mitteilung*) gerçekleşir⁵⁷⁸.

⁵⁷⁴ Doktrindeki görüşler için bkz. **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 346.

⁵⁷⁵ **Gauch**, Werk, N. 1186; **Koller, J.**, s. 13; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art 376 N. 4. Aksi yönde **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 347; BGB §644/2.

⁵⁷⁶ **Kurt**, Temerrüt, s. 83; **Seliçi**, İnşaat, s. 8; **Gümüş**, II, s. 33. Sadece tescilin yeterli olduğu hususunda bkz. **Öz**, Dönme, s. 168; **Altaş**, Telef Olması, s. 86; **Ayan**, s. 52; **Paket**, s. 96.

⁵⁷⁷ Böyle bir ihtimalde, yüklenicinin başvurabileceği herhangi bir hüküm yoksa (borçlu temerrüdüne dayalı sözleşmeden dönme vb.), tartışmalı olmakla birlikte TBK m. 108 çerçevesinde taşınmazı satma hakkı tanınabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. 3.1.2.2.2.2; **Staubert**, N. 406.

23. HD, T. 28.05.2015, E. 2014/5522, K. 2015/4000 (karararama.yargitay.gov.tr): "...davalının daireyi teslim etmek amacıyla davacıya ihtarname gönderdiği, davacının da daireyi teslim almak amacıyla eksik ve ayıplı işler bakımından dairede vekili vasıtasıyla kontrollerde bulunduğu, sonuç olarak, 27.07.2011 tarihli ihtari ile ihtirazi kayıt ileri sürerek 28.07.2011 tarihinde tapuda ve yine ihtirazi kayıtla 12.08.2011 tarihinde de daireyi fiilen teslim aldığı anlaşılmıştır."

⁵⁷⁸ **Ayan**, s. 52; **Kurt**, Temerrüt, s. 81; **Gauch**, Werk, N. 92; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 12; **Brändli**, N. 141; **Bögli**, N. 48; **Seliçi**, İnşaat, s. 36; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 367 N. 3; **Klauser**, s. 17; **Paket**, s. 93 vd.; **Lenzlinger Gadiant, Annette**, Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag: ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligationenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins, Diss., Zürich 1993, s. 54; **Uçar**, s. 518. Bildirimin zorunlu unsur olmadığı hususunda bkz. **Kürşat**, İnşaat, s. 174-175; **Altaş**, Telef Olması, s. 86; **Öz**, Dönme, s. 168.

Başka bir deyişle, yüklenicinin, eseri tamamladığına ilişkin açık veya örtülü bildirimi ifa teklifi niteliğindedir. Bu bağlamda, eserin fiilen devredilmesinin yerini bildirim alır. Yüklenicinin, eseri meydana getirmesiyle eser kendiliğinden işsahibinin hâkimiyet alanında ortaya çıktığından, baskın görüşe göre, işsahibinin kural olarak teslim almaya ilişkin bir davranışından söz edilmez. Dolayısıyla, eserin gereği gibi olduğu durumlarda yüklenicinin bildirimiyle birlikte teslim gerçekleşir⁵⁷⁹. Bununla birlikte, teslim için yüklenicinin eser üzerindeki fiili hâkimiyetini ortadan kaldırması (iskelenin kaldırılması, binaya girişin sağlanması vb.) ve işsahibinin eser üzerinde doğrudan hâkimiyet kurabilir olması gerekir⁵⁸⁰. Bildirimin işsahibine ulaşmasının gerekip gerekmediği ise, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁸¹, bildirimin işsahibine yönelmiş olması gerekirken; diğer bir görüşe göre⁵⁸², tamamlanmış ve ayıpsız eserlerde bu bildirim varması gerekli bir beyan olmayıp, gönderilmesiyle teslim gerçekleşmiş olur. Teslim için yüklenicinin açıkça veya örtülü olarak bildirimi şart olmakla beraber, eserin tamamlandığının işsahibi tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu hallerde de yüklenicinin esere ilişkin fiili hâkimiyetini sonlandırmasıyla işsahibi bakımından teslim gerçekleşir ve bildirim gerekmez⁵⁸³. Bu noktada, işsahibinin açık veya örtülü bildirimden itibaren uygun süre içerisinde ifayı reddetmemesiyle, eseri ifa olarak kabul ettiği sonucuna ulaşılır⁵⁸⁴. Yüklenicinin bildirimde bulunmadan önce işsahibinin eseri kullanmaya başladığı hallerde ise, teslimin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁵⁸⁵.

Doktrindeki baskın görüşe göre, yüklenicinin bildirimiyle teslim gerçekleştiğinden, işsahibinin teslim almaya yönelik herhangi bir davranışının gerekmediği ve dolayısıyla alacaklı temerrüdünün ortaya çıkmayacağı belirtilmektedir⁵⁸⁶. Teslimin, yüklenicinin açık veya örtülü bildirimiyle veya eserin tamamlandığının işsahibi tarafından bilinebilir olmasıyla gerçekleştiği durumlarda, gerçekten de işsahibinin teslim alma noktasında fiili bir davranışından bahsedilemez. Ancak, kabul ettiğimiz fikre göre, alacaklı temerrüdü, sadece

⁵⁷⁹ **Gauch**, Werk, N. 92; **Tschütscher**, N. 292; **Klauser**, s. 20; **Koller, J.**, s. 17; **Seliçi**, İnşaat, s. 35; **Öz**, İnşaat, s. 146.

⁵⁸⁰ **Ayan**, s. 53; **Erman**, Arsa Payı, s. 30; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 351; **Gautschi**, BK OR, Art. 363 N. 5b; **Öz**, Dönme, s. 168; **Kurt**, Temerrüt, s. 82; **Kürşat**, İnşaat, s. 174; **Paket**, s. 94.

⁵⁸¹ **Gauch**, Werk, n. 92.

⁵⁸² **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 352; **Brändli**, N. 142.

⁵⁸³ **Seliçi**, İnşaat, s. 37; **Kurt**, Temerrüt, s. 82; **Öz**, Dönme, s. 168, 169 (Yazar, önemsiz ve yapıdan yararlanmayı güçleştirmeyen malzeme ve artıklar sebebiyle ifanın gerçekleşmediğinin ileri sürülemeyeceğini ancak ayıplı ifaya dayanılabileceğini belirtmektedir.); **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 352 (Yazar, zilyetlik ihlalinin ortadan kaldırıldığı vb. hallerde, teslim ilişkine ilişkin gerçek olmayan bildirimden bahsetmektedir.); **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 85. Yüklenicinin bildirimle ilişkin bir borcunun olduğu yönünde bkz. **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 357. Teknik anlamda borç olmadığına ilişkin bkz. **Gauch**, Werk, N. 93 dn. 216.

⁵⁸⁴ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 370; **Bögli**, N. 264, 275; **Şenocak**, Aybın Giderilmesi, s. 86.

⁵⁸⁵ **Kurt**, Temerrüt, s. 83; **Gauch**, Werk, N. 93; **Seliçi**, İnşaat, s. 37; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 13; **Kürşat**, İnşaat, s. 175; **Erman**, Arsa Payı, s. 34.

⁵⁸⁶ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 361 (Yazar, yalnız tamamlanmış ve ayıplı olmayan eserler bakımından bu durumu kabul etmektedir.); **Gauch**, Werk, N. 93; **Öz**, Dönme, s. 168; **Brändli**, N. 142; BGE 115 II 459; **Ayan**, s. 54; **Zeltner**, N. 165.

fiili devirden kaçınmadan ibaret değildir. Dolayısıyla, iş sahibinin, tamamlandığı bildirilen sözleşmeye uygun eserin, eksik veya ayıplı olduğunu bildirerek ifa olarak kabulden kaçınması da mümkündür. Bunun haksız olarak gerçekleştiği durumlarda da yine alacaklı temerrüdü meydana gelir. Böylece, yüklenicinin bildirimiyle gerçekleşen ifa teklifine karşı iş sahibinin ifa olarak kabulden kaçınarak teklifi reddetmesi mümkündür. Bunun haksız olduğu durumlarda, iş sahibinin alacaklı temerrüdü meydana gelir.

Tarafların teslimin gerçekleşmesini ek başka unsurlara bağlaması da mümkündür. İş sahibinin, yükleniciden alacağı anahtarla eve gireceği veya eseri birlikte kontrol ettikten sonra teslimin gerçekleşeceği ya da uygulamada sıklıkla karşılaşılan iskan ruhsatının alınmasından sonra teslimin gerçekleşeceği hallerde de, iş sahibinin yerine getirmesi gereken davranışlardan kaçınmasıyla alacaklı temerrüdü ortaya çıkar⁵⁸⁷.

2.2.2.3.2.4.3. Fikrî Eserlerde

Fikrî eserlerin bir cisim üzerinde somutlaştığı hallerde, cismin (metin, plan, kayıt, taşınabilir bellek vb.) iş sahibine zilyetliğinin devredilmesiyle teslim gerçekleşir ki bu durum, taşınırların tesliminden farksızdır. Buna karşılık, kanaatimizce eser kapsamında yer alan tiyatro gösterimi, konferans verilmesi vb. şekilde edim sonucunun maddileştirilemediği hallerde, meydana getirmeden bağımsız olarak ayrıca bir teslim aşaması yoktur⁵⁸⁸. Başka bir deyişle eserin meydana getirilmesi tamamlandığında teslimi de gerçekleşmekte olup iş sahibinin alacaklı sıfatıyla temerrüdü ancak hazırlık fiillerinden (konferans verecek kişinin salona alınmaması) kaçınma suretiyle gerçekleşebilir.

2.2.2.3.2.4.4. Bağımsız Maddi Varlığı Olmayan Eserlerde

Yüklenicinin meydana getirme borcunun, iş sahibinin hâkimiyetinde bulunan eserler üzerinde değişiklik (dönüştürme, restorasyon, imha, tamir vb.) yapılmasından ibaret olduğu

⁵⁸⁷ Öz, Dönme, s. 169; Koller, BK OR, Art. 363 N. 361; Brändli, N. 151; Tandoğan, II, s. 126; Erman, Arsa Payı, s. 73; Ayan, s. 54 (Yazar, anahtarların tevdi edilmesiyle teslimin gerçekleşeceğini belirtmektedir.); Paket, s. 95; Zeltner, N. 166; Kürşat, İnşaat, s. 189.

23. HD, T. 10.05.2013, E. 2012/6909, K. 2013/3111: “İnşaatın tamamlanmasına rağmen yapı kullanım izin belgesi alınmadığı, sözleşme uyarınca dairelerin yapı kullanım izin belgesi alınarak davacıya teslimi gerektiği ve yapı kullanım izin belgesi alınmadan davacının daireleri teslim almaya zorlanamayacağından gecikme nedeniyle sözleşmede belirlenen ceza alacağının doğduğu”; 23. HD, T. 3.11.2014, E. 2014/1894, K. 2014/6901: “Sözleşmeye göre yüklenicinin en son 31.12.2009 tarihi itibarıyla dükkân ve daireleri iskan alınmış biçimde davacılara teslim etmesi gerekirken, 03.03.2011 tarihinde iskan ruhsatı alınıp teslim edildiği, bu tarihler gözletildiğinde geç teslim süresinin 14 ay olduğu” www.lexpera.com.

⁵⁸⁸ Koller, BK OR, Art. 363 N. 313; Gauch, Werk, N. 88; Brändli, N. 107; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 87; Kurt, Temerrüt, s. 84; Tandoğan, II, s. 125; Bögli, N. 47, 307 (Yazar, bu tip eserler bakımından eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulünün de mümkün olmadığını belirtmekte birlikte, Alman ve Avusturya hukukunda konunun tartışmalı olduğunu söylemektedir. A.g.e., N. 306).

durumlarda, fiili hâkimiyet değişikliği şeklinde teslim aşaması gerçekleşmez⁵⁸⁹. Bu tip eserlerde, meydana getirme faaliyetinin tamamlandığının yüklenici tarafından açıkça veya örtülü olarak bildirimiyle teslim gerçekleşir. Buna göre, evin bir odasını boyayan boyacı malzemelerini toplayıp çıkmasıyla, bahçeyi düzenleyen bahçıvanın gerekli işleri bitirdiğini bildirmesiyle teslim alma gerçekleşir. Ancak, iş sahibinin böyle bir durumda da örneğin yükleniciyle birlikte işi kontrol etmesi⁵⁹⁰ ve ifa olarak kabul edip etmediğini bildirmesi veya bu anlama gelen davranışı (çekince belirtilmeksizin bedelin ödenmesi gibi) ya da uygun sürenin geçmesiyle teslim gerçekleşmiş olur. Dolayısıyla, gereği gibi olan eseri, iş sahibinin beğenmediğini bildirmesi bu anlamda alacaklı temerrüdüne yol açmalıdır.

2.2.2.3.3. Ayıplı ve Eksik Eserlerin Teslimi

Teslim ve özellikle teslim almayla ilgili incelenmesi gereken durumlardan biri de, eserin ayıplı veya eksik olmasıdır. Eksiklik ve ayıp, doktrindeki baskın görüşe ve uygulamada istikrar kazanmış içtihatlarla göre farklı kavramlardır⁵⁹¹. Eksik iş, yüklenicinin edim sonucuna ilişkin yapması gereken bütün işlerin bitirilmemesi dolayısıyla eserin tam olarak meydana gelmediği durumlarda söz konusudur⁵⁹². Ayıplı ifa ise, eserin kararlaştırılan niteliğe uygun olmaması ve meydana getirilen kısımda değişiklik gerektiren bir durumdur⁵⁹³. Başka bir deyişle, ilkinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü kısmen veya tamamen hiç ifa

⁵⁸⁹ **Altaş**, Telef Olma, s. 83 (Yazar, bu tür durumları, mülkiyet devir borcunun söz konusu olmadığı haller olarak nitelendirmektedir.); **Kurt**, Temerrüt, s. 81; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 27.

⁵⁹⁰ Yapılan kontrol TBK m. 474 anlamında gözden geçirme olmayıp, bedelin ödenmesi de TBK m. 477 anlamında kabul anlamına gelmemektedir. Nitekim doktrinde de çekince belirtilmeksizin bedelin ödenmesiyle örtülü kabulün somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken bir durum olduğu fikri hâkimdir. Bkz. **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 370, N. 12; **Gauch**, Werk, n. 2070; **Paket**, s. 128; **Trümpy**, Abnahme, s. 108. Ancak, çekince belirtilmeksizin bedelin ödenmesi her durumda esas itibarıyla ifa olarak kabul etmek anlamına gelir. Bkz. **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 86-87; **Bögli**, N. 298 (Belirli ayıplar için bedelin bir kısmını ödemekten kaçınan iş sahibi de eseri esas itibarıyla ifa olarak kabul etmiştir.).

⁵⁹¹ **Gauch**, Werk, N. 1446 vd.; **Öz**, Dönme, s. 110; **Şahin**, s. 37 vd.; **Akıncı**, **Şahin**, Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 17-20 Şubat 2016 (Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk – İsviçre Medeni Hukuku, 17-18-19-20 Şubat 2016, Ankara 2017, s. 1399; **Paket**, s. 105 vd.; **Ayan**, s. 61; **Kurt**, Temerrüt, s. 72. Aksi yönde **Bögli**, N. 351 (Yazar, eksik ve ayıp şeklinde bir ayırım yapmaksızın sözleşmeden ayrılma “Vertragsabweichungen” ifadesine yer vermekte olup teslimin gerçekleşmesinden önce bütün ayıplı eserlerin eksik, iş sahibinin teslim alma iradesini göstererek teslimin gerçekleşmesinden sonra da bütün eksik eserlerin ayıplı sayıldığını belirtmektedir.).

“Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır.” Y. 15. HD T. 20.1.2020, E. 2019/1698, K. 2020/120; Y. 15. HD T. 5.2.2018, E. 2016/3790, K. 2018/366; 23. HD T. 25.09.2014, E. 2014/1106, K. 2014/5941 (www.lexpera.com.tr).

⁵⁹² **Gümüş**, II, s. 30; **Kürşat**, İnşaat, s. 171; **Kurt**, Temerrüt, s. 72; **Erman**, Arsa Payı, s. 181; **Uçar**, s. 529; **Eren**, Özel, N. 2337. Farklı eksik iş tanımları için bkz. **Gür**, **Muhammet**, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara 2017, s. 79 vd.

⁵⁹³ **Kurt**, Temerrüt, s. 72; **Gauch**, Werk, N. 1434; **Tandoğan**, II, s. 161; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 93; **Seliçi**, İnşaat, s. 136; **Akıncı**, Eksik İfa, s. 1399.

etmemesi söz konusu iken, diğ erinde bulunması gereken nitelikleri taşımayan ifa vardır. Ancak, ayıplı ve eksik ifanın uygulamada birbirinden ayırt edilmesi oldukça zordur⁵⁹⁴. Aşağıda, eserin ayıplı veya tamamlanmamış olması halleri, özellikle alacaklı temerrüdüyle ilişkisi çerçevesinde ayrı ayrı değerlendirilmiştir.

Eserin tamamlanmadığı ve böylece eksik ifanın söz konusu olduğu durumlarda, doktrindeki baskın görüşe göre, teslimin şartı olan tamamlanma gerçekleşmez ve buna dayalı olarak iş sahibinin asli ifa talebi devam eder⁵⁹⁵. Eksik ifa halinde, yüklenicinin TBK m. 112 ve genel hükümlere dayalı sorumluluğu söz konusudur⁵⁹⁶. Hatta tamamlanmamış eseri kullanmaya başlayan iş sahibi bakımından dahi kural olarak eserin teslim edildiği sonucuna ulaşamaz⁵⁹⁷. Bununla birlikte, tabii olarak eserin eksik olmasına rağmen tesliminin mümkün olduğu durumlar da mevcuttur. Bunlardan ilki, eksikliğe dayanarak teslim almaktan kaçınmanın veya teslimin gerçekleşmediğini ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırılık yarattığı hallerdir⁵⁹⁸. Örneğin, bir fabrika yapımının borçlanıldığı olayda, fabrikanın camlarından bazılarının takılmamış olması durumunda veya meydana getirilen bilgisayar programının tema rengi seçeneğinin bulunmaması bu kapsamda sayılabilir. Bu tip hallerde, eksik olan kısmın eserin tamamına oranı ve tarafların menfaat dengeleri göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması ve bir sonuca ulaşılması gerekir⁵⁹⁹. Eksikliğin önemsiz olduğu durumlarda da iş sahibinin eseri ifa olarak kabul etmemesi alacaklı temerrüdüne yol açar⁶⁰⁰. Önemsiz eksiklikler, ayıp olarak değerlendirilmemekle birlikte,

⁵⁹⁴ Akıncı, Eksik İfa, s. 1401; Kurt, Temerrüt, s. 72; Paket, s. 107; Şahiniz, s. 40.

⁵⁹⁵ Gauch, Werk, N. 101; Bühler, ZK OR, Art. 367 N. 7 (BGE 98 II 164; 48 II 50 f.; 111 II 171; 113 II 267; 115 II 458; 118 II 149); Lenzlinger Gadiant, s. 56; Kurt, Temerrüt, s. 75; Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 367 N. 3; BGE 129 III 738 E. 7.2; Acar, Eser, s. 7; Erman, Arsa Payı, s. 181-182; Kocaağa, İnşaat, s. 118; Tschüscher, N. 248; Ayan, s. 76; Gündoğdu, Eser, s. 78; Yakuppur, s. 66.

⁵⁹⁶ Eksiklik halinde iş sahibinin haklarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gauch, Werk, N. 1447; Koller, Nachbesserungsrecht, n. 35; Kurt, Temerrüt, s. 74 vd.; Ayan, s. 62 vd.; Paket, s. 112 vd.

⁵⁹⁷ Ayan, s. 61; Lenzlinger Gadiant, s. 56; Bühler, ZK OR, Art. 367 N. 7 (BGE 25 II 867; 94 II 164); Gauch, Werk, N. 103; Seliçi, İnşaat, s. 40; Gündoğdu, Eser, s. 78 (İş sahibinin, eseri yüklenicinin ifası olarak anlayarak kabul ettiği durumlarda dahi devrin gerçekleşmeyeceği belirtilmektedir.).

⁵⁹⁸ Gauch, Werk, N. 103, 1448; Tschüscher, N. 246; Eren, Özel, N. 2115; Kurt, Temerrüt, s. 70; Ayan, s. 63 vd.; Paket, s. 111; Trümpy, Abnahme, s. 105; Yakuppur, s. 67; Gür, s. 109. Dürüstlük kuralının bu kapsamda geniş yorumlandığı hususunda bkz. Koller, BK OR, Art. 363 N. 364; Koller, Nachbesserungsrecht, N. 61 dn. 84. Yazar, daha sonra TMK m. 2 saklı kalmak kaydıyla, borca uygun olmayan eserlerden bahsederek, bu husustaki görüşünü değiştirmiştir. Bkz. Koller, Werk, n. 490.

⁵⁹⁹ Örneğin, YİĞŞ m. 41/4, 12'ye göre geçici kabul, eserin %5'e kadar kusurlu olduğu hallerde de mümkündür. Ancak, "bu oranı geçmeyen kusur ve eksikliklerin aynı zamanda işin idareye teslimine ve kullanılmasına ve/veya işletilmesine engel olmayacak ve herhangi bir tehlikeye meydan vermeyecek nitelikte olmalıdır."

⁶⁰⁰ Şahiniz, s. 64. Örneğin, iş sahibinin evinin bahçesine havuz yapan yüklenicinin, sıçrama tahtasını takmadan malzemelerini ve araçlarını toplayıp gittiği bir durumda, bu önemsiz bir eksiklik olarak değerlendirilebiliyorsa, iş sahibinin alacaklı temerrüdü gerçekleşmiştir ve bedel ödemekten kaçınması borçlu temerrüdüne sebep olur.

14. HD, T. 20.1.2015, E. 2014/12418, K. 2015/604 (www.lexpera.com): "Davalılar arasındaki sözleşme gereğince yüklenici tarafından edimlerin % 97 oranında yerine getirilmiş olması nedeniyle eksik ve kusurlu işlerin arsa maliki açısından katlanılabilir bir seviyede bulunduğu anlaşılmaktadır." 15. HD, T. 19.11.2018, E. 2018/1673, K. 2018/4550 (karararama.yargitay.gov.tr): "Eksik ve kusurlu yapılmış olması halinde arsa sahibi bu

iş sahibinin eksikliğin giderilmesine ilişkin ayıp hükümlerine (TBK m. 475) başvurabileceği kabul edilmektedir⁶⁰¹. Aynı şekilde, yüklenicinin yerine getirmesi gereken bir işlemi atladığı (üç farklı yalıtım malzemesinin yerleştirilmesi gerektiği halde birinin unutulması) ve eserin bu sebeple ayıplı olduğu durumlarda, yüklenici borçlandığı işlemlerden birini yapmamış olmakla birlikte, ayıbın nedeni eksiklik olduğundan münhasıran ayıp hükümlerinin uygulanması gerekir⁶⁰².

Eksikliğe rağmen teslimin gerçekleşebileceği diğer bir durum ise, iş sahibinin, iradi olarak (ayıp haklarının ileri sürülmesi, ücret ödemesi, eserin uygun bulunduğu açıklanması, açık olmayan eksiklikler bakımından makul süre geçmiş olmasına rağmen eserin reddedilmemesi vb.) eksik eseri teslim alması halidir. Eksik eserler bakımından iş sahibinin eseri ifa olarak kabul ettiği sonucuna ulaştıran davranışlarıyla teslimin gerçekleşmesi mümkündür⁶⁰³. Bu durum özellikle fiili bir teslimin gerçekleşmediği iş sahibinin hâkimiyetinde yer alan bağımsız maddi varlığı olmayan eserler ile taşınmazlarda ortaya çıkar⁶⁰⁴. Ancak, böyle bir durumda dahi teslimin gerçekleşmesi için yüklenici tarafından ifa iradesiyle iş sahibine eserin sunulması gerekir. Bu şekilde açık veya zımni bir teklif olmaksızın, iş sahibinin eseri kendiliğinden kullanmaya başlaması gibi esas itibarıyla ifa olarak kabul anlamına gelebilen davranışları sebebiyle, teslimin gerçekleştiği kabul edilemez⁶⁰⁵. Buna karşılık, böyle bir teklif yapıldıktan sonra iş sahibinin uygun süre içerisinde eseri reddetmemesi (sessiz kalması), eserin esas itibarıyla ifa olarak kabulü anlamına gelmektedir⁶⁰⁶. Açıkça eksik olan eserlerdeyse, yüklenicinin ifa teklifi sözleşme değişikliği için öneri niteliğinde olup iş sahibinin eseri reddetmemesi, açık veya zımni kabul olarak değerlendirilemez⁶⁰⁷. Özetle, iş sahibinin eserdeki eksikliği biliyor veya bilebilecek olduğu durumlarda, eseri ifa olarak kabul ettiğini gösteren davranışları var ise, artık teslim gerçekleşmiştir ve iş sahibi bakımından alacaklı temerrüdü mümkün değildir⁶⁰⁸.

haliyle bağımsız bölümleri almaya zorlanamaz ise de; eksik ve kusurların bu derecede olmaması halinde teslim almaktan kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından alacaklı temerrüdünü oluşturur.”.

⁶⁰¹ **Gauch**, Werk, N. 1448.

⁶⁰² **Gauch**, Werk, N. 1449.

⁶⁰³ **Brändli**, N. 96; **Bögli**, N. 313 vd.; **Tschütscher**, N. 246; **Koller**, BK OR, Art. 363, N. 315, 363; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; **Ayan**, s. 64; **Paket**, s. 111.

⁶⁰⁴ Taşınır eserler bakımından iş sahibinin zilyetliğin devrine yönelik davranışı gerektiğinden, eserin tam ve ayıpsız olduğu hallerde de yüklenici iş sahibinden bağımsız teslim gerçekleştiremez.

⁶⁰⁵ **Koller**, Werk, N. 492; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; **Tschütscher**, N. 248.

⁶⁰⁶ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 369, 370 (Yazar, iş sahibinin mecbur kaldığı için eseri kullanmak zorunda kaldığı halleri ise, bu durumdan istisna tutmaktadır.). İş sahibinin sessiz kalmasının, teslimin gerçekleştiği şeklinde genel bir kurala ulaşamayacağı yönünde bkz. **Gauch**, Werk, N. 104.

⁶⁰⁷ **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 372; **Bögli**, N. 304. Önemli eksikliklerde, yüklenicinin ifa iradesinden bahsedilemeyeceği hususunda bkz. **Ayan**, s. 67 vd. İşin yapılmasından vazgeçildiği yönünün dikkate alınması gerektiğine ilişkin bkz. **Kürşat**, İnşaat, s. 173.

⁶⁰⁸ **Ayan**, s. 68; **Aksoy Dursun**, **Sanem** Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları, LHD, C. 9, S. 101 Y. 2011, s. 1853.

Doktrindeki baskın görüşe göre, eksik eser durumunda işsahibinin asli ifa talebi devam ederken, azınlık görüşe göre, eseri esas itibariyle ifa olarak kabul eden işsahibi bakımından, esere ilişkin ifa talebinin yerini ayıp hükümlerinin alması gerektiği ileri sürülmektedir⁶⁰⁹. Eserin eksik olduğu ve işsahibinin çekince belirttiği durumlarda teslim gerçekleşmez ve ifa talebi varlığını devam ettirir⁶¹⁰. Yargıtay uygulamasına göre, işsahibi çekince belirtmese de eksik eser sebebiyle TBK m. 112'den doğan tazminat talebini ileri sürebilir⁶¹¹.

Doktrinde tartışmasız biçimde kabul edildiği üzere, eserin ayıpsız olması teslim için bir şart değildir⁶¹². Gerçekten de TBK m. 474/I'de yer alan “*tesliminden sonra*” ifadesi de bunu açıklayıcı niteliktedir. Keza teslim için eserin ayıpsız olması bir şart olarak aranırsa, yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğuna başvurulabilmesi de imkânsız hale gelir. Bununla birlikte, doktrindeki tartışmalı durum, ayıplı eseri işsahibinin teslim almaktan kaçınma hakkının bulunup bulunmadığıdır. Ayıplı eserin de teslim alınması gerektiğini ileri süren görüşe göre, ayıplı eseri teslim almayan işsahibi bakımından alacaklı temerrüdü ortaya çıkar⁶¹³. Bu fıkreye göre, ayıbın tespiti teslimden sonra mümkün olduğundan, ayıp, eserin teslimini engellemez. Yine bu fıkreye göre, işsahibinin hâkimiyetinde yer alan ayıplı eserlerde de, yüklenicinin tamamlanma bildirimi ile teslim gerçekleşir. Buna karşılık, bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, ayıplı eserin tesliminden işsahibinin kaçınma hakkı vardır ve bu hakkını kullanması alacaklı temerrüdüne yol açmaz⁶¹⁴. Nitekim TBK m. 106

⁶⁰⁹ Şahin, s. 66; Aksoy Dursun, s. 1855 vd.; Erman, Arsa Payı, s. 181; Kurt, Temerrüt, s. 75; Seliçi, İnşaat, s. 134; Paket, s. 113; Gündoğdu, Eser, s. 85. Teslimden sonra, eksikliğin ayıp olarak değerlendirilmesiyle, işsahibi, eserdeki eksikliklerin giderilmesine ilişkin talebini TBK m. 475'e dayandırmış olur. Bkz.; Brändli, N. 97 (Yazar, işsahibinin fark edemediği eksiklikler bakımından da teslimin gerçekleştiğini kabul etmektedir. Bkz. BGER 4C.469/2004 E. 2.5); Öz, Dönme, s. 110; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 90; Bögli, N. 330; Koller, Werk, N. 498. Aynı yazar, eski bir eserinde ileri sürdüğü (Koller, Nachbesserungsrecht, N. 34) ve bu tip durumlar bakımından kısmi ifayı kabul ederek eksik kısımlar bakımından ifa talebinin devam edip tamamlanan kısımlar bakımından, teslimin gerçekleşerek ifanın son bulduğu görüşünden vazgeçtiğini de belirtmektedir. Bkz. Koller, BK OR, Art. 363 N. 320. Alman hukukunda, BGB §633/2/c. 3'te önemsiz eksikliklerin ayıp olarak değerlendirileceği düzenlenmiştir.

⁶¹⁰ Yargıtay ise, esas itibariyle ifa olarak kabul şeklinde bir kavramı kabul etmediğinden eksiklik durumunda ayıp hükümlerine başvurulamayacağını ve eksiklik için herhangi bir çekinceye gerek olmadığını belirtmektedir. 15. HD, T. 27.6.2018, E. 2018/1057, K. 2018/2716; 15. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/2999, K. 2017/4504. “*Eksik işler bedelinin istenebilmesi için teslim sırasında ihtirazi kayıt konulmasına ya da ihtar çekilmesine gerek bulunmamaktadır.*”. Yargıtay uygulamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 60 vd.

⁶¹¹ 15. HD, T. 19.6.2018, E. 2018/1150, K. 2018/2538: “*Eksik işler bedeli kural olarak eserin teslimini takip eden 5 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde istenebilir. Bu konuda herhangi bir ihtirazi kayda gerek yoktur.*”; 15. HD, T. 7.12.2011, E. 2011/752, K. 2011/7242 www.lexpera.com.

⁶¹² Brändli, N. 93; Klausner, s. 16; Gauch, Werk, N. 106; Koller, Werk, N. 157; Kürşat, İnşaat, s. 171; Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 367 N. 3; Tandoğan, II, s. 126; Uçar, s. 531; Gündoğdu, Eser, s. 81.

⁶¹³ Von Tuhr/Escher, s. 62 dn. 36 (Yazarlar, parça borçlarında ayıplı da olsa ifanın konusunun doğru olduğunu ve ücret ödemekten kaçınılarak TBK m. 97'ye dayanılamayacağını belirtmektedirler.); Kurt, Temerrüt, s. 68; Gauch, Werk, N. 106; Tandoğan, II, s. 126; Altaş, Telef Olma, s. 80.

⁶¹⁴ Öz, Dönme, s. 173; Kürşat, İnşaat, s. 156; Schraner, ZK OR, Art. 91 N. 94 (Ayıplı parça borcunun söz konusu olduğu hallerde, bu ayıplara dayanarak fiili ifa teklifinin reddi, alacaklın temerrüdüne yol açmaz.); Ayan, s. 51; Koller, BK OR, Art. 363 N. 254, 363 (Ayıplı eserin tesliminin reddedilebileceğini savunan Koller,

hükmünden de anlaşıldığı üzere, alacaklıyı (iş sahibini) temerrüde düşüren durum, “*gereği gibi kendisine önerilen*” edimden kaçınmadır. Kanaatimizce, ayıplı meydana getirilmiş eser ile – dürüstlük kuralı ve önemsiz ayıplar saklı kalmak kaydıyla- yüklenicinin ifa teklifini gereği gibi yerine getirdiği ileri sürülemez⁶¹⁵. Bir başka görüşe göre ise, ayıbın önemli olup olmadığından bağımsız olarak, iş sahibinin eserin tesliminden kaçınmaya hakkı vardır⁶¹⁶. Ayıbın önemli olmasının ancak teslim gerçekleştikten sonra TBK m. 475 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri süren bu görüşün kanaatimizce kabul edilmesi mümkün değildir. Zira bu fikir tüm hukuki ilişkiler bakımından geçerli olan dürüstlük kuralının göz ardı edilmesi anlamına gelir. Dolayısıyla, eserin esaslı surette sözleşmeye uygun olduğu böylece ayıbın önemsiz olarak değerlendirilebildiği hallerde iş sahibinin eseri teslim almaktan kaçınması temerrüdüne yol açmalıdır⁶¹⁷. Ayıbın önemsizliğinin belirlenmesinde, somut olayın özellikleri esas alınmalı ve iş sahibinin esere ilişkin menfaatinin hangi oranda gerçekleştiği ve teslimin reddi bakımından yüklenicinin menfaatleriyle karşılaştırılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Özellikle iş sahibinin ayıp sebebiyle teslimden kaçındığı durumun dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğunun kolaylıkla ispatlanabildiği haller bu kapsamdadır⁶¹⁸.

Teslimi engelleyen durumlardan biri de aliud teslimdir. Aliud teslimin, ayıplı ifadan ayırt edilmesi her zaman kolay değildir. Bu noktada bir görüş, genel bir kuralın belirlenmesinin mümkün olmayıp, somut olayın değerlendirilmesi ve şüphe halinde iş sahibi bakımından daha uygun çözümün tercih edilmesi gerektiğini ileri sürerken, bir başka görüş, ayıplı eserler için geçerli olan ve iş sahibinin teslim almaya yönelik iradesinin, aliud için de aranması gerektiğini kabul etmektedir⁶¹⁹.

zilyetliğin devriyle teslimin gerçekleştiği durumlarda, iş sahibine, devirden önce yüklenici nezdinde, eserin tamamlanmış ve ayıpsız olduğunu geçici olarak kontrol etmesine izin verilmesi gerektiğini belirtmekte ve anılan muayenenin TBK m. 474, 477/II’de belirtilen gözden geçirmeden farklı olarak teslim almaktan kaçınmaya ilişkin olduğunu da ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 344.); **Kaniti**, s. 112-113, **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 78; **Bögli**, N. 376; **Brändli**, N. 114; **Koller**, Werk, N. 494; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 112; **Paket**, s. 117; **Ermann**, Arsa Payı, s. 65; BGE 88 II 115.

⁶¹⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 112; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 94 (Yazar, hukuki veya maddi ayıp sebebiyle, edimin reddinin alacaklıyı temerrüde düşürmeyeceğini belirtmektedir.); **Üçer**, s. 108; **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293 Rn. 85. Kanaatimizce böyle bir durumda artık alacaklı temerrüdü bakımından yüklenicinin gereği gibi ifa teklifi söz konusu olmadığından, iş sahibinin kaçınmasının haklı nedene dayandığı ileri sürülmemelidir.

⁶¹⁶ **Bögli**, N. 382 (Ancak, yazar, aynı eserde, sözleşmeden sapmanın –*Vertragsabweichung*- sebep gösterilerek teslimin kabul edilmemesi durumunun dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu durumlarda, iş sahibinin eseri esas itibarıyla ifa olarak kabul etmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 392.).

⁶¹⁷ **Tschütscher**, N. 256. Nitekim Alman hukukunda BGB §640/1/c. 2’de de önemsiz ayıplar sebebiyle iş sahibinin kabulden (*Abnahme*) kaçınamayacağına yer verilmiştir. VOB/B §12/3’te ise, önemli ayıp durumunda inşaat sahibinin ayıp giderilene kadar kabulden kaçınabileceği düzenlenmiştir. Her iki düzenlemenin aynı nitelikte olup olmadığına ilişkin bkz. **Koenen**, Beck OK VOB/B, §12 Abs. 3 Rn. 1-3.

⁶¹⁸ **Bögli**, N. 393; **Ayan**, s. 58.

⁶¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 1443 vd.; **Brändli**, N. 218; **Koller**, Werk, N. 500; **Tunçomağ**, Genel, s. 121; **Şenocak**, Aliud, s. 114; **Bühler**, ZK OR, Art. 368 N. 37; **Gündoğdu**, Eser, s. 91; **Rusch**, A., Aliud beim Werkvertrag, BR 2018, s. 89.

2.2.2.3.4. Kabulden Kaçınma

Hazırlık fiillerinde olduğu gibi, kabulün hiç gerçekleşmemesi veya geç gerçekleşmesi halinde kaçınma ortaya çıkar. Ancak, kabulden kaçınma, işsahibinin eseri ifa olarak kabul etmediğini açıkça bildirmesi veya bu anlama gelebilecek davranışlarıyla örtülü olarak da gerçekleşebilir⁶²⁰. Bu yüzden, işsahibinin kabulden kaçınması, eseri teslim gelen yükleniciye kapıyı açmaması şeklinde olabileceği gibi, eseri teslim almaya gitmemesi (aranacak borç) veya işsahibinin teslim aldığı eseri daha sonra sözleşmeye uygun bulmadığını belirtmesi ya da eserin teslim veya kabulünü tarafların kararlaştırmadığı şartlara bağladığı hallerde de ortaya çıkar. Dolayısıyla, kabulden kaçınmanın, eserin hangi tarafın hakimiyetinde olduğuna ve teslim için tarafların kararlaştırdıkları şarta göre değerlendirilmesi daha uygundur. Bununla birlikte, işsahibinin eseri kabulden kaçınması, ne eserden ne de sözleşmeden vazgeçtiği anlamına gelir. Bu sebeple, kabulden kaçınma sebebiyle temerrüt gerçekleşse bile, kural olarak sözleşme ilişkisi ve tarafların borçları devam eder. Bu durumun istisnasını ise, işsahibinin hâkimiyetindeki eserler oluşturur.

İşsahibinin kabulden kaçınmasının temerrüde yol açması için daha önce de belirttiğimiz üzere, eserin eksiksiz ve ayıpsız olması gerekmektedir⁶²¹. Başka bir deyişle, eserin eksik veya ayıplı olduğu hallerde gereği gibi sunulan bir ifa olmadığından, işsahibinin kabulden kaçınması, temerrüde yol açmaz⁶²². Fikrî eserin bir cisim üzerinde somutlaşmadığı hallerde ise, ayrıca bir teslim aşaması gerçekleşmediğinden, işsahibinin meydana getirme aşamasına katılmaması, teslimden kaçınma ile aynı anlama gelir. Bu tür durumlarda, tevdi veya satış mümkün olmadığından hazırlık fiillerinden kaçınma kapsamında TBK m. 110 hükmü cari olur.

2.2.2.3.4.1. Yüklenicinin Hâkimiyetindeki Eserlerde

Yüklenicinin hâkimiyetinde bulunan eserler, kural olarak eser üzerinde fiili hâkimiyetin işsahibine devrini gerektiren hallerdir. Taşınır eserler ve yüklenicinin arazisinde meydana getirilen taşınmazlar bu kapsamdadır. Ayıpsız ve eksiksiz olarak sunulan eserin haklı bir sebep olmaksızın kabulünden kaçınan işsahibi, alacaklı temerrüdüne düşer. Bu yüzden, eserin eksik veya ayıplı olduğu iddiasıyla kabulden kaçınan işsahibi, aynı zamanda temerrüde düşme rizikosunu da almış olur. Başka bir deyişle, eser gereği gibi olmasına

⁶²⁰ Kabulden kaçınmanın hukuki işlem benzeri fiil olduğu hususunda bkz. **Keller/Schöbi**, s. 287; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 112.

⁶²¹ **Bögli**, N. 376; **Brändli**, N. 114 (BGE 89 II 235, 93 II 328, 94 II 164)

⁶²² **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 253; **Brändli**, N. 113, 114 (Yazar, ayıbın önemli veya daha az önemli olup olmadığı ile eksikliğin derecesinin eserin teslim alınması hususunda herhangi bir öneme sahip olmadığını belirtmektedir.).

rağmen, eserin ayıplı veya eksik olduğunu ileri sürerek eseri fiili hâkimiyetine almaktan veya ifa olarak kabul etmekten kaçınan işsahibi alacaklı temerrüdüne düşer. Eserin sözleşmeye uygun olduğu durumların yanı sıra eseri teslimden kaçınmanın dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil ettiği (ayıbın veya eksikliğin önemsiz olduğu durumlar gibi) hallerde de işsahibinin alacaklı temerrüdü ortaya çıkar. Eserin ayıplı veya eksik olmasına rağmen işsahibinin eserin tesliminden kaçınmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturup oluşturmadığının belirlenmesinde, ayıp veya eksikliğin (genel anlamda sözleşmeye aykırılığının) eserin tamamına oranının değerlendirilmesi gerekir⁶²³. Bu değerlendirmeye göre, eksiklik veya ayıbın eserin tamamı bakımından küçük bir oranda gerçekleştiği veya bu hallerin tamamen ikincil işlerle ilgili olduğu durumlarda kabulden kaçınma hakkın kötüye kullanımını oluşturur ve işsahibinin temerrüdüne yol açar. Bu noktada, eksiklik veya ayıbın giderilmesine ilişkin maliyet ile sözleşmede kararlaştırılan bedelin karşılaştırılması isabetli bir değerlendirmeye imkân vermez⁶²⁴. Kural olarak işsahibinin tamamlanmış eseri kullanmaya başlamış olması teslimin gerçekleştiği anlamına gelir⁶²⁵. Somut olayın özellikleri veya zorunluluk sebebiyle işsahibinin eseri kullanmak durumunda kaldığı haller ise, bunun istisnasını teşkil eder. İnşaata taşınmak zorunda kalan işsahibi ile makinenin işsahibinin fabrikasında kullanılmasıyla uygunluğunun anlaşılabileceği durumlar buna örnektir⁶²⁶.

Eserdeki ayıbın işsahibinin kabule zorlanabileceği ölçüde olup olmadığının da teslimden kaçınması bakımından bir önemi yoktur⁶²⁷. Dolayısıyla, işsahibi, bedelden indirim veya tamir hakkını kullanılabileceği bir ayıp halinde de, eseri ifa olarak kabulden kaçınarak teslime engel olabilir ve bu durumda yüklenicinin asli edim yükümlülüğü kapsamında ayıbı gidermesi gerekir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, eseri fiili hâkimiyetine alan işsahibinin, somut olayın özelliklerine göre belirlenecek uygun sürede eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirmesidir. Buna karşılık, ayıba veya eksikliğe işsahibinin sebep olduğu hallerde, ayıp sebebiyle teslimden kaçınmanın temerrüde yol açtığı kabul edilmelidir. Eserin sözleşmeye uygun olduğu durumlarda, teslimde geciken veya teslime ilişkin davranışları hiç yerine getirmeyen işsahibi bakımından -imkânsızlık hali saklı kalmak kaydıyla- temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur.

⁶²³ Tschütscher, N. 246; Gauch, Werk, N. 103; Ayan, s. 66.

⁶²⁴ Brändli, N. 118 dn. 46.

⁶²⁵ Ayan, s. 59, 68 (Yazar, önemli eksikliklerin bulunduğu hallerde işsahibi eseri kullansa dahi teslimin gerçekleşmeyeceğini belirtmektedir.); Öz, Dönme, s. 169; Kürşat, İnşaat, s. 175; Öz, İnşaat, s. 147; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 37; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 86; Kurt, Temerrüt, s. 71; Bögli, N. 304.

⁶²⁶ Öz, Dönme, s. 169; Kurt, Temerrüt, s. 71; Erman, Arsa Payı, s. 30; Bögli, N. 295.

⁶²⁷ Ayan, s. 59 (Ayıbın önemli olması gerektiğini belirten yazar, ayıbın değerlendirilmesinde TBK m. 475/1'e göre değerlendirme yapılmaması gerekliliğinin altını çizmektedir.).

İşsahibi eserin ifa olarak kabulünden açıkça kaçınabileceği gibi ifayı kabul etmediği anlamına gelen davranışlarıyla da bu duruma sebep olabilir. Somut olayın özelliklerine göre, işsahibinin davranışlarının güven teorisi kapsamında yorumlanması ile sonuca ulaşılmalıdır. Bu hususta, uygulamada da sıklıkla karşılaşılabilecek ilk durum, işsahibinin eseri fiili hâkimiyetine almaktan kaçınmasıdır. Aynı durum, sözleşmeye uygun eseri, ayıp veya eksik olduğu iddiasıyla fiili hâkimiyetine almayan işsahibi bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, yüklenicinin sunduğu eseri fiili hâkimiyetine hiç almayan veya geç alan işsahibi bakımından teslimden kaçınmaya dayalı olarak temerrüt hükümleri uygulama alanı bulur⁶²⁸. Eserin sunulmasından önce de işsahibinin teslimden kaçınacağını bildirmesi veya bu anlama gelen davranışlarıyla da öncelenmiş alacaklı temerrüdü (alacaklı temerrüdünün önceden belli olması) mümkündür⁶²⁹. İşsahibinin temerrüdü kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer durum da, eseri teslim alan işsahibinin ifa olarak kabulden kaçınmasıdır. Gerçekten de, sözleşmeye uygun eseri teslim aldıktan sonra ifaya uygun olmadığını belirterek yükleniciye iade eden işsahibi bakımından da alacaklı temerrüdü gerçekleşmiş olur. Bu durumda yüklenici anılan eserin tevdi veya açık artırma yoluyla satışı sonucunda bedeli tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Buna karşılık, Alman hukukunda bir görüş, eserin teslim alınmasından sonra haksız olarak kabulünden kaçınılsa dahi temerrüt oluşmayacağını ileri sürmektedir⁶³⁰. Ancak bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, işsahibi en baştan itibaren teslimi reddetmiş gibi değerlendirilir ve teslimin sunulduğu andan itibaren temerrüt kabul edilir⁶³¹. Başka bir deyişle, teslim alınmış fakat ifa olarak kabul edilmeyen eserler bakımından da alacaklı temerrüdü gerçekleşir. Böyle durumlarda, yüklenicinin tekrar eseri hâkimiyetine alması gerekir. Böylece, yüklenici temerrüt kapsamında tevdi veya satma hakkını kullanabilir.

İşsahibinin eseri fiili hâkimiyetine almasına rağmen kabulden kaçınarak temerrüdünün ortaya çıkabilmesi için eserin sözleşmeye uygun olması (gereği gibi sunulan ifa) ve teslim ile kaçınmanın gerçekleşeceği zaman diliminde, işsahibinin eseri ifa olarak kabul ettiği anlamına gelecek herhangi bir davranışının bulunmaması gerekir. İkinci şart özellikle önem arz etmektedir. Zira işsahibinin eseri ifa olarak kabulünden sonra, temerrüt kural olarak mümkün değildir⁶³². Başka bir deyişle, devir esnasında veya daha sonra bir şekilde ifa olarak kabulün gerçekleşmesiyle, işsahibinin eseri kabul etmediğini bildirmesi, alacaklı temerrüdü oluşturmaz. Bu noktada, eser sözleşmelerinin konularının çeşitliliği göz önünde

⁶²⁸ **Ernst**, Die Zurückweisung der Ware, s. 899.

⁶²⁹ Bkz. 1.2.6.4.2.

⁶³⁰ **Dötterl**, Beck OGK BGB, §293 Rn. 86.

⁶³¹ **Huber**, I, s. 181; **Ernst**, s. 899 (Haksız ayıp ihbarında bulunan alıcının malı satıcıya iade etmediği hallerde alacaklı temerrüdünün doğmayacağı belirtilmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 901.).

⁶³² **Staubert**, N. 62; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 172; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 135.

bulundurulduğunda hangi hallerde ifa olarak kabulün gerçekleşeceğinin tespiti somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu hale yol açabilecek davranışlara, eserin çekincesiz teslim alınması⁶³³, iş sahibinin çekince belirtmeksizin bedel borcunu yerine getirmesi⁶³⁴, eserin sürekli kullanımı, eserin üçüncü kişilere devri, esere ilişkin memnuniyet ifade edilmesi ya da eserin tesliminden sonra uygun kısa sürenin geçmiş olması, ayıp haklarının kullanımı⁶³⁵ örnek gösterilebilir.

İş sahibinin, ifa olarak kabul sonucundan kaçınmak istediği hallerde başvurabileceği iki imkân bulunmaktadır. Bunlardan ilki, teslim alma sırasında iş sahibinin çekince belirtmesiyken, diğeri teslimden önce, eserin, yüklenici nezdinde kontrol edilmesidir⁶³⁶. Bu kontrol, TBK m. 474 ve m. 477’de anılan gözden geçirmeden farklı olup iş sahibinin teslim alma hususunda karar verebilmesi içindir. İş sahibi bakımından külfet niteliğinde olan bu davranışın yerine getirilip getirilmediğinin teslimin gerçekleşmesi bakımından bir önemi bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir kontrolle, iş sahibi, aykırılıklara (eksiklik/ayıp) rağmen, eseri fiili hâkimiyetine almaktan kaçınarak ifa olarak kabul ve dolayısıyla teslimin önüne geçmiş olur. Doktrinde bir görüş, eserin açıkça borca uygun olmamasına rağmen iş sahibinin eseri fiili hâkimiyetine alsa da teslimin gerçekleştiği sonucuna ulaşamayacağını ileri sürmektedir⁶³⁷. Bu görüşe göre, yüklenicinin böyle bir durumda ifa iradesiyle hareket ettiğinden bahsedilemeyeceğinden teslim gerçekleşmez ve yüklenicinin bu yöndeki iradesi, iş sahibine yapılan sözleşme değişikliğine ilişkin bir öneri olarak nitelendirilir. İş sahibinin bu talebe karşı sessiz kalmasının ise, eseri bu şekliyle ifa olarak kabul ettiği şeklinde yorumlanamayacağı ileri sürülmektedir⁶³⁸. Doktrinde bu görüşü genel hayat tecrübesine aykırı bulan bir başka görüşe göre ise, iş sahibinin bu tip eserler bakımından da bedel ödemesi, ayıptan doğan haklarına başvurması, eseri açıkça uygun bulması, herhangi bir mecburiyeti bulunmaksızın eseri kullanmaya başlaması veya tüketmesi ya da yüklenicide eserin teslimi hususunda haklı güven oluşturması gibi durumlarda teslimin gerçekleştiğine hükmedilmesi

⁶³³ **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 84; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 369; **Bögli**, N. 291. Önemli veya açıkça eksik eserlerde teslim alma ile eserin ifa olarak kabul edildiği sonucuna ulaşamaz. Bkz. 2.2.2.3.2.1.

İş sahibinin eseri çekincesiz teslim almasından sonra eserin sözleşmeye uygun olmadığını ileri sürmesi halinde, eğer ifa olarak kabul henüz gerçekleşmemişse eserin ayıpsızlığının yüklenici tarafından ispatlanması gerekir.

⁶³⁴ **Bögli**, N. 295 vd.

⁶³⁵ İş sahibinin teslim almadan sonra bedel indirimi veya ayıbın giderilmesini talep ettiği durumlarda eğer ayıp sebebiyle bu haklar kullanılmışsa eserin ifa olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabilir. Buna karşılık, eksikliğe rağmen iş sahibi bu haklarını ileri sürmüşse, ayıptan doğan hakların kıyasen eksiklikte uygulanabileceği fikri kapsamında iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim şartları değerlendirilmeksizin talebinin kabul edilmesi gerekir. Bu fikre ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Ayan**, s. 76 vd. Ancak, her durumda iş sahibinin alacaklı temerrüdünün gerçekleştiğinden bahsedilemez.

⁶³⁶ **Brändli**, N. 125; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 344; **Bögli**, N. 284; **Tschütscher**, N. 256.

⁶³⁷ **Koller**, Nachbesserung, N. 62; **Brändli**, N. 140; **Tschütscher**, N. 248; **Ayan**, s. 67; **Bögli**, N. 304; **Kürşat**, İnşaat, s. 173 dn. 424.

⁶³⁸ **Brändli**, N. 140; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 372; **Ayan**, s. 64.

dışında genel bir kuralın benimsenmesi mümkün değildir⁶³⁹. Kanaatimizce, işsahibinin eseri fiili hâkimiyetine aldıktan sonra, zaman geçtikçe yüklenicide eserin teslim edildiğine ilişkin haklı güveninin oluştuğu durumların kural olarak korunması gerekir⁶⁴⁰. İşsahibinin, eseri ifa olarak kabul etmesi ve dolayısıyla teslim gerçekleştikten sonra usulüne uygun gözden geçirme sırasında eserin ayıplı veya eksik olduğunu anladığı hallerde ise, artık teslim gerçekleşmiş olduğundan, eserin ayıplı olduğu durumlarda TBK m. 475 vd. eksik olduğu hallerde ise, TBK m. 112 vd. gündeme gelmelidir⁶⁴¹.

2.2.2.3.4.2. İşsahibinin Hâkimiyetindeki Eserlerde

Eserin meydana getirilme sürecinde işsahibinin hâkimiyetinde yer alan eserlerde, en baştan itibaren hâkimiyet işsahibinde olduğundan fiili bir teslim gerçekleşmez. Bu sebeple, daha önce de açıklandığı üzere doktrindeki baskın görüşe göre, eserin tamamlandığına ilişkin açık veya örtülü bildirimle eser teslim edilmiş olur. Dolayısıyla, işsahibinin katılımına gerek kalmaksızın teslim gerçekleşir ve böylece alacaklı temerrüdü söz konusu olamaz⁶⁴². Böyle bir durumda teslimin gerçekleşmediğini ileri süren işsahibi, yükleniciye olan bedel borcunu da yerine getirmezse borçlu temerrüdü hükümleri cari olur. Buna karşılık, bizim de katıldığımız azınlık görüşe göre, işsahibinin teslim almaya ilişkin herhangi bir davranışına ihtiyaç bulunmayan bu tip durumlarda dahi işsahibi eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirerek alacaklı temerrüdüne düşebilir. Kanaatimizce, yüklenici, eserin tamamladığına ilişkin bildirimiyle teslim sürecini başlatmış dolayısıyla ifa teklifinde bulunmuştur. İşsahibinin, bu teklifi reddettiği başka bir deyişle eseri ifa olarak kabul etmediği anlamına gelecek davranışlarıyla alacaklı temerrüdü ortaya çıkar. Bu sebeple, teslimin gerçekleşebilmesi için aynı zamanda eserin işsahibi tarafından ifa olarak kabul edilmiş olması gerekir. İfa olarak kabul şartı, eserin ayıp veya eksik olmasından bağımsız olarak her durumda aranmalıdır.

⁶³⁹ **Gauch**, Werk, N. 104.

⁶⁴⁰ Bu fikir kapsamında, somut olayın özelliklerine göre belirlenecek bir zamanın geçmesiyle birlikte, işsahibinin sessiz kalması ifa olarak kabul sayılır ve daha sonra işsahibinin teslimin gerçekleşmediğini iddiası mümkün olmaz. Somut olaya göre değerlendirme yapılması gerektiği yönünde, **Gauch**, Werk, N. 104.

⁶⁴¹ **Öz**, Dönme, s. 103; **Gauch**, Werk, N. 105; **Erman**, Arsa Payı, s. 182; **Ayan**, s. 74-75; **Aksoy Dursun**, s. 1856; **Şahin**, s. 82 vd.

⁶⁴² **Koller, J.**, s. 17; **Gauch**, Werk, N. 93; **Tschütscher**, N. 292; **Koller**, BK OR, Art. 363 N. 391. Buna karşılık, Yargıtay'ın işsahibinin arazisinde inşa edilen bağımsız bölümlerin teslim alınmasından kaçınması halinde alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceğini belirten kararı da bulunmaktadır: “*Davalı yüklenici tarafından gönderilen yazı ve ihtarname ile davacı arsa sahibinden yapı kullanma izin belgesi alındığı belirtilerek kendisine isabet eden bağımsız bölümleri teslim alması talep edilmiş, davacı arsa sahibince eksik ve kusurlar ileri sürülerek teslim edilmek istenen bağımsız bölümler teslim alınmamıştır.... Yapı kullanma izin belgesi alınmış olsa dahi arsa sahibine ait bağımsız bölümlerin kullanılamayacak ve kabulü zorlanamayacak seviyede eksik ve kusurlu yapılmış olması halinde arsa sahibi bu haliyle bağımsız bölümleri almaya zorlanamaz ise de; eksik ve kusurların bu derecede olmaması halinde teslim almaktan kaçınması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olacağından alacaklı temerrüdünü oluşturur.*” 15. HD, T. 19.11.2018 E. 2018/1673 K. 2018/4550 (www.sinerjimevzuat.com.tr).

Bununla birlikte, yüklenicinin hâkimiyetindeki eserlerde olduğu gibi, sözleşmeye aykırılığın, eserin tamamı göz önünde bulundurulduğunda önemsizliği sebebiyle kabulden kaçınmanın dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hallerde de yine temerrüt gerçekleşir. Eserin eksik veya ayıplı olmasına rağmen, işsahibinin eseri ifa olarak kabul ettiği durumlarda ise, daha önce belirtildiği üzere, aykırılığın türüne göre ilgili hükümlere başvurulmalıdır (TBK m. 475 vd., TBK m. 112 vd.).

Kabul ettiğimiz görüş çerçevesinde işsahibinin hâkimiyetinde yer alan eserlerde işsahibinin alacaklı temerrüdü, esasen baskın görüştekinden bir farklılık arz etmemektedir. Başka bir deyişle, işsahibi kabulden haksız biçimde kaçınmışsa, temerrütle birlikte artık teslim gerçekleşmiş gibi hüküm ve sonuçlar ortaya çıkar⁶⁴³. Böylece, edim ve bedel hasarı işsahibine geçeceği gibi teslimle birlikte bedelin muaccel olacağını kabul eden görüşe göre, işsahibinin bedeli muaccel olur. Bu durumda, eser, işsahibinin fiili hâkimiyetinde bulunduğundan, yüklenicinin eserden kurtulmasını gerektiren bir durum bulunmadığı gibi, yüklenicinin tevdi veya eserin satışı ile bedeli tevdi etme şansı da olmadığından, teslim gerçekleşmiş kabul edilmelidir. Böylece, işsahibinin gözden geçirme ve bildirim süreleri ile ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri de işlemeye başlar. Ancak, baskın görüşten farklı olarak bu görüşe göre, işsahibinin temerrüdü nedeniyle borcundan kurtulamadığını düşünen ve ek giderler yapmak durumunda kalan yüklenicinin, alacaklı temerrüdü ve ayrıca eser sözleşmesi çerçevesinde ek gider ve bedel talebi söz konusu olur⁶⁴⁴.

2.2.2.3.4.3. Tarafların Teslim ve Kabule İlişkin Anlaşma Yaptığı Hallerde

Eser sözleşmelerinde teslim ve kabulün gerçekleşeceği ana ilişkin tarafların ayrıca anlaşma yapmaları da oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Taraflar genellikle teslime ilişkin belirli veya belirlenebilir bir vade belirlemekle birlikte, ayrıca teslimin hangi anda gerçekleşeceğini de çeşitli şartlara bağlayabilirler. Bu duruma, eserin denenmesi veya işsahibinin kişisel kullanımına sunulması, işsahibince onaylanması ya da inşaat sözleşmelerinde iskan ruhsatının alınması örnek gösterilebilir⁶⁴⁵. Eserin birden fazla yan yükleniciyle meydana getirildiği durumlarda, eserin tamamının oluşmasıyla teslimin

⁶⁴³ Bu fikre, teslimin yüklenici ve işsahibinin birlikte eseri kontrol etmesiyle gerçekleşeceğini düzenleyen SIA-Norm 118 madde 164/1 örnek olarak gösterilebilir. Anılan düzenlemeye göre, yüklenicinin, bildirim üzerine bir ay içerisinde işsahibinin kontrole katılmaması durumunda teslim gerçekleşmiş sayılır. Bir aylık süre içerisinde alacaklı temerrüdünün gerçekleşmediği hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 471 dn. 675.

⁶⁴⁴ Bkz. 3.2.2.2 ve 3.2.2.3.

⁶⁴⁵ **Gauch**, Werk, N. 107; **Rey**, Mitwirkung, N. 461 vd.

gerçekleşeceği veya asıl işsahibi tarafından kabul edilmesi halinde, alt yüklenicinin asıl yükleniciye teslim etmiş sayılacağı da kararlaştırılabilir⁶⁴⁶.

Tarafların teslim veya kabulün gerçekleşmesine yönelik ek şartlar kararlaştırdıkları durumlarda, bu şartın gerçekleşmesine engel olan veya bundan kaçınan işsahibi bakımından da alacaklı temerrüdü ortaya çıkar⁶⁴⁷. Örneğin, esere ait anahtarın, kullanma eğitiminin veya meydana getirilen yazılıma ilişkin şifrenin verilmesi gerektiği durumlarda, işsahibi, şartın gerçekleşmesi için gerekli davranışlardan kaçınırsa alacaklı temerrüdü meydana gelir⁶⁴⁸. Aynı durum, teslim bakımından tarafların eseri birlikte kontrol etmeleri veya teslime ilişkin birlikte tutanak düzenledikleri hallerde de geçerlidir⁶⁴⁹. Bu noktada, öncelikle kararlaştırılan şartın teslim veya kabule ilişkin olduğunun belirlenmesi gerekir. Başka bir deyişle, kararlaştırılan şart, yüklenicinin asli edim yükümlülüğü olarak meydana getirdiği eserin teslimi ve ifa olarak kabul edilmesiyle ilgili olmalıdır. Anahtar olmaksızın işsahibinin eser üzerinde doğrudan hâkimiyet kuramaması buna örnek gösterilebilir. Ancak, tarafların kararlaştırdıkları şart, yüklenicinin yan edim yükümlülüğüne ilişkin de olabilir⁶⁵⁰. Böyle bir durumda da, işsahibinin kaçınması alacaklı temerrüdüne yol açacak olmakla birlikte, kabulden değil hazırlık fiilinden kaçınma kapsamında değerlendirilir. Örneğin, kütüphane otomasyon sistemi üreten yüklenicinin, ürettiği programın kullanılan başka programlarla entegre çalışabilmesi için diğer sistemlere de erişmesinin gerektiği durumda, bunu yükleniciye sağlayamayan işsahibi bakımından temerrüt gerçekleşmekle birlikte, bu durum yüklenicinin meydana getirdiği yazılımın teslimine ilişkin değildir.

Tarafların sözleşme kurulurken veya sonradan eserin kısmen teslimi hususunda da anlaşmaları mümkündür. İşsahibi, kural olarak kısmi teslimi reddedebilir ve tabii olarak alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Bu durumun istisnasını, TBK m. 479/II hükmü oluşturur. Başka bir deyişle, taraflar önceden veya ifa sırasında anlaşarak kısmi teslimi kabul

⁶⁴⁶ Yan yüklenicilerin işsahibiyle akdettikleri sözleşmenin bağımsız olması sebebiyle teslimin de eserin tamamının tesliminden bağımsız değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Scherrer**, N. 362; **Tschütscher**, N. 267.

⁶⁴⁷ **Brändli**, N. 151; **Gauch**, Werk, N. 93; **Tschütscher**, N. 279. Buna karşılık, tarafların, yüklenicinin ihbarından itibaren üç gün sonra teslimin gerçekleşmiş sayılacağı konusunda anlaşmış olmaları da mümkündür. Böyle bir durumda, verilen üç günlük sürenin hangi amaçla kabul edildiği tespit edilmelidir. Eğer işsahibinin ifa olarak kabulden kaçınabilmesine ilişkin ise, haksız biçimde kabul etmeme yine alacaklı temerrüdüne sebep olurken, işsahibinin bedeli hazırlaması için benimsenmiş bir süre ise, artık işsahibinin alacaklı temerrüdüne neden olabilecek bir davranışı söz konusu değildir.

⁶⁴⁸ **Zeltner**, N. 279; **Siegenthaler**, **Thomas**, Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen, Dissertation der Universität Freiburg, Zürich 2000, N. 121.

⁶⁴⁹ **Öz**, İnşaat, s. 146; **Gauch**, Werk, N. 2467 vd. Makine endüstrisi bakımından birlikte kontrolün kural olarak gözden geçirmeyi de içerdiği ve böylece OR Art. 370 (TBK m. 477) anlamında kabule karşılık geldiğine ilişkin bkz. **Siegenthaler**, Die Mängelhaftung, N. 111.

⁶⁵⁰ Nitekim işsahibinin gerekli katılım davranışlarının yalnız meydana getirme veya teslimle ilgili olması şeklinde bir zorunluluk yoktur. Yüklenicinin, niteliği ne olursa olsun işsahibinin katılımına ihtiyaç duyduğu yükümlülüklerin tamamında alacaklı temerrüdünden bahsedilebilir. Benzer yönde bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 91.

edebilirler. Bu tip durumlarda, her bir kısım bakımından ayrıca teslim ve kabule ilişkin değerlendirme yapılmalı ve alacaklı temerrüdüne de buna göre karar verilmelidir⁶⁵¹. Ayrıca, eserin bölünebilir olmadığı ve tarafların kısmi teslim kararlaştırmadıkları hallerde, işin devamı esnasında eserin yapılan kısmının onaylanması veya kontrol edilmesi gibi ek şartların işsahibi veya onun adına hareket eden kişilerce yerine getirilmediği haller de kural olarak kabulden kaçınma kapsamında değerlendirilmemelidir⁶⁵².

2.2.2.3.5. Kabul Sonrası Davranışlardan Kaçınma

İşsahibinin eseri ifa olarak kabul etmesinden sonra, kural olarak alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Bununla birlikte, işsahibinin, TBK m. 477 anlamında eseri kabul etmesinden önce gözden geçirme sırasında fark ettiği ayıplar ile gizlenen ayıplar için yükleniciye başvurduğu durumlar ortaya çıkabilir. Bu tip hallerde, işsahibi, ücretsiz onarım hakkını kullanırsa, yüklenicinin ayıbı giderme borcu ortaya çıkar. Böylece, yüklenicinin borcunu ifa edebilmesi için, işsahibinin eser konusunu yükleniciye iade etmek, gerekli belge ve bilgileri sağlamak, tamir edilecek yeri sağlamak gibi katılım davranışları söz konusu olabilir. İşsahibinin, yüklenicinin, ayıbı gidermesini engellediği veya sözleşmeye uygun hale getirilmiş eseri kabulden kaçındığı durumlarda da yine alacaklı temerrüdü meydana gelir. Anılan hallerde, eserin teslim alınması ve ifa olarak kabul edilmesiyle yüklenici, eseri teslim borcundan kurtulmuş olsa bile ayıbın veya eksikliğin giderilmesine yönelik talepler yüklenicinin sözleşmeden doğan ifa yükümlülüğüne ilişkindir⁶⁵³. Dolayısıyla, TBK m. 106'ya lâfzi olarak uygun olmasa da amaç bakımından yine hazırlık fiili ve kabul şeklindeki ayrıma göre, alacaklı temerrüdünün kabulü gerekir. Ancak, temerrüt sebebiyle yüklenicinin başvurabileceği haklar ve bu hakların kapsamı, giderilmesi istenen ayıp çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ **Siegenthaler**, Die Mängelhaftung, N. 131; **Bühler**, ZK OR, Art. 367 N. 37; **Ayan**, s. 71; **Tschütscher**, N. 296; **Gauch**, Werk, N. 108, 2466a. Bkz. 2.2.2.4.

⁶⁵² Bu tip ara kontrollerin teslim sonucu doğurmadığı hususunda bkz. **Gauch**, Werk, N. 2466b. Yüklenicinin, işsahibinin davranışını yerine getirmeden işe devam edebildiği/ettiği (işsahibinin talimatını sormaksızın işi yapması gibi) hallerde işsahibinin alacaklı temerrüdünün değil, yüklenicinin kötü ifasının ortaya çıkacağı hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 465.

⁶⁵³ Nitekim doktrinde, ayıbın giderilmesine ilişkin talebin kendine özgü ikincil bir talep mi yoksa alacaklının ifa talebi mi olduğu tartışmalıdır. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1714; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 38 vd.; **Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 111 Özellikle dn. 140; **Seiler, Philippe**, Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag, AJP 2009, s. 987 vd. Eserin ayıpsız olmasını sağlama borcu ifadesi için bkz. **Kurt**, Temerrüt, s. 85.

⁶⁵⁴ Bu kapsamda, yüklenicinin TBK m. 110'dan kaynaklı hakkının fesih niteliğinde değerlendirileceği (**Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 134; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 221.) gibi giderilecek ayıbın önemsiz olduğu hallerde bu hakkın kullanılamayacağı sonucuna da ulaşılabilir. İşsahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesiyle birlikte hasarın yükleniciye geçeceği hususunda bkz. **Brändli**, N. 547.

Kabul sonrası alacaklı temerrüdünün gerçekleşebileceği diğer bir durum da eserin yapımına ilişkin birden fazla yan yüklenicinin bulunduğu hallerdir⁶⁵⁵. Ön yüklenicilerden birinin meydana getirdiği eserin ayıbı sebebiyle art yüklenici veya yüklenicilerin eserlerinde ayıba yol açtığı haller kural olarak işsahibinin sorumluluk alanına ilişkindir⁶⁵⁶ (TBK m. 476). Böyle durumlarda da, ön yüklenicinin, ayıbı giderebilmesi için kendisine işe ilişkin uygun planın tekrar sağlanmaması veya art yüklenicinin işinin durdurulmaması nedeniyle ön yüklenicinin ayıbı giderememesi halleri davranışlardan kaçınma kapsamındadır. Başka bir deyişle, ön yüklenici bakımından eserin tesliminden sonra işsahibinin alacaklı temerrüdünün ve hatta imkânsızlığın ortaya çıkabileceği hallerdir⁶⁵⁷.

İşsahibinin yükleniciye karşı ayıp sebebiyle sorumluluk hükümlerine başvurup TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklarını kullanmaması durumunda ise, işsahibinin temerrüdüne hükmedilemez. Zira kural olarak bu hakların kullanılması için -dürüstlük kuralı çerçevesinde- herhangi bir süre bulunmamaktadır⁶⁵⁸. Ancak, doktrinde bir görüşe göre, hakkın kullanılmaması halinde, hâkimin, işsahibinin özellikle ayıbın giderilmesi ve sözleşmeden dönme haklarını ortadan kaldıracabileceği ileri sürülmektedir⁶⁵⁹.

2.2.2.4. Kısmi Alacaklı Temerrüdü

İşsahibinin davranıştan kaçınmasıyla ilgili değerlendirilmesi gereken bir diğer durum da bunun kısmi nitelikte gerçekleşip gerçekleşmeyeceğidir. Bu hususun tespiti için, öncelikle katılım davranışlarının veya eserin bölünebilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. İşsahibinin işbirliği davranışları, genellikle eserin meydana getirilmesi ve ifası için eksiksiz olarak gerçekleşmesi gereken sonuç şeklinde tezahür eder. Bu sebeple, davranışlar bölünebilir olsa da işsahibinin herhangi birini yerine getirmekten kaçınmasıyla, istenen sonuca ulaşamaz. Sipariş verdiği elbise için üç provaya gitmesi gereken işsahibinin yalnız ikisine gittiği durumda elbisenin tamamlanamaması buna örnektir. Kanaatimizce, bu tip hallerde kısmi alacaklı temerrüdü söz konusu değildir. Zira her ne kadar işsahibinin davranışları bir bütün teşkil etmekteyse de her biri işin devamına farklı zaman ve şekillerde katkı sağladığından

⁶⁵⁵ Ön, yan ve art yüklenici için bkz. 1.1.3.2.

⁶⁵⁶ Bu durumun istisnasını, art yüklenicinin, ön yüklenicinin tamamladığı esere ilişkin ayıbı bildiği veya bilmesinin gerektiği hallerde, TBK m. 472/III hükmü kapsamında işsahibini uyarmaması sebebiyle sorumluluğunun bulunduğu haller oluşturur. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Trachsel**, N. 230, 331; **Gauch**, Werk, N. 2039; **Scherrer**, N. 213, 377.

⁶⁵⁷ Burada, özellikle ön yüklenicinin ayıplı bir esere sebep olduğu hallerde, bunu yükleniciye bildiren fakat sonraki kısmi yüklenicinin de faaliyetini durdurma imkânı olmasına rağmen durdurmuyarak ayıbın giderilmesini zorlaştıran ve hatta faaliyet devam ettiği için ayıbı giderme teklifini reddeden işsahibi de, eserin kabulünden sonra söz konusu davranışlardan kaçınarak alacaklı temerrüdüne yol açmıştır. Bu noktada, işsahibi açısından objektif haklı sebep bulunmadığı kabul edilerek, alacaklı temerrüdü yoluna başvurulur.

⁶⁵⁸ **Gauch**, Werk, N. 2136; **Koller**, Werk, N. 622; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 367 N. 19.

⁶⁵⁹ **Koller**, Werk, N. 622.

bağımsız niteliktedir. Bu sebeple, her birinden kaçınılması alacaklı temerrüdüne yol açar. İş sahibinin sağlaması gereken malzemenin, araç gerecin nicelik olarak eksik olduğu hallerde ise, ifaya -gereği gibi olmasa da- devam edilebiliyorsa, öncelikle kötü işbirliğinden bahsetmek gerekir⁶⁶⁰. Başka bir deyişle, iş sahibinin alacaklı temerrüdü yerine eserin ayıplı olması, yok olması, imkânsızlaşması sonucuna göre karar verilmelidir.

Kısmi alacaklı temerrüdünün meydana gelebileceği esas durum ise, eserin bölünebilir olduğu veya sürekli ya da art arda teslimli eser sözleşmelerinin söz konusu olduğu hallerdir. Gerçekten de, meydana getirilecek eserin bölünebilir olduğu hallerde kısmi temerrüt mümkündür. Örneğin, yükleniciye üç araba boyatacağını taahhüt eden ancak üçüncü arabayı boyanması için teslim etmeyen iş sahibinin alacaklı temerrüdü kısmi niteliktedir. İş sahibinin, boyatmak için verdiği üç araçtan yalnız ikisini teslim alması durumunda da aynı durum geçerlidir. Benzer şekilde bir parsel üzerine on adet müstakil evden oluşan site yaptırmak isteyen iş sahibinin, evlerden bir kısmına ilişkin plan, proje vermemesi veya gerekli malzemeyi sağlamaması halinde de temerrüt kısmi olur. Kısmi alacaklı temerrüdünün kabul edilebileceği bir diğer durum ise, yüklenicinin asli veya yan edim yükümlülüklerinden birinin ifasında iş sahibinin işbirliğinden kaçındığı hallerdir⁶⁶¹. Örneğin, yüklenicinin, iş sahibi adına bilgisayar programını üretilen CD'sini teslim ettiği ancak programın daha efektif kullanılabilmesi için iş sahibinin kullandığı diğer programlarla entegrasyonunun da kararlaştırıldığı bir durumda, iş sahibinin, yükleniciyi işyerine almadığı veya diğer programların kodlarının açıklamadığı halde, kısmi alacaklı temerrüdü kabul edilmelidir⁶⁶². Kısmi alacaklı temerrüdünün kabul edilebileceği başka bir durum ise, yüklenicinin belirli veya belirsiz bir zaman dilimi için periyodik olarak toplamı önceden belirli veya belirsiz eser sağlama yükümlülüğünün olduğu sözleşmelerdir⁶⁶³. Bu tip sözleşmelerde de iş sahibinin eserlerden birinin tesliminden kaçınması veya eserin meydana getirilmesine engel olması mümkündür. Yüklenici firmanın her ay temizlik için geldiği işyerine alınmadığı veya yüklenicinin her gün iş sahibine ev yemeği temin etmesine rağmen yemeklerin alınmadığı veya iş sahibinin işyerinde bulunmadığı haller bu duruma örnek gösterilebilir. Bu tip durumlarda imkânsızlığın mı temerrüdün mü gerçekleştiği dikkatle değerlendirilmelidir. Temerrüt olarak nitelendirilen hallerde kısmi alacaklı temerrüdünün kabul edilmesi gerekir.

⁶⁶⁰ Kısmen benzer yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 89 (Yazar, kötü işbirliğinin, eserin bölünemez olduğu hallerde gündeme geleceğini belirtmektedir.).

⁶⁶¹ **Stauber**, N. 505 vd.

⁶⁶² Bu durumun tam tersi de mümkün olabilir. Örneğin, sistem için gerekli teçhizat yüklenici tarafından iş sahibinin ofisine kurulmuş ancak çalıştırılması için gelen yüklenici, işyerine alınmamıştır.

⁶⁶³ Sürekli eser sözleşmeleri için bkz. **Gauch**, Werk, N. 323

Son olarak, tarafların eseri kısım kısım teslim etmeyi kararlaştırdıkları durumlarda da (TBK m. 479/II), birinin tesliminden kaçınan işsahibi bakımından kısmi alacaklı temerrüdü devreye girer. İşsahibinin yüklenicinin sunduğu kısımlardan birinde temerrüde düşmesi durumunda, kanaatimizce, diğer kısımlara ilişkin edimin ifası mümkün ise kural olarak yüklenicinin işe devam etmesi gerekir. Zira işsahibinin temerrüdü, yüklenicinin borçtan kurtulmasına yol açmaz. Buna karşılık somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılmalı ve yüklenicinin işe devamının mümkün olmadığı veya işe devamının yüklenici bakımından sonrasında daha fazla emek, masraf ve zamana yol açacağı durumlarda, temerrüdün sona ermesi beklenmelidir.

Eserin bölünebilir ve her bir parçanın gereği gibi ifaya uygun olduğu hallerde kısmi temerrüt söz konusu ise, ilgili kısım bakımından yüklenicinin tevdi veya satış yoluna başvurması mümkündür. Buna karşılık, işsahibinin kısmi temerrüdünün eserin meydana getirilmesi aşamasında ortaya çıktığı hallerde, yüklenicinin elindeki imkân TBK m. 110 kapsamında sözleşmeyi sona erdirmektedir. Yüklenicinin bu hakkı, aşağıda da açıkladığımız üzere, artık fesih olarak değerlendirilmelidir⁶⁶⁴. Böylece, temerrüt kısmi gerçekleşmiş olsa bile, yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirmesi ileriye etkili olur.

2.2.2.5. Kaçınmanın Borçlu Temerrüdü Oluşturması

İşsahibinin gerek hazırlık fiillerini gerekse kabule ilişkin davranışlarını hiç veya zamanında yerine getirmemesi işsahibi bakımından kural olarak külfet ihlali niteliğinde olduğundan, bu durum borçlu temerrüdü oluşturmaz. Bununla birlikte, somut olayın özellikleri veya tarafların anlaşmasıyla davranışların yükümlülük niteliğine sahip olması da mümkündür. Davranışların yükümlülük niteliğinde olduğu durumlarda, geç yerine getirilmesinin borçlu temerrüdüne yol açacağı doktrinde genellikle kabul edilmektedir⁶⁶⁵. Bu noktada, kanaatimizce öncelikle yükümlülüğün niteliğinin belirlenmesi gerekir. Zira doktrinde belirtildiği üzere, sözleşmedeki karşılıklı ilişki (synallagma) içerisinde yer almayan yükümlülükler bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulamaz⁶⁶⁶. Buna göre, işsahibinin katılma faaliyetlerinin ancak asli veya yan edim yükümlülüğü niteliğinin kabul edildiği durumlarda borçlu temerrüdüne başvurulabileceği kabul edilmelidir. Başka bir

⁶⁶⁴ Bkz. 3.1.2.3.

⁶⁶⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 1234; **Ünal**, s. 453; **Hauck/Rebmann**, s. 425; **Seçer**, Gecikme, s. 489; **Arpacı**, s.240 vd.; **Ardıç**, s. 162; **Kürşat**, İnşaat, s. 157; **Kaplan**, İnşaat, s. 281.

⁶⁶⁶ **Buz**, Dönme, s. 114; **Weber, Rolf H.**, Schutzpflichten-Ein Sozialstaatsgedanke?, Freiheit und Zwang, FS für Hans Giger, Bern 1989, s. 741; **Schenker**, N. 43; **Ayan**, s. 37; **Havutçu, Ayşe**, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini, İzmir 1995, s. 19-20 Özellikle dn. 95.

deyişle, işsahibinin davranışlarının yan yükümlülük niteliğinin cari olduğu hallerde, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulamamalıdır.

İşsahibinin hazırlık fiilleri veya kabule ilişkin davranışlardan kaçınarak borçlu temerrüdüne düşebileceği halleri iki hale indirgemek mümkündür. Bunlardan ilki, davranışların işsahibi bakımından edim yükümlülüğü olarak görüldüğü hallerdir. Başka bir deyişle, davranışların yerine getirilmesine ilişkin yüklenicinin aynen ifa talebinin olduğu sonucuna varılabilen hallerde bu durum söz konusu olur. İşsahibinin borçlu temerrüdünün doğabileceği diğer hal ise, eserin kabulünden kaçınmayla meydana gelmekle birlikte, işsahibinin bedel borcuna ilişkindir. Kabulden kaçınan işsahibi, aynı zamanda teslimin gerçekleşmesiyle ortaya çıkacak olan hukuki sonuçlardan da kaçınmış olacağından, kural olarak teslimle birlikte muaccel olan bedel ödeme borcunu da yerine getirmemektedir⁶⁶⁷. Bununla birlikte, aşağıda da açıklandığı üzere, kanaatimizce, yüklenicinin eserin teslimini teklif etmesiyle bedel muaccel olur⁶⁶⁸. Bu sebeple, işsahibinin kabulden kaçınması ve alacaklı temerrüdüyle değil, eserin tesliminin teklif edilmesiyle bedel borcu muaccel olur ve diğer şartlar sağlanmışsa bedel borcu bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabilir⁶⁶⁹. Bu noktada, işsahibinin eserin ayıplı veya eksik olması durumunda teslimden kaçınması mümkünse de, bu durum ayıba veya eksikliğe rağmen eserin teslim alındığı hallerde işsahibinin bedeli ödemekten kaçınma hakkının olduğu anlamına gelmemektedir⁶⁷⁰. Tabii olarak bedel konusunda tarafların TBK m. 479'dan farklı anlaşma yapmaları halinde (teslimden itibaren belirli bir süre içerisinde ödeme, bedelin teslimden önce peşin ödenmesi vb.) veya işsahibinin eseri teslim almamasına rağmen bedel ödediği hallerde, borçlu temerrüdü mümkün değildir.

⁶⁶⁷ **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, §33 N. 16; **Bucher**, OR AT, s. 319. Eser sözleşmesinde, meydana getirme borcu bakımından önce ifayla yükümlü olan yüklenicinin, teslim borcunda önce ifa yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira yüklenicinin teslim borcu ile işsahibinin bedel borcu karşılıklılık ilişkisi içerisinde olup aynı anda ifayı gerektirir. Bu sebeple, TBK m. 472'de bedelin muacceliyeti teslimden önce veya sonraya değil, tam olarak teslim anına bağlanmıştır. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1154; **Koller**, Werk, N. 203.

⁶⁶⁸ Detaylı bilgi için bkz. 3.3.2.1.

⁶⁶⁹ İşsahibinin bedel borcunun muacceliyeti hususunda doktrinde tartışma bulunmakta olup, bir kısım yazarlar ifa teklifini yeterli görürken diğer bir kısım yazarlar ayrıca tevdi/açık artırma yoluyla satışın da gerçekleşmesi halinde bunun mümkün olduğunu ileri sürmektedir. **Koller**, Werk, N. 475, 203 (Yazar, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin ödemelik def'i ileri sürmesini engellemeyeceğini ve bu sebeple bedel borcunu ödemekten kaçınabileceğini ileri sürerek ancak tevdi veya açık artırma yoluyla satış sonucu bedelin tevdi halinde bedel borcunu yerine getirmek zorunda olduğunu ileri sürmektedir.); **Gauch**, Werk, N. 1154; **Von Tuhr/Escher**, s. 49 dn. 47; **Schraner**, ZK OR, Art. 75 N. 59; **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 12; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 91 N. 6; BGE 110 II 150; BGE 49 II 32 E. 2, 3; BGE 59 II 305; 48 II 98 E. 6.

⁶⁷⁰ İşsahibinin ayıptan doğan sorumluluk kapsamında ayıbın giderilmesi hakkına başvurduğu durumlarda bedel ödemekten kaçınma hakkına ilişkin detaylı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 2369, 2380; **Koller**, Werk, N. 204; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 244 vd.

2.2.3. Kaçınmanın Haklı Sebebe Dayanmaması

Kanun koyucu, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışlardan kaçınmada kusur şartına yer vermemiştir. Ancak, alacaklının menfaatlerini korumak amacıyla yalnız somut olaydaki alacaklının değil, herhangi bir alacaklının da davranışı yerine getiremeyeceği durumlarda temerrüdün ortaya çıkmayacağını kabul etmiştir⁶⁷¹. Bununla birlikte, doktrinde azınlıkta kalan eski bir görüşe göre ise, temerrüt bakımından aranan haklı sebep, alacaklının kusurunu işaret etmektedir⁶⁷². İş sahibinin temerrüdü bakımından hangi durumların haklı sebep teşkil ettiği belirlenmeden önce, yüklenicinin ifa teklifinin borca uygun olduğu ve yüklenicinin teklifte bulunduğu ifayı gerçekleştirebilecek durumda olmasının (ifaya hazır olma) araştırılması gerekir. Bu hallerde, iş sahibine gereği gibi sunulan bir ifa teklifi olmadığından iş sahibinin haklılığından değil, ifa teklifinin borca uygun olmaması veya yüklenicinin ifaya hazır olmaması sebebiyle temerrüt gerçekleşmez⁶⁷³.

İş sahibinin, objektif sebeplerle davranışı yerine getiremediği hallerde temerrüdünden bahsedilemez. Buna göre, iş sahibinin kişiliği veya iradesine dayalı sebepler, hastalığı, ölümü, ekonomik durumu veya öngörmesi gereken durumlar sebebiyle davranışı yerine getiremediği haller kaçınma bakımından haklı sebep değildir⁶⁷⁴. Örneğin, iş sahibinin kaza sonucu parmağının kırıldığı ve piyano dersine gidemediği bir halde de, ilgili sebep iş sahibi ile ilgili olduğundan temerrüt ortaya çıkar. Objektif haklı sebebe, mücbir sebep veya ifa yardımcısı olmayan üçüncü kişilerin fiilleri örnek gösterilebilir⁶⁷⁵. Buna göre, Covid-19 sebebiyle işbirliği davranışını zamanında veya geçici süreyle yerine getiremeyen iş sahibi bakımından haklı sebep şartı gerçekleşmiştir ve alacaklı temerrüdü meydana gelmez⁶⁷⁶. Aynı şekilde,

⁶⁷¹ Bkz. 1.2.6.4.3.

⁶⁷² **Dorer**, s. 73.

⁶⁷³ Bkz. 1.2.6.4.3. **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 160; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 128; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 22.

⁶⁷⁴ **Kren-Kostkiewicz**, OFK OR, Art. 91 N. 6; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 23; **Von Tuhr/Escher**, s. 73; **Mercier**, CHK OR, Art. 91 N. 21; **Bucher**, OR AT, s. 321.

⁶⁷⁵ **Mercier**, CHK OR, Art. 91 N. 22; **Koller**, OR AT, N. 56.44 (Yazar, sadece borçludan kaynaklanan sebepleri haklı sebep kapsamında değerlendirmektedir.); **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 128; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 160. Savaş durumunda alacaklı temerrüdünün doğmayacağı yönünde Zürih Eyalet Mahkemesi kararı için bkz. SJZ 40 (1944), s. 360 vd. Hasar geçişi bakımından mücbir sebebe dayanılamayacağı yönünde bkz. **Mörtl Fabian**, Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers, Zürich/St. Gallen 2015, N. 115.

⁶⁷⁶ Mücbir sebep hallerinin kusursuz temerrüt kapsamında değerlendirilemeyeceği hususunda bkz. **Serozan**, İfa, §17 N. 3. Aksi yönde bkz. **Özçelik, Ş. Barış**, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları, TBB S. 123 Mart 2016, s. 309.

Alman hukukunda da, haklı sebep şartına yer verilmemiş olmasına rağmen, alacaklının reddinin haklı olabileceği durumlardan bahsedilmekte ve bu hallerde temerrüdünün doğmayacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Feldmann**, Staudinger BGB, §293 Rn. 19. Alman Federal Mahkemesi de, güncel bir kararında, önceden dikkate alınması gerekmeyen hava şartları nedeniyle işbirliği davranışlarını yerine getiremeyen iş sahibinin BGB §642 kapsamında ödeme yapmak zorunda olmadığına hükmetmiştir. Bkz. BGH VII ZR 194/13 vom 20.4.2017. Covid-19 salgınına rağmen, ön yüklenicinin edimini meydana getirememesinin ve iş sahibinin sonraki yüklenicilere karşı sorumluluğunda kusur şartının aranmaması sebebiyle, BGB 642'nin uygulanabileceği hususunda bkz. **Krebs, T.**, Entschädigungsansprüche des Unternehmers aus §642 BGB bei Bauablaufstörungen im Covid-19-Pandemiefall, ZfBR 2020, s. 436. Almanya İçişleri Bakanlığı ise, aksi yönde görüş bildirmiştir.

iş sahibinin temerrüde düşmesinden sonra haklı sebebin ortaya çıktığı durumlarda da, temerrüdün sona erdiği kabul edilmelidir. Ancak, iş sahibinin hangi sebebe dayandığı farketmeksizin, davranıştan kaçınmasının haklı olup olmadığına ilişkin kararı, kendisi bakımından bir risk oluşturmaktadır. Başka bir deyişle, meydana gelen mücbir sebebin, iş sahibinin işbirliği davranışına engel olacak nitelikte olmadığı durumlarda bu hâl, iş sahibi bakımından haklı sebep teşkil etmez. Aynı şekilde, iş sahibinin hukuki ilişkisinin geçersiz olduğu varsayımı ile eseri teslim almadığı veya davranıştan kaçındığı hallerde de, aslında hukuki ilişki geçerli ise, alacaklı temerrüdü gündeme gelir⁶⁷⁷. Tabii olarak, iş sahibinin isabetsiz değerlendirmeleri temerrüt bakımından haklı sebep oluşturmaz. Buna karşılık, yükleniciye yükletilebilen veya yüklenicinin, iş sahibinin davranıştan kaçınmasına sebep olduğu haller, iş sahibi bakımından haklı sebeptir⁶⁷⁸. İş sahibinin davranışı yerine getireceği zamanın belirlenmediği ve yüklenicinin, ifa teklifini uygun olmayan zamanda veya önceden haber vermeksizin yaptığı durumlarda, gereği gibi ifa teklifi bulunmakla birlikte kaçınmanın haklı sebebe dayandığı kabul edilir⁶⁷⁹. Dolayısıyla, TMK m. 2 kapsamında davranışın beklenemediği durumlar da haklı sebep kapsamındadır.

İş sahibi bakımından haklı sebebin varlığı hususunda değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta ise, davranıştan kaçınmayla imkânsızlığın ortaya çıktığı hallerdir. Zira iş sahibinin temerrüde yol açan davranışları da iş sahibinin riziko alanına girdiğinden, davranışlardan kaçınma sebebiyle edimin ifasının imkânsızlaştığı hallerde kural olarak yüklenicinin yaptığı işin değeri ve bu değere girmeyen giderlerine yönelik talep hakkı doğar (TBK m. 485)⁶⁸⁰. Aynı durum, iş sahibinin davranışı sürekli bir şekilde yerine getiremediği haller bakımından da kabul edilmelidir⁶⁸¹. Böyle bir durumda, iş sahibi, sürekli biçimde davranışı yerine getiremediğinden, yüklenicinin de borcunun ifası imkânsızlaşmaktadır. Bu duruma,

Bkz. https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/2020/corona/erlass-bauwesen-corona-20200323.pdf?__blob=publicationFile&v=1. E.T.: 04.06.2020.

Bir görüşe göre ise, yüklenicinin, iş sahibine ihmalle çarpması sebebiyle davranışın yerine getirilemediği halde dahi temerrüdün meydana gelebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Wertheimer**, JuS 1993, s. 650; **Larenz**, I, s. 394 (Yazar, ihmal ayrımı yapmaksızın Esser'den alıntılacağı örneğin BGB §242 ile çeliştiğini belirtmektedir.). Kanaatimizce, kazaya yüklenicinin sebep olduğu halde artık objektif haklı sebebin kabul edilmesi gerekir.

⁶⁷⁷ **Feldmann**, Staudinger BGB, §293 Rn. 20. Buna karşılık, iş sahibine sunulan teklifin tasarrufun iptali davasını gerektirecek bir durum olduğu hallerde haklı sebep söz konusudur. **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 23

⁶⁷⁸ **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 26; **Koller**, OR AT, N. 56. 44; **Ardıç**, s. 167.

⁶⁷⁹ **Koller**, OR AT, N. 59.44; **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 23.

⁶⁸⁰ İş sahibinin işbirliği davranışlarının riziko alanını oluşturduğu yönünde bkz. **Gauch**, Werk, N. 724; **Mörtl**, N. 103; **Koller**, Werk, N. 281. Ayrıca, hükümde eserin tamamlanmasının imkânsızlaşmasından bahsedilmekle birlikte, hazırlık fiilinden kaçınılması sebebiyle yüklenicinin eserin ifasına hiç başlamadığı hallerin de yine hükmün kapsamında değerlendirilmesi gerekir. **Gauch**, Werk, N. 723. Eserin tamamlandığı fakat teslim edilmediği hallerin de hüküm kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 378 N. 4; **Müller**, H., s. 70; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 17; **Koller**, J., s. 66; **Gauch**, Werk, N. 746.

⁶⁸¹ **Mörtl**, N. 116.

işsahibinin inşaat iznini alamaması ve iznin reddine yönelik açılan davanın da reddedilip kesinleştiği durumda, yüklenicinin edimin ifasına başlayamaması örnek gösterilebilir⁶⁸².

2.3. Yüklenici Bakımından Şartlar

2.3.1. Genel Olarak

İşsahibinin alacaklı temerrüdü için yüklenicinin de yerine getirmesi gereken şartlar bulunmaktadır. TBK m. 106 hükmüne göre, yüklenicinin işsahibine gereği gibi bir ifa teklifinde bulunması ve buna uygun şekilde ifaya hazır olması gerekmektedir. Bu hallerin özellikle eserin meydana getirilmesi ve teslim borcu bakımından somutlaştırılması gerekir. Bununla birlikte, genel hükümlerde yer almayan ancak TBK m. 472/III hükmünden çıkarılabilen işsahibinin bildirim yükümlülüğünün de temerrüt açısından bir şart olup olmadığının değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda, aşağıda sırasıyla yüklenicinin yerine getirmesi gereken bu şartlar açıklanmıştır.

2.3.2. İfaya Hazır Olma

İşsahibinin alacaklı temerrüdü için onun yerine getirmesi gereken davranış dışında ifanın gerçekleşmesi için gerekli her şeyin yüklenici tarafından yapılmış olması gerekir. Başka bir deyişle, yüklenicinin ifa teklifi sonucunda işsahibinin davranışı yerine getirmesiyle, yüklenici ya ifayı gerçekleştirmeli ya da meydana getirme faaliyetine devam edebilmelidir⁶⁸³. Bunun için yüklenicinin ifaya hazır olması gerekir. İfaya hazır olan yüklenici, hazır olma durumunu işsahibine bildirerek, işsahibinin temerrüdü için yerine getirmesi gereken şartları sağlamış olur. İfaya hazır olma, yüklenicinin ifanın gerçekleşmesi için üzerine düşen her şeyi yapmış ve ifayı yerine getirebilir durumda bulunması anlamına gelir⁶⁸⁴. İfaya hazır olma durumu, yüklenicinin ifa teklifinin gerekliliği ve yerine getirilme şeklinden bağımsız olarak işsahibinin alacaklı temerrüdü için şarttır⁶⁸⁵.

⁶⁸² Bu durum amacın ortadan kalkması sebebiyle imkânsızlık durumuna örnektir. Doktrinde, amacın ortadan kalkması hallerinin TBK m. 486 kapsamında doğrudan yer alması gerektiği belirtilmektedir. Bkz. **Koller**, Werk, N. 281. Aksi yönde, **Mörtl**, N. 107.

⁶⁸³ Bu sebeple, kullanılan “ifa” ifadesi, yalnız eserin teslimini değil meydana getirme faaliyetlerinin devamını da içerecek şekilde geniş anlamda anlaşılmalıdır.

⁶⁸⁴ Bkz. 1.2.6.3.1. **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 80. 15. HD, T. 07.05.2013, E. 2013/4833, K. 2014/4262 (karararama.yargitay.gov.tr): “Bu durumda, davacı yüklenici tarafından davalıya edimini ifaya hazır olduğu bildirilmesine rağmen davalı tarafından ihtarnameye karşı çıkılmadığından alacaklı temerrüdünün oluştuğu kabul edilmelidir (BK. 90 md).”.

⁶⁸⁵ Bu noktada, yüklenicinin ifaya hazır olma durumunu kural olarak ispatlaması gerekir. Ancak, doktrindeki bir görüşe göre, ifa teklifinin ispatlandığı durumda ifaya hazır olma bekleneneğinden, alacaklının ifaya hazır olunmadığını ispatlaması gerekir (Bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 71 dn. 21; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 91 N. 2; **Bernet**, BSK OR, Art. 91 N. 16; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 174). Borçlunun (yüklenicinin) ifaya hazır olma durumunu ispatlaması gerektiği hususunda bkz. **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 5; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 139.

İfaya hazır olmaktan ne anlaşılması gerektiği somut olayın özelliklerine göre belirlenmelidir⁶⁸⁶. Örneğin eserin bulunduğu yerde yapılacak bir iş için yüklenicinin gerekli malzeme, işçi ve ekipmanla birlikte ifaya hazır halde bulunması gerekir. Buna karşılık, işsahibinin yerine getireceği davranıştan sonra yüklenicinin meydana getirmeye devam edeceği hallerde, davranıştan sonra faaliyete devam edilebilmesi için yükleniciye uygun sürenin tanınması gerekebilir. Örneğin, tadilat yapacak yüklenicinin önce gerekli ölçü vb. bilgileri almak için alana girmesi ve uygun sürede bu ölçülere göre çizimleri yapıp malzemeleri vb. sağlayıp ifa faaliyetlerine devam etmesi gerekir. Dolayısıyla, genel bir kuralın belirlenmesi mümkün değildir. Ancak, ifa teklifinin ne şekilde yerine getirildiğinden bağımsız olarak hatta hiç yapılmayacağı durumlarda dahi, yüklenicinin ifaya hazır olması gerekir⁶⁸⁷. Bu şart sağlanmadığı sürece, alacaklı temerrüdünden bahsedilemez⁶⁸⁸.

Hazır olma durumunun işsahibinin temerrüde düşmesinden sonra da devam etmesi gerekir. Başka bir deyişle, ifaya hazır olma durumunu yüklenici devam ettirmezse şartlardan biri ortadan kalktığından, alacaklı temerrüdü sona erer⁶⁸⁹. Yüklenicinin bu durumunun geçici veya sürekli olması arasında bir fark yoktur. Tekrar ifaya hazır hale gelmesiyle birlikte işsahibinin alacaklı temerrüdü kendiliğinden devam etmez ve bu sebeple masrafları yükleniciye ait olmak üzere tekrar ifayı teklif etmesi gerekir⁶⁹⁰. Ancak bu durumun da somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, işsahibinin malzemeyi vermediği için yüklenicinin ifaya başlayamadığı veya devam edemediği durumda yüklenicinin çalışanlarını sürekli bir şekilde bu işe tahsis etmesi beklenemez⁶⁹¹. Başka bir deyişle, personelini başka bir işe yönlendiren yüklenici, malzemenin gelmesinden sonra gecikmeksizin ifaya başlaması veya devam etmesi durumunda da, temerrüt süresince ifaya

⁶⁸⁶ Örneğin, Yargıtay anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin ruhsatı da alması gerektiğini kabul etmektedir. 15. HD, T. 13.09.2012, E. 2011/4901, K. 2012/5799 (karararama.yargitay.gov.tr): “*Davalı yanca 17.06.2008 tarihli ihtarla inşaatın tamamlanarak teslim alınması gerektiği davacıya bildirilmiş ise de sözleşmede inşaatın anahtar teslimi yapılacağı belirtildiği, anahtar teslimi de işin sözleşme ve ekleri, tasdikli projesi, ruhsat ve imara uygun olarak yapıp yapı kullanma izin belgesi de alınarak teslimini kapsadığından söz konusu ihtar davacı arsa sahibini alacaklı temerrüdüne düşürücü nitelikte değildir.*”

⁶⁸⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 1207, 1208.

⁶⁸⁸ Yüklenicinin ifaya hazır olmaması, alacaklı temerrüdünü engellemekle birlikte, her zaman yüklenicinin borçlu temerrüdüne yol açacak şekilde bir kural çıkarılamaz. Özellikle meydana getirme faaliyetlerine ilişkin TBK m. 473’ün şartlarının gerçekleştiğinden bahsedilemez. Zira aksine anlaşma olmadıkça işin yerine getirilme hızı bakımından bağımsız olan yüklenici, borca aykırı davranmayabilir. Bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1209.

⁶⁸⁹ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 168; **Rey**, BR 2019, s. 265 dn. 21; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 134.

⁶⁹⁰ **Huber**, I, s. 237.

⁶⁹¹ Özellikle çok uzun süre bu şekilde beklenerek tüm masrafların işsahibine yükletilmesi uygun değildir. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre, beklenebilecek bir süre belirlenmelidir. Bu yönde Zürih Ticaret Mahkemesi kararı için bkz. ZH-HGer HG120098, T. 4.8.2015, E. 3.5.3.3.1.2 (s. 70) (https://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/HG120098-O18.pdf) E.T.: 03.01.2020.

Alman hukuku bakımından aynı yönde bkz. BGH, VII ZR 33/19, Rn. 57 (BeckRS 2020, s. 3681); **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 26.

hazır olduğu sonucuna ulařılmalıdır⁶⁹². Buna karşılık, projede çalıştırdığı işçilerini sürekli biçimde yurtdışındaki bir projeye tahsis etmesi durumunda ise, artık ifaya hazır olma şartının ortadan kalktığı kabul edilmelidir. Üretim faktörlerini temerrüt sebebiyle yeterli kapasitede kullanamayan yüklenicinin, aynı projede farklı zamanda yapılması gereken bir işe yönelmesi veya üretim faktörlerini geçici olarak başka bir işte üretim getirecek şekilde kullanması, meydana gelen masrafları azaltacak veya önleyecek nitelikte ise, bunu yerine getirme külfetinden (masrafları azaltma külfeti) bahsedilir⁶⁹³. Böyle bir durumda, yapılan planlama, transfer, ulaşım vb. masraflar, iş sahibinin temerrüdüne dayandığından ondan talep edilir⁶⁹⁴. Yüklenicinin, ifaya hazır bir şekilde beklemekten tamamen kurtulabilmesi için tevdi, satış veya dönme yoluna başvurması gerekir.

Hem yüklenicinin ifaya hazır olmadığı hem de iş sahibinin katılıma hazır olmadığı durumda temerrüdün gerçekleşip gerçekleşmediği ise, doktrinde tartıřmalıdır⁶⁹⁵. Nitekim bir grř⁶⁹⁶ durumu nitelendirmemekle birlikte, yüklenicinin süre uzatımına hak kazanacağını belirtirken, bir başka grř⁶⁹⁷ ise, farazi alacaklı temerrüdü sebebiyle borçlu temerrüdünden bahsedilemeyeceğini belirtmektedir. Bir diğer görüş ise, yüklenicinin meydana getirme bakımından borçlu temerrüdünde olmadığı sürece, ifaya hazır olmamasının, iş sahibinin alacaklı temerrüdünü de engelleyeceğini kabul etmektedir⁶⁹⁸. Kanaatimizce, yüklenicinin ifaya hazır olmaması her durumda borçlu temerrüdüne yol açmaz. Başka bir deyişle, TBK m. 473'teki şartlar sağlanmadığı sürece, yüklenicinin ifaya hazır olmaması sebebiyle borçlu temerrüdünden bahsedilemez. Böyle bir durumda, kanaatimizce, alacaklı temerrüdü de meydana gelmez. Dolayısıyla, her iki temerrüdün de gerçekleşmediği sonucu uygundur. Aksi durum, borca veya külfete aykırı davranan bir tarafın, diğerinin aykırılığına dayanabilmesi anlamına gelir.

2.3.3. İfa Teklifi

İş sahibinin temerrüdü için gerekli şartlardan bir diğerisi de ifa teklifidir. İş sahibine ifanın gereği gibi sunulması için gerekli olan ifa teklifinin yüklenici tarafından kural olarak fiilen yerine getirilmesi gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici üzerine düşen her şeyi yapmalı

⁶⁹² **Weber**, BK OR, ART. 91 N. 94, 95; **Schenker**, E., s. 157; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 71.

⁶⁹³ Hizmet sözleşmesi bakımından benzer yönde, **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 27; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 171; **Staubert**, N. 59. İnaaat sözleşmesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 793, 1510, 1523, 1524, 1531 vd.. Bu noktada, temerrüdün devam edeceği olası sürenin, masrafları önlemeye yönelik davranışlar ile güncel durumun maliyetlerinin, yüklenicinin önlemleri bilmesinin beklenip beklenemeyeceğinin ve ifaya hazır olma durumuna etkisinin değerlendirilerek bir sonuca ulaşılması gerekir.

⁶⁹⁴ Bkz. 3.2.1.3.3; 3.2.2.2 ve 3.2.2.3.

⁶⁹⁵ Bkz. 1.2.6.3.1.

⁶⁹⁶ **Hürlimann**, s. 825.

⁶⁹⁷ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 171, 172.

⁶⁹⁸ **Rey**, Mitwirkung, N. 1210; **Rey**, Delay, s. 264.

ve ifaya hazır olduğunu bildirerek eseri işsahibine fiilen sunmalıdır⁶⁹⁹. İşsahibinin işbirliği davranışını yerine getirmesiyle ifa gerçekleşmeli veya yüklenici meydana getirme faaliyetlerine devam edebilmelidir. Aşağıda işsahibinin hazırlık fiilleri ve kabul davranışları bakımından ifa teklifinin nasıl gerçekleşeceği açıklanmıştır.

İşsahibinin hazırlık fiilinin gerektiği durumlarda, yüklenicinin, işsahibine eseri fiilen gereği gibi teklif edebilmesi mümkün değildir⁷⁰⁰. Bu sebeple, anılan durumlar fiili ifa teklifinin istisnasını oluşturur. Alman hukukundan farklı olarak, Türk-İsviçre hukukunda fiili ve sözlü ifa teklifi ayırımına kanunda yer verilmemekle birlikte bu ayırım doktrinde kabul görmektedir⁷⁰¹. Buna göre, işsahibinin hazırlık fiilinin gerektiği durumlarda sözlü ifa teklifi yeterlidir⁷⁰². Sözlü ifa teklifiyle yüklenici, davranışın yerine getirilmesi için ifaya hazır olduğunu işsahibine bildirir. İşsahibinden gerekli davranışı yerine getirmesinin istenmesi de sözlü ifa teklifi niteliğindedir⁷⁰³. Sözlü ifa teklifinde de, yüklenicinin, ifaya hazır olması gerekir. Dolayısıyla, ifaya hazır olmadan sözlü ifa teklifinde bulunan yüklenicinin, bu teklifinden kaçınan işsahibi alacaklı temerrüdüne düşmez. Bu noktada, gerek teklifin yapılış tarzı gerekse yüklenicinin ifaya hazır olup olmadığının belirlenmesinde, somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir⁷⁰⁴. Örneğin, bağımsız maddi varlığı olmayan eserlerde (götürülecek borç), fiili ifa teklifi sayılabilecek hallerle karşılaşılabılır. Örneğin, işsahibinin evinin boyanacağı bir halde, evi boyanacak şekilde teslim etmesi gereken işsahibi, yüklenicinin işyerine anahtarı teslim edecekse, yüklenicinin sözlü ifa teklifi yeterli olurken, kararlaştırılan tarihte yüklenici işin yapılacağı yere gidecekse, işi yerine getirmeye uygun malzeme, personel vb. şartları sağlamış şekilde eve gitmesi gerekir. Her durumda temerrüt için gerekli olan husus, yüklenicinin, ifaya hazır durumda bulunması ve işsahibine bu durumu sözlü veya fiili teklifle bildirerek onun yerine getirmesi gereken davranışla ifanın gerçekleşeceğinin veya meydana getirme faaliyetlerine başlanacağı ya da devam edileceğinin işsahibi tarafından öğrenilmesidir. Bu sebeple, davranışın yerine getirileceği zamanın belirli

⁶⁹⁹ Buna karşılık, doktrinde bir görüş, ifa teklifini, işsahibine onun risk alanından kaynaklanan bir sebeple edimin ifasının mümkün olmadığının bildirilmesi olarak görmektedir. Kanaatimizce, bu durum, yüklenicinin bildirimine ilişkin olup ifa teklifinin böyle bir amacı bulunmamaktadır. Görüş için bkz. **Seçer**, Gecikme, s. 535 özellikle dn. 53'te belirtilen yazar. Yargıtay da ifa teklifinin yapılmadığı sürece alacaklı temerrüdünün kabul edilemeyeceğine hükmetmiştir. Bkz. HGK, T. 22.05.2013, E. 2012/15-1493, K. 2013/731; 23. HD, T. 14.01.2015, E.2014/6807, K. 2015/157 (karararama.yargitay.gov.tr).

⁷⁰⁰ Bkz. 1.2.6.3.2.

⁷⁰¹ Bkz. 1.2.6.3.2.

⁷⁰² BGB §295'te alacaklının edimi kabul etmeyeceğini bildirdiği veya ifa için alacaklının bir davranışının gerektiği durumlarda, borçlunun sözlü ifa teklifinin yeterli olacağına yer verilmiştir.

⁷⁰³ Nitekim bu durum Alman hukukunda BGB §295/1/c.2'de açıkça hüküm altına alınmıştır. Alman hukukunda BGB §642 bakımından sözlü ifa teklifinin kural olduğu hususunda bkz. **Kögl**, Beck OGG BGB, §642 Rn. 33.

⁷⁰⁴ **Huber**, I, s. 202.

olduğu hallerde, yüklenicinin herhangi bir teklifine gerek kalmaksızın işsahibinin alacaklı temerrüdü gerçekleşir.

Yüklenicinin sözlü ifa teklifinin TBK m. 106'da ifade edildiği üzere “*gereği gibi*” olması gerekir⁷⁰⁵. Bu noktada, yüklenicinin tarafların kararlaştırmadığı şartların yerine getirilmesine bağlı olarak teklifte bulunduğu hallerde, işsahibinin alacaklı temerrüdü meydana gelmez. Örneğin, ücretsiz onarım hakkını kullanan işsahibinin belirli bir bedel karşılığında ayıbbı giderebileceğini söyleyen yükleniciye eseri teslim etmemesi durumunda işsahibinin temerrüdünden bahsedilemez. Aynı kural, sözlü teklifin ve işsahibinden istenen davranışın zamanı, içeriği ve yeri bakımından da geçerlidir. Yüklenicinin, belirli bir davranışın yerine getirilmesini talep ettiği hallerde, bu davranış işsahibi bakımından açık değilse, hangi davranışın talep edildiğinin ve ne şekilde gerçekleştirileceğine ilişkin detaylı bilgilendirmenin de yapılması gerekir⁷⁰⁶. Yüklenicinin sözlü ifa teklifi, yüklenici veya temsilcisi tarafından yapılması gereken ve işsahibi, temsilcisi veya ilgili davranış için yetkilendirdiği kişiye varması gerekli bir irade beyanı niteliğindedir⁷⁰⁷. Üçüncü kişilerce gerçekleştirilen sözlü ifa teklifi temerrüt için yeterli değildir⁷⁰⁸. Hazırlık fiilini birden fazla işsahibinin yerine getirmesinin gerektiği hallerde, bu teklifin tabii olarak tamamına karşı yapılması gerekir. İşsahibinin hazırlık fiili bakımından herhangi bir vadenin belirlenmediği hallerde, alacaklı temerrüdü, sözlü ifa teklifinden sonra davranışın yerine getirilmesi için uygun sürenin geçmesiyle ortaya çıkar⁷⁰⁹. İşsahibinin hazırlık veya teslim fiilini yerine getirmeyeceğinin önceden açıkça veya zımnen anlaşıldığı durumlarda da sözlü ifa teklifiyle işsahibinin temerrüdü gerçekleşir. İşsahibinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü veya eserin meydana getirilmesi aşamasında sözleşmeyi sona erdirmek istediği haller buna örnek gösterilebilir. Sözlü ifa teklifinin yapılaş tarzına ilişkin herhangi bir sınırlama yoktur. Gerçekten de, sözlü teklifin amacı yüklenicinin ifaya veya ifanın devamına hazır olduğunun

⁷⁰⁵ 15. HD, T. 23.10.2014, E. 2014/594, K. 2014/6018 (KBİBB): “*Davacı yüklenicinin usulüne uygun olarak teslim etmediği malın bedelini hak kazanması düşünülemez. Dava ve yargılama sırasında usulüne uygun teslim ve/veya alacaklının temerrütü söz konusu olmadığından...*”

⁷⁰⁶ **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 35.

⁷⁰⁷ Sözlü ifa teklifinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Hukuki işlem benzeri fiil olduğu ve karşı tarafa varması gerektiği yönünde bkz. **Dötterl**, Beck OGK, §295 Rn. 5; **Huber**, I, s. 225 (Özellikle dn. 11’de belirtilen yazarlar); **Wiedemann**, Soergel BGB, §295 Rn. 2.

⁷⁰⁸ **Von Tuhr/Escher**, s. 71; **Koç**, s. 125; **Wiedemann**, Soergel BGB, §295 Rn. 3; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 135.

⁷⁰⁹ **Koç**, s. 127; **Rey**, Mitwirkung, N. 542 vd. Bu hususta BGB §299’da alacaklının kabulü bakımından belirli bir vadenin bulunmadığı hallerde, geçici olarak engellendiği durumlarda temerrüdün hemen oluşmayacağına yer verilmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, sözlü ifa teklifi, işsahibinin bir davranışı yerine getirmesine yönelik talep şeklinde olabileceği gibi alacaklının işbirliğinden kaçınmasından sonra da gerçekleşebilir. Bu görüşe ilişkin bkz. **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 127; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 101; **Dötterl**, Beck OGK BGB, §295 Rn. 15; **Wiedemann**, Soergel BGB, §295 Rn. 12. Kanaatimizce, işsahibinin davranıştan kaçınmasından sonra sözlü ifa teklifiyle alacaklı temerrüdünün oluştuğunun kabulü, ancak BGB §295’te olduğu gibi işsahibinin davranışı yerine getirmeyeceğini belirttiği veya bu anlama gelecek davranışlarda bulunduğu haller bakımından kabul edilebilir. İfa teklifinin bir tür ihtar olduğu yönünde, **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 132.

iş sahibine bildirilmesi ve iş sahibinin bu konuda yerine getirmesi gereken davranışlarının talebinden ibarettir. Bu sebeple, bilgilendirmenin gerçekleştiği her durumda sözlü ifa teklifi yerine getirilmiş olur⁷¹⁰.

Eserin kabulünden kaçınarak alacaklı temerrüdünün doğumu için ise, yüklenicinin fiili ifa teklifi gerekir. Fiili ifa teklifinin gereği gibi gerçekleşmesi için yer, zaman, kişi ve içerik bakımından sözleşmeye uygunluk aranır. Buna göre, daha önce de belirtildiği üzere, yüklenicinin eseri ayıpsız ve tamamlanmış olarak iş sahibine sunması gerekir⁷¹¹. Yüklenicinin teslim borcu, ifa edileceği yere göre; götürülecek, aranacak veya gönderilecek borç şeklinde ortaya çıkabilir. Götürülecek borçlarda, fiili ifa teklifi iş sahibinin yerleşim yeri ya da tarafların kararlaştırdıkları teslim yerinde eserin sunulması şeklinde gerçekleşirken, gönderilecek borçlarda, yüklenicinin fiilen eseri kararlaştırılan adrese göndermesi yeterlidir⁷¹². Buna karşılık, eser tesliminin aranacak borç olduğu hallerde, ifa teklifi, yine sözlü olarak gerçekleşir. Zira böyle bir halde teslim için iş sahibinin eseri almaya gelmesi gerektiğinden, yüklenicinin kural olarak eserin teslimine hazır olduğuna ilişkin bildirimi yeterlidir. İş sahibinin eseri teslim almak istediğinde engellenmeden esere ulaşabilmesi de gerekir⁷¹³. Belirtilen bu haller, teslimin fiili hâkimiyet devri şeklinde gerçekleştiği elden ele teslim olarak nitelendirilebilecek durumlar içindir. Buna karşılık, iş sahibinin hâkimiyetinde yer alan eserler bakımından yüklenici, eseri tamamladığını iş sahibine bildirerek ifa teklifinde bulunmuş olur. Yapılan bu teklife karşı, iş sahibi, ancak eseri ifa olarak kabul etmediğini bildirerek alacaklı temerrüdüne yol açabilir. Buna ek olarak, tarafların teslim için ayrıca eseri birlikte kontrol etme, fiili hâkimiyet sağlayan araçların (alarm sisteminin şifresinin verilmesi) teslimi gibi bir davranış kararlaştırdıkları hallerde de yine fiili ifa teklifine ilişkin genel kurallar uygulanarak karar verilmelidir.

Yüklenicinin fiili ifa teklifinin zaman bakımından da anlaştıkları şekilde olması gerekir. Taraflar, iş sahibinin davranışlarına veya eserin teslimine ilişkin herhangi bir süre belirlememişlerse, yüklenicinin, iş sahibinin davranışı yerine getirebilmesi için uygun süreyi de tanıması gerekir. Örneğin, teslim zamanının belirlenmediği bir halde, taraflar ortak bir tarih de belirleyemiyorlarsa, yüklenicinin teslimden önce uygun süreyi iş sahibine sağlaması

⁷¹⁰ **Huber**, I, s. 230; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 103.

⁷¹¹ Bkz. 2.2.2.3.3.

⁷¹² **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 80; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 103; **Huber**, I, s. 210. Gönderilecek borçlarda tabii olarak alacaklı temerrüdü eserin iş sahibine teklif edilmesiyle gerçekleşir. Başka bir deyişle, eser taşıyıcıya verildiğinde ifa teklifi, iş sahibi evde olmadığında da kaçınmanın gerçekleşmesiyle temerrüt doğmuş olur. Ayrıca, yüklenicinin eseri, iş sahibinin yerleşim yerinden başka bir yere göndermesi durumunda artık iş sahibi bakımından aranacak borç vardır ve iş sahibine gelip alması gerektiğine ilişkin sözlü ifa teklifiyle teslim borcu ifa edilir. Bkz. **Dötterl**, Beck OGG BGB, §294 Rn. 9.

⁷¹³ Ancak, kanaatimizce bu durum ifa teklifine değil, yüklenicinin ifaya hazır olmasına ilişkin bir durum olmakla birlikte temerrüdün oluşumu hususunda bir değişiklik meydana getirmez.

ve ardından fiili ifa teklifinde bulunması gerekir⁷¹⁴. Bu noktada, yüklenicinin eserin önceden teslimini teklif etmesi kural olarak (TBK m. 96) mümkün olup işsahibinin buna hazırlanması için makul süre içerisinde erken ifada bulunacağını işsahibine bildirmesi gerekir⁷¹⁵. Aksi takdirde tekliften kaçınan işsahibi bakımından temerrütten söz edilemez.

Eserin teslimine ilişkin fiili teklif, sözlü tekliften farklı olarak üçüncü kişiler tarafından da gerçekleştirilebilir (TBK m. 83). Şahsen ifanın zorunlu olmadığı bir durumda, üçüncü kişinin teklifini kabul etmeyen işsahibinin de temerrüde düştüğü kabul edilmelidir⁷¹⁶. Alacaklının, birden fazla müteselsil borçlunun bulunduğu hallerde bunlardan birine karşı temerrüde düşmesi, hepsine karşı temerrüdü için yeterlidir (TBK m. 106/II). İşsahibinin birden fazla olduğu durumlarda ise, eseri teslim borcu kural olarak bölünemez nitelikte olduğundan hepsine birden teklifin sunulması gerekir⁷¹⁷. İşsahibi sıfatını haiz olanlardan birinin kabulden kaçınması durumunda diğerlerinin de alacaklı temerrüdüne düşeceği kabul edilmektedir⁷¹⁸. Yüklenicinin ifa teklifinin, sözleşmede kararlaştırılan ve yerine getirilmesi gereken yan yükümlülüklerle aykırı olduğu hallerde de, kanaatimizce yan yükümlülüğün niteliğine göre duruma karar verilmelidir. Eğer işsahibinin kabulden kaçınması, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak nitelikteyse yine alacaklı temerrüdüne hükmedilmelidir. Bu hususta, bir görüş yan yükümlülük ihlali nedeniyle tazminat yoluna başvurulması gerektiğini ve ifanın reddi halinde alacaklı temerrüdünün doğacağını ileri sürmektedir⁷¹⁹.

İfa teklifi hususunda, alt eser sözleşmesinin söz konusu olduğu hallerin de değerlendirilmesinde yarar vardır. Alt eser sözleşmesinde alt yüklenicinin, kendi işsahibini (asıl yüklenici) alacaklı temerrüdüne düşürebilmesi için işsahibi ve yüklenici arasındaki ilişkiye dair açıklamalar geçerlidir. Bu noktada, özellikle asıl işsahibinin hâkimiyetinde bulunan eserler bakımından, alt yüklenicinin eseri teslim borcu asıl yükleniciye karşıdır. Böylece, alt yüklenicinin eserin tamamlandığına ilişkin açık veya zımni bildirimiyle teslim

⁷¹⁴ Yargıtay ise, teslim süresinin belirsiz olduğu eser sözleşmesinde, yüklenicinin ifa teklifi (“uyarma”) ile işsahibinin alacaklı temerrüdünün gerçekleşeceğini belirtmektedir. “Sözleşmede işin tamamlanıp teslim edileceği süre ve tarih bulunmamaktadır. Davacı, davalının talebi üzerine bitkileri iş sahibinin taşınmazına götürüldüğünü iddia etmekle birlikte iş sahibince kabul edilmeyen bu iddiasını yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Yapım yükümlülüğü yüklenicinin kendisine ait olmasına rağmen davacı yüklenici drenaj ve otomatik sulama sistemine tamamlayarak iş sahibini bitkileri teslim alması konusunda uyarıp uyarmadığı ve iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşürüp düşürmediği anlaşılamamaktadır.” 15. HD, T. 13.1.2020, E. 2019/2482, K. 2020/22 (www.lexpera.com).

⁷¹⁵ **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 123; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 97; **Rey**, Mitwirkung, N. 115.

⁷¹⁶ Bkz. 1.2.6.3.2.

⁷¹⁷ Eser bölünebilir nitelikteyse, işsahipleri ve yüklenici arasındaki anlaşmaya göre ifa teklifinin gerçekleştirilmesi gerekir.

⁷¹⁸ **Von Tuhr/Escher**, s. 327; **Schraner**, ZK OR, Art. 91 N. 84; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 118.

⁷¹⁹ **Ernst, Wolfgang**, Die Zurückweisung der Ware, NJW 1997, H. 14, s. 903 (Yazar, kararlaştırılardan pahalı bir nakliyenin seçilmesi halini örnek göstererek alacaklının sözleşme konusunu reddemeyeceğini belirtmektedir.).

teklifi gerçekleşir ve taraflar başkaca bir davranış kararlaştırmamışlarsa asıl yüklenicinin de ifa olarak kabulden kaçınarak alacaklı temerrüdü mümkündür.

İş sahibinin yerine getirmesi gereken davranışın zamanının belirli veya belirlenebilir olduğu durumlarda ise, ne sözlü ne de fiili ifa teklifine gerek vardır. Bu tip hallerde, davranışın gerçekleştirileceği zamanın geçmesiyle iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer. Tarafların, yüklenicinin edimine ilişkin vade kararlaştırdıkları ve iş sahibinin katılım davranışlarını belirledikleri durumlarda, iş sahibi davranışı yerine getireceği zamanı aşağı yukarı tespit edebilse de bu durum davranışın zamanı bakımından belirlilik şartını sağlamayacağından teklifsiz temerrüden bahsedilemez⁷²⁰. İş sahibinin, yüklenicinin meydana getirme veya teslim borcunu iradi olarak engellediği durumlarda da ifa teklifi aranmaksızın durumun öncelenmiş alacaklı temerrüdü veya TBK m. 484 ya da yüklenicinin alanına müdahale teşkil ediyorsa sözleşmenin müspet ihlali kapsamında halli gerekir⁷²¹.

2.3.4. Bildirim Yükümlülüğü

İş sahibinin alacaklı temerrüdünün doğumu için genel hükümlere göre yüklenicinin sadece ifaya hazır olması ve bu durumu iş sahibine bildirmesi (ifa teklifi) yeterlidir. Ancak, TBK m. 472/III ve m. 476 hükmünün de göz önünde bulundurulması gerekir. Zira kanun koyucu, TBK m. 472/III'teki "*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.*" ifadesiyle yüklenicinin sözleşmedeki uzman tarafı oluşturduğunu esas almış ve yükleniciye genel bir bildirim yükümlülüğü yüklemiştir⁷²². Başka bir deyişle, kanun koyucu açık bir biçimde yükleniciden, eseri ve ifa sürecini olumsuz etkileyebilecek her durumun, iş sahibine bildirilmesini istemiştir⁷²³. Yüklenicinin özen ve sadakat borcunun bir parçası olan bu bildirimin yerine getirilmemesi durumunda ise, doğacak olumsuz sonuçlara yüklenicinin katlanacağı düzenlenmiştir. Buna karşılık, TBK m. 476 hükmünde ise, "*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş*

⁷²⁰ Rey, Mitwirkung, N. 551.

⁷²¹ Ayrıca bkz. 2.2.2.2.3.

⁷²² Yüklenicinin sözleşmede uzman tarafı oluşturduğu hususunda bkz. BGE 116 II 309. Benzer bildirim yükümlülüğü, TBK m. 483/II'de de "*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 ...ödenmesini isteyebilir.*" şeklinde ifade edilmiştir.

⁷²³ Yüklenicinin iş sahibine karşı bu yükümlülüğünü, Kanun'da herhangi bir düzenleme olmasa dahi hem iş sahibinin menfaatine iş gören bir kişi olması hem de iş sahibi karşısında sözleşme konusunun meydana getirilmesinde uzman olması sebebiyle dürüstlük kuralı gereği yerine getirilmesi gerekir. Koller, Werk, N. 230; Gautschi, BK OR, Art. 365 N. 16a.

bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.” ifadesiyle, eserin iş sahibi yüzünden ayıplı olmasına karşı, yükleniciye, iş sahibini ihtar etme borcu düzenlenmiştir. Öncelikle, yüklenicinin yerine getirmesi gereken bildirim (ihbar) ile ihtarın birbirinden ayırt edilmesi gerekir. Nitekim alıcıya varması gereken ihbar, göndericinin inisiyatifinde olan ve alıcının buna ne şekilde cevap verdiği önemli olmaksızın yalnız bilgilendirici bir açıklama niteliğindeyken; ihtar, alıcının yerine getirdiği davranışa karşı gönderenin bir tepkisidir⁷²⁴. Her ikisinin de iş sahibine ulaşması yeterlidir. İş sahibinin alacaklı temerrüdü, yüklenicinin eseri gereği gibi veya zamanında meydana getirmesini tehlikeye düşürecek bir durum olduğundan kanaatimizce, TBK m. 472/III kapsamında değerlendirilmelidir. İş sahibinin işbirliği faaliyetlerini ayıplı yerine getirmesi sebebiyle eserde ayıba yol açtığı durumlar ise, TBK m. 476 kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, iş sahibinin davranıştan kaçınması, kural olarak eserin ayıplı olmasına yol açmaz⁷²⁵. Zira iş sahibinin hazırlık fiilleri, yerine getirilmediği takdirde yüklenicinin işe devam etmesinin mümkün olmadığı davranışlardır. Buna göre, iş sahibi davranıştan kaçınırsa kural olarak eserin meydana getirilmesine devam edilemeyeceğinden, ayıplı eserden bahsedilemez. İstisnai olarak, davranış geç yerine getirildiği için eserde ayıp ortaya çıkmış ise, gecikme olduğunda yüklenici TBK m. 472/III kapsamında iş sahibine bildirimde bulunmuş olacağından yine TBK m. 476 kapsamında ihtarın gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir sorun ortaya çıkmaz. Yüklenicinin, davranışı iş sahibinin yerine getireceğini unutarak işe devam etmesi veya iş sahibi adına onu yapması durumunda ise, eser ayıplı meydana getirilse de TBK m. 476 kapsamında değerlendirilemez. Böyle bir halde, yüklenici eseri gereği gibi meydana getirmemiş olduğundan iş sahibine ihbar veya ihtar edilecek bir durum yoktur. Özetle, iş sahibinin temerrüde yol açan davranışlardan kaçındığı

⁷²⁴ **Bühler**, ZK OR, Art. 365 N. 64; **Henninger, Anton**, Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers/I-II., Schweizerische Baurechtstagung 2009, s. 68; **Gauch**, Werk, N. 1938. İhtar ve bildirim aynı olduğuna ilişkin bkz. **Koller**, Werk, N. 232. **Trachsel**, N. 412 (Yazar, ihtar bildirim ayrımı yapmamakla birlikte TBK m. 476 bakımından yüklenicinin genel bir ihtar yükümlülüğünden söz edilemeyeceğini belirtmektedir.). Kanaatimizce de, kanun koyucu ihtar ve bildirim bakımından bir ayrım yapmamıştır. Nitekim, TBK m. 476’da yer alan “*herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa*” ifadesi, TBK m. 472/III’te yer alan “*iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu*” ihtimalini de kapsamaktadır.

⁷²⁵ Pratik sonuç bakımından hangi hükmün uygulandığı kanaatimizce bir farklılık oluşturmaz. Başka bir deyişle, iş sahibine bildirim yapılması ile ihtar yapılması arasında doğacak hukuki sonuçların taraflara yükletilmesi bakımından bir farklılık bulunmamaktadır.

Alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlar kapsamında nispi işbirliği edimlerinden bahseden bir görüşe göre, alacaklı davranışı yerine getirmese de borçlu borcunu objektif olarak ifa edebilmekte fakat bunu yapması ondan beklenemez niteliktedir. (**Rey**, Mitwirkung, N. 16). Yazar, bu davranışlar bakımından iş sahibinin davranıştan kaçınmasının eserin ayıbına yol açabileceğini ileri sürmektedir. Bu duruma, yüklenicinin, iş sahibi yüzünden işin yerine getirileceği alana geç girmek zorunda kaldığı ve bu sebeple uygun olmayan personelle çalışmak zorunda kalmasını örnek göstermektedir. Bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 478 Özellikle dn. 688. Kanaatimizce, iş sahibinin temerrüdü sona erdikten sonra, yüklenicinin uygun personelle çalışması zorunluluk olup bu durum sebebiyle ortaya çıkacak ayıptan iş sahibinin sorumluluğu yoluna gidilemez.

durumlar TBK m. 472/III'ün lafzına göre hükmün kapsamındadır⁷²⁶. Buna karşılık, hükümde “*eser meydana getirilirken*” ifadesi nedeniyle iş sahibinin kabul davranışlarından kaçınmasıyla ilgili yüklenicinin bildirim yükümlülüğünden bahsedilemese de, kanaatimizce, yine de uygulanması gerekir. Zira yüklenicinin bildirim yükümlülüğü genel nitelikte olup sözleşmenin kurulduğu andan sona erdiği ana kadar varlığını sürdürür.

İş sahibinin davranıştan kaçındığı her durumda yüklenicinin bildiriminin gerekip gerekmediği ve bunun alacaklı temerrüdüne etkisi tespit edilmelidir. Yüklenicinin, özen ve sadakat borcu kapsamında yer alan bildirim yükümlülüğü, iş sahibinin haklı menfaatlerinin iyiniyetle korunması ve meydana gelen aksaklıklara karşı iş sahibinin hareket özgürlüğü için yerine getirilir⁷²⁷. Böylece, iş sahibi kendisine bildirilen durumlar için gerekli kararları verebilir. Kaçınmanın ve sonuçlarının, TBK m. 472/III kapsamına girmesi, her durumda iş sahibine bildirim yapılmasını gerektirmez⁷²⁸. Örneğin yüklenicinin, davranışı bilerek yerine getirmeyen iş sahibine, meydana gelen gecikmeyi bildirmesi ve iş sahibinin kararını beklemesi anlamsızdır. Bu yüzden, iş sahibinin bilmediği veya bilemeyeceği buna karşılık yüklenicinin bildiği veya bilmesinin gerektiği durumlara ilişkin olarak yüklenicinin bildirim borcu vardır⁷²⁹. Buna karşılık, iş sahibinin kaçınmanın yaratacağı durumları takdir edebilecek uzmanlıkta olduğu veya bir uzman (inşaat sözleşmelerinde iş sahibi adına hareket eden mimar

⁷²⁶ Benzer yönde, **Koller**, Werk, N. 224, 226; **Henninger**, BRT 2009, s. 69. Kısmen aynı yönde, **Schumacher/König**, N. 721. Kısmen aksi yönde, **Bühler**, ZK OR, Art. 365 N. 48 vd. Özellikle N. 63 (Yazar, hükmün kapsamına anılan hallerin girmediğini açıkça belirtmese de, yalnız iş sahibi kaynaklı ve eserin ayıplı olmasını ele alan hallerden bahsetmektedir.).

⁷²⁷ **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 57; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 365 N. 10; **Schumacher/König**, N. 716, 717; **Gauch**, Werk, N. 820; **Bühler**, ZK OR, Art. 365 N. 66; **Eren**, Özel, N. 2134.

Nitekim Alman hukukunda da kamu inşaat sözleşmeleri ile tarafların anlaşarak kabul ettiği hallerde uygulanan VOB/B §6/7'de düzenlenen ve yükleniciyi, engellenmesi halinde iş sahibine bunu bildirmekle yükümlü kılan hükmün, tüm eser sözleşmelerinde iş sahibinin işbirliği temerrüdünde uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Konu tartışmalı olmakla birlikte, anılan bildirimin iş sahibini bilgilendirme, koruma ve uyarma fonksiyonu sağlayacağı ve iş sahibinin temerrüdü sebebiyle BGB §642 kapsamında istenebilecek olan talep bakımından bir şart olarak aranabileceği belirtilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 47 vd.

⁷²⁸ Örneğin, süre uzatımı bakımından YİĞŞ m. 29/7'de “*Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmaz.*” ifadesine yer verilmiştir. Hükümden 20 günlük süre şartının mı bildirim şartının mı istisna tuttuğu anlaşılmamakla beraber aynı hükmün dördüncü fıkrasında, “*İdarenin, sözleşmenin ifasına ilişkin yükümlülüklerini Yüklenicinin kusuru olmaksızın yerine getirmemesi (yer teslimi, projelerin onaylanması, iş programının onaylanması, ödenek yetersizliği gibi) ve bu sebeple sorumluluğu Yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi, bu durumun taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması ve Yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş olması halinde, işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre, işin bir kısmına veya tamamına ait süre en az gecikilen süre kadar uzatılır.*” ifadesiyle bildirimde gerek bulunmaksızın sürenin en az gecikilen süre kadar uzatılacağı düzenlenmiştir.

⁷²⁹ Doktrinde bir görüşe göre, baştan itibaren yükleniciye yükletilebilen durumlar TBK m. 472/III kapsamına girmez. Görüş için bkz. **Koller**, Werk, N. 231 (Yazar, bu hallerde de dürüstlük kuralı gereği bildirimin gerekebileceğinden bahsetmektedir.). Kısmen benzer yönde, **Bucher**, OR BT, s. 207. Kanaatimizce, bu görüş kabul edilmemeli ve böyle bir ayırım yapılmaksızın iş sahibinin eserin gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesine ilişkin güveninin korunabilmesi için yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde de bildirimde bulunulması gerekir.

veya mühendis) tarafından temsil edildiği hallerde de ayrıca bir bildirim gerekmez⁷³⁰. Doktrinde bildirim gerek bulunmayan istisnai haller kapsamında, -iş sahibine bildirim yapılmış olsa dahi herhangi bir değişikliğin olmayacağı durumlar, -iş sahibinin herhangi bir şekilde durumdan haberdar olduğu haller sayılmaktadır⁷³¹. Buna göre, iş sahibinin davranışı belirli veya belirlenebilir bir zamanda yerine getirmesi gerekirken bunu yapmadığında ortaya çıkacak sonuçları bildiği kabul edilmelidir⁷³². Zira bu hal yüklenicinin ifa teklifine dahi gerek olmadan temerrüde yol açan bir durumdur. Yüklenicinin, davranışı iş sahibinden talep ettiği durumlarda ise, hemen yerine getirilebilecek bir davranış söz konusu değilse uygun sürenin iş sahibine verilmesi gerekir. Artık bu sürenin sonunda iş sahibine ayrıca herhangi bir bildirimde bulunulması da kural olarak beklenemez. Bu kapsamda, iş sahibinin hazırlık fiillerini yerine getirmekten kaçındığı hallerde, yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün birçok durumda aranmayacağı sonucuna varılabilir⁷³³.

İş sahibinin temerrüde yol açan davranışlardan kaçınmasının iradi olarak gerçekleştiği hallerde de yüklenicinin iş sahibine bildiriminden bahsedilemez⁷³⁴. Ancak, bu hallerin nasıl belirleneceği sorun teşkil etmektedir⁷³⁵. Gerçekten de, birçok durumda iş sahibinin davranıştan kaçınmasının sebebinin iradi olup olmadığı yüklenici tarafından bilinemez. Bu sebeple, yüklenicinin hak kayıplarına uğramamak adına iş sahibine bildirimde bulunması daha uygundur⁷³⁶. Bu noktada değerlendirilmesi gereken bir diğer hal de, iş sahibi adına hareket eden temsilci veya üçüncü kişilerin davranışlardan kaçındığı hallerde, yüklenicinin ayrıca iş sahibine bildirimde bulunmasının gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce, bu kişiler, kaçınma yaratan durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, yüklenicinin ayrıca bildirimde bulunması gerekmez. Bunun gerçekleşmediği ve yüklenicinin bildirimde bulunacağı hallerde ise, bildirimin iş sahibi veya onun adına hareket eden kişiler adına gerçekleşmesi gerekir.

⁷³⁰ **Trachsel**, N. 412; **Koller, J.**, s. 35; **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 65; **Schumacher/König**, N. 720 (Yazar, bildirimin ve içeriğinin bildirim alıcısının ufkuna ve somut olayın özelliklerine göre belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir.). Aksi yönde, **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 49.

⁷³¹ **Gauch**, Werk, N. 832; **Schumacher/König**, N. 727 vd.; **Henninger**, BRT 2009, s. 70.

⁷³² **Becker**, BK OR, Art. 365 N. 14.

⁷³³ Alacaklı temerrüdü ve sonuçları iş sahibi tarafından birçok durumda bilineceğinden bildirim yükümlülüğünün nadiren ortaya çıkacağı hususunda bkz. **Gauch**, Werk, N. 678.

⁷³⁴ **Becker**, BK OR, Art. 365 N. 14; **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 71; BGE 92 II 334; **Koller, J.**, s. 36.

⁷³⁵ Nitekim, yüklenicinin bildirim borcundan müstesna tutulmasının iş sahibinin yalnız engeli değil ayrıca engelin yaratacağı sonuçları da bildiği hallerde meydana gelebileceği hususunda bkz. **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 71; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 48.

İş sahibi, kaçınmasının işin ifasını engelleyeceğini bilmekle birlikte yükleniciye ödemek zorunda kalacağı ek bedel, süre uzatımı, hasar geçişi vb. sonuçların farkında olmayabilir. Bu noktada, bildirimin istisna tutulması bakımından tüm sonuçların iş sahibi tarafından öngörülmesi gerekmez. Ancak, durumun somut olaya göre değerlendirilmesi ve özellikle de iş sahibi adına hareket eden bir uzmanın bulunup bulunmadığı da dikkate alınarak bildirim karar verilmesi yerindedir. Kısmen benzer yönde, **Schumacher/König**, N. 721; **Henninger**, BRT 2009, s. 72.

⁷³⁶ Bu duruma, iş sahibi tarafı tüketicinin oluşturduğu haller örnek verilebilir. Nitekim Alman hukukunda tüketici sıfatına sahip iş sahibinin kendisine verilen süre içerisinde eseri teslim almadığı hallerde doğabilecek hukuki sonuçlara karşı yazılı olarak uyarılması gerektiğini düzenleyen BGB §640/2/c.2 hükmü buna örnektir.

Ancak, iş sahibinin temsilcisi olan kişilerin ifa yardımcılarına yapılan bildirim bu konuda yeterli kabul edilmemelidir⁷³⁷.

Yapılan açıklamalar çerçevesinde, iş sahibinin davranıştan kaçındığı birçok durumda yüklenicinin ayrıca bildirimde bulunmasına gerek yoktur. Yüklenici, fiili veya sözlü ifa teklifiyle iş sahibine gerekli bilgilendirmeyi yapmaktadır⁷³⁸. Artık tekliften itibaren veya teklifle birlikte verilmesi gereken uygun sürenin geçmesiyle, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün kabulü gerekir. Dolayısıyla, temerrüdün gerçekleştiği zaman bakımından bildirimin yapıp yapılmadığının bir önemi yoktur⁷³⁹. Nitekim kanun koyucu da TBK m. 472/III'te bildirimin yapılmadığı durumlarda ortaya çıkacak olan sonuçlardan yüklenicinin sorumlu olacağını düzenlemiştir. Buna göre, bildirim gerekmesine rağmen bunu yerine getirmeyen yüklenici, ek süre talebinde bulunamayacağı gibi ek gider veya bedel talebinde indirim söz konusu olabilir. Dolayısıyla, bildirimin gerektiği sonucuna varılan hallerde dahi iş sahibinin temerrüdü yine gerçekleşir. Ancak, yüklenicinin sahip olacağı hak kaybı veya hakların kapsamının daralması gündeme gelir. Örneğin, iş sahibinin davranışı yerine getirmediği takdirde, eserin teslim süresinin uzaması gerekirken, yükleniciye süre tanınmayarak borçlu temerrüdüne hükmedilebilir⁷⁴⁰.

Yüklenicinin bildirimde bulunmasının gerektiği hallerde, iş sahibi adına hareket eden yetkili temsilcileri varsa, bildirim bu kişilere yapılabileceği gibi iş sahibine de yapılabilir. Ancak, somut olayın özelliklerine veya işin görülmesindeki teamüllere göre hareket edilmesi gerekir. Örneğin, yüklenicinin, haklı itirazlarının iş sahibinin temsilcileri tarafından dikkate alınmadığı, iş sahibinin temsilcisinin durumu iletmediğine ilişkin bir sebebin bulunduğu veya iş sahibinin temsilcilerinin amaca uygun olmayan şekilde hareket ettiği ya da bildirimle rağmen herhangi bir tepkinin verilmediği durumlar ile tarafların farklı şekilde anlaştığı ya da hareket ettiği hallerde yalnız iş sahibine bildirimden bahsedilir⁷⁴¹. Yüklenicinin, bildirimde bulunduğu hallerde bunun hangi şekilde yerine getirildiği önemli olmadığı gibi ayrıca doğabilecek tüm

⁷³⁷ **Henninger**, BRT 2009, s. 70.

⁷³⁸ Bu noktada, ifa teklifiyle, davranıştan kaçınıldığı takdirde hangi hukuki sonuçların meydana gelebileceğinin ve eserin zamanında ya da gereği gibi meydana getirilemeyeceğine ilişkin bildirimin de yapılmasının mümkün olup olmadığı sorusu ortaya çıkabilir. Bildirimin amacı, iş sahibinin meydana gelen durumlara ilişkin bilgilendirilmesi olduğundan, kaçınma gerçekleşmeden ifa teklifiyle bildirimin yapılması kanaatimizce bildirim şartını sağlamaz. Bildirimin, yapılması gereken davranışa ilişkin bir öneri içermesi gerekmediği hususunda, **Hürlimann**, Komm. SIA-Norm 118, Art. 25, N. 2.3.

⁷³⁹ Aynı yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 480. Kısmen aksi yönde, **Henninger**, Bauverzögerung und ihre Folgen, Schweizerische Baurechtstagung 2005, s. 258 (Yazar, yüklenicinin bildirim borcunu yerine getirmediği hallerde, süre uzamaması sebebiyle borçlu temerrüdüne düşebileceğini belirtmektedir.).

⁷⁴⁰ **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 104 vd; **Bühler**, ZK OR, Art. 365 N. 72; **Gauch**, Werk, N. 829. Bununla birlikte, iş sahibini idarenin oluşturduğu haller bakımından YİĞŞ m. 29/7, "Ancak idarenin sebep olduğu süre uzatımını gerektiren gecikmelerde, yüklenicinin yirmi gün içinde yazılı bildirimde bulunma şartı aranmaz." ifadesiyle tabii olarak bu şartı aramamıştır.

⁷⁴¹ **Hürlimann**, Komm-SIA 118, Art. 25 N. 3.2; **Gauch**, Werk, N.1944; **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 78; BGer 4C.194/2005 vom 28. September 2005 E. 3.2.2.

hukuki sonuçların ve yüklenicinin sorumluluğunun bulunmadığına ilişkin açıklamanın da iş sahibine bildirilmesi bir şart olarak aranmamalıdır⁷⁴². Aynı şekilde, bildirimin kural olarak iş sahibinin kaçınmasından sonra gerçekleşmesi gerekir. Zira eserin ifasını tehlikeye düşürecek durum, davranışın yerine getirilmesi gereken zamanda bundan kaçınılmasıyla ortaya çıkar. Yüklenicinin, bildirim yapılsa dahi herhangi bir farklılığın oluşmayacağını ispatladığı hallerde sorumluluğu söz konusu olmaz⁷⁴³.

⁷⁴² **Koller, J.**, s. 34; **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 73; **Bühler**, ZK OR, Art. 369 N. 42. Tartışmalar için bkz. **Gauch**, Werk, N. 1941.

⁷⁴³ **Koller**, BK OR, Art. 365 N. 74, 87 vd.; **Gauch**, Werk, N. 832; **Schumacher/König**, N. 730.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İŞSAHİBİNİN ALACAKLI TEMERRÜDÜNÜN HÜKÜM ve SONUÇLARI

3.1. Yüklenicinin Edim Yükümlülüğü Bakımından Sonuçları

3.1.1. Genel Olarak

İş sahibinin alacaklı temerrüdünün meydana getireceği sonuçların başında, yüklenicinin edim yükümlülüğüne olan etkisi gelmektedir. Kanun koyucunun, alacaklı temerrüdünün hükümleri (TBK m. 107-110) kapsamında sağladığı tevdi ve satma hakkı ile sözleşmeden dönme imkânlarının borçlunun yalnız edim yükümlülüğünden kurtulmasına yönelik olması da bu fikri desteklemektedir. İş sahibinin, eser sözleşmesinde, meydana getirme sürecini de engelleyebilir olması alacaklı temerrüdünün edim yükümlülüğünden kurtulmaya yönelik sağladığı imkânların tamamının yüklenici tarafından kullanılabileceği anlamına gelmektedir. Yüklenicinin bu imkânlarla hangi durumlarda ne şekilde başvurabileceğinin incelenmesi bu açıdan önem arz etmektedir. Zira yüklenicinin sonucu meydana getirene kadar gerçekleştirmiş olduğu kısımların teslim edilebilir nitelikte, başka bir deyişle bir ifa niteliğinde olmaması bu durumu daha da karmaşıktırmaktadır. Bu çerçevede aşağıda öncelikle temerrüdün doğumuyla, iş sahibine borçlu kalmaya devam eden yüklenicinin bu sorumluluğundan nasıl kurtulabileceği, ardından temerrüt süresince sorumluluğunun ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği incelenmiştir.

3.1.2. Edim Yükümlülüğünden Kurtulma Bakımından

3.1.2.1. Tevdi Hakkı

3.1.2.1.1. Genel Olarak

İş sahibinin alacaklı temerrüdüyle yüklenicinin başvurabileceği yolların başında genel hükümlere dayalı olarak eseri tevdi hakkı gelir. Alacaklı temerrüdünün sonucu kapsamında tevdi, borçlunun (yüklenici), borcundan kurtulabilmek amacıyla borçlandığı edimi üçüncü kişiye teslim etmesi olup üçüncü kişi bunu alacaklı (iş sahibi) adına saklar. Borçlunun borcundan kurtulabilmek amacıyla tevdi yeri ile alacaklı yararına akdettiği saklama sözleşmesine dayanan tevdi, ifa ikamesi niteliğindedir⁷⁴⁴. Yüklenicinin teslim hazırlı hale getirdiği edimden kurtulmasına hizmet eden tevдинin konusu taşınır eşyadır⁷⁴⁵. İfa ikamesi niteliğinde olan tevдинin, yükleniciyi borçtan kurtarabilmesi ancak sözleşmeye uygun eserin

⁷⁴⁴ Koç, s. 219; Akkanat, Temerrüt, s. 102; Üçer, s. 197-198; Weber, BK OR, Art. 92 N. 115; Erdoğan, s. 201; Sert Canpolat, s. 490.

⁷⁴⁵ Weber, BK OR, Art. 92 N. 72; Schraner, ZK OR, Art. 92 N. 62; Koç, s. 178; Üçer, s. 178; Stauber, N. 228. Ayrıca bkz. TBK m. 561.

tevdi edilmesi halinde mümkündür⁷⁴⁶. Başka bir deyişle, nitelik veya nicelik bakımından sözleşmeye uygun olmayan eserin tevdisi, yükleniciyi borçtan kurtarmaz. Bu durum da, yüklenicinin tevdi hakkını ancak iş sahibinin kabulde temerrüde düştüğü hallerde kullanabileceği anlamına gelir. Dolayısıyla, teslim edilecek eserin iş sahibi tarafından belirleneceği hallerde de tevdi mümkün değildir. Örneğin, iş sahibinin yükleniciden iki farklı eser sipariş edip beğendiğini alacağını kararlaştırdığı bir durumda, iş sahibi karar vermedikçe sözleşme konusu da belirsiz olacağından yüklenici tevdi yoluna başvuramaz. Yüklenici bakımından temerrüde dayalı tevdi imkânı, kural olarak hak niteliğinde olup eseri tevdi etme yükümlülüğünden bahsedilemez⁷⁴⁷. Bununla birlikte, Alman hukukunda BGB §432’de açıkça düzenlenmiş olan ve bölünemez edimin birden çok alacaklıya (müteselsil alacaklılık olmaması kaydıyla) borçlanıldığı ve alacaklılardan birinin kabule yanaşmadığı durumlarda, diğer alacaklıların borçludan tevdiyi talep edebileceklerini düzenleyen hükmün, Türk-İsviçre hukuku bakımından da uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir⁷⁴⁸. Aşağıda sırasıyla tevдинin şartları, hukuki sonuçları ve geri alınması incelenmiştir.

3.1.2.1.2. Tevдинin Şartları

3.1.2.1.2.1. Tevdi Eden ve Edilen Kişi

Tevdi, borçlu veya üçüncü kişi tarafından yerine getirilebilir⁷⁴⁹. Gerçekten de, taşınır eserin tevdi yerine tesliminin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilmesinin bir önemi yoktur. Bu noktada, yüklenicinin itirazına rağmen üçüncü kişinin tevdi imkânına sahip olup olmayacağının değerlendirilmesi gerekir. Doktrinde, borçlunun itirazı durumunda üçüncü kişinin edimi tevdi edemeyeceğine ilişkin görüş⁷⁵⁰ ileri sürülmekteyse de, kanaatimizce TBK m. 83 kapsamında borçlunun iradesine aykırı olarak üçüncü kişi tarafından ifa kabul edilebildiğinden tevдинin de kabul edilmesi gerekir⁷⁵¹. İş sahibinin müteselsil yüklenicilerden birine karşı temerrüde düşmesi halinde de yüklenicilerin her biri tevdiyi yerine getirebilir (TBK m. 106/II). İş sahibinin birden fazla kişiden oluştuğu müteselsil alacaklılık durumlarında

⁷⁴⁶ **Staubert**, N. 224; **Biedermann, Jacob R.**, Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat, Aarau 1944, s. 86; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 82; **Üçer**, s. 178; **Akkanat**, Temerrüt, s. 94; **Eren**, Genel, N. 3201; **Arpacı**, s. 224.

⁷⁴⁷ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 54; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 48; **Staubert**, N. 386; **Gauch**, Werk, N. 91; **Koç**, s. 178; **Eren**, Genel, N. 3198. Aksi yönde, **Üçer**, s. 173 (Yazar, hak fikrinin pratik gerçekliği olmadığını belirtmektedir.). Türk Ticaret Kanunu’nun m. 1174/2 hükmünde ise tevдинin, yükümlülük olarak düzenlendiği görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksoy, Sami**, Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları, İstanbul 2019, s. 209 vd.

⁷⁴⁸ **Biedermann**, s. 74; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 50.

⁷⁴⁹ Bu konuda, doktrinde bir tartışma bulunmamaktadır. **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 3; **Koç**, s. 180; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1170; **Akkanat**, Temerrüt, s. 85; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 66; **Von Tuhr/Escher**, s. 76 dn. 2; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 55; **Staubert**, N. 266.

⁷⁵⁰ **Biedermann**, s. 86; **Koç**, s. 180.

⁷⁵¹ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 68 N. 2; **Weber**, BK OR, Art. 68 N. 51 ve orada belirtilen yazarlar; **Von Tuhr/Escher**, s. 76 dn. 2.

ise, tevdinin temerrüde düşen işsahibi adına gerçekleştirilmesi gerekir⁷⁵². Birden fazla yüklenicinin birlikte borçlu olduğu durumlarda, işsahibinin yüklenicilerden birine karşı alacaklı temerrüdü, kural olarak diğerlerine tevdi hakkı sağlamaz⁷⁵³. Ancak, işsahibinin, eseri aynı sebeple kabul etmeyeceği veya edemeyeceğinin açık olduğu durumlar bu halden istisna tutulmalıdır.

Tevdinin, hak sahibi olan işsahibi adına gerçekleştirilmesi gerekir. Yüklenici ile tevdi yeri arasında akdedilen tevdi sözleşmesi, tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğindedir⁷⁵⁴. Bu sözleşme ile işsahibine, eseri tevdi yerinden talep etme hakkının da sağlanması gerekir. İşsahibinin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda ise, adına tevdi edilen kişi olarak tüm işsahipleri esas alınmalıdır.

3.1.2.1.2.2. Tevdi Konusu

Tevdinin konusunu, yüklenicinin işsahibine ifa etmek zorunda olduğu eser oluşturur. Sadece verme borçları bakımından mümkün olan tevdi, meydana getirme ve teslimin aynı anda gerçekleştiği haller ile işsahibinin hâkimiyetinde yer alan eserler bakımından mümkün değildir. Buna ek olarak, kanun koyucu da eser olarak nitelendirilebilecek her edimin tevdi edilmesine müsaade etmemiştir. Bu durum, TBK m. 108'in zıt anlamından çıkartılabilir⁷⁵⁵. Hükme göre, tevdi için, eserin tevdiye uygun olması veya bozulabilir nitelikte olmaması ya da tevdi edilmesinin önemli giderlere yol açmaması gerekir. Başka bir deyişle, yüklenici, satma hakkını kullanmasını gerektiren hallerde tevdi yoluna başvuramaz. Buna karşılık, doktrinde bir görüşe göre, TBK m. 108'de, satış hakkının kullanılabileceği haller düzenlenmiş olup tevdinin konusu bakımından herhangi bir sınırlama getirmemiştir. Gerçekten de, bu görüşe göre satma hakkına ilişkin şartların söz konusu olduğu hallerde de, borçlunun tevdi yoluna başvurma imkânı vardır⁷⁵⁶. Bu görüş, alacaklı temerrüdünde söz konusu hakların borçlunun borcundan kurtulmasına yönelik olduğundan hareket etmekte ve tevdi hakkının sınırlama olmaksızın taşınırın tamamı için uygun olduğu sonucuna ulaşmaktadır⁷⁵⁷. Kanaatimizce, kanun koyucu, satma hakkına ilişkin şartları belirterek, hangi hallerde borçlunun tevdiye başvuramayacağını düzenlemiş olup bu anlamda tevdiyi borçlu bakımından başvurabilecek

⁷⁵² Weber, BK OR, Art. 92 N. 68; Biedermann, s. 83.

⁷⁵³ Koç, s. 179; Akkanat, Temerrüt, s. 84.

⁷⁵⁴ Bu konudaki açıklamalar için bkz. 3.1.2.1.3.1.

⁷⁵⁵ Weber, BK OR, Art. 92 N. 71; Schraner, ZK OR, Art. 92 N. 59; Von Tuhr/Escher, s. 77.

⁷⁵⁶ Stauber, N. 236; Koller, OR AT, N. 56. 63 (Yazar, bu duruma ilişkin olarak borçlunun teslim etmesi gereken uçak örneğini vermekte ve saklanması oldukça masraf gerektiren uçağın yine de tevdi edilebileceğini belirtmektedir. Yazar, bozulabilir ürünleri bu durumun istisnası olarak kabul etmekte ve bu tip hallerde borçlunun satmayı borçlandığını belirtmektedir. Bkz. a.g.e., N. 56. 58.).

⁷⁵⁷ Stauber, N. 240, 241 (Yazar, tevdi hakkının istisnai olarak, edimin tevdiye uygun olmaması nedeniyle değil ancak tevdi edilebilir şeyin değerlendirilmesinin bir borç olduğu hallerde ortadan kalkacağını belirtmektedir.).

ilk yol olarak belirlemiştir⁷⁵⁸. Dolayısıyla, yüklenici, eserden kurtulmak isterse, aynı anda hem tevdi hem de satış hakkının bulunduğu kabul edilmemelidir. Yüklenici, tevdiye uygun eserlerde tevdi, satma hakkını kullanabileceği durumlarda ise satma hakkına sahiptir. Bu haklardan –borç olduğu haller istisna tutulmak üzere⁷⁵⁹ - hiçbirine başvurmaksızın eseri kendi hâkimiyeti altında bulundurması da mümkündür.

Kanun koyucu, TBK m. 108 hükmü ile sözleşme konusunun, şeyin niteliği ve işin özelliği gereği tevdiye uygun düşmemesi ifadesine yer vermiştir. Ayrıca, tevdiye uygunluk için eserin taşınır eşya niteliğinde olması da gerekir. Nitekim saklama sözleşmesinin konusunu da yalnız taşınır eşyalar oluşturur. Doktrindeki baskın görüşe göre, taşınmazların tevdi edilmesi mümkün değildir⁷⁶⁰. Bununla birlikte, taşınmaz eserler bakımından yükleniciye herhangi bir borçtan kurtulma imkânının sağlanmamış olması da adaletsiz bir durum oluşturmaktadır. Her ne kadar iş sahibinin temerrüdüyle, bedel hasarı iş sahibine geçse de borcundan kurtulamayan yüklenicinin sözleşme konusuna ilişkin özen ve koruma yükümlülüğü devam eder. Bu sebeple, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Bir görüş⁷⁶¹ borçluya herhangi bir kurtuluş imkânı tanımazken, ikinci bir görüş⁷⁶², TBK m. 108 kapsamında borçlunun satma hakkını kullanabileceğini, üçüncü bir görüş⁷⁶³, TBK m. 110'un kıyasen uygulanması ile sözleşmeden dönmenin mümkün olduğunu, dördüncü bir görüş⁷⁶⁴ ise, taşınmazlarda mümkünse anahtar veya şifre gibi zilyetliği temsil eden araçların tevdi edilmesi ile teslimin gerçekleşebileceğini ileri sürmektedir. Son bir görüş ise, Alman hukukunda, BGB §303'te alacaklıya önceden bildirmek koşuluyla, taşınmazın terki ile zilyetliğinin borçlu tarafından sonlandırılabilirliğini düzenleyen hükmün, İsviçre hukukunda bu yöndeki boşluğun doldurulmasında kullanılabileceğini belirtmektedir⁷⁶⁵. Eser sözleşmesinde teslim ilişkine ilişkin benimsediğimiz görüşe göre, iş sahibinin hâkimiyetinde yer alan taşınmazlarla ilgili yüklenicinin borcundan kurtulmasını gerektiren bir durum oluşmamaktadır. Zira eser, sözleşmeye uygunsa iş sahibinin ifa olarak kabulden kaçınmasıyla ortaya çıkan alacaklı temerrüdüyle teslim bağlanan hukuki sonuçlar meydana gelir. Buna karşılık eser sözleşmeye uygun değilse, iş sahibinin alacaklı temerrüdünden

⁷⁵⁸ **Biedermann**, s. 90 (Yazar, kanun koyucunun, borçluya, tevдинin mümkün veya amaca uygun olmadığı hallerde, satma veya dönme yoluyla ikame sağladığını belirtmektedir.).

⁷⁵⁹ Kimi hallerde, yüklenici bakımından satma borcu söz konusudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. 3.1.2.2.1.

⁷⁶⁰ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 78; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 65.

⁷⁶¹ **Von Tuhr/Escher**, s. 77 dn. 7; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 65; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 78, 79.

⁷⁶² **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2454; **Mercier**, CHK OR, Art. 93 N. 4; **Gross**, KuKo OR, Art. 93 N. 3; **Keller/Schöbi**, s. 290.

⁷⁶³ BGE 111 II 156 E. 2; **Antalya**, N. 916; **Ardıç**, s. 254.

⁷⁶⁴ **Feyzioğlu**, s. 131; **Koç**, s. 183-184; **Oğuzman/Öz**, N. 1167 Özellikle dn. 407; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 844 dn. 19; **Stauber**, N. 696. Aksi yönde, **Bernet**, BSK OR, Art. 92 N. 2; **İnal**, s. 422; **Tekben**, s. 2606.

⁷⁶⁵ **Koller**, OR AT, N. 56.129; **Von Büren**, s. 419.

bahsedilemeyeceği için yüklenicinin sorumluluğunun devam etmesi gerekir. Yüklenicinin mülkiyetinde bulunan taşınmazlar bakımından ise, kanaatimizce satma hakkının kullanılabilmesi mümkündür⁷⁶⁶. Son olarak, üçüncü kişinin arazisinde yer alan taşınmazlarla ilgili olarak ise, üçüncü kişinin de rızasıyla satma hakkı veya yüklenicinin taşınmazı terk ederek zilyetliği sona erdirmesi yolları kabul edilebilir. Dolayısıyla, Alman hukukundaki düzenleme, Türk-İsviçre hukuku için de uygun düştüğü durumlarda uygulanabilmelidir. Ancak, zilyetliğin sona erdirilmesinin yanı sıra yüklenicinin meydana getirdiği eser üzerinde hâkimiyet kurmayı sağlayan anahtar vb. araçları da tevdi etmesi gerekir (TMK m. 977). Her iki şartın birlikte gerçekleşmesi durumunda, yüklenicinin borcundan kurtulduğu kabul edilmelidir⁷⁶⁷.

3.1.2.1.2.3. Tevdi Yeri ve Zamanı

Tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ifa modalitelerinin tamamını içermesi gereken tevdi yerinin, ifa yerindeki hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Nitekim bu durum, TBK m. 107/II'de “*ifa yerindeki hâkim*” ifadesiyle vurgulanmıştır⁷⁶⁸. Buna göre, tevdi mahallinin belirlenmesi talebi, HMK m. 382/II/d/3 gereği çekişmesiz yargı işi olup sulh hukuk mahkemesinin görev alanındadır. Yetki bakımından ise, talepte bulunan veya ilgilinin yerleşim yerindeki mahkemeye (HMK m. 384) değil, ifa yerindeki hâkime başvurulmalıdır⁷⁶⁹. Böylece, eserin bulunduğu yerde ifanın gerçekleşeceği durumlarda, hem davacı hem de davalının yerleşim yeri olmayan bir sulh hukuk mahkemesinin yetkili olması mümkündür. Gönderilecek borçlar bakımından ise, edimin gönderilme yeri veya edimin bulunduğu yer, ifa yeri olduğundan iş sahibinin eseri kabul etmemesi durumunda, tevdi yerinin, yüklenicinin eseri gönderdiği yerdeki hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Ancak, bu durum yüklenici tarafından eserin tekrar gönderilme yerine getirilmesi masrafını ve iş sahibinin istemediği bir yerden eseri teslim almasını gerektireceği için, her iki tarafın da menfaatine uygun düşmez.

⁷⁶⁶ Eserin iş sahibine ait olduğu durumlarda da, satma hakkının kullanılabilmesi yönünde bkz. **Gauch**, Werk, N. 91; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 25; **Von Tuhr/Escher**, s. 82; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 26. Alacaklının yanı sıra üçüncü kişiye ait şeylerin de satılabileceği hususunda, **Staubert**, N. 429. Satma hakkının kullanılamayacağı hususunda, **Koller**, OR AT, N. 56.79.

⁷⁶⁷ Görüş için bkz. **Staubert**, N. 696. Krş. **Ernst**, MüKo BGB, §303, Rn. 4. Kısmen aynı yönde, **Oğuzman/Öz**, I, N. 117 dn. 407 (Yazarlar, kiracının kiraladığı taşınmazı iade edecek olduğunda, malı terk edip fer'i zilyetliği sona erdirdiğini bildirmesinin yeterli olduğunu belirtmektedir.).

⁷⁶⁸ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yalnız hâkim ifadesi yer almakta olup ifa yerindeki hâkim ifadesi Türk Borçlar Kanunu'na özgüdür. İsviçre doktrininde de hükmün Türk Borçlar Kanunu'ndaki gibi anlaşılması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 14; **Koller**, OR AT, N. 56. 75; **Staubert**, N. 293. ZPO Art. 19'da düzenlenen ve çekişmesiz yargı bakımından talepte bulunan kişinin bulunduğu yer veya yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kuralının uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 91; **Mercier**, CHK OR, Art. 92 N. 19. Ayrıca, Alman hukukunda BGB §374'te, tevдинin ifa yerinde gerçekleşeceği düzenlenmiştir.

⁷⁶⁹ Nitekim çekişmesiz yargı işlerinde yetkinin belirlendiği HMK m. 384 hükmünde, “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça...*” ifadesine yer verilmiştir. TBK m. 107/II bu anlamda aksine hükme örnektir.

Bu sebeple, iş sahibinin yerleşim yerindeki veya eserin bulunduğu yerdeki hâkim tarafından tevdi yerinin belirlenmesi gerekir⁷⁷⁰.

Tevdi yerine ilişkin ikinci şart ise, eserin nereye tevdi edileceğine hâkim tarafından karar verilmesi gerektiğidir⁷⁷¹. Buna göre, hâkimin takdirine göre belirlenecek olan tevdi yerinin bir kamu makamı olması şart değildir⁷⁷². Hâkim, eserin, özelliklerine göre, depo, mahkeme kasası veya güvenilir üçüncü kişiye tevdi edilmesine karar verebilir⁷⁷³. Bu noktada, eserin özelliklerine uygun bir tevdi yerinin ifa yerinde bulunmaması halinde, tarafların menfaatine mümkün olduğunca en az aykırı olacak başka bir yerde bulunan tevdi yerine karar verilmesi gerekir⁷⁷⁴.

Yüklenicinin eseri tevdi hakkını kullanabilmesi için, tevдинin zaman bakımından da ifaya uygun olması gerekir. Yüklenicinin erken ifada bulunma hakkının olduğu durumlarda, iş sahibinin teslimden kaçınması yine alacaklı temerrüdüne yol açacağından yüklenici, böylece erken tevdi yoluna da başvurabilir⁷⁷⁵. Yüklenici, temerrütten belirli bir zaman geçtikten sonra da tevdi hakkını kullanabileceğinden, tevдинin zaman bakımından ifaya uygun şekilde ve tevdi şartlarının gerçekleştiği andan temerrüdün sona erdiği ana kadar yerine getirilebilmesi mümkündür.

3.1.2.1.2.4. Hâkimin Kararı

Yüklenicinin, tevdiyle borcundan kurtulabilmesi için gerekli şartlardan biri de TBK m. 107/II gereği hâkimin kararıdır. Tevdi yerini, ifa yerindeki hâkimin belirleyeceğinin düzenlendiği hükümden, tevdi için şartların değerlendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılamamaktadır⁷⁷⁶. Başka bir deyişle, iş sahibinin temerrüde düşüp düşmediği incelenmeden, eserin niteliğine göre tevdi yeri belirlenir. Bu şekilde, tevdi yerine yetkisiz hâkim tarafından karar verilmesi veya temerrüdün oluşmamış olması ya da tevdi konusunun gereği gibi olmaması durumunda, yüklenici, tevdiye rağmen borçlu kalmaya devam eder. Tevdide yerin belirlenmesi için hâkim kararı bir şart olarak aranmaktadır. Bu şart, tevdi ile yüklenicinin borçtan kurtulması bakımından yerine getirilmesi gereken bir şarttır. Buna ek

⁷⁷⁰ Gönderilen yerde tevдинin gerçekleşmesi gerektiği hususunda, **Koller**, OR AT, N. 56.70; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 14; **Biedermann**, s. 104; **Stauber**, N. 269. Bu husustaki tartışmalar için bkz. **Ulrich**, Beck OGK BGB, §374 Rn. 13.1.

⁷⁷¹ Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu m. 92/2'de yer alan “*Den Ort der Hinterlegung*” ifadesiyle, tevдинin gerçekleşeceği yerin (depo vb.- *Hinterlegungsstelle*) kastedildiği belirtilmektedir. Bkz. **Koller**, OR AT, N. 56. 69.

⁷⁷² Alman hukukunda ise, kamu makamı olması bir şart olarak aranmaktadır. Bkz. BGB §372.

⁷⁷³ **Von Tuhr/Escher**, s. 77; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 95; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 77. Hâkimin sözleşmede düzenleme yoksa TBK m. 89 çerçevesinde tevdi yerini belirleyeceği hususunda bkz. **Antalya**, N. 920.

⁷⁷⁴ **Stauber**, N. 270.

⁷⁷⁵ Aynı yönde, **Akkanat**, Temerrüt, s. 92. Aksi yönde, **Kılıçoğlu**, s. 692.

⁷⁷⁶ **Koller**, OR AT, §56 N. 73; **Von Tuhr/Escher**, s. 77 dn. 12; **Koç**, s. 187; **Stauber**, N. 297. Yalnız açıkça uygunsuzluğun bulunduğu hallerin dikkate alınması gerektiği hususunda, **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 100.

olarak, doktrinde, borçlunun tevdiyi alacaklıya bildirmesi gerektiği de kabul edilmektedir⁷⁷⁷. Ancak bu bildirim, borçtan kurtulma bakımından bir şart olmayıp, kanaatimizce yüklenicinin genel bildirim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilebilir. Bu sebeple, bildirim yapmadan tevдинin gerçekleşmiş olduğu hallerde, borcundan kurtulan yüklenicinin tazminat sorumluluğu ortaya çıkabilir⁷⁷⁸.

Tevдинin, hâkim kararı olmaksızın gerçekleşmesi de mümkündür. TBK m. 107/II gereği ticari malların tevdi edilmesinde, yüklenici, hâkim kararı olmaksızın eseri ardiyeye tevdi edebilir⁷⁷⁹. Ancak, bu düzenleme yüklenicinin, hâkime başvurmasını engellemez ve yüklenici özellikle eserin ticari mal kategorisinde yer alıp almadığını bilmeme rizikosunu böylece üzerinden atmış olur⁷⁸⁰. Yüklenicinin tevdiyi gerçekleştireceği ardiyenin ifa yerinde bulunması şart olup ifa yerinde böyle bir yer yoksa, ifa yerindeki hâkimden ardiyenin tespitinin talep edilmesi gerekir. Hükümde belirtilen ticari mallar ifadesiyle, ticari ilişkilerin konusu olabilen taşınır mallar kastedilmektedir⁷⁸¹. Eserin tevdi edileceği ardiyenin ise, eserin saklanmasına uygun özelliklere ve donanıma sahip olması gerekmektedir. Ardiyenin seçiminden de yüklenici sorumludur.

Yüklenicinin hâkim kararı olmaksızın eseri tevdi edebileceği hallerden bir diğeri de tarafların tevdi yeri hususunda anlaşma yaptıkları hallerdir. Gerçekten de, TBK m. 107 hükmünün düzenleyici hukuk kuralı olması sebebiyle tarafların bu konuda anlaşma yapmaları mümkün olup hâkim kararı olmadan tevdi mümkündür⁷⁸².

3.1.2.1.3. Tevдинin Hukuki Sonuçları

3.1.2.1.3.1. Yüklenici ve Tevdi Yeri Bakımından

Yüklenicinin eseri tevdi etmesiyle, yüklenici ile tevdi yeri arasında tam üçüncü kişi yararına sözleşme kurulur⁷⁸³. Bu sözleşmeyle iş sahibine tevdi yerinden eserin teslimini isteme

⁷⁷⁷ **Von Tuhr/Escher**, s. 78; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 102; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1169; **Antalya**, N. 909; **Akkanat**, Temerrüt, s. 96. Borçtan kurtulma için şart olduğu hususunda bkz. **Bucher**, OR AT, s. 323 dn. 19. Alacaklının temerrütte olduğunu bildiği durumlarda böyle bir bildirime gerek bulunmadığı hususunda bkz. **Staubert**, N. 285.

⁷⁷⁸ **Koller**, OR AT, N.56.68; **Koç**, s. 185; **Üçer**, s. 181; **Von Tuhr/Escher**, s. 78; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 4; **Biedermann**, s. 135; **Bernet**, BSK OR, Art. 92 N. 3; **Ardıç**, s. 249.

⁷⁷⁹ Ardiyecilik sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Erdoğan, İhsan**, Ardiye Sözleşmesi, Konya 1990.

⁷⁸⁰ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 109; **Staubert**, N. 274; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 78; **Biedermann**, s. 115.

⁷⁸¹ **Eren**, Genel, N. 3203; **Koç**, s. 189; **Erdoğan**, s. 25; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 109; **Staubert**, N. 275 (Yazar, ardiyeye uygun olan tüm malların bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. a.g.e., N. 277); **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 79; **Biedermann**, s. 113; **Koller**, OR AT, N. 56.68; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 2.

⁷⁸² **Koç**, s. 191; **Biedermann**, s. 113.

⁷⁸³ **Biedermann**, s. 186; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 104; **Staubert**, N. 312 (Yazar, borçlunun malı ardiyeye tevdi ettiği durumlarda, borçlu ile tevdi yeri arasında bir depolama sözleşmesine yol açmayacağını ve TBK m. 572/II gibi alacaklı temerrüdüne uygun olmayan durumların doğmayacağını belirtmektedir. **a.g.e.**, N. 303);

hakkı tanınır. Bu hakkın bulunmadığı durumlarda, yüklenicinin tevdiyle borcundan kurtulması mümkün değildir. Yüklenici ve tevdi yeri arasında kurulan sözleşmeye, saklama sözleşmesine ilişkin hükümler (TBK m. 561 vd.) tevдинin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanır⁷⁸⁴. Yüklenici ve tevdi yeri arasında akdedilen bu sözleşme, yüklenici ve iş sahibi arasındaki eser sözleşmesinden bağımsız olup eser sözleşmesinin geçersizliği saklama sözleşmesini etkilemez⁷⁸⁵.

3.1.2.1.3.2. İş Sahibi ve Tevdi Yeri Bakımından

Tevdi yeri ile yüklenici arasında akdedilen sözleşmenin tarafı olmayan iş sahibinin, tam üçüncü kişi yararına sözleşme sebebiyle, tevdi yerine karşı eserin teslimine ilişkin talep hakkı vardır. Tevdi yeri, kural olarak sözleşmenin ifa edileceği yerde olmakla birlikte, farklı bir yerde tevdiye karar verilen hallerde, iş sahibinin eseri tevdi yerinden teslim alması gerekir. Yüklenici ile tevdi yeri, yüklenicinin bedel alacağını ve tevdi için gerekli masrafların ödenmesi halinde eserin iş sahibine teslim edileceği hususunda anlaşabilirler⁷⁸⁶. Böyle bir anlaşma yapılmaksızın, eser iş sahibine teslim edildiği takdirde, tevdi yerine karşı hem iş sahibi hem de yüklenici müteselsilen sorumludur⁷⁸⁷.

Eser sözleşmesi bakımından kural olarak kabule zorlanamayan iş sahibinin, tevdi edilen eseri kabul etmek (teslim almak) zorunda olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Başka bir deyişle, eseri teslim almak istemeyen iş sahibine karşı tevdi yerini işleten kişinin herhangi bir talebinin olup olamayacağı sorusu cevaplanmalıdır. İş sahibinin tevdi yerine karşı tevdi konusunu talep hakkı, üçüncü kişi yararına sözleşme ilişkisinden kaynaklandığından bu sorunun söz konusu ilişki çerçevesinde cevaplanması gerekir. Tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, yararlanan üçüncü kişinin, bozucu yenilik doğuran nitelikte ret hakkı

Schraner, ZK OR, Art. 92 N. 89; **Koç**, s. 206; **Üçer**, s. 202. Borçlunun geri alma hakkı bulunduğundan tam üçüncü kişi yararına sözleşme olmadığı yönünde, **Bucher**, OR AT, s. 322.

⁷⁸⁴ **Staubert**, N. 322; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 89; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 104. Örneğin, TBK m. 565/II'te yer alan ve saklayanın, saklama konusunu geri verme hakkı tevdi bakımından kabul edilemez.

⁷⁸⁵ **Staubert**, N. 324; **Weber**, BK OR, Art. 112 N. 137; **Biedermann**, s. 212.

⁷⁸⁶ **Koç**, s. 207; **Von Tuhr/Escher**, s. 79; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 135; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 96. Masrafların ödenmesi şartına, hapis hakkı çerçevesinde başvurulabileceği ancak karşı edimin ödenmesi şartına bağlanamayacağı yönünde, **Staubert**, N. 315, 317.

Alacaklının edim konusu üzerinde hak sahibi olmasının bir şarta bağlı olduğu durumlarda, borçtan kurtulmanın tevdiyle değil, şartın gerçekleştiği anda ortaya çıkacağı hususunda bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 79 dn. 26; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 118; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 93. Kanaatimizce, yüklenicinin geçici olarak borcundan kurtulması şartın gerçekleşmesiyle değil, tevdiyle gerçekleşir. Aksi halde, yüklenicinin geri alma hakkından vazgeçmiş olmasına rağmen, eserin iş sahibine tesliminin masrafların ödenmesine bağlı olduğu bir halde borcundan kurtulmadığı sonucuna ulaşılır.

⁷⁸⁷ Yüklenici ve iş sahibi arasında eBK döneminde eksik teselsülün bulunduğu yönünde bkz. **Koç**, s. 207; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 94 N. 1.

bulunmaktadır⁷⁸⁸. Kural olarak bu ret hakkının kullanılması ile işsahibinin tevdi yerine karşı alacak hakkı son bulur. Ancak, bu noktada, ret hakkı ile tevdi yerinin ifa teklifinin reddedilmesi arasındaki ayrıma dikkat etmek gerekir⁷⁸⁹. Başka bir deyişle, işsahibinin, tevdi yerine karşı sahip olduğu haktan mı yoksa eseri teslim almaktan mı vazgeçtiği belirlenmelidir. Bununla birlikte, doktrinde bir görüşe göre, tevdiden kaynaklanan hal, istisnai bir durum oluşturur ve işsahibinin tevdi yerine karşı sahip olduğu hak sayesinde, yüklenicinin borcu sona erer. Kanun tarafından öngörülmüş olan bu durumu, işsahibinin tek taraflı olarak sona erdirmesine müsaade edilemeyeceğinden, işsahibinin böyle bir ret hakkının bulunmadığı ileri sürülmektedir⁷⁹⁰. Kanaatimizce, bu görüş eser sözleşmesi bakımından kabul edilmemelidir. Aksi takdirde, işsahibinin kural olarak zorlanamayacağı bir duruma tevdi yolu üzerinden ulaşılmış olur. Böyle bir durumda, işsahibinin, tevdinin ve tevdi yerinin masraflarını karşıladığı ve yükleniciye, karşı edimi sağladığı sürece kural olarak tevdi konusunu almaya zorlanması düşünülemez. Bu sebeple, tevdi durumunda da işsahibinin edimi ret hakkı kabul edilmelidir. Tevdi konusunun tevdi yerinde kalması sebebiyle doğacak masrafların ise, her şekilde işsahibi tarafından karşılanması gerekir⁷⁹¹. Ayrıca, işsahibi tarafından tevdi konusunun reddedilmesi halinde, TBK m. 108 kapsamında değerlendirilerek açık artırma yoluyla satışı da kabul edilmelidir.

İşsahibi ve tevdi yeri bakımından değerlendirilmesi gereken bir diğer durum da işsahibinin, eseri teslim alırken çekince ileri sürüp süremeyeceği hususudur. Zira eserin gereği gibi olup olmadığı hâkim tarafından incelenmeden tevdi yeri tespit edildiğinden, ayıplı veya eksik eserin tevdisi söz konusu olabilir. İşsahibinin böyle bir eseri tevdi yerinde kontrol ederek gereği gibi olmadığı iddiasıyla teslim almaktan kaçınması mümkündür. Hali hazırda sözleşmeye uygun olmayan eserin tevdisiyle borcundan kurtulamayan yüklenicinin tevdi masraflarına katlanması gerekir. Buna karşılık, işsahibinin, eserin gereği gibi olup olmadığına bakmaksızın eseri teslim aldığı hallerdeyse, ifa olarak kabul lehine karine söz konusudur. Ancak, somut olayın özelliklerine göre ifa olarak kabul durumu değerlendirilmelidir. Nitekim tevdi yerinden eseri alan işsahibinin, çekince ileri sürüp sürmediğine bakılmaksızın,

⁷⁸⁸ **Kocabaş, Gediz**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, MÜHF-HAD Özel Sayı Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, Y. 2016, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1808; **Krauskopf, Patrick**, Der Vertrag zugunsten Dritter, Freiburg 2000, N. 1169.

⁷⁸⁹ **Çilenti Konuralp, Ayşen**, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020, s. 167, 271.

⁷⁹⁰ **Biedermann**, s. 189; **Staubert**, N. 327, 345 vd.

⁷⁹¹ Yüklenici, işsahibi ile birlikte tevdi yerine karşı müteselsilen sorumlu olduğundan, tevdi yeri, masrafları yükleniciden tahsil edebilir. Bu durumda, yüklenici, işsahibine bu masrafların ödenmesi için TBK m. 107 kapsamında başvurabilir.

iradesinden bahsedilemez⁷⁹². Ancak, tevdi yeri olarak yüklenicinin belirlendiği durumlarda çekince önem arz eder.

3.1.2.1.3.3. Yüklenici ve İşsahibi Bakımından

Eserin tevdi edilmesiyle yüklenici, eseri teslim borcundan geçici surette kurtulur. Gerçekten, TBK m. 109 gereği, yüklenicinin eseri geri alma hakkı bulundukça, borçtan kurtulma geçici nitelikte olup işsahibinin tevdi yerine karşı talebi bozucu koşula (yüklenicinin geri alma hakkına) bağlıdır ve taraflar arasında askı durumu (*Schwebezustand*) oluşur⁷⁹³. Yüklenicinin, geri alma hakkını kullanmasıyla tevдинin hukuki sonuçları ortadan kalkar ve işsahibinin tevdi yerine karşı talep hakkı sona erer. Tevdiyle birlikte, geçici nitelikte olsa da yüklenici asli borcu olan eseri teslim borcundan kurtulur, fer'i haklar sona erer ve yüklenici varsa rehinlerle ilgili olarak taşınırlarda iadeyi taşınmazlarda terkinin talep edebilir. Tevдинin uygun olmaması (ifa yerinde tevдинin gerçekleşmemesi, hâkim kararı bulunmaması vb.) halinde, yüklenicinin, işsahibine karşı borcu sona ermez⁷⁹⁴. Ancak, bu halde de işsahibinin, tevdi yerine karşı eserin teslimine yönelik talep hakkı vardır ve bu hakkını kullandığı takdirde tevdiye ilişkin aksaklıklar ortadan kalkar⁷⁹⁵. Başka bir deyişle, işsahibinin tevdi edilen eseri teslim almasıyla tevdi geçerli hale gelir. Böylece, yüklenici, eseri tevdi ettiği andan itibaren işsahibine karşı teslim borcundan kurtulmuş olur. Tevdi konusunun, tarafların kararlaştırdıkları özelliklere uygun olmadığı durumlarda da yüklenicinin yine tevdiyle borcundan kurtulamadığı kabul edilmelidir. Nitekim tevdi konusuna ilişkin TBK m. 107'de her ne kadar “*alacaklının...teslim edeceği şeyi...tevdi ederek borcundan kurtulabilir.*” ifadesine yer verilse de, mehz İsviçre Borçlar Kanunu Art. 92'de borçlanılan eşya anlamında “*geschuldete Sache*” ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla, borçlu yalnız borçlandığı şeyi tevdi ettiğinde borcundan kurtulabilir. Eserin ayıplı olması esasen teslime engel olmasa da tevdi

⁷⁹² **Yılmaz**, s. 263 özellikle ilgili Yargıtay Hukuk Genel Kurul kararı için dn. 705. Buna karşılık, Yargıtay, bir kararında, tevdi yerinden kira alacağını alan kiraya verenin çekince belirtmeksizin parayı kabul etmesi sebebiyle önceki kira aylıklarının da ödendiği sonucuna ulaşılacağına hükmetmiştir. (Bkz. 4 HD. T. 2.10.1961, E. 960-1258 K. 8299. Adalet Dergisi, Y. 53, 1963, S. 1-2, s. 196-197.).

⁷⁹³ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 116; **Koç**, s. 219; **Biedermann**, s. 220; **Von Tuhr/Escher**, s. 79 dn. 27; **Staubert**, N. 330; **Koller**, OR AT, N. 56. 88. Farazi ifa sonucunun (*fingierte Erfüllungswirkung*) olduğu yönünde, **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 98; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 7; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1171; **Eren**, Genel, N. 3204; **Akkanat**, Temerrüt, s. 101-102; **Akinci**, Temerrüt, s.110; **Üçer**, s. 197. Doktrinde, haklı olarak, tevдинin farazi ifa olmayıp, fiili nitelikte ve borçluyu borcundan kurtaran, Kanun'un alacaklıya değil tevdi yerine ifanın gerçekleştirilmesini sağlayan bir hakka dayalı ifa ikamesi olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 117; **Staubert**, N. 331.

⁷⁹⁴ **Von Tuhr/Escher**, s. 78; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 2; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 117; **Biedermann** s. 113.

⁷⁹⁵ **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 118; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 140; **Koller**, OR AT, N. 56.87; **Biedermann**, s. 113; **Von Tuhr/Escher**, s. 77.

edilmesi halinde yüklenicinin borcundan kurtulduğu kabul edilemez⁷⁹⁶. Eserdeki ayıp veya eksikliğin önemsiz olduğu veya eserin tesliminin reddedilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağı durumlarda, tabii olarak tevdi de geçerlidir. Bunlara ek olarak eserin sözleşmeye aykırı olduğu durumlarda, iş sahibinin, eseri, ifa olarak açıkça kabul etmesi veya bu anlama gelen davranışlarıyla yükleniciyi borcundan kurtarması ve tevdi giderlerine de katlanması gerektiği unutulmamalıdır.

Eserin tevdisi, ifa ikamesi niteliğinde olmakla birlikte, yüklenicinin eseri iş sahibine teslim etmesiyle birebir örtüşmez⁷⁹⁷. Başka bir deyişle, eserin tevdi edilmesiyle, iş sahibine tesliminin, tamamen aynı sonuçlara yol açtığı kabul edilemez. Bu noktada, teslimle birlikte başlayan muayene ve ihbar süreleri ile ayıba ilişkin zamanaşımının hangi andan itibaren başladığının belirlenmesi gerekir. Doktrinde tartışmalı olan bu hususta, bir görüş⁷⁹⁸ tevdi ile birlikte sürenin başlaması gerektiğini belirtirken, bir başka görüş⁷⁹⁹, tevдинin iş sahibine ihbar edilmesiyle sürelerin başlayacağını ileri sürmekte, bir diğer görüş⁸⁰⁰, iş sahibinin tevdiyi öğrenmiş olması şartını aramaktadır. Dördüncü bir görüş⁸⁰¹ ise, somut olayın özelliklerine göre hareket edilmesini ancak alacaklı temerrüdünün, alacaklının ayıp haklarını etkilememesi gerektiğini ve iş sahibinin eseri fiilen kontrol edebileceği andan itibaren sürenin başlaması fikrini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, iş sahibinin temerrüde düşmüş olması ayıpla ilgili hak ve külfetlerini etkilememelidir. Zira külfetini yerine getirmeyen iş sahibi her ne kadar tevdiye sebep olmuşsa da, eserin ayıplı olmasında da yüklenicinin borca aykırı davranışı söz konusudur. Dolayısıyla, yalnız tevdi ile sürelerin başladığı kabul edilmemelidir. Somut olayın özellikleri de dikkate alınmalı ve yükleniciye tevdiden önce ayrıca bir ihbar yükümlülüğü de getirilmeksizin, iş sahibinin tevдинin gerçekleştiğini öğrendiği andan itibaren sürenin başladığı kabul edilmelidir. Böylece, yüklenicinin ayıplı eser tevdi ederek, iş sahibini kısa süreli muayene ve ihbar külfetinden yoksun bırakması önleneyeceği gibi, tevdiden haberdar olan ve böylece eseri muayene edebilecek veya ettirebilecek durumda olan iş sahibinin de gereğinden fazla korunmasının önüne geçilebilir. Aynı durum, zamanaşımının başlangıcı açısından da

⁷⁹⁶ Aynı yönde, **Antalya**, N. 926. Alman hukukunda ise, alacaklının ayıptan doğan haklara sahip olacağı belirtilmektedir. **Fetzer**, MüKo BGB, §378, Rn. 10.

⁷⁹⁷ **Akkanat**, Temerrüt, s. 103. Örneğin, eserin çekincesiz teslim alınması sonucu ispat yükünün iş sahibine geçmesi, tevdi edilmeye gerçekleşmez. Bkz. **Stauber**, N. 339.

⁷⁹⁸ *Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs*, 1964, 15 vd. (**Weber**, BK OR, Art. 92 N. 124'ten naklen); **Antalya**, N. 923.

⁷⁹⁹ **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 104; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 760. İş sahibinin ceza koşulunu saklı tutma hakkını tevdi kendisine bildirilene kadar kullanabileceği hususunda bkz. **Kocaağa**, Ceza Koşulu, s. 298.

⁸⁰⁰ **Schulin**, s. 87; **Stauber**, N. 336.

⁸⁰¹ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 124; **Bernet**, BSK OR, Art. 92 N. 9.

geçerli kabul edilmelidir⁸⁰². Eserin tevdi edilmesinden sonra oluşan ayıplardan ise, tabii olarak yüklenici sorumlu değildir⁸⁰³.

Tevdiyle ortaya çıkan sonuçlardan bir diğeri de, zamanaşımının kesilmesidir. Eserin tevdi edilmesi, borcun ikrarı niteliğinde olduğundan tevдинin gerçekleştiği andan itibaren, iş sahibinin alacağına ilişkin zamanaşımı kesilir⁸⁰⁴. Yüklenici, daha sonra TBK m. 109 kapsamında tevdiyi geri aldığı anda dahi bu sonuç ortadan kalkmaz. Tevдинin sonuçlarından bir diğeri de, borçlunun takas hakkını kullanabilmesinin ortadan kalkmasıdır⁸⁰⁵.

Yüklenicinin eseri tevdi etmesinin aynı sonuçları da söz konusudur. Maliki yüklenici olan eserlerin tevdi edilmesiyle, tevdi yeri, dolaysız fer'i zilyet olur. Bu halde, iş sahibinin zilyetliğe yönelik iradesi henüz bulunmadığından, zilyet değildir⁸⁰⁶. Bu durumun bir sonucu olarak, mülkiyetin iş sahibine intikal ettiğinden bahsedilemez⁸⁰⁷. Ancak, iş sahibi, daha sonra açık veya örtülü olarak eseri kabul ederek, zilyetliği havale yoluyla kazanır ve mülkiyet kendisine intikal eder⁸⁰⁸. Mülkiyeti iş sahibine ait eserlerin tevdi edilmesinde ise, tevdiyle birlikte yüklenicinin zilyetliği ortadan kalkar ve tevdi yeri, dolaysız fer'i zilyet olur. Son olarak, mülkiyetin üçüncü bir kişiye ait olduğu hallerde ise, yüklenicinin, eseri tevdi etmesiyle, mülkiyetin iş sahibine ait olduğu durumdaki gibi, tevdi yeri ve iş sahibinin zilyetliğinin yanı sıra üçüncü kişinin de iş sahibiyle olan ilişkisine göre zilyetliği kabul edilmelidir. Yüklenicinin, eserin tevdisiyle birlikte geri alma hakkından da vazgeçtiği hallerde durumun ne olacağının da belirlenmesi gerekir. Zira böyle bir durumda, yüklenici, zilyetliği ve mülkiyeti kaybetmekle birlikte, iş sahibi de zilyetliği ve mülkiyeti kazanamaz. Doktrinde bir görüş, yüklenicinin geri alma hakkından vazgeçmesinin, iş sahibi adına olması ve bağımsız bir kurtulma iradesi bulunmadığından, mülkiyetin terki niteliğinde olmadığını ve yüklenicinin malik kalmaya devam edeceğini ileri sürmektedir⁸⁰⁹.

⁸⁰² İş sahibinin (alacaklının) tevdiyi öğrenmesiyle sürenin başlayacağını kabul eden Stauber, zamanaşımında sürelerin muayene ve ihbar sürelerine nazaran uzunluğu sebebiyle zamanaşımının tevdiyle başlaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Stauber**, N. 338.

⁸⁰³ Bu sonuca, TBK m. 107'de yer alan "*hasar...alacaklıya ait olmak üzere*" ifadesinden ulaşılabilir.

⁸⁰⁴ **Stauber**, N. 343; **Von Tuhr/Escher**, s. 226; **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 30; **Bucher**, OR AT, s. 463; **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 32; **Bernet**, BSK OR, Art. 94 N. 3.

⁸⁰⁵ **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 101; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 122; **Stauber**, N. 342.

⁸⁰⁶ **Stauber**, N. 356.

⁸⁰⁷ **Oğuzman/Öz**, I, N. 1171; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 844; **Akkanat**, Temerrüt, s. 103; **Tekben**, s. 2608. Tevdi ile borçlunun asli zilyetliği kaybettiği yönünde bkz. **Koç**, s. 227.

⁸⁰⁸ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 138; **Von Tuhr/Escher**, s. 79; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 6; **Koç**, s. 229; **Akkanat**, Temerrüt, s. 110.

⁸⁰⁹ Federal Mahkeme'nin görüşü de bu yöndedir, BGE 115 IV 104. **Stauber**, N. 359; **Eren, F.**, Mülkiyet Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 526. Somut menfaat durumuna uygun kendine has mülkiyet hakkına ilişkin bkz. **Biedermann**, s. 233.

3.1.2.1.4. Tevdinin Geri Alınması

Yüklenicinin, tevdiyle borçtan geçici nitelikte kurtulmasının sebebi TBK m. 109'dan doğan bozucu yenilik doğuran geri alma hakkıdır⁸¹⁰. Gerçekten de, borçtan kurtulmanın geri alma hakkının kullanılması bozucu koşuluna bağlı olmasından dolayı hem yüklenicinin borçtan kurtulması hem de iş sahibinin tevdi yerine karşı talebi geçici niteliktedir. Yüklenicinin birden fazla kişiden oluştuğu durumlarda, geri alma hakkını her bir yüklenici kullanabilirken, tevdiyi üçüncü kişinin yerine getirmesi durumunda geri alma hakkı yalnız bu kişiye aittir⁸¹¹.

Geri alma hakkının hukuki dayanağı, borçlu ve tevdi yeri arasında akdedilen TBK m. 564'te düzenlenen saklama sözleşmesidir. Anılan düzenlemede, saklatanın, saklanana her zaman geri isteyebileceğine yer verilmişken, TBK m. 109'da bu hakkın kullanılamayacağı hallerde yer verilmiştir. Bu hallerden ilki, alacaklının (iş sahibinin) tevdi konusunu kabul ettiği durumdur. Hemen belirtelim ki, bu hal düzenlenmese bile tevdi konusunun alacaklı tarafından kabulü halinde geri alma hakkının mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılabilirdi. Zira bu durum, yüklenici ve tevdi yeri arasında akdedilen sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olması sebebiyle, TBK m. 129/II/c.2'de yer alan ifadeden çıkarılabilir. Dolayısıyla, TBK m. 109'da yer alan kabul, kanaatimizce, TBK m. 106'da yer alan kabulden farklı olarak, üçüncü kişi yararına saklama sözleşmesinden doğan talep hakkının alacaklı tarafından kullanılacağını (kabulünü) ifade etmektedir. Bu kabul, tek taraflı varması gerekli bir irade beyanı olup değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir⁸¹². Nitekim doktrinde de, TBK m. 129/II/c. 2'de yer alan "*hakkı kullanmak isteme*" ifadesi ile TBK m. 109'da yer alan "*alacaklı, ... kabul ettiğini açıklamış*" ifadelerinin aynı sonucu düzenlediği ifade edilmektedir⁸¹³. Birden fazla iş sahibinin bulunduğu durumlarda, bunlardan yalnız birinin tevdi konusunu kabul ettiğini açıklaması, geri alma hakkının sona ermesi bakımından yeterlidir⁸¹⁴. İş sahibinin, eseri kabul ettiğine ilişkin iradesini tevdi yerine mi yoksa yükleniciye mi yöneltmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁸¹⁵, borçlunun hukuki durumunu etkilemesi sebebiyle yalnız borçluya yönelmesi yeterliyken, bir diğer

⁸¹⁰ Biedermann, s. 196; Weber, BK OR, Art. 94 N. 10; Von Tuhr/Escher, s. 80; Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 6; Bernet, BSK OR, Art. 94 N. 1. Değiştirici yenilik doğuran hak olduğu yönünde Koç, s. 200; Akkanat, Temerrüt, s. 107.

⁸¹¹ Weber, BK OR, Art. 94 N. 12; Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 8; Stauber, N. 363.

⁸¹² Çilenti Konuralp, s. 145.

⁸¹³ Akkanat, Temerrüt, s. 112 vd. (Alacaklının anılan kabul hakkının tevdi sözleşmesinden kaynaklandığı da belirtilmektedir. Bkz. a.g.e, s. 110). Aksi yönde, Oser/Schönenberger, ZK OR, Art. 96 N. 4.

⁸¹⁴ Weber, BK OR, Art. 94 N. 22; Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 19. Tevdinin alınmasının karşı edimi veya tevdi masraflarını ödemiş olma şartına bağlı olduğu hallerde, kabulün de ancak bunların yerine getirilmesiyle mümkün olabileceği hususunda bkz. Akkanat, Temerrüt, s. 120.

⁸¹⁵ Krauskopf, N. 1117; Koç, s. 193 dn. 99.

görüŖe göre⁸¹⁶, bunun tevdi edilene yöneltilmesi gerekir. Üçüncü bir görüşe göreyse⁸¹⁷, iradenin her iki tarafa da yönelmesi gerekir. Kanaatimizce, TBK m. 129/II’de yer alan “*borçluya bildirdikten sonra*” ifadesi gereği, tevdi yerine yapılmak zorundadır. Doktrinde bir görüş, alacaklının açıkça veya zımnen kabulle eserin mülkiyetini kazandığı haller dışında, eseri kabulden vazgeçmenin mümkün olduğunu ve yüklenicinin eseri geri alma hakkı doğacağını belirtmektedir⁸¹⁸. Kabulden feragata engel bir durum olmadığı gibi, kabul her ne kadar (değiştirici) yenilik doğuran hak niteliğinde olsa da, menfaat ihlali oluşmadığı sürece geri alınması da kabul edilmelidir⁸¹⁹.

Geri alma hakkının kısıtlandığı diğerk bir durum ise, tevdinin bir rehnin ortadan kalkmasına sebep olduğu hallerdir. Düzenleme, yalnız lâfzi yoruma tâbi tutulursa, alacağın rehinle güvence altına alındığı her durumda geri alma hakkının da sona ereceğı fikrine ulaşılabilir. Zira tevdi sonucunda asli hak fer’ileri ile birlikte geçici olarak son bulduğundan, tevdinin geri alınması ihtimali ortadan kalkar. Ancak, doktrinde de belirtildiğı üzere, rehnin sona ermesi ile kastedilen eşya hukuku çerçevesinde hakkın ortadan kalkmasıdır⁸²⁰. Başka bir deyişle, taşınırlarda rehin konusunun geri verilmesi veya teslimine bağılı olmayan rehin ya da taşınmazlarda ise rehnin terkinini gerçekleştikten sonra tevdinin geri alınamayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Dolayısıyla, eserin tevdi edilmesi ve ardından rehnin sona ermesiyle, geri alma hakkı kullanılamaz.

Geri alma hakkının kullanılamayacağı haller, kanunda iki farklı durum olarak düzenlenmiştir. Baskın görüşe göre, borçlunun bu hakkından feragat etmesi mümkün olduğundan, feragat da bu kapsamda değerlendirilmektedir⁸²¹. Özellikle, borcundan sürekli bir şekilde kurtulmak isteyen borçlunun, tevdi ile birlikte veya sonrasında açıkça ya da örtülü olarak bu hakkından vazgeçerek bu amaca ulaşması mümkündür. Borçlunun geri alma

⁸¹⁶ Koç, s. 193 Özellikle dn. 100’de belirtilen yazarlar; Akkanat, Temerrüt, s. 111 vd.

⁸¹⁷ Stauber, N. 328.

⁸¹⁸ Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 23.

⁸¹⁹ Aynı yönde, Çilenti Konuralp, s. 146. Karşı yönde, Koç, s. 195; Akkanat, Temerrüt, s. 111. Yenilik doğuran hakların geri alınabileceğı yönünde bkz. Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s. 447 vd..

⁸²⁰ Koller, OR AT, N. 56.89; Von Tuhr/Escher, s. 81; Oser/Schönenberger, ZK OR, Art. 94 N. 2; Weber, BK OR, Art. 94 N. 28; Akkanat, Temerrüt, s. 115. Bu sebeple, rehnin sona erdiği ancak taşınırın iade edilmediğı ya da terkinin gerçekleşmediğı hallerde, borçlu, geri alma hakkını kullanabilir. Bu hususta, Stauber, OR Art. 94/I’in (TBK m. 109/I) geniş kapsamlı olduğunu ve taşınır rehninin sona erdiği her durumda geri alma hakkının kullanılamayacağı sonucunun kabul edilemeyeceğini ileri sürmektedir. Geri alma hakkı kullanıldığı takdirde taşınır rehninin tekrar canlanmasının mümkün olduğu durumlarda, geri alma hakkının kullanılabileceğini belirtmektedir. Bkz. Stauber, N. 367. Bu görüşün gerekçesi baskın görüşten farklı olmakla birlikte pratikte aynı sonucu ifade etmektedir.

⁸²¹ Von Tuhr/Escher, s. 81; Weber, BK OR, Art. 94 N. 20; Koç, s. 193; Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 15; Stauber, N. 368; Akkanat, Temerrüt, s. 115. Vazgeçmenin mümkün olmadığı yönünde, Oser/Schönenberger, ZK OR, Art. 94 N. 2c. Alman hukukunda borçlunun geri alma hakkından feragat edebileceğı, BGB §376/2’de açıkça düzenlenmiştir. Geri alma hakkından vazgeçmenin kural olarak tevdi yerine yöneltilmesi gerekmele birlikte yalnız alacaklıya bildirildiğı hallerde de geri alma hakkının ortadan kalkıp kalkmadığı ise tartışmalıdır. Kalkacağı yönünde Schraner, ZK OR, Art. 94 N. 16. Aksi yönde, Stauber, N. 371.

hakkından vazgeçmesine rağmen, alacaklının, tevdi yerine karşı talebinin zamanaşımına uğradığı veya sürekli bir şekilde kabulden kaçınacağını belirttiği hallerde, borçlunun geri alma hakkını yine de kullanabileceği ileri sürülmektedir⁸²². Doktrinde, borçlunun geri alma hakkından feragatine ek olarak, tevdi etmenin borçlu bakımından borç niteliğinde olduğu durumlarda da geri alma hakkının kullanılamayacağı belirtilmektedir⁸²³.

Yüklenicinin eseri geri almasıyla, geçici olarak kurtulduğu borcu tekrar ortaya çıkar ve tevdinin etkileri geçmişe etkili ortadan kalkarak, borç asli ve fer'ileri ile hiç sona ermemiş gibi devam eder⁸²⁴. Eşya hukuku çerçevesinde sona ermeyen rehinler ve sona eren kefalet de aynı şekilde devam eder⁸²⁵. Eserin geri alınmasıyla, tevdi hiç gerçekleşmemiş duruma geldiğinden tevdiye ilişkin masrafların ve saklama ücretinin yüklenici tarafından karşılanması gerekir⁸²⁶. Yukarıda da belirtildiği üzere, tevdinin ortadan kalkmayan tek sonucu, zamanaşımının kesilmesidir.

3.1.2.2. Satma Hakkı

3.1.2.2.1. Genel Olarak

Yüklenicinin teslim edeceği eserin, tevdiye uygun düşmediği veya bozulabilir ya da bakımı, korunması veya tevdi edilmesinin önemli bir gideri gerektirdiği hallerde, iş sahibine ihtar çekilmesi ve hâkimin izniyle, TBK m. 108 kapsamında satılması mümkündür. Ancak, eserin satılması değil, satış sonucu elde edilen tutarın tevdi edilmesiyle yüklenici borcundan kurtulur. Bu sebeple, tevdi bakımından söz konusu olan ifa ikamesi niteliği, satma açısından değil, bedelin tevdisi için geçerlidir. Hüküm düzenleyici nitelikte olup taraflar hâkim izni, ihtar şartı, satış türü, satma hakkına konu olabilecek eserler hususunda anlaşma yapabilirler⁸²⁷.

Yüklenici bakımından tevdi gibi hak niteliğinde olan satma imkânı, kimi durumlarda borç niteliğinde olabilir. Bu durum özellikle teslim edilecek şeyin bozulabileceği ya da

⁸²² **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 18; **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 21 (Alacaklının talebinin zamanaşımına uğraması durumunda, borçlunun, tevdi yerine karşı sebepsiz zenginleşme talebi doğacağını belirtmektedir.); **Staubert**, N. 373 vd. (Geri alma hakkının, sebepsiz zenginleşme talebine dayandırılmayacağını belirten yazar, OR Art. 94'ün boşluk içerdiğini kabul etmekte ve konunun açıkça düzenlendiği BGB §382'yi referans göstererek, söz konusu düzenlemeye uygun şekilde geri almanın mümkün olmasını ve tevdinin sonuçlarının ortadan kalkmaması gerektiğini ileri sürmektedir.).

⁸²³ **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 19; **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 13; **Akkanat**, Temerrüt, s. 117; **Staubert**, N. 364.

⁸²⁴ **Staubert**, N. 379; **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 30; **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 32; **Koç**, s. 226; **Üçer**, s. 198.

⁸²⁵ **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 34; **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 32; **Üçer**, s. 198; **Koç**, s. 227.

⁸²⁶ **Von Tuhr/Escher**, s. 81; **Koller**, OR AT, N. 56.88; **Weber**, BK OR, Art. 94 N. 36; **Schraner**, ZK OR, Art. 94 N. 34; **Staubert**, N. 381; **Antalya**, N. 937.

⁸²⁷ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 11; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 7; **Von Tuhr/Escher**, s. 85; **Eren**, Genel, N. 3208.

bakımı, korunması veya tevdi edilmesinin önemli giderlere yol açtığı hallerde söz konusudur. Eserin bozulduğu ya da bakım ve korunmasına ilişkin önemli giderlerin ortaya çıktığı durumlar, iş sahibinin aleyhine olacağı için yüklenicinin buna göre hareket etmesi ve satma borcunu yerine getirmesi gerekir. Eserin satılmadığında hızla değer kaybettiği veya bu durumun önemli giderlere yol açtığı hallerin, yüklenici bakımından borç niteliğinde olduğu hususu doktrinde tartışmasız olmakla birlikte, bu borcun kaynağına ilişkin tartışmalar bulunmaktadır⁸²⁸. Bedelin tevdi edilmesine ilişkin, yukarıda tevdi hakkındaki açıklamalar geçerli olduğundan aşağıda sadece satma hakkına ilişkin hususlar incelenmiştir⁸²⁹.

3.1.2.2.2. Şartları

3.1.2.2.2.1. Satma Hakkını Kullanan Kişi

Satışı yerine getirebilmeye yetkili kişi yüklenici olmakla birlikte eğer üçüncü bir kişi de yükleniciyi borcundan kurtarabiliyorsa, o da satış hakkını haizdir⁸³⁰. Satışın, temerrüde düşen iş sahibi adına gerçekleştirilmesi gerekir.

3.1.2.2.2.2. Satma Hakkının Konusu

Tevdinin özel bir görünümünü oluşturan satma hakkı, tevdiye uygun olmayan sözleşme konusunun paraya çevrilerek tevdiye uygun hale getirilmesini sağlar. Satma hakkının kullanılabilmesi için sözleşme konusu eserin TBK m. 108'e göre, niteliği ya da işin özelliğinin tevdiye uygun olmaması veya eserin bozulabilir olması ya da tevdi edilmesinin önemli giderlere yol açması gerekir. Bu niteliklerden birine sahip olan eserler bakımından, yüklenicinin satma hakkı vardır. Bununla birlikte, tevdide olduğu gibi yüklenicinin verme borcunun söz konusu olması gerekir. Buna göre, meydana getirme ve teslimin aynı anda gerçekleştiği veya maddi varlığı bulunmayan eserler bakımından satma hakkı kabul edilemez. Fakat yüklenicinin yaptığı işin her ne kadar bağımsız varlığı olmasa da, bunu gerçekleştirdiği eserin bağımsız varlığı oldukça satma hakkı kullanılabilir. Örneğin, yüklenicinin, kendisine tamir veya bakım için bırakılan iş sahibine ait eşyayı teslim hazır hale getirdikten sonra TBK m. 108'deki niteliklerden biri söz konusu ise, satma hakkı kabul edilmelidir⁸³¹. Bu noktada, kanun koyucu satma hakkını tevдинin istisnası niteliğinde ve esasen alacaklının menfaatinin

⁸²⁸ Talebin doğrudan sözleşmeden kaynaklandığı hususunda, **Von Tuhr/Escher**, s. 82 dn. 57; **Koç**, s. 237; **Von Büren**, OR AT, s. 418; **Akkanat**, Temerrüt, s. 123. Dürüstlük kuralından kaynaklandığı hususunda, **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 3; **Bucher**, OR AT, s. 322 dn. 16; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2456; **Antalya**, N. 939. Ayrıca bkz. TBK m. 226/III.

⁸²⁹ Bkz. 3.1.2.1.2.1.

⁸³⁰ **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 6; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 13; **Staubert**, N. 431; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 8; **Eren**, Genel, N. 3207; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1182.

⁸³¹ Bakım için verilmiş bir uçağın teslim alınmaması halinde satış hakkının söz konusu olacağı hususunda bkz. BGE 136 III 178, E. 7.1

de korunması amacıyla düzenlemiş olduğundan, kanaatimizce, yüklenicinin yaptığı işin, eserin değerine oranının kural olarak dikkate alınması gerekmez. Aksi durum, iş sahibinin gereğinden fazla gider ödemek zorunda kalması veya eserin bozulması ya da kullanılmaz hale gelmesine yol açar.

Satış için sözleşme konusunun tevdiye uygun olmaması ile neyin kastedildiğinin belirlenmesi gerekir. Hükümde, tevdiye uygun olmama durumunun şeyin niteliğinden veya işin özelliğinden kaynaklanabileceği belirtilmiştir. Buna göre, eserin gemi, uçak, patlayıcı madde ve benzeri şekilde büyüklüğü, tehlikesi gibi sebeplerle depolanamadığı durumlarda satma hakkı kullanılabilir⁸³². Bu noktada, tevdi edilmesi mümkün olmayan eserlerin de satma hakkının konusunu oluşturup oluşturmayacağı değerlendirilmelidir. Zira bu durumun kabul edilmesi halinde, taşınmazlar bakımından da borçluya borçtan kurtulma imkânı tanınmış olur. Doktrinde bir görüş⁸³³, taşınmazların bu kapsamda satma hakkının konusu olabileceğini ileri sürerken, bir başka görüş⁸³⁴, taşınmazın satılmasının alacaklının menfaatine olduğu hallerde (geçen süre içerisinde hızla değer kaybetmesi gibi) satılması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, taşınmazın mülkiyetinin iş sahibine ait olduğu hallerde, iş sahibinin temerrüdüyle yüklenici borcundan kurtulur⁸³⁵. Buna karşılık, mülkiyetin yükleniciye ait olduğu taşınmazlarda ise, satma hakkına başvurulabilmelidir⁸³⁶. Aynı ifadenin, iş sahibinin hazırlık fiilini yerine getirmemesi sebebiyle tamamlanamamış eserler bakımından da geçerli olup olmayacağı da değerlendirilmelidir. Gerçekten de, TBK m. 107'den farklı olarak satma hakkının konusunun “*teslim edilecek şey*” olduğuna yer verilmediğinden, tamamlanamamış eserin de satılması lâfzi yorum çerçevesinde kabul edilebilir. Ancak, hükmün amacı dikkate alındığında, yalnız verme borçları bakımından kabul edilen satma hakkının, henüz yapma borcu aşamasında, başka bir deyişle verme borcunun konusu olmayan şeyi satabilmesi kabul edilmemelidir. Nitekim, doktrinde de satma hakkının, ancak borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu şey bakımından uygulanabileceği belirtilmektedir⁸³⁷. İşin özelliği sebebiyle tevдинin uygun olmadığı durumlar ise, sözleşme konusu eşyanın, çok sayıda bulunduğu yerler

⁸³² **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 14; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 16; **Staubert**, N. 398, 399 (Yazar, sözleşme konusunun, tevdiye uygun olmamasından, tevдинin amaca hizmet etmediği, eserin tevdi edilmeye elverişli olmadığı ya da tevдинin imkânsız olduğu hallerin anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir.); **Koç**, s. 244; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1173; **Akkanat**, Temerrüt, s. 124; **Mercier**, CHK OR, Art. 93 N. 3. Bakım için verilmiş bir uçağın teslim alınmaması halinde satış hakkının söz konusu olacağı hususunda bkz. BGE 136 III 178, E. 7.1.

⁸³³ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 18; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 15; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 26.

⁸³⁴ **Staubert**, N. 406; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2454; **Gross**, KuKo OR, Art. 93 N. 3. İsviçre Federal Mahkemesi, taşınmazlarda kıyasen OR Art. 95 (TBK m. 110) kapsamında sözleşmeden dönme hakkının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. BGE 111 II 156 E 2.

⁸³⁵ Bkz. 3.1.2.1.2.2.

⁸³⁶ Bkz. 3.1.2.1.2.2. Tapulu taşınmazlarda alacaklı temerrüdü doğmayacağından böyle bir sorunun söz konusu olamayacağı hususunda, **Koç**, s. 245.

⁸³⁷ **Staubert**, N. 391 ve özellikle dn. 797.

veya satılmadığı takdirde fiyatın düşeceğinin kuvvetle tahmin edilebildiği haller bakımından geçerli kabul edilmektedir. Böylece, çamaşırhaneler, boyacılar, ayakkabı tamircileri ve benzeri küçük işletmeler için çok sayıdaki küçük eşya, kapladıkları yer sebebiyle faaliyetleri aksatabileceği gibi bunların tevdi edilmesi de elde edilecek bedele göre orantısız bir çözüm olacağından satma hakkı kabul edilmiştir⁸³⁸.

Yüklenicinin eseri satmasının mümkün olduğu hallerden diğeri, eserin bozulabilir olmasıdır⁸³⁹. Bu duruma özellikle taze meyve, sebze süt vb. gıda ürünleri ile bazı kimyasal maddeler örnek gösterilmektedir⁸⁴⁰. Bozulabilme durumunun belirlenmesinde, somut olayın özellikleri dikkate alınmalı ve özellikle ifa yerindeki imkânlarla göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu noktada, önem arz eden durum, eserin ancak belirli bir zaman geçtikten sonra bozulmaya başlayacağı hallerde, yüklenicinin önce tevdi daha sonra satma hakkına başvurmasının gerekip gerekmeyeceğidir. Saklanacak olan tablonun belirli bir zaman sonra sararmaya başlaması veya renginin atması durumunun olduğu durumlar buna örnek gösterilebilir. Kanaatimizce, bu tip durumlar bakımından bozulabilirlik en baştan itibaren kabul edilmeli ve yüklenicinin, eseri tevdi etmeden satma hakkını kullanabilmesine izin verilmelidir⁸⁴¹.

Satma hakkının kullanılabileceği eser konusu bakımından bir diğer ihtimal de, eserin korunması ve bakımının ya da tevdi edilmesinin önemli giderlere sebep olduğu hallerdir⁸⁴². Bu tip durumlarda, anılan harcamalar, alacaklı açısından eserin değerine nazaran önemli giderlere sebep olacağından satma hakkı uygun bir çözümdür⁸⁴³. Zira tevdi masraflarına öncelikle alacaklı katlanmak durumunda olmakla birlikte, borçlunun da sorumluluğu

⁸³⁸ İşin niteliği gereği tevdiye uygun olmama durumu mehz İsviçre Borçlar Kanunu'na 1911 tarihli revizyonda eklenmiştir. **Koç**, s. 247; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 17; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 16; **Staubert**, N. 408 vd.; **Mercier**, CHK OR, Art. 93 N. 4; **Akkanat**, Temerrüt, s. 124.

⁸³⁹ Hemen belirtelim ki, bu kapsamda değerlendirilen birçok durumda eserin satılması yüklenici bakımından bir borç niteliğindedir.

⁸⁴⁰ **Koç**, s. 248; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 19 (Yazar, uygun şartlarda bozulma durumunun oluşmayacağını belirten bir karara karşı çıkmakta ve bozulma halinin soyut olarak değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 19a); **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 17; **Üçer**, s. 208.

⁸⁴¹ Satma hakkına ilişkin şartların zamanla oluşması sebebiyle, tevdi konusunun geri alınabileceği ve daha sonra satılabileceği fikrine ilişkin bkz. **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 23; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 3; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 21; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1176; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 2 (Yazarlar, satışın sözleşme konusunun belirli bir kısmına da ilişkin olabileceğini belirtmektedir.). Bozulabilirliğin, sözleşme konusunun değerini tamamen veya kısmen etkileyebilen, gerçek ve fiziki bir bozulma olması gerektiği hususunda, **Koç**, s. 249.

⁸⁴² Bu kapsama giren hallerde de, pratikte mümkün olması zor bir ihtimal olarak, eğer yüklenicinin eseri elinde bulundurması önemli giderlere yol açmıyorsa, hiçbir şey yapmama hakkı bulunmakla birlikte, böyle bir durum yoksa yine yüklenici bakımından satış bir borç niteliğinde kabul edilmelidir. Ayrıca bkz. 15. HD, T. 31.03.2015, E. 2015/983, K. 2015/1638 (KBİBB): "...malzemelerin korunması veya saklanması değerini aştığını iddia ettiğinden mahallinde keşif yapılarak yasa da öngörülen koşulların gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılmak suretiyle sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." Ayrıca, bu karar konusu bakımından Yargıtay'ın alacaklı temerrüdüne ilişkin hatalı değerlendirmesi için bkz. **Birinci Uzun**, Temerrüt, s. 619 vd.

⁸⁴³ **Staubert**, N. 421; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 19; **Koç**, s. 250; **Akkanat**, Temerrüt, s. 126; **Antalya**, N. 948.

bulunduğundan satma hakkının tanınması her iki tarafın menfaatinedir. Önemli giderin eserin bakımına veya saklanmasıyla ilişkin olması gerekir⁸⁴⁴. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan tevdimin önemli gideri gerektirdiği ifadesi ise, tevdi için önemli masraflar yapmak zorunda kalınan halleri kapsamaktadır. Buna göre, sadece eserin korunmasına yönelik giderlerin eserin değerine oranla fazla olması sebebiyle değil, ifa yerinden başka bir yerde tevdi edilmesi gereken eserin taşınmasına ilişkin masrafların fazla olması sebebiyle de satışı mümkündür⁸⁴⁵. Bu yüzden, anılan ifade bakımından eserlerin türünün belirlenmesi mümkün olmayıp somut olayın özelliklerine göre değerlendirilme yapılmalıdır. Tevdi öncesinde yapılacak masraflar ile eserin değeri karşılaştırılarak sonuca ulaşılmalıdır.

Satma hakkının konusu bakımından değerlendirilmesi gereken durumlardan biri de, eserin mülkiyetinin kime ait olduğu hususudur. Hükümde, herhangi bir sınırlama getirilmediğinden, yüklenicinin yalnız kendisine ait eserleri değil, iş sahibine ait olanları da satma hakkı bulunmaktadır⁸⁴⁶. Aynı durum, eserin üçüncü kişiye ait olduğu haller bakımından da geçerlidir. Nitekim kanun koyucunun, satma hakkına başvurulabilmesi için bir takım şekli şartlar getirmesinin sebebi de budur.

3.1.2.2.2.3. Satma Hakkının Yeri ve Zamanı

Satma hakkının kullanılacağı yere ilişkin kanun koyucu herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Hakkın kullanılabilmesi için, hâkim izni bir şart olarak arandığından, hâkimin belirleyeceği yerde satışın gerçekleştirilmesi gerekir⁸⁴⁷. Bu sebeple, satış yerinin ifa yeri olması şeklinde bir zorunluluk yoktur. Bu kapsamda, satış yeri, tevdi yeri veya sözleşme konusunun bulunduğu yerden biri olabileceği gibi, malın satışının bu iki yerde mümkün olmaması sebebiyle başka bir yerde de satış gerçekleşebilir⁸⁴⁸.

⁸⁴⁴ Teslim edilen eserin bakımının önemli gider gerektirdiği durumlar (hayvan vb.) ile eserin saklanması karşılığında tevdi yerine verilecek bedelin yüksek olduğu haller (fazla miktarda kömür, taş vb.) kanun koyucu tarafından ayrı durumlar olarak düzenlenmiştir. **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 22; **Staubert**, N. 420; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 20; **Koç**, s. 250 (Yazar, eBK m. 92'nin ifadesini eleştirmekte ve bakım ve muhafaza masraflarının her ikisi bakımından önemli ölçüde olması şartının aranması gerektiğini belirtmektedir.).

⁸⁴⁵ **Eren**, Genel, N. 3210; **Akkanat**, Temerrüt, s. 124. Bakım ve muhafaza masrafları ile tevdi masraflarının eş anlamlı kullanımına ilişkin bkz. **Üçer**, s. 208.

⁸⁴⁶ **Gauch**, Werk, N. 91 dn. 210; **Von Tuhr/Escher**, s. 82; **Koç**, s. 235; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 26; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 25; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 4; **Staubert**, N. 429; **Ardıç**, s. 251. Aksi yönde, **Koller**, OR AT, N. 56.79.

⁸⁴⁷ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 30; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 36; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 5; **Koller**, OR AT, N. 56.84; **Koç**, s. 237-238; **Antalya**, N. 954; **Akkanat**, Temerrüt, s. 129. Hâkimin satış yerini belirlemeye ilişkin bir görevi olmadığı hususunda, **Staubert**, N. 456.

⁸⁴⁸ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 8 (Yazarlar, ifa yeri ve malın bulunduğu yerin satış bakımından söz konusu olabileceğini belirtmektedir.); **Eren**, Genel, N. 3212. Alman hukukunda, BGB §383/1, 2'de satışın kural olarak ifa yerinde gerçekleşeceği düzenlenmiş olup bu yerde makul sonucun beklenemediği hallerde başka bir yerde de yerine getirilebileceği ifade olunmuştur.

Satma hakkının kullanılabilmesi zaman ise, temerrüt meydana geldikten sonra TBK m. 108/I'de belirtilen ihtimallerden (tevdiye uygun olmama, bozulabilme, önemli gider gerektirme) birinin gerçekleşmesi anıdır. Ancak, daha önce de belirtildiği üzere, şartın daha sonra ortaya çıkacağının önceden açıkça belli olduğu hallerde de tevdiye başvurulmaksızın satma hakkına imkân tanınmalıdır. Satışın elverişsiz zamanda yapılması durumunda ise, yüklenicinin iş sahibine karşı TMK m. 2'den kaynaklanan tazminat sorumluluğu doğar.

3.1.2.2.2.4. Hâkimin Kararı

Satma hakkının kullanılabilmesi kural olarak hâkim iznine tâbi kılınmıştır. Tevdi yerini belirleyecek hâkimden farklı olarak, hangi yerdeki hâkimden iznin talep edileceğine kanunda yer verilmemiştir. Buna göre, HMK m. 384'te yer alan “*çekişmesiz yargı işleri için talepte bulunan kişinin veya ilgililerden birinin oturduğu yer mahkemesi yetkilidir.*” kuralı gündeme gelir. Nitekim İsviçre’de de ZPO’nun 19. maddesinde düzenlenen çekişmesiz yargı işlerinde, talepte bulunanın yerleşim yeri mahkemesinin yetkili olduğu kuralı doktrinde de kabul edilmekle birlikte, sözleşme konusunun bulunduğu yerdeki hâkime de başvurulabileceği ileri sürülmektedir⁸⁴⁹. Kanaatimizce, TBK m. 107/II’nin satma bakımından da kıyasen uygulanarak, iznin ifa yerindeki hâkimden alınması gerekir⁸⁵⁰. Zira doktrinde belirtildiği üzere satış sonrası bedelin tevdi edileceği yeri de aynı hâkim belirleyeceğinden ifa yerindeki hâkime başvurulması TBK m. 107/II ile de uyumludur⁸⁵¹. Görevli mahkeme ise, HMK m. 382/II/d/3 gereği sulh hukuk mahkemesidir.

Hâkimin izin verebilmesi için öncelikle alacaklı temerrüdünün, ardından satma hakkının şartlarının yerine getirilip getirilmediğini incelemesi gerekir⁸⁵². Tevdi yerinin belirlenmesinden farklı olarak, hâkimin, temerrüdün şartlarını da incelemesi, satma hakkının, iş sahibinin esere kavuşmasını imkânsızlaştırabilmesi ve iş sahibinin ya da üçüncü kişilerin mallarının satılmasını içermesi sebebiyle zorunludur. Buna karşılık, hâkimin, eserin gereği gibi olup olmadığını kendiliğinden değerlendirmesine gerek yoktur⁸⁵³. İş sahibi, daha sonra eserin gereği gibi olmadığını ispat ederse, yüklenici borcundan kurtulmaz. Böyle bir halde, iş sahibi, mümkünse sözleşme konusu eserin meydana getirilmesini isteyebileceği gibi

⁸⁴⁹ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 30; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 29; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 5. ZPO Art. 19’a ek olarak malın bulunduğu yerdeki hâkimin de izin verebileceğine ilişkin bkz. **Bucher**, OR AT, s. 323.

⁸⁵⁰ Başka bir deyişle, tevdiiden farklılaşarak HMK m. 384 hükmünün uygulanması gerekmez. **Eren**, Genel, N. 3212; **Üçer**, s. 210; **Sert Canpolat**, s. 492. İsviçre doktrininde, ZPO Art. 19’dan önce, ifa yerindeki hâkimin karar vermesi gerektiğine ilişkin bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 83 dn. 61; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 29.

Aksi yönde bkz. **Stauber**, N. 456 (Yazar, satışın ifa ikamesi niteliğinde olmaması sebebiyle, ifa yerinde gerçekleşmesi gerektiği gibi bir kuralın olmayacağını ileri sürmektedir.).

⁸⁵¹ **Antalya**, N. 956; **Akkanat**, Temerrüt, s. 129; **Koç**, s. 253.

⁸⁵² **Oğuzman/Öz**, I, N. 1179; **Koller**, OR AT, N. 56.82; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 31; **Eren**, Genel, N. 3213.

⁸⁵³ Doktrinde, satma konusunun sözleşmeye uygun edim olması gerektiği belirtilmekte ancak bunun hâkim tarafından kontrol edilip edilmeyeceği açıklanmamaktadır. Bkz. **Stauber**, N. 391.

bedelden indirim ve hatta sözleşmeyi feshetme hakkına da sahip olmalıdır. Daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların incelenmesinde, sulh hukuk mahkemesinin temerrüde ilişkin kararı bağlayıcı değildir⁸⁵⁴. Buna karşılık, satma hakkının şartlarına ilişkin sulh hukuk mahkemesi kararının bağlayıcılığı ise, doktrinde tartışmalıdır⁸⁵⁵.

Hâkimin izni bakımından incelenmesi gereken bir diğer husus da hâkimin satış izni ile birlikte elde edilecek bedelin tevdi yerine de karar vermesi gerektiğidir⁸⁵⁶. Zira satışın gerçekleşmesinden sonra kural olarak yüklenicinin borcundan kurtulabilmek için elde edilen satış bedelini tevdi etmesi gerekir. Ancak, yüklenicinin, elde edilen tutar üzerinde takas hakkı bulunduğundan, bedelin tevdisi ancak bu hakkın kullanılmadığı veya açık artırma suretiyle elde edilen bedelin sözleşmede kararlaştırılandan daha fazla çıktığı durumlarda söz konusu olur⁸⁵⁷.

Satma hakkının kullanılabilmesi bakımından TBK m. 108'in her iki fıkrasında da, hâkimin izninin aranacağına yer verilmiştir. Dolayısıyla, izin alınmaksızın satışın gerçekleştiği hallerde yüklenicinin borcundan kurtulması kural olarak mümkün değildir⁸⁵⁸. Ancak, düzenlemenin emredici niteliği bulunmadığından tarafların şartın aranmaması gerektiği hususunda anlaşmaları veya satış gerçekleştikten sonra iş sahibinin kabulüyle, satışın geçerli olması mümkündür.

3.1.2.2.5. İş sahibine İhtar

Satma hakkının düzenlendiği TBK m. 108/I gereği, hakkın kullanılmasından önce, iş sahibine ihtar yapılması gerekmektedir. Her ne kadar hükümde, ihtar ifadesine yer verilse de, doktrinde, satışın haber verilmesi söz konusu olduğundan bir ihbarın bulunduğu da ileri

⁸⁵⁴ HMK m. 388; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1179; **Bucher**, OR AT, s. 323; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 30; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 32; **Von Tuhr/Escher**, s. 83 dn. 62; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 32.

⁸⁵⁵ Bağlamayacağı hususunda, **Bucher**, OR AT, s. 323; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 32; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 34; **Akkanat**, Temerrüt, s. 129. Bağlayacağı hususunda, **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 30. Kanaatimizce, HMK m. 388 sebebiyle Türk hukukunda bağlayıcılığının kabul edilmesi mümkün değildir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Atalı**, Pekcanitez Usul, s. 2146.

⁸⁵⁶ **Koç**, s. 253; **Antalya**, N. 956; **Akkanat**, Temerrüt, s. 129; **Üçer**, s. 210; **Von Tuhr/Escher**, s. 83.

⁸⁵⁷ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 9; **Oğuzman/Öz**, N. 1177; **Von Tuhr/Escher**, s. 83 (Yazarlar, satış sonucu elde edilen tutarı alacaklının kabul etmemesi durumunda OR Art. 93 -TBK m. 108- kapsamında tevdiye başvuracağını belirtmektedir.); **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 50; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 52; **Akkanat**, Temerrüt, s. 133.

TBK m. 144'te belirtilen tevdi edilen şeyin geri verilmesi veya bedeline ilişkin alacaklarda takasın alacaklı rızasına bağlanmış olmasının TBK m. 107 vd. ile ilişkisi bulunmamaktadır. İlgili hüküm, saklama sözleşmesine ilişkindir.

⁸⁵⁸ **Von Tuhr/Escher**, s. 83; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1178; **Arpacı**, s. 228. Edimin değerinde azalma olmadığı hallerde hâkim izni olmaksızın gerçekleşen satışlara da onay verilebileceği hususunda bkz. **Bucher**, OR AT, s. 323-324. Malın özelliği veya başkaca sebeplerle hızlı bir şekilde satışının gerektiği hallerde, ihtarın yanı sıra hâkim izninin de aranmaması gerektiği hususunda bkz. **Staubert**, N. 444, 442. Hâkimin izni alınmadan yapılan satışlarda, borçlunun vekaletsiz iş görme hükümlerine dayanamayacağı hususunda bkz. **Schmid**, ZK OR, Art. 419 N. 93 (Yazar, TMK m. 2 kapsamında borçlunun borcundan kurtulmakta acele menfaatinin bulunduğu hallerin istisna tutulması gerektiğini ileri sürmektedir.).

sürülmektedir⁸⁵⁹. İhtarın gerçekleşmesi bakımından herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Doktrinde, alacaklıya yapılan ihtarla birlikte uygun bir sürenin tanınması gerektiği de belirtilmektedir⁸⁶⁰.

Alacaklının satışı engelleyebilmesi veya satışa katılabilmesi amacıyla getirilmiş olan ihtarın, borçlu tarafından önceden yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Hükümün lafzından her ne kadar izin talebinden önce ihtar yapılması gerektiği anlamı çıkıyorsa da, ihtarın hâkim izni talebiyle ya da izin talebinden sonra da gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu kabul edilmelidir⁸⁶¹. Gerçekten de, kanaatimizce, ihtardan sonra alacaklıya tanınan süre içerisinde satış gerçekleşmediği, başka bir deyişle, alacaklının satışı engellemek veya satışa katılmak için uygun süreye sahip olduğu hallerde ihtarın geçerli olduğunun kabulü gerekir.

İhtara ilişkin değerlendirilmesi gereken hususlardan biri de, mülkiyeti üçüncü kişiye ait olan eserlerde, yüklenicinin bu durumu biliyor olduğu hallerde ayrıca malike de ihtar yapılmasının gerekip gerekmediğidir. Kanaatimizce, yüklenici bu durumu biliyor olsa dahi, üçüncü kişinin, iş sahibine eseri devretmiş olmasının rizikosuna üçüncü kişinin katlanması gerekir. Dolayısıyla, yüklenicinin, üçüncü kişiye ihtarda bulunması bir şart olarak aranmamalıdır. Bununla birlikte, alt eser sözleşmesinde olduğu gibi, alt yüklenici ile asıl iş sahibi arasında istisnai de olsa bir hukuki ilişki kurulabiliyorsa (alt yüklenicinin garanti taahhüdü, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki sözleşmenin üçüncü kişi yararına sözleşme niteliğinde olması gibi), üçüncü kişiye de ihtar bir şart olarak aranmalıdır.

İhtara gerek bulunmayan halleri, kanun koyucu TBK m. 108/II'de düzenlemiştir. Düzenlemede, sözleşme konusunun borsada kayıtlı veya piyasa fiyatının bulunduğu haller ile yapılacak gidere oranla değerinin az olduğu durumlarda, ihtar şartının aranmayacağına yer verilmiştir. İlk iki durum genellikle satış sözleşmesini ilgilendirmekle birlikte, istisnai olarak eserin belirli bir zaman ve yerde, piyasa fiyatının bulunduğu hallerde de ihtarsız satış

⁸⁵⁹ **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 28; **Von Tuhr/Escher**, s. 82 dn. 58; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 27; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 4; **Koller**, OR AT, N. 56.81; **Eren**, Genel, N. 3211; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1174 (Yazarlar, mehz Kanun'un Fransızca metninde yer alan "*Somation*" ifadesinin ihbara daha yakın olduğunu belirtmektedir.); **Arpacı**, s. 228. İhtarın bulunduğu yönünde, **Koç**, s. 251; **Ulrici**, Beck OGK BGB, §384 N. 12.

⁸⁶⁰ **Koç**, s. 252; **Eren**, Genel, N. 3211; **Stauber**, N. 432; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 28; **Koller**, OR AT, N. 56.81; **Von Tuhr/Escher**, s. 82; **Arpacı**, s. 228; **Tekben**, s. 2612. Aksi yönde, **Stauber**, N. 440 (Yazar, satma hakkına ilişkin ihtarını OR Art. 107'ye –TBK m. 123- benzetmekte ve buna dayalı olarak OR Art. 108'de –TBK m. 124- yer alan sebeplerin varlığı halinde ihtara gerek olmadığı sonucuna varmaktadır. Her ne kadar süre verilmesinin yararsız olabileceği bir durum söz konusu ise de, kanaatimizce, alacaklıya durumun ihtarını bir koşul olarak aranmalı ve en azından alacaklının fikir değiştirmesi veya satışa katılması ihtimali için gerekli koşul yerine getirilmelidir.).

⁸⁶¹ **Koç**, s. 252; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 27. Aksi yönde, **Oğuzman/Öz**, I, N. 1173; **Koller**, OR AT, N. 56.81.

mümkündür⁸⁶². Aynı şekilde, ihtar ve açık artırma ile satış için yapılacak giderlerin, eserin değerinden fazla olduğu durumlarda da yine bu şartlar aranmaksızın satış gerçekleştirilebilir. Satışın ihtar gerekmeksizin yapılmasına da hâkim karar verir. Hükümde düzenlenen bu hallere ek olarak, ihtarın imkânsız veya elverişsiz (alacaklıya ulaşılamaması vb.) olduğu veya eserin acilen satılmasının (beklemenin esere zarar verdiği haller vb.) gerektiği durumlarda da ihtarın aranmayacağı ileri sürülmektedir⁸⁶³. Buna karşılık, baskın görüşe göre, alacaklının kabulden kaçınacağını önceden açıkladığı durumlarda ihtarın yine de yerine getirilmesi gerekir⁸⁶⁴.

3.1.2.2.6. Açık Artırma ile Satış

Eserin satışı, TBK m. 108/II'de belirtilen haller dışında açık artırma yoluyla gerçekleşir. Kamuya açık olarak gerçekleşmesi gereken satışa, hâkimin karar vermesi, cebri satış niteliği kazandırmaz. Buna göre, satışın icra dairesi kanalıyla yapılması zorunlu olmayıp kural olarak TBK m. 274 vd. hükümleri uygulanır⁸⁶⁵. Satışın kamuya açıklığı için, satışa ilişkin detayların (yer, zaman, satış konusu vb.) hâkim tarafından ilan edilmesi gerekir⁸⁶⁶. Yüklenicinin de iş sahibinin de açık artırmaya katılması mümkündür⁸⁶⁷. Alacaklıya ihtarın gerekmediği hallerde, TBK m. 108/II gereği, açık artırma yoluyla satış zorunlu olmayıp, hâkim, pazarlık yoluyla satışa izin verebilir. Ticari satışlar bakımından ise, TTK m. 23/1-b'de "*Mahkeme, satışın açık artırma yoluyla veya bu işle yetkilendirilen bir kişi aracılığıyla yapılmasına karar verir.*" ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla, TBK m. 108/II'deki şartlar aranmaksızın açık artırma yoluyla satış şartından vazgeçilebilmektedir.

3.1.2.2.3. Hukuki Sonuçları

Açık artırma veya pazarlık yoluyla olması fark etmeksizin satışın gerçekleşmesiyle, alıcı ile yüklenici arasında iş sahibi hesabına satış sözleşmesi kurulmuş olur⁸⁶⁸. Eserin mülkiyetinin iş sahibi veya üçüncü kişiye ait olduğu hallerde de, TBK m. 108'in borçluya

⁸⁶² Piyasa fiyatına ilişkin bkz. **Koç**, s. 256; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 43; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 7; **Stauber**, N. 435.

⁸⁶³ **Stauber**, N. 439; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 29; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 27. Aciliyetin bulunduğu hallerin ihtardan istisna tutulması gerektiği hususunda bkz. **Stauber**, N. 442. TBK m. 111'e dayalı satışlarda ihtar şartının aranmayacağı ve ilan tebligata gerek bulunmadığı hususunda bkz. **Akkanat**, Temerrüt, s. 128.

⁸⁶⁴ **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 27; **Von Tuhr/Escher**, s. 82; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 29; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 27; **Üçer**, s. 209; **Eren**, Genel, N. 3211.

⁸⁶⁵ **Koç**, s. 255; **Stauber**, N. 454; **Weber**, BK OR, Art. 93 N.37; **Akkanat**, Temerrüt, s. 130.

⁸⁶⁶ **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 35; **Koç**, s. 255; **Antalya**, N. 954.

⁸⁶⁷ Doktrinde, ihaleyi borçlunun kazandığı durumlarda, iki farklı taraf söz konusu olmadığından satış sözleşmesinin ortaya çıkmayacağı ileri sürülmektedir. Bkz. **Von Tuhr/Escher**, s. 82 dn. 60; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 39; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 40; **Stauber**, N. 458; **Koç**, s. 255.

⁸⁶⁸ **Von Tuhr/Escher**, s. 82 dn. 60; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 49; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 31; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 53.

(yükleniciye) verdiği yetki sebebiyle durum değişmez. Yüklenicinin bedeli elde etmesiyle, artık yüklenici ve iş sahibinin borçları özdeş (aynı cinsten) hale geldiğinden takas hakkı kullanılabilir. Zira satışın gerçekleşmesiyle eseri teslim borcu, para borcuna dönüşmüş olur⁸⁶⁹. Yüklenici, hâkim izni alınması ve satışa ilişkin masrafları da tevdi edilecek bedelden mahsup eder. Yüklenici ile eser sahibinin temsilcisi sıfatıyla hareket eden satışı gerçekleştiren yer arasında, eğer satış yeri resmi bir makamsa kamu hukuku ilişkisi uygulanırken, özel hukuk kişisi olması durumunda komisyon veya vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır⁸⁷⁰.

Satışın gerçekleşmesiyle yüklenici ve iş sahibi arasında, yüklenicinin, borcunun konusunun değişmesi dışında başka bir değişiklik söz konusu olmaz. Daha önce de belirtildiği üzere, yüklenici ancak satış bedelini tevdi ederek borcundan kurtulabilir. Yüklenicinin, bedeli elde ettikten sonra iş sahibine bedelin teslimini teklif etmesi mümkün olduğu gibi, satış izniyle beraber belirlenen tevdi yerine, bedeli tevdi etmesi veya şartları oluşmuşsa takas hakkını kullanması da mümkündür⁸⁷¹. Kanaatimizce, yüklenicinin önce iş sahibine başvuru zorunluluğu olmadığı gibi, tevdi yerine, satışla birlikte karar verildiğinden yüklenicinin TBK m. 107'ye dayalı usuli şartları yerine getirmesine gerek yoktur.

Yüklenicinin satış bedeli üzerinde takas hakkını kullanmasıyla ilgili olarak, eser sözleşmesi özelinde ortaya çıkabilecek sorunlardan biri, sözleşmenin değere göre bedel şeklinde kararlaştırıldığı hallerdir. Böyle bir durumda, taraflar, bedeli, önceden belirlememiş veya yaklaşık olarak belirlediklerinden, satış bedeli, TBK m. 481 anlamında eserin değeri ve yüklenicinin gideri olarak kabul edilmelidir. Takas hakkının kullanımı için alacağın çekişmesiz (ihtilafsız⁸⁷²) olması gerekmediğinden, kanaatimizce bu tip hallerde de, yüklenicinin tüm satış bedeli üzerinde takas hakkı olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Satışın uygun şekilde yerine getirilmediği hallerde (hâkim izni alınmaması, tevdi edilebilen bir eserin varlığı, açık artırma yerine pazarlık yoluyla satış, gereği gibi olmayan eserin satılması vb.) iş sahibinin, sözleşme konusu esere karşı talebi devam eder⁸⁷³. Buna karşılık, iş sahibinin kendisine sunulan veya tevdi edilen satış bedelini kabulü halinde, satış

⁸⁶⁹ **Von Tuhr/Escher**, s. 83; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 48; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 7; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 49; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 93 N. 9; **Akkanat**, Temerrüt, s. 132. Aksi yönde, **Stauber**, N. 465 (Satıştan sonra da, alacaklının borç konusunu talep edebileceği gibi borçlunun da borç konusunu teslim edebileceğini belirtmektedir.). Kanaatimizce, TBK m. 108/I hükmünde, “*bedelini tevdi edebilir*” ifadesiyle borçlunun takdir hakkına ilişkin izlenim yaratılarak, sözleşme konusu eserin de teslim edilebileceği yorumu çıkartılabilir de, bahsi geçen takdir hakkı, tevдинin hak niteliğinde olmasına ilişkindir.

⁸⁷⁰ **Stauber**, N. 463.

⁸⁷¹ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 49; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 50; **Stauber**, N. 464; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N. 7; **Von Tuhr/Escher**, s. 83. Alman hukukunda da baskın görüş, alacaklının talebinin BGB §1247'ye dayalı olarak elde edilen satış bedeli üzerinde devam edeceğini ileri sürmekteyken, karşı görüş bu sonuca BGB §383'ün kendisinden ulaşmaktadır. Bkz. **Ulrici**, Beck OGK BGB, §383 Rn. 45 vd.

⁸⁷² **Aral**, Takas, s. 97 vd.

⁸⁷³ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 52; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 55; **Stauber**, N. 471; **Von Tuhr/Escher**, s. 83.

geçerli duruma gelir ve yüklenici borcundan kurtulur. Böyle bir kabulün bulunmadığı hallerde, imkânsızlık söz konusu değilse, yüklenicinin eseri tekrar meydana getirip teslim etme yükümlülüğü vardır⁸⁷⁴.

Doktrinde, satma hakkının usuli şartlarındaki (hâkim izni ve satışın yerine getirilmesindeki şartlar) eksiklikler nedeniyle geçerli olmadığı durumlarda, yüklenicinin (borçlunun), borcundan kurtulabileceği fikri ileri sürülmektedir⁸⁷⁵. Bu görüşe göre, hâkim izninin olmadığı ancak satma hakkına konu olabilecek bir eserin bulunduğu ve diğer şartların da uygun şekilde gerçekleştiği durumlarda, yüklenicinin, hâkim izni alınsaydı dahi daha yüksek bir satış bedelinin elde edilemeyeceğini ispatladığında, borcundan kurtulması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁷⁶. Aynı şekilde, satışın hatalı bir şekilde açık artırma yerine pazarlık yoluyla gerçekleştiği durumlarda veya ihtarın yapılmadığı hallerde, borçlunun satışın açık artırma yoluyla gerçekleştiğinde ya da ihtarın yapılması durumunda da daha yüksek bedelin elde edilemeyeceğini yaklaşık olarak ispatının yeterli olması gerektiği belirtilmektedir⁸⁷⁷. Satışın, şartların sağlanmaması sebebiyle geçersiz olduğu hallerde, borçlunun, gerçek vekaletsiz işgörmeye hükümlerine dayanması mümkün değildir meğer ki, borçlunun edim borcundan kurtulmasında ivedi menfaatleri bulunsun⁸⁷⁸.

3.1.2.3. Dönme/Fesih Hakkı

3.1.2.3.1. Genel Olarak

Alacaklının temerrüdü halinde, borçluya tanınan sözleşmeden dönme, verme dışındaki edimlerde uygulanabilen ve tevdi ile satma hakkında olduğu gibi borçlunun borcundan kurtulması için düzenlenmiş olan bir haktır. Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'na sonradan eklenen sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasında, dönmenin borçlu temerrüdü hükümlerine göre gerçekleşeceği düzenlemiştir⁸⁷⁹. Buna karşılık, Almanya (BGB §643) ve

⁸⁷⁴ İş sahibinin böyle bir durumda temerrüt sebebiyle yol açtığı masrafları yerine getirmesi gerekmele birlikte satış için yapılan masrafların kendisine yükletilmesi tabii olarak kabul edilemez.

⁸⁷⁵ **Bucher**, OR AT, s. 323, 324.

⁸⁷⁶ **Bucher**, OR AT, s. 324. Aksi yönde, **Antalya**, N. 953; **Akıncı**, Temerrüt, s. 112.

⁸⁷⁷ **Bucher**, OR AT, s. 324; **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 57 (Yazar, satışın yanlış yerde gerçekleştiği durumlarda da borçlunun aksini iddia edebileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 58; **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 60; **Bernet**, BSK OR, Art. 93 N.8. Borçlunun yalnız bu durumun yaratacağı zararları ödemesi gerektiği hususunda, **Becker**, BK OR, Art. 93 N. 29).

BGB §384/3'te ihtar ve ihbarın elverişsiz olduğu durumlarda yerine getirilmesine gerek bulunmadığı düzenlenmiştir.

⁸⁷⁸ **Weber**, BK OR, Art. 93 N. 62 (Yazar, alacaklının gerçek veya olası iradesi ve menfaatine uygun olması gerektiğini ileri sürmektedir.); **Schraner**, ZK OR, Art. 93 N. 48; **Becker**, BK OR, Art. 92-94 N. 29.

⁸⁷⁹ İlk kez 1905 (Art. 1116) ve 1909 (Art. 1116) tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Tasarılarında yer alan sözleşmeden dönme hakkı, 1911 tarihli revizyonla İsviçre Borçlar Kanunu'na alınmıştır. Bu hak, verme dışındaki edimler bakımından borçtan kurtulmak isteyen borçlunun herhangi bir hukuki imkânının bulunmamasının bir boşluk olarak kabul edilmesine dayanmaktadır. Federal Konsey'in tasarıya ilişkin bildirisi için bkz. BBI 1905 II, s. 18; BBI 1909 III, s. 736 vd.

Avusturya (ABGB §1168/2) hukuklarında, eser sözleşmesinde iş sahibinin alacaklı temerrüdü halinde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmaktayken, alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde böyle bir seçeneğe yer verilmemiştir.

Eser sözleşmesi, alacaklı temerrüdü nedeniyle borçluya tanınan sözleşmeden dönme hakkının en önemli uygulama alanını oluşturmaktadır⁸⁸⁰. Zira verme dışındaki edimlerden yapmama edimleri bakımından, alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi mümkün olmadığından; bu hak yalnız yapma edimlerinde kullanılabilir⁸⁸¹. Yapma edimi içeren sözleşmeler bakımından; hizmet sözleşmesinde işverenin alacaklı temerrüdüne ilişkin özel düzenlemenin (TBK m. 408), vekâlet sözleşmesinde ise hem vekilin hem de vekalet verenin sözleşmeyi istediği zaman sona erdirmeye haklarının (TBK m. 512) bulunması sebebiyle, TBK m. 110 hükmünün uygulaması eser ve eser benzeri isimli sözleşmeler bakımından geçerlidir. Bununla birlikte, aşağıda değinildiği üzere, eser sözleşmesinde de sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını sınırlayan durumlar bulunmaktadır.

Öncelikle, iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle, yüklenicinin TBK m. 110 kapsamında sözleşmeden dönmesinin etkisi belirlenmelidir. Başka bir deyişle, anılan hükümde yer alan “dönme” ifadesinin teknik anlamda kullanılıp kullanılmadığı tespit edilmelidir. Zira İsviçre doktrininde baskın görüş, bu soruyu olumsuz cevaplandırmakta ve yüklenicinin, eserin ifasına başladıktan sonra TBK m. 110 kapsamında sözleşmeyi sona erdirmesinin, ileriye etkili (ex nunc) gerçekleşeceğini kabul etmektedir⁸⁸². Bu fikrin temelini, TBK m. 485 düzenlemesi oluşturmakta ve içerik olarak bu hükme benzer şekilde iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle sözleşmenin sona erdiği hallere de TBK m. 485’in kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak, bu ileriye etkili sonuç doğurma halinin yüklenicinin eseri meydana getirmeye başladıktan sonra uygulanabileceği belirtilmektedir⁸⁸³. Böylece, meydana getirme faaliyetleri başladıktan sonra alacaklı

⁸⁸⁰ **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 11; **Schraner**, ZK OR, Art. 95 N. 4; **Bernet**, BSK OR, Art. 95 N. 1.

⁸⁸¹ Ancak, doktrinde, verme borçlarında da sözleşmeden dönme imkânının tanınması gerektiğini ileri süren yazarlar bulunmaktadır. Bkz. **Serozan**, Dönme, s. 324. Bu görüşün eleştirisi için bkz. **Koç**, s. 263; **Akkanat**, Temerrüt, s. 137. Alacaklının seçim hakkını kullanmaması sebebiyle borçlunun tevdi veya satışa başvurmadığı verme borçları bakımından sözleşmeden dönme imkânının kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. **Bucher**, OR AT, s. 326; **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 12; **Von Tuhr/Escher**, s. 84; **Bernet**, BSK OR, Art. 95 N. 1; **Koç**, s. 144; **Akkanat**, Temerrüt, s. 95. Edimin belirsiz olduğu hallerde de dönme hakkının tanınmasının mümkün olmadığı hususunda **Staubert**, N. 484. Kanaatimizce, kanun koyucunun açık ifadesi karşısında verme borçları bakımından sözleşmeden dönme imkânının sağlandığı sonucuna ulaşılamaz.

⁸⁸² **Gauch**, Werk, N. 1342; BGer 4A_603/2009 vom 9.6.2010, E.2.2; **Koller**, Werk, N. 479; **Zeltner**, N. 257; **Stöckli, Hubert**, Schaden und Schadenersatz beim Bauen, Schweizerische Baurechtstagung 2003, s. 34; **Rey**, Mitwirkung, N. 1454; **Schulin**, s. 94 (Yazar, doğrudan fesihden bahsetmese de, yüklenicinin eseri saklamak veya geri almak zorunda olmadığını belirtmekte ve yüklenicinin eserin yapılan kısmına ilişkin ücrete hak kazanacağını belirtmektedir.); **Gehrer**, FS Assista, s. 175.

Sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi Alman ve Avusturya hukukunda işbirliği temerrüdü nedeniyle yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirdiği hallerle de uyusmaktadır. Bkz. BGB §643, 645; ABGB §1168/2.

⁸⁸³ **Gauch**, Werk, N. 1342; BGer 4A_603/2009 vom 9.6.2010, E.2.2.

temerrüdü sebebiyle yüklenici sözleşmeden dönerse, TBK m. 485/I kıyasen uygulanır ve yükleniciye, eserin meydana getirilen kısmının değeri ile bu değere girmeyen giderleri ödenir. İş sahibinin meydana getirilen kısmın değerini ödemesine karşılık, tabii olarak tamamlanmamış eseri talep etme hakkı ortaya çıkar. Bu noktada, meydana getirilen kısmın iş sahibi bakımından kullanılabilir olup olmadığının önemi bulunmamaktadır. İsviçre doktrininde baskın görüşe karşı olan bir görüş, yüklenicinin, sözleşmeyi ileriye veya geçmişe etkili sona erdirmeye konusunda kendisine seçimlik hak tanınması gerektiğini ve böylece yüklenicinin menfaatine göre karar verebileceğini ileri sürmektedir⁸⁸⁴.

Kanaatimizce yüklenicinin TBK m. 110'dan kaynaklanan hakkının ileriye etkili sonuçlar doğuracağı fikrinin Türk hukuku bakımından da kabul edilmesi gerekir⁸⁸⁵. Kanun koyucu, TBK m. 483 ile teslim anına kadar bedel hasarına yüklenicinin katlanması gerektiğini düzenlemiştir. Başka bir deyişle, eserin teslimine kadar yüklenicinin, bedele ilişkin herhangi bir talep imkânı bulunmamaktadır. TBK m. 483 ile düzenlenmiş olan bu kural, yüklenici aleyhine oldukça katı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Ancak, kanun koyucu, TBK m. 483/II, m. 484 ve m. 485 düzenlemeleriyle, bu kuralını yumuşatmış ve iş sahibine yükletilebilen durumlar sebebiyle yüklenicinin, meydana getirdiği esere ilişkin bedeli talep edebileceğini düzenlemiştir. İş sahibinin, alacaklı temerrüdüne yol açarak yükleniciyi sözleşmeden dönmeye zorladığı hallerin de belirtilen hükümler kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ancak, TBK'da bu duruma ilişkin bir düzenlemeye ne alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde ne de eser sözleşmesinde yer verilmiştir. Gerçek bir hukuki boşluğun⁸⁸⁶ söz konusu olduğu bu durumda, yüklenicinin, TBK m. 110'a dayanan hakkını kullanması halinde kıyasen TBK m. 483 ve 485'in uygulanmasıyla *“yaptığı işin değeri”* ve *“bu değere girmeyen giderleri”* talep edebilmesinin sağlanması gerekir. Yüklenicinin yaptığı işin değerine yönelik talep hakkı, iş sahibinin sözleşmeden doğan bedel ödeme borcuna dayanmaktadır. Bu sebeple, yüklenicinin eserin ifasına başladığı durumlarda, meydana getirdiği eserin değerini kararlaştırılan bedel çerçevesinde talep edebilmesi, dönmenin, fesih olarak nitelendirilmesini gerektirir. Bunun yanı sıra, aşağıda da değinildiği üzere, iş sahibinin temerrüde yol açan bazı davranışları, TBK m. 484 kapsamında sözleşmenin feshi anlamına da gelebilmektedir. Dolayısıyla, iş sahibinin temerrüde yol açan bazı davranışlarının TBK m. 484 kapsamında

⁸⁸⁴ Koller, Werk, N. 479.

⁸⁸⁵ Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 223; Buz, Vedat, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD 1994, C. 49 S. 1-2, s. 29; Ardic, s.193; Arpacı, s. 238; Seçer, Fesih, s. 239; Ünal, s. 452.

⁸⁸⁶ Meseleyi TBK m. 126 açısından inceleyerek boşluk bulunduğunu ileri süren görüş için bkz. Ardic, s. 193 vd.

değerlendirilerek fesih sonucuna gidilirken; TBK m. 110 kapsamında geçmişe etkili olarak sözleşmenin sona erdirilmesi de adil olmayan sonuçlara yol açar⁸⁸⁷.

İleriye etkili sona erme bakımından, meydana getirme faaliyetlerinin başlamış olması ayırımına da kanaatimizce gerek bulunmamaktadır. Her şeyden önce kıyasen esas alınan TBK m. 483 ve 485'te düzenlenen hukuki sonuçlar bakımından böyle bir farklılık söz konusu değildir. Buna ek olarak, meydana getirme faaliyetlerine başlamaktan ne anlaşılması gerektiği de açık değildir. Zira bu hal somut olayın özelliklerine göre değişecek olmakla birlikte oldukça belirsiz bir duruma işaret eder. Örneğin, yüklenicinin, yapacağı iş için gerekli malzeme, araç gereci tedarik ettiği veya alt yüklenicilerle sözleşme akdettiği fakat işe ilişkin fiziki bir davranışta bulunmadığı durumlarda, meydana getirme faaliyetlerine başlanıp başlanmadığı belirsizdir. Bu sebeple, kanaatimizce böyle bir ayırım yapılması yerinde değildir. Ayrıca, ifaya başlamadan önce temerrüt nedeniyle dönme fikri kabul edildiğinde, yüklenicinin yapmış olduğu faaliyetlere ilişkin karşılanması gereken masraflarının bir kısmı bakımından kusur şartı aranacak iken, feshin kabulünde yüklenici, kusur şartının aranmadığı “*bu değere girmeyen giderler*” kapsamında talep imkânına sahiptir. Örneğin, işsahibinin arazisine yapacağı inşaat için şantiyesini kuran ve gerekli malzeme ve araçları inşaat sahasına getiren yüklenici, işsahibinin inşaat planlarını vermemesi sebebiyle işe başlayamamış ve sözleşmeyi TBK m. 110 kapsamında sona erdirmiş olsun. Bu durumda, yüklenicinin, işsahibinin arazisine yaptığı zorunlu veya faydalı giderlerden değil⁸⁸⁸, sözleşmenin ifasına olan güveni sebebiyle yapılan harcamalar söz konusudur. Dönmenin kabul edilmesi halinde yüklenici, bu giderleri ancak işsahibinin kusurunu da ispatlayarak menfi zararın tazmini talebiyle elde edebilir⁸⁸⁹. Oysa feshin kabulü ve kıyasen TBK m. 485'in uygulanması ile anılan giderler kusur ispatına gerek olmaksızın “*bu değere girmeyen giderler*” kapsamındadır. Nitekim bu sonuç, davranışların külfet niteliğiyle de uyumlu olup TBK m. 110'da tazminata yer verilmemiş olmasının da sebebi olarak yorumlanmaya müsaittir. Böylece, hem külfet niteliğine rağmen

⁸⁸⁷ Hatta Alman hukukunda bir görüşe göre, işsahibinin işbirliği davranışından kaçınarak ifaya engel olduğu durumlar sebebiyle yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirdiği hallerde, işsahibinin tam tazminatla feshinin hukuki sonuçlarına göre değerlendirme yapılması gerektiği ileri sürülmektedir. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB §643, Rn. 18.

⁸⁸⁸ Bu noktada, yüklenicinin yaptığı harcamalar sözleşme konusuna ilişkin olmadığından menfi zarar kalemi kapsamındadır. Edime ilişkin yapılan harcamalarda ise, dönmeye ilişkin benimsenen görüşe göre sorumluluk da farklılaşır. İade borcunun sebepsiz zenginleşmeye veya kanuni borç ilişkisine dayandığının kabul edildiği durumlarda, yüklenici, TBK m. 80 çerçevesinde işsahibinden talepte bulunabilirken (bkz. **Ürem**, s. 224), aynı etkili dönme görüşünün kabulü halinde, yüklenici, haksız zilyet konumuna düşecek ve TMK m. 994'ün kıyasen uygulanması ile yalnız zorunlu ve yararlı giderleri talep edebilecektir (Bkz. **Buz**, Dönme, s. 231). Yeni dönme görüşünün kabulünde ise, yüklenicinin yaptığı harcamalarla ilgili kıyasen TBK m. 80'in uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. (Bkz. **Kurt**, Temerrüt, s. 318; **Serozan**, Dönme, s. 554).

⁸⁸⁹ **Öz**, Dönme, s. 288; **Buz**, Dönme, s. 244; **Ergüne, Mehmet Serkan**, Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 291.

tazminatın kabul edilmesiyle dogmatik açıdan uyumsuzluk oluşturulmamış hem de yüklenicinin temerrüt sebebiyle dezavantajlı konuma düşmesi engellenmiş olur.

Alman (BGB §643) ve Avusturya (ABGB §1168/2) hukuklarında da eser sözleşmesinde yükleniciye tanınan sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı, fesih olarak anlaşılmakta⁸⁹⁰ ve sona erme durumunda Alman hukukunda, BGB §645'te yer alan hukuki sonuçlara (yapılan işin değeri ve bu değere girmeyen giderlere⁸⁹¹) atıf yapılmaktadır. Avusturya hukukunda ise, yüklenicinin sözleşme ile kararlaştırılan bedelden, çalışmanın tamamlanmaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu veya sona erme nedeniyle başka işlerden elde ettiği ya da bilerek elde etmeyi ihmal ettiklerinin düşülmesinden sonra geri kalan tutara hak kazanacağı düzenlenmiştir⁸⁹².

Kanaatimizce yüklenicinin ileriye veya geçmişe etkililik hususunda seçim hakkının bulunduğu fikri ise, hukuki bir dayanağı bulunmadığı için kabul edilmemelidir. Zira borçlu bakımından borca aykırılık oluşturan borçlu temerrüdünde dahi böyle bir imkân yokken, borçlunun yalnız sözleşmeyle olan bağlılığından kurtulabilmesi için (borca aykırılık sebebiyle değil) düzenlenmiş olan TBK m. 110 kapsamında bu sonuca ulaşmak mümkün olmamalıdır.

Özetle, TBK m. 110 hükmünde yer alan sözleşmeden dönme ifadesinin eser sözleşmesi bakımından fesih olarak nitelendirilmesi ve sona erme sonucunda TBK m. 485'te düzenlenen sonuçların kıyasen uygulanması gerekir. Aşağıda da bu nitelemeye uygun şekilde açıklamalar yapılmış olup yapılan işin değeri, bu değere girmeyen giderler ve m. 485/II'de yer alan “tazminat” ifadesi incelenmiştir. İş sahibinin hazırlık fiillerinden kaçınması durumunda yüklenicinin, borcundan kurtulmasına hizmet eden sözleşmeden dönme imkânı bakımından kanun koyucu, borçlu temerrüdü hükümlerine atıfta bulunduğu için, borçlu temerrüdü kapsamında sözleşmeden dönme için geçerli olan kurallar, burada da uygulanır. Buna göre, hakkın kullanılabilmesi için iş sahibine süre verilmesi gerekir⁸⁹³.

3.1.2.3.2. Şartları

3.1.2.3.2.1. Alacaklı Temerrüdü

Yüklenicinin sözleşmeyi feshedebilmesi için öncelikle alacaklı temerrüdünün gerçekleşmiş olması gerekir. Dolayısıyla, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün gerçekleşmediği

⁸⁹⁰ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §643 Rn. 17; **Busche**, MüKo BGB, §643 Rn. 1.

⁸⁹¹ BGB §645: “...einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen”.

⁸⁹² ABGB §1168/1: “Unterbleibt die Ausführung des Werkes, so gebührt dem Unternehmer gleichwohl das vereinbarte Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Bestellers liegen daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Arbeit erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.”.

⁸⁹³ **Von Tuhr/Escher**, s. 83; **Bernet**, BSK OR, Art. 95 N. 2; **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 15; **Schraner**, ZK OR, Art. 95 N. 15; **Schulin**, s. 94.

durumlarda, yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi hüküm ve sonuç doğurmaz. Buna göre, doktrinde de belirtildiği üzere, taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona ermesinden veya tasfiye ilişkisine dönüştüğünden bahsetmek mümkün değildir⁸⁹⁴. Ancak, Yargıtay, sözleşmeden dönmenin haksız olduğu durumlarda da borç ilişkisinin sona ereceğini ancak bu hakkını haksız olarak kullanan tarafın, karşı tarafın zararlarını gidermekle yükümlü olduğu sonucuna hükmetmiştir⁸⁹⁵. Kanaatimizce, bu fikir, ahde vefa ilkesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla, yüklenicinin de fesih hakkını kullanabilmesinin temel şartı, alacaklı temerrüdünün doğumudur. Hemen belirtelim ki, TBK m. 111’de yer alan durumlar sebebiyle de yükleniciye fesih hakkı tanınır⁸⁹⁶. Buna karşılık, davranışın gereği gibi yerine getirilmediği hallerde, yalnız bu sebeple fesih mümkün değildir⁸⁹⁷.

Fesih için alacaklı temerrüdü şart olduğundan, iş sahibinden kaynaklı imkânsızlığın söz konusu olduğu hallerde de fesih tabii olarak mümkün değildir. Gerçekten de, iş sahibinin davranışı yerine getirmesinin kesin vadeye bağlanması veya amacın gerçekleşmesi vb. sebeplerle imkânsızlık yarattığı durumlarda da yüklenicinin borcu sona ereceğinden, feshe gerek duyulmaz.

Feshin kullanılabilmesi için alacaklı temerrüdü gerekmeyle birlikte, kanun koyucu aynı zamanda teslimi gerektiren bir şeyin bulunmamasını da aramıştır (TBK m. 110). Bu ifade, sözleşme konusunun maddi bir edimden oluşmamasını değil, temerrüt ortaya çıktığında sözleşme konusunun teslim edilebilir nitelikte olmamasını ifade eder. Nitekim kanun koyucu teslimin mümkün olduğu haller bakımından kural olarak tevdiyi, istisnai olarak da satma hakkını öngörmüştür. Başka bir deyişle, eser, teslim edilebilir durumda ise, yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkından bahsedilemez⁸⁹⁸. Bu sebeple, sözleşmenin feshi yukarıda⁸⁹⁹ da açıklandığı üzere, ancak hazırlık fiillerinde temerrüde düşülmesi halinde söz konusudur. Ancak, eserin teslim edilebilirliğini ayırt etmek her zaman kolay olmaz. Özellikle yapma edimlerinde, kimi zaman iş sahibinin davranışı hem hazırlık fiili hem de teslim alma

⁸⁹⁴ Ürem, s. 153; Buz, Yenilik, s. 236; Altınok Ormancı, Pınar, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 177. Ani edimli sözleşmeler bakımından haksız dönmenin sözleşmeye aykırılık kapsamında ve imkânsızlık durumuna göre değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. Demirsatan, s. 119 vd., s. 148, Haksız fesih bakımından s. 248 vd.

⁸⁹⁵ YHGK E. 2011/11-693 K. 2012/88 T. 22.2.2012. Kararın eleştirisi için bkz. Özmen, Etem Saba/Ürem, Müge, Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İBD C. 90 S. 2016/3, İstanbul 2016, s. 193-219.

⁸⁹⁶ Akkanat, Temerrüt, s. 139 vd.; Weber, BK OR, Art. 96 N. 37.

⁸⁹⁷ Bkz. 2.2.2.2.2.2.

⁸⁹⁸ Örneğin, yüklenicinin eseri tamamladığı ancak teslimin hangi ulaşım türüyle (kara, deniz, hava taşımacılığı) gerçekleşeceğine iş sahibinin karar vermesinin gerektiği bir durumda, iş sahibi bu karardan kaçınırsa artık yüklenicinin yalnızca tevdi veya satış hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir. Gerekece belirtilmemekle birlikte teslim almaktan kaçınma durumunda sözleşmeden dönmenin mümkün olduğu hususunda bkz. Seçer, Fesih, s. 240.

⁸⁹⁹ Bkz. 2.2.2.2.1.

niteliğinde olabilir. Tek seferde gerçekleşecek tamir için gelen yüklenicinin eve alınmaması, elbise dikiminde son provaya gidilmemesi bu duruma örnek gösterilebilir. Kanaatimizce, bu tip durumlarda, belirleme yapılırken temerrüdün gerçekleşmesiyle birlikte yüklenicinin gereği gibi teslim edebileceği bir eserin olup olmamasına göre duruma karar verilmelidir. Dolayısıyla, terzi örneğinde işsahibi her ne kadar son provaya gittiğinde ifa gerçekleşebilecek olsa da bu davranış yerine getirilmediği sürece teslim edilebilecek bir eserden bahsedilemediği için fesih imkânının sağlanması gerekir.

Yüklenicinin fesih hakkı bakımından eserin tamamlanmış olması da bir kıstas olarak uygulanabilir⁹⁰⁰. Gerçekten de, eserin tamamlanmasından sonra işsahibinin alacaklı temerrüdü halinde yüklenicinin fesih hakkından bahsedilemez⁹⁰¹. Eserin tamamlanması, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilecek olmakla birlikte, kural olarak yüklenicinin sözleşme ile borçlandığı faaliyetlerin tamamını yerine getirmiş olmasını gerektirir⁹⁰². Bu fıkre göre, bir bilgisayar programının imaline ek olarak sisteme yüklenmesinin veya meydana getirilen eserin yanı sıra personelin programın kullanımına ilişkin eğitilmesinin de kararlaştırıldığı hallerde, ancak yükleme ve eğitimin de gerçekleşmesiyle eserin tamamlanacağı kabul edilmektedir⁹⁰³. Bu görüşün kabulü durumunda, programın imaliyle eser tamamlanmış sayılmayacağından yüklenicinin yalnız sözleşmeyi fesih imkânı vardır. Ancak somut olayın özelliklerine göre yükleniciye sözleşmeyi ileriye etkili sona erdirmesinin yanı sıra, teslim borcunun konusu olabilen edim bakımından (tamamlanmış bilgisayar programı) da tevdi veya satış hakkının tanınmasından bahsedilebilir. Bu durumda, kanaatimizce değerlendirme yapılırken somut olayın özellikleri dikkate alınarak, işsahibinin ulaşmak istediği sonuç tespit edilmeli ve bu sonucun tamamlanmadığının kabul edildiği hallerde feshin, buna karşılık ayıplı da olsa işsahibinin ulaşmak istediği sonuca hizmet eden ve tevdi veya satışa uygun olan eserlerde ise, yüklenicinin bu edimle ilgili fesih hakkının bulunmadığı kabul edilmelidir⁹⁰⁴. Eserin tamamlandığında ayıplı olmasının ise, fesih hakkının kullanılabilmesi bakımından bir

⁹⁰⁰ Ayrıca, işsahibinin her ne kadar eksik eseri teslim alma hakkı bulunmaktaysa da, kural olarak tamamlanmamış eserin tesliminin teklifi, gereği gibi ifa niteliğinde olmadığından işsahibinin alacaklı temerrüdü ve dolayısıyla yüklenicinin fesih hakkı gündeme gelmez. Bu durumun istisnasını da işsahibinin teslim almaktan kaçınmasının TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği haller oluşturur.

⁹⁰¹ Eserin tamamlanmasından sonra, fesih hakkının kullanılabilmesi istisnai durumlar da mümkündür. Seçimlik borcun söz konusu olduğu haller buna örnektir. Gerçekten de, yüklenicinin, iki farklı eser meydana getirip işsahibinin seçeceği birinin tesliminin kararlaştırıldığı durumlarda, seçimini yerine getirmeyen işsahibine karşı, yüklenicinin, eserler tamamlanmış olmasına rağmen sözleşmeden dönme hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

⁹⁰² **Gauch**, Werk, N. 101; **Kurt**, Temerrüt, s. 70; **Ayan**, s. 60 vd.; **Tandoğan**, II, s. 126; **Seçer**, Fesih, s. 100; **Buz**, BK m. 369, s. 228.

⁹⁰³ **Gauch**, Werk, N. 102.

⁹⁰⁴ Eser teslim ile montajın borçlanıldığı satış sözleşmeleri ayrımı hususunda detaylı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 130 vd.; **Bühler**, Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau, s. 66 vd. Ayrıca, eserin bölünebilir olduğu veya yan edimin yerine getirilmesinde alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği hallerde, yüklenicinin kısmi feshinden de söz edilebilir. TBK m. 484 anlamında kısmi feshin ilişkili bkz. **Gauch**, Werk, N. 592; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 26. Aksi yönde, **Koller**, Werk, N. 1047.

önemi yoktur. Zira önemsiz ayıplar istisna olmak üzere, iş sahibinin ayıplı eseri de teslim almaktan kaçınması mümkün olduğundan alacaklı temerrüdü ortaya çıkmaz. Meydana getirme ve teslimin aynı anda gerçekleştiği veya maddi varlığı olmayan eserler bakımından ise, tevdi/satma imkânı bulunmadığından, bu tip durumlarda her zaman yüklenicinin fesih hakkının varlığı kabul edilmelidir.

3.1.2.3.2.2. Süre Verilmesi

Yüklenicinin fesih hakkını kullanabilmesi, borçlu temerrüdü hükümlerine tâbi olduğundan, TBK m. 123 gereği, iş sahibine süre verilmesini gerektirir⁹⁰⁵. Verilen sürenin uygun nitelikte olması gerekir. Uygun sürenin belirlenmesinde, iş sahibinin davranışı yerine getirebileceği süre ile somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır⁹⁰⁶. İş sahibi, davranışı ne zamana kadar yerine getirmesi gerektiğini şüpheye yer vermeyecek şekilde öğrenebilmelidir⁹⁰⁷. Süre tanınması en erken alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği andan itibaren mümkündür.

İş sahibine ulaşması gereken fesih beyanının verilen süre ile birlikte bildirilmesinin zorunlu olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Doktrinde, borçlu temerrüdü bakımından, alacaklının, borçluya süre vermesiyle birlikte hangi seçimlik hakkını (borcun ifasından vazgeçme veya sözleşmeden dönme) kullandığını belirtmesinin zorunlu olmadığı ileri sürülmektedir⁹⁰⁸. Buna karşılık, Alman hukukunda ise, iş sahibinin alacaklı temerrüdü durumunda yüklenicinin, iş sahibine verdiği süreyle sözleşmenin sona ereceğini de bildirmesi şartı aranmaktadır (BGB §643)⁹⁰⁹. Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından borçlu temerrüdü hükümlerine atıf yapıldığından, süreyle birlikte fesih bildirimi zorunlu bir şart olarak aranmamalıdır. Bununla birlikte, yüklenicinin verilen süre sonunda, borçlu temerrüdünün aksine seçimlik hakları olmayacağından başvurabileceği tek imkân fesihtir. Bu sebeple,

⁹⁰⁵ **Antalya**, V/1,3, N. 962; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1185; **Eren**, Genel, N. 3220; **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 15; **Schraner**, ZK OR, Art. 95 N. 15; **Koller**, OR AT, N. 56. 91; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2465; **Von Tuhr/Escher**, s. 83; **Staubert**, N. 508; **Schraner**, ZK OR, Art. 95 N. 15. Süre verilmesinin niteliği, kişi, içerik vb. modaliteler hususunda borçlu temerrüdü için geçerli olan açıklamalar, alacaklı temerrüdünde de roller değişmiş olarak uygun düştüğü ölçüde geçerli kabul edilmelidir. Aynı yönde, **Staubert**, N. 519. Borçlu temerrüdünde süre verilmesine ilişkin detaylar için bkz. **Schenker**, N. 448 vd.

⁹⁰⁶ Uygun süreye ilişkin bkz. **Antalya**, N. 2744 vd.; **Eren**, Genel, N. 3477; **Seliçi**, İnşaat, s. 70 vd.; **Ayan**, s. 217-218 (Yazar, borçlu temerrüdü bakımından uygun sürenin belirlenmesinde, yapılması gereken işin miktarının, gecikmeye neden olan sebeplerde tarafların etkisinin, kusur durumunun, işin tamamlanmasına ilişkin iş sahibinin menfaatinin değerlendirilmesi gerektiğini belirtmekte ve yükleniciden normalin üzerinde bir çalışma temposunun beklenebileceğini vurgulamaktadır.). Buna göre, yüklenicinin ifa teklifinden sonra temerrüt için iş sahibine uygun süre tanınmasının gerektiği hallerde, bu sürede yerine getirmeyen iş sahibine karşı sözleşmeyi feshetmeden önce -TBK m. 124'te belirtilen haller oluşmamışsa- kanaatimizce davranışın olağan şekilde yerine getirilebilmesi için gereken uzunlukta süre tanınması gerekmez.

⁹⁰⁷ **Staubert**, N. 518; **Von Tuhr/Escher**, s. 148; **Antalya**, N. 2743; **Eren**, Genel, N. 3478.

⁹⁰⁸ **Schenker**, N. 459; **Von Tuhr/Escher**, s. 149; **Eren**, Genel, N. 3478; **Antalya**, N. 2738.

⁹⁰⁹ **Kögl**, Beck OGG BGB §643, Rn. 17.

sürenin sona erdiği anda, sözleşmenin de feshedilmiş sayılacağı, iş sahibine bildirilmiş olması şartıyla geçerlidir. Burada, yenilik doğuran nitelikteki fesih hakkı, yalnız muhatabın (iş sahibinin) iradesine bağlı bir şarta bağlandığından geçersizlik söz konusu olmaz⁹¹⁰. Süreyle birlikte fesih bildiriminin yapılmadığı durumlardaysa, yüklenicinin ayrıca fesih bildirimine ihtiyaç vardır⁹¹¹. Yüklenicinin süre verirken, iradesinin feshiye yönelmediği durumlarda dahi verilen sürenin dolmasıyla fesih hakkının doğduğunun kabul edilmesi gerekir. Bu durum, süre vermenin hukuki işlem benzeri fiil niteliğinin sonucudur⁹¹².

Yüklenicinin süre tanınmasına ilişkin değerlendirilmesi gereken hususlardan bir diğeri de verilen süre içerisinde yüklenicinin fesih bildiriminden vazgeçmesinin mümkün olup olmadığıdır. Alman hukukunda baskın görüşe göre, yüklenicinin, bildirim ulaşana kadar değil, sürenin sonuna kadar fesihten vazgeçmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁹¹³. Kanaatimizce, aynı durum, Türk hukuku bakımından da kabul edilmeli ve sürenin sonuna kadar fesihten vazgeçme mümkün olmalıdır. Süre sona erdikten sonra da tarafların karşılıklı anlaşmayla feshi ortadan kaldırmaları tartışmalı olmakla birlikte taraflara tanınmalıdır⁹¹⁴.

Yüklenicinin süre vermeden sözleşmeyi feshedebileceği haller de mevcuttur. Bu durumun ilk örneğini TBK m. 124/1 oluşturur. Gerçekten de, süre vermede amaç iş sahibinin yüklenicinin müdahalesine karşı korunması olduğundan, bu korunmayı gerektirmeyen durumların tespiti halinde, süre verilmeden sözleşme feshedilebilir. Ancak, TBK m. 125/II'den de anlaşıldığı üzere, süre verilmesine gerek bulunmasa da, fesih açıklamasının iş sahibine hemen bildirilmesi gerekir. Süre verilmesini gerektirmeyen durumlarla ilgili TBK m. 124'te düzenlenen diğer iki ihtimalin (TBK m. 124/2, 3) alacaklı temerrüdü açısından uygulanmasına ise, çekince ile yaklaşmak gerekir. Zira TBK m. 124/2'nin konumuza uygulanması halinde, ifanın yüklenici için yararsız kaldığı durumlarda, iş sahibine süre tanınmadan fesih imkânının sağlanması gerekir. Ancak, borçlu temerrüdünden farklı olarak alacaklı temerrüdünde yükleniciye tanınan feshin amacı, onun, iş sahibinin davranışını daha fazla beklemeksizin borcundan kurtulabilmesidir. Başka bir deyişle, iş sahibinin hazırlık fiili yüklenici açısından amaç olmadığından yararsız kalması durumu da söz konusu değildir⁹¹⁵.

⁹¹⁰ Yenilik doğuran haklar, kural olarak şart bağlanamaz. Ancak, muhatabın iradesine bağlı şartların geçerliliği hususunda **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 259.

⁹¹¹ Bu sebeple, süre sonunda yüklenici, isterse fesih bildiriminde bulunmayabileceği gibi, fesih bildirimli süre verdiği durumlarda da bu süre içerisinde fesih beyanını geri alabilmelidir.

⁹¹² **Von Tuhr/Escher**, s. 149; **Eren**, Genel, N. 3478 dn. 352'de belirtilen yazarlar.

⁹¹³ **Kögl**, Beck OGK BGB §643, Rn. 11, Özellikle dn. 12; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §643 Rn. 15.

⁹¹⁴ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 448, 471; **Kögl**, Beck OGK BGB §643, Rn. 11; **Busche**, MüKo BGB §643, Rn. 5.

⁹¹⁵ **Stauber**, N. 515; **Schenker**, N. 516 (Yazar, alacaklı için yararsız olma durumunun para alacaklarında söz konusu olmayacağını belirtmektedir.).

TBK m. 124/3'te belirtilen kesin vadeli işlemlerden ne anlaşılması gerektiği hususunda ise, doktrinde tartışma bulunmaktadır. Zira bir görüşe göre, kesin vadeli işlemler, nispi ve mutlak kesin vadeli işlemler şeklinde tasnif edilmekte olup mutlak kesin vadeli işlemlerde, vadenin geçmesiyle ifa imkânsızlaşırken, nispi kesin vadeli işlemlerde ise, ifa gerçekleştirilebilecek olmakla birlikte, alacaklının borçluya süre tanımasına gerek kalmaksızın seçimlik haklarını kullanma imkânı vardır⁹¹⁶. Başka bir deyişle, TBK m. 124/3'te yalnız nispi kesin vadeli işlemler düzenlenmiştir. Buna karşılık, diğer bir görüşe göre ise, kesin vade tek bir kavram olup sürenin geçmesiyle imkânsızlığın doğduğu haller bakımından da TBK m. 124/3'e dayanarak temerrüt hükümlerinin uygulanması gerekir⁹¹⁷. Hükümün alacaklı temerrüdüne uygulanması bakımından iki farklı durum ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yüklenicinin ediminin kesin vadeye bağlı olması sebebiyle iş sahibinin davranışının da kesin vadeli olması halidir. Örneğin, düğün gününe gelinliğin yetişmesi için, teslimden en geç 5 gün önce iş sahibinin provaya gelmesinin gerektiği bir durumda, davranışın kesin vadesi, her iki taraf için de geçerlidir⁹¹⁸. Böyle bir durumda, iş sahibinin provaya gelmemesiyle birlikte, artık yüklenicinin sözleşmeden fesih için süre vermesi gerekmediği gibi teslim tarihi geldiği andan itibaren de imkânsızlıktan bahsedilmelidir. İstisna olarak karşılaşılabilecek olmakla birlikte, yüklenicinin ediminden bağımsız biçimde iş sahibinin davranışının kesin vadeli olmasında ise, kanaatimizce, TBK m. 124/3'ün uygulanarak süre verilmeksizin sözleşme feshedilebilmelidir⁹¹⁹. Örneğin, çok fazla hastası olan bir estetik cerrahın, yoğun programı içerisinde, verdiği tarihte ameliyata gelmeyen hastasına karşı, herhangi bir süre tanımadan sözleşmeyi feshetmesi mümkündür.

3.1.2.3.2.3. Sözleşmenin Başka Bir Sebep Sona Ermemiş Olması (TBK m. 484)

Yüklenicinin sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri de borç ilişkisinin devam ediyor olmasıdır. Başka bir deyişle, fesih hakkının kullanılmasından önce sözleşmenin sona erdiği durumlarda tabii olarak TBK m. 110'a başvurulamaz. Sözleşmenin sona ermesi, ikale, imkânsızlık (TBK m. 485, 486), borca aykırılık sebebiyle iş sahibi veya yüklenicinin sözleşmeden dönmesi (TBK m. 112, 125), beklenmedik durumların ortaya çıkması (TBK m. 480/II), yaklaşık bedelin aşılması (TBK m.

⁹¹⁶ Keskin, Ayşe Dilşad, Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık, GÜHFD, C. XI, S. 1-2 Y. 2007, s. 215; Serozan, İfa, §17 N. 13; Antalya, N. 2790; Kurt, İmkânsızlık, s. 107.

⁹¹⁷ Von Tuhr/Escher, s. 151; Altunkaya, s. 125; Seliçi, Özer, Kesin Vadeli İşlemler, İÜMHAD, Y. 1968, C. 2, S. 3, s. 96; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 2749 vd.

⁹¹⁸ Kesin vadenin tek ve çift taraflılığına ilişkin bkz. Schenker, N. 523.

⁹¹⁹ Kesin vade halinin alacaklı temerrüdünde, ya iş sahibi ya da her iki taraf için ifa zamanının önemli olduğu durumda uygulanacağı hususunda bkz. Stauber, N. 517. Kesin vadeli işlemlerde, borçlunun sözleşmeden dönme açıklamasında bulunmasına gerek olmadığı hususunda bkz. Koller, OR AT, N. 56. 93.

482/II) veya işsahibinin tazminat karşılığı feshiyle (TBK m. 484) de sona erebilir. Bu çalışma bakımından incelenmesi gereken durum, TBK m. 484'te düzenlenen tazminat karşılığı fesih halidir. Zira işsahibinin davranıştan kaçınmasının kesin ve sürekli olduğu hallerde TBK m. 484'ün şartları sağlanmış olacağından kimi durumlarda iki müessesenin birbirinden ayırt edilmesi zordur. Eserin tamamlanmasından önce⁹²⁰, işsahibinin istediği zaman kullanabileceği şekle bağlı olmayan yenilik doğurucu nitelikteki fesih hakkı ile eser sözleşmesi sona erer. İşsahibi, bu hakkını açık veya örtülü irade beyanıyla kullanabilir⁹²¹. Hakkın açıkça kullanıldığı durumlarda, yüklenicinin temerrüde dayalı fesih hakkını kullanmayacağı hususunda herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Buna karşılık, işsahibinin davranışlarının fesih olarak yorumlanabildiği ve dolayısıyla feshin örtülü olarak gerçekleştiği hallerde ise, durumun tespiti güçlük arz eder.

İşsahibinin karşı tarafa ulaşması gereken irade açıklaması niteliğindeki fesih hakkının kullanıldığı durumların somut olarak tespiti mümkün değildir. Bu sebeple, her bir somut olay bakımından ayrıca değerlendirme yapılması gerekir. Doktrinde, işsahibinin, yükleniciyi, eserin ifasının gerçekleştiği yere almaması gibi sürekli ve kesin bir şekilde engellediği, mahkemeden izin almaksızın işi yüklenici adına kendisinin yaptığı veya üçüncü kişiye yaptırdığı haller ile yükleniciye el atmanın önlenmesi davası açtığı durumlar fesih hakkının örtülü kullanımına örnek olarak gösterilmektedir⁹²². Şüphe halinde, güven ilkesine göre yorum yapılarak sonuca ulaşılması gerekir⁹²³. Bu noktada, tespit edilmesi gereken husus, işsahibinin sözleşmeye devam etmek istemediğinin açık bir şekilde anlaşılmasıdır. Buna göre, işsahibinin temerrüde neden olan davranışlardan kesin ve sürekli surette kaçındığı durumlar, TBK m. 484 kapsamında yer almaktadır⁹²⁴.

İşsahibinin sözleşmeyi kısmen feshedebilmesinin de alacaklı temerrüdünden ayırt edilmesi gerekir. Her ne kadar TBK m. 484 hükmünde yer almasa da, doktrinde, eserin bölünebilir olduğu hallerde, işsahibinin kısmi fesih hakkına da sahip olacağı kabul

⁹²⁰ Bu kapsamda, işsahibinin fesih hakkı sayılabilecek durumların eserin tamamlanması anına kadar gerçekleşmesi mümkündür. Aksi yönde, **Koller**, Werk, N. 1040 (Yazar, hükümde geçen ifadeye rağmen, fesih hakkının teslimin gerçekleşebileceği ana kadar kullanılabileceğini ileri sürmektedir.).

⁹²¹ **Gauch**, FS Locher, s. 36; **Seçer**, Fesih, s. 104; **Buz**, BK m. 369, s. 230; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 24; BGE 129 III 748, E. 7.2; BGER 4C.93/2003 vom 25. August 2003, E. 6.2.2.

⁹²² **öz**, Dönme, s. 113; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 24; **Gauch**, Werk, N. 526.

⁹²³ **Gauch**, Werk, N. 526; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 24. Bununla birlikte, ister TBK m. 484 uygulansın ister yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi sebebiyle TBK m. 485 hükümleri kıyasen uygulansın, temerrüdün işsahibine yükletilebildiği durumlarda TBK m. 485/II ile TBK m. 484 aynı sonuca ulaştırır ve yüklenici açısından elde edebileceği tutarda bir farklılık olmaz.

⁹²⁴ **Gauch**, Werk, N. 526, 1343; **Zeltner**, N. 273; **Öz**, İnşaat, s. 113; **Ardıç**, s. 245; **Kögl**, Beck OGG BGB, §642 Rn. 41. İsviçre Federal Mahkemesi, bakım için bırakılan uçağı işin tamamlanmasından önce teslim almayacağını bildiren alacaklıya karşı, borçlunun açık artırma yoluyla satış hakkına başvurulabileceğine ilişkin kararı (BGE 136 III 178), doktrinde, alacaklının davranışının TBK m. 484 kapsamında değerlendirilmemesi sebebiyle eleştiriyi uğramıştır. Bkz. **Stöckli**, BR 2010, s. 178.

edilmektedir⁹²⁵. Buna göre, iş sahibinin, eserin ayrılabilen bir kısmına ilişkin hazırlık fiilini kesin surette yerine getirmemesi durumunda, kısmi fesih söz konusu olup eserin geri kalanı bakımından sözleşmenin devamına ilişkin iradesi devam ettiğinden alacaklı temerrüdü ortaya çıkmaz. Burada, özellikle, iş sahibinin eserin ifa sürecini askıya almak istediği haller ile kısmi feshin karıştırılma olasılığı bulunmaktadır⁹²⁶. Gerçekten de, iş sahibinin, meydana getirme sürecini ertelemek istediği hallerde, bu durum süreklilik ve kesinlik yaratmadığı sürece kısmi fesih değil, alacaklı temerrüdü olarak değerlendirilebilir⁹²⁷. Böyle bir durumda, buna uymak zorunda olmayan yüklenicinin, öncelenmiş alacaklı temerrüdü (alacaklı temerrüdünün önceden belli olması) kapsamında TBK m. 110'a göre sözleşmeyi feshetmesi mümkündür.

Hazırlık fiilinden kesin bir şekilde kaçınarak örtülü feshe yol açan iş sahibinin, daha sonra fikrini değiştirip işbirliği yapmak istediği ve bunun yüklenici tarafından da kabul edilmesi durumunda ise, feshin geri alındığı sonucuna ulaşılmalıdır⁹²⁸. Bu fikir, yenilik doğuran haklar bakımından geri almanın mümkün olduğunu savunan görüşe de uygundur⁹²⁹. Böyle bir halde, iş sahibinin, davranışı yerine getirmedeği süre bakımından alacaklı temerrüdünün olduğu sonucuna ulaşılmalı ve yükleniciye gerekli masraf vb. taleplerin sağlanması gerekir.

Doktrindeki baskın görüşe⁹³⁰ göre emredici nitelikte olmayan TBK m. 484'ün, taraflarca açıkça veya örtülü olarak kaldırıldığı hallerde ise, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışları bakımından alacaklı temerrüdünün yanı sıra borca aykırılığın da kabul edilmesi gerekir⁹³¹. Son olarak, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne yol açan bir davranışının TBK m. 484'e dayalı olarak sona erdiği hallerde de, eser sözleşmesi ileriye etkili sona erer⁹³². Bu durum, yüklenicinin TBK m. 110'a dayalı sözleşmeden dönme hakkının fesih olarak anlaşılması gerektiğiyle de paralellik arz eder⁹³³.

⁹²⁵ **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 26; **Gauch**, Werk, N. 592 (Yazar, eserin bir bölümün ayrılabilir olmasında, geri kalanının bu bölüm olmaksızın yapılabilir olması gerektiğini belirtmektedir.); **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 10; **Seçer**, Fesih, s. 121. Aksi yönde, **Koller**, Werk, N. 1047.

⁹²⁶ **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 27; **Gauch**, FS Locher, s. 40; **Seçer**, Fesih, s. 123.

⁹²⁷ **Gauch**, Werk, N. 596; **Seçer**, Fesih, s. 123.

⁹²⁸ **Gauch**, Werk, N. 527; **Seçer**, Fesih, s. 107.

⁹²⁹ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s. 471.

⁹³⁰ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 20; **Gauch**, Werk, N. 582; **Buz**, BK m. 369, s. 223; **Seçer**, Fesih, s. 84; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 8; **Koller**, Werk, N. 1045.

⁹³¹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1344a.

⁹³² Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda OR Art. 377'de her ne kadar "Rücktritt" ifadesine yer verilse de, doktrindeki baskın görüş fesih olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Koller**, Werk, N. 1040; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 7. Aksi yönde, **Pedrazzini**, s. 550 özellikle dn. 31.

⁹³³ Aşağıda da açıklandığı üzere, birçok durumda yüklenici, ister temerrüde dayalı sözleşmeyi feshetmiş isterse tam tazminatla fesih gerçekleşmiş olsun aynı talep imkânlarına sahip olur. Bu durum özellikle temerrüdün iş sahibine yükletilebilir olduğu durumlar bakımından geçerlidir. Ayrıca, doktrinde, yüklenicinin fesih için verdiği sürenin sonunda, sözleşmenin iş sahibi tarafından feshedilmiş sayılması ve TBK m. 484'e dayalı taleplerin sağlanması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bkz. **Öz**, İnşaat, s. 114. Alman hukukunda benzer görüş için bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §643 Rn. 19.

3.1.2.3.2.4. İşsahibinin Davranışının Asli Edim Yükümlülüğüne İlişkin Olması

Yükleniciye tanınan fesih hakkının kullanılabilmesi için işsahibinin yerine getirmesi gereken davranışının, yüklenicinin asli edim yükümlülüğüne ilişkin olmasının da zorunlu bir unsur olup olmadığının incelenmesi gerekir. Zira feshin kullanılması bakımından atıf yapılan borçlu temerrüdü hükümlerine her tip yükümlülük ihlalinde başvurulamamaktadır⁹³⁴. Gerçekten de, doktrinde yalnız aynen ifası talep edilebilen ve sözleşmedeki karşılıklılık kapsamında yer alan yükümlülüklerin ihlalinde borçlu temerrüdüne başvurulabileceği ileri sürülmektedir⁹³⁵. Özellikle edim yükümlülüğü kapsamında değerlendirilemeyen yan borçlar bakımından kural olarak tazminat yolunun mümkün olduğu belirtilmektedir. Bununla birlikte, doktrindeki baskın görüşe göre, TBK m. 112 kapsamında yer alan borçlar bakımından da borçlu temerrüdündeki sözleşmeden dönme hakkının kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir⁹³⁶. Kanun koyucunun, yükümlülüklerde dahi kural olarak böyle bir ayırım yaptığı dikkate alınacak olursa, külfet niteliğindeki tüm davranışlara aykırılık halinde fesih hakkının tanınması ilk bakışta çelişkili görünmektedir. Ancak, kanaatimizce, bu sorunun cevabı, TBK m. 106'da yer alan "*borçlunun borcunu ifa edebilmesi için*" ifadesinde yer almaktadır. Zira yukarıda⁹³⁷ da belirtildiği üzere, işsahibinin hazırlık fiilinden kaçınması durumunda yüklenicinin eseri meydana getirmeye devam etmesi bakımından geçici imkânsızlık ortaya çıkar. Böyle bir durumda, yüklenicinin fesih hakkının, işsahibinin davranışlarının hangi edim yükümlülüklerine ilişkin olduğu bakımından sınırlandırılması⁹³⁸, sonucu meydana getiremeyen yüklenicinin işe devam edemediği gibi sözleşme ilişkisini sonlandıramamasına da yol açar. Bu durum, yüklenicinin kaderinin işsahibine terk edilmesi anlamına gelir. İşsahibinin her tip hazırlık fiili bakımından feshin kabulü kanaatimizce borçlu temerrüdünde veya TBK'da yer alan diğer dönme hakkını kısıtlayan hükümlerle çelişki de oluşturmamaktadır. Zira işsahibi tarafından engellenen yüklenici, işsahibine hem ifa teklifinde bulunmuş hem de daha sonra sözleşmeyi sona erdirebilmek adına kural olarak süre tanıyarak işsahibinin korunmasını sağlayacak fırsatı sunmuş olur⁹³⁹.

İşsahibinin davranışının edim yükümlülükleri veya yan yükümlülüğe ilişkin olması dışında, bu hususta değerlendirilmesi gereken bir diğer nokta da davranışın gereği gibi yerine

⁹³⁴ **Buz**, Dönme, s. 114; **Weber**, FS Giger, s. 741; **Schenker**, N. 42; **Rey**, Mitwirkung, N. 1234.

⁹³⁵ **Buz**, Dönme, s. 114; **Weber**, FS Giger, s. 741. Edim yükümlülükleri bakımından temerrüdün söz konusu olacağı hakkında bkz. **Schenker**, N. 42, 769, 776.

⁹³⁶ **Weber**, BK OR, Art. 97 N. 269; **Koller**, OR AT, N. 58.09; **Wiegand**, BSK OR, Art. 97 N. 58; **Eren**, Genel, N. 3347; **Antalya**, N. 2044. Aksi yönde, **Von Tuhr/Escher**, s. 105.

⁹³⁷ Bkz. 1.2.6.4.1.

⁹³⁸ İşsahibinin davranışının yan edim yükümlülüğüne ilişkin olduğu hallerde yüklenicinin feshinin kısmi nitelikte olup olamayacağı ise, sözleşme ile amaçlanan sonucun ne olduğunun tespitine ve somut olayın özelliklerine bağlıdır.

⁹³⁹ **Kögl**, Beck OGG BGB, §643 Rn. 8; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §643 Rn. 7; **Busche**, MüKo BGB, §643 Rn. 6.

getirilmediği durumlarda, yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkına sahip olup olmayacağıdır⁹⁴⁰. Gerçekten de, işsahibi davranışı eksik veya hatalı yerine getirmiş olmakla birlikte, bu durum eserin meydana getirilmesine engel teşkil etmiyorsa başka bir deyişle yalnız ileride eserin yok olması, tamamlanmasının imkânsızlaşması veya ayıplı olmasına sebep olacak bir durum teşkil ediyorsa, yükleniciye kural olarak alacaklı temerrüdüne dayalı olarak fesih hakkı tanınmamalıdır. Zira böyle bir durumda, esasen işsahibinin alacaklı temerrüdünden bahsetmek mümkün değildir. Buna karşılık, davranışın eksik yerine getirilmesi eserin ifasını engelliyor ve yüklenici meydana getirme faaliyetlerine devam edemiyorsa, işsahibinin bu hususta ihtar edilmesi ve yüklenicinin ifaya hazır olması halinde, alacaklı temerrüdü ve dolayısıyla fesih imkânının yükleniciye sağlanması gerekir. Örneğin, yükleniciye eseri meydana getirebileceği alan sağlanmış olmasına rağmen bu alan tarafların anlaşmasından daha küçükse, yüklenici, işsahibine bu durumu ihbar edecek (TBK m. 472/III) ve ileride ek sürenin gerektiği veya fazla maliyetin doğduğu durumlarda bunu talep edebilecektir⁹⁴¹. Alanın küçüklüğü yüklenicinin ifaya devam etmesine engel oluyor veya ifa beklenemez nitelikte ise, artık temerrüt sebebiyle sözleşme feshedilebilir.

3.1.2.3.2.5. Fesih Hakkını Kullanmaktan Feragat Edilmemiş Olması

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, yüklenicinin sözleşmeyi feshedebilmesi için gerekli şartlardan bir diğeri de, bu hakkın taraf iradeleriyle ortadan kaldırılmamış olmasıdır. Doktrinde, TBK m. 110'un tamamlayıcı nitelikte olduğu fikri hâkimdir⁹⁴². Buna göre, yüklenicinin, fesih hakkını kullanmaktan feragati geçerlidir⁹⁴³.

3.1.2.3.3. Sonuçları

3.1.2.3.3.1. Genel Olarak

Yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesiyle birlikte daha önce de belirtildiği üzere kıyasen TBK m. 483 ve 485 hükmü cari olur. Başka bir deyişle, sözleşme sona erdiği ana kadar

⁹⁴⁰ Alman hukukunda, işsahibinin davranışları gereği gibi yerine getirmediği tüm durumların işsahibinin işbirliği temerrüdünün düzenlendiği BGB §642 kapsamında olduğu kabul edilmektedir (**Peters/Jacoby**, Staudinger BGB §642, Rn. 9; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 25). BGB §642'nin uygulandığı hallerde, işsahibine süre tanınarak yüklenicinin sözleşmeyi feshedebileceğinin düzenlendiği BGB §643'te ise, herhangi bir sınırlamaya yer verilmeden fesih hakkı kabul edilmiştir. Buna karşılık, inşaat sözleşmeleri bakımından tarafların kabulü halinde uygulanabilen VOB/B §9/1'de, sözleşmeyi sona erdirmenin ancak davranıştan kaçınmanın eserin ifasını engellediği durumlarda kullanabileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, bu sınırlamanın BGB §643 bakımından da geçerli olması gerektiği belirtilerek yükleniciden sözleşmeyi devam ettirmesinin beklenemeyeceği hallerde sözleşmenin sona erdirebileceği ileri sürülmektedir. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB §643, Rn. 7. Aksi yönde, **Kögl**, Beck OGK BGB, §643 Rn. 8.

⁹⁴¹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1316b, 1316c; **Koller, Alfred**, Durchbrechung des Festpreischarakters von Pauschalpreisverträgen, AJP 2014, s. 766-767.

⁹⁴² **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 13; **Schraner**, ZK OR, Art. 95 N. 14; **Kögl**, Beck OGK BGB, §643 Rn. 26.

⁹⁴³ Feragatin genel işlem koşullarında yer alması durumunda sınırlı olarak kabul edilebileceği hususunda, **Kögl**, Beck OGK BGB, §643 Rn. 28.

geçerliliğini korur ve işsahibinin sözleşme konusu eserin değerini ve bu değere girmeyen giderleri ödemesi gerekir. Buna karşılık, yüklenici de tamamlanmamış eseri iade etmelidir. Bu noktada, tamamlanmamış eserin işsahibinin işine yarayıp yaramamasının önemi yoktur. Durumun işsahibine yükletilebilir olduğu durumlarda yüklenicinin ifa menfaatinin de karşılanması gerekir. Aşağıda sırasıyla bu sonuçlar incelenmiştir.

3.1.2.3.3.2. Sona Ermenin İleriye Etkisi

Sözleşmenin yüklenici tarafından feshedilmesiyle, eser sözleşmesi ileriye etkili (ex nunc) olarak ortadan kalkar. Artık işsahibinin, yükleniciden eserin meydana getirilmesini (tamamlanmasını) talep etmesi mümkün değildir. Buna rağmen, işsahibinin böyle bir talebine karşı, ileriye etkili sona erme hali, itiraz niteliğindedir⁹⁴⁴. Bu sebeple, yüklenici kaçınabileceğini belirtmese dahi bu durum olası bir uyuşmazlıkta hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır. Fesihle birlikte, işsahibi yüzünden belirsiz bir süre boyunca borcuyla bağlı kalmaktan kurtulan yüklenici, sermaye ve emeğini başka işlere yönlendirme imkânını elde eder. Eğer eserin meydana getirilmesine ilişkin malzemeyi de işsahibi sağlamışsa sözleşmenin ileriye etkili son bulması sebebiyle henüz kullanılmamış olan malzemenin de işsahibine iadesi gerekir (TBK m. 472/II).

3.1.2.3.3.3. Sona Ermenin Geçmiş Etkisi

Yüklenicinin sözleşmeyi feshi, ileriye etki doğurduğundan sona erme anına kadar meydana getirilen kısım bakımından sözleşme geçerliliğini aynen devam ettirir. Tarafların da buna dayalı olarak birbirlerinden talepleri gündeme gelir. Buna göre, işsahibi sona erme anına kadar meydana getirilen eseri, yüklenici ise, teslim edilen eserin değerini ve bu değere girmeyen giderleri talep edebilir. Eksik eserin işsahibine verilmesi hususunda, eserin işsahibinin işine yarayıp yaramadığının değerlendirilmesine gerek yoktur. Bu durum, TBK m. 125 veya m. 473 kapsamında yer alan dönmeden farklılık oluşturur⁹⁴⁵. Dolayısıyla, işsahibine her durumda eksik eserin teslimi ve karşılığında bu eserin değerinin ödenmesi gerekir. Tarafların bu hususta birbirlerine karşı talepleri sözleşmeden doğar. Böylece, işsahibinin sözleşmenin sona ermesinden önce bedelin tamamını veya elde ettiği eserden fazlasını ödediği hallerde, yüklenicinin iade borcu da sözleşme kapsamındadır.

⁹⁴⁴ **Buz**, Dönme, s. 155; **Ayan**, s. 254. Sürekli, temelli ve kesin bir def'i olduğu yönünde **Serozan**, Dönme, s. 505 vd.

⁹⁴⁵ **Ayan**, s. 259; **Gauch**, Werk, N. 688.

Sona erme anına kadar sözleşme geçerli olduğundan, işsahibinin eksik eserle ilgili olarak ayrıca ayıp hükümlerine başvurması mümkündür⁹⁴⁶. İşsahibi, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle eserin eksikliği dışında ortaya çıkan ayıplara ilişkin seçimlik haklarını kullanabilir. İşsahibinin ayıp hakları, sözleşmenin sona ermesiyle değil eserin teslimiyle ortaya çıkar⁹⁴⁷. İşsahibinin arazisinde meydana getirilen eserlerde olduğu gibi fiili bir teslimin söz konusu olmadığı eserlerde, ayıba ilişkin muayene ve ihbar külfeti ile zamanaşımının başlangıcı bakımından sözleşmenin sona erdiğinin işsahibine bildirildiği an esas alınabilir. Bu noktada, alacaklı temerrüdünde bulunan işsahibinin ayrıca korunması gerekmez⁹⁴⁸. Aynı şekilde, işsahibinin alacaklı temerrüdünün doğduğu andan sözleşmenin sona erdiği ana kadarki süreye ilişkin olarak da, yüklenicinin, temerrüdün neden olduğu giderleri talep etme imkânı kabul edilmelidir⁹⁴⁹.

3.1.2.3.3.1. Yapılan İşin Değeri

Sözleşmenin feshiyle, işsahibinin yükleniciye ödemesi gereken tutarlardan ilki, yapılan işin değeridir. TBK m. 485/I ve 483/II’de yer alan “*yapılan işin değeri*” ifadesi, TBK m. 484’te yer alan “*yapılmış olan kısmın karşılığı*” ifadesinin de bir kısmını oluşturmaktadır⁹⁵⁰. Bu noktada, Alman doktrinde olduğu gibi kanun koyucunun neden “eser” ifadesine yer vermeyip, “iş” ifadesini tercih ettiği sorusu ortaya atılabilir⁹⁵¹. Zira mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda OR Art. 374’te (TBK m. 481) yer alan “... *des Wertes der Arbeit*” ifadesi “*eserin değeri*” şeklinde⁹⁵², OR Art. 376, 377, 378 (TBK m. 483, 484, 485) hükümlerinde yer alan “*Vergütung der geleisteten Arbeit*”, “*yaptığı/yapılmış işin/kısmın değeri*” şeklinde ifade edilmiştir. Bu hususta, ilgili ifadelerden iki farklı yorum çıkarılabilir. Bunlardan ilki, yüklenici, yaptığı işin değeri kapsamında, eseri meydana getirmek için göstermiş olduğu emeği talep ederken, bu emeğin değerine dâhil olmayan eser için yaptığı uygun giderleri de

⁹⁴⁶ **Gauch**, Werk, N. 2432; **Koller**, Werk, N. 882; **Kögl**, Beck OGK BGB, §643 Rn. 23. Aksi yönde, **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB §643, Rn. 17.

⁹⁴⁷ **Gauch**, Werk, N. 2434; **Koller**, Werk, N. 882.

⁹⁴⁸ TBK m. 485 (OR Art. 378) kapsamında da, işsahibinin sebebi ve sonuçları öğrendiği andan itibaren ayıba ilişkin sürelerin başlaması gerektiği yönünde, **Bögli**, N. 423.

⁹⁴⁹ Aksi yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 1437. Alman hukukunda ise, işsahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle BGB §643 kapsamında sözleşmenin sona erdirildiği durumlarda da yüklenicinin BGB §642’den kaynaklanan talebinin devam edeceği ileri sürülmektedir. Bkz. **Busche**, MüKo BGB, §643 Rn. 8; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §643 Rn. 17. Bkz. 3.2.2.2 ve 3.2.2.3.

⁹⁵⁰ **Gauch**, Werk, N. 730; **Koller**, Werk, N. 1051. TBK m. 484’te belirtilen “*yapılmış olan kısmın karşılığı*” ile yapılan işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerin örtüştüğüne ilişkin bkz. **Gauch**, Werk, N. 730.

⁹⁵¹ **Gleichmann, Peter**, Der Anspruch des Werkunternehmers auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und den Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffen Auslagen gemäß §645 Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches, Hamburg 1991, s. 67 vd.

⁹⁵² Nitekim eBK m. 366’da yer alan şeyin kıymeti ifadesinin yanlış çevrildiği ve işin değeri şeklinde anlaşılması gerektiği doktrinde ileri sürülmekteydi. Bkz. **Tandoğan**, II, s. 299.

“*bu değere girmeyen giderler*” kapsamında isteyebilir⁹⁵³. İkinci yorum ise, yapılan iş kapsamında, meydana getirilen ve tamamlanmamış eser için harcanan emek ve giderlerin tamamı talep edilirken, yüklenicinin eserin ifasına güvenerek yapmış olduğu fakat esere yansımamış olan başka giderler, bu değere girmeyen giderler içindedir⁹⁵⁴. Kanaatimizce, ikinci yorum tercih edilmelidir⁹⁵⁵. Buna göre, yapılan işin değeri kapsamına, yüklenicinin fesih anına kadar yaptığı tüm faaliyetleri ve yapılan kısımda yer alan giderleri girer. Başka bir deyişle, yüklenicinin yaptığı işin değeri kapsamında yalnız eksik esere yansımış olan malzeme, araç gereç harcamalarını talep etme imkânı varken, meydana getirmeye yönelik emekleri bakımından esere yansıyor yansımadığına bakılmaksızın harcamaların tamamının karşılanması gerekir. Örneğin, eserin tamamı için gerçekleştirilen işin planlanması faaliyetinin değeri, sözleşme erken sona erse de yapılan işin değeri kapsamında dikkate alınmalıdır. Yapılan işin değeri çerçevesinde, yükleniciye, eserin meydana getirdiği kısmına ilişkin kâr payının da sağlanması gerekir⁹⁵⁶. Bu noktada, fesih anına kadar yapılan tüm faaliyetlerin, varsa sözleşmede kararlaştırılan bedel çerçevesinde dikkate alınması gerekir⁹⁵⁷. Yapılan giderlerden ise, yalnız esere yansımış olanlar yapılan işin değeri kapsamındadır. Nitekim, TBK m. 485/I’te yer alan “*bu değere girmeyen gider*” ifadesi de ilgili değerinde de giderlerin olabileceğini göstermektedir. Bu değere girmeyen gider kapsamında ise, yüklenicinin, sözleşmenin ifası için yaptığı fakat henüz tamamlanmış kısımda yer almayan uygun giderleri talep edilir. Bu ayrıma göre, genel işletme giderleri, şantiye giderleri gibi kalemler eserin ifasına başlanmamış olsa bile bu kapsamda talep edilebilir.

Yapılan işin değerinin muacceliyet anı da belirlenmelidir. Doktrinde, bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre, bu talep, sözleşmenin sona erdiği andan itibaren muaccel olur⁹⁵⁸. Buna karşılık, azınlıkta kalan bir görüşe göre ise, TBK m. 479 hükmünden ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır ve bu sebeple bedelin eserin teslimiyle birlikte muaccel olması gerekir⁹⁵⁹. İş sahibinin, sözleşmenin sona ermesinden sonra eseri teslim almaktan kaçındığı durumlarda, teslim alma borç niteliğinde olmadığından alacaklı temerrüdü ortaya çıkar. Böyle bir durumda, yüklenicinin teslim edeceği eser artık tamamlanmamış eser olduğundan kanaatimizce tevdi veya şartları oluşmuşsa satış bedelinin tevdi edilmesi kabul

⁹⁵³ **Rey**, Mitwirkung, N 1433.

⁹⁵⁴ **Koller**, Werk, N. 284; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 784; **Mörtl**, N. 185, 198.

⁹⁵⁵ **Mörtl**, N. 185; **Altaş**, s. 136.

⁹⁵⁶ **Mörtl**, N. 186; **Peters**, s. 206. Aksi yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 1433.

⁹⁵⁷ Sözleşmede kararlaştırılan bedele göre hesaplama yapılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 730; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 378 N. 18; **Rey**, Mitwirkung, N. 1434; **Koller**, Werk, N. 286; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 65; **Altaş**, s. 135.

⁹⁵⁸ **Gauch**, Werk, N. 727, 540; **Eren**, Özel, N. 2345; **Gümüş**, II, s. 106; **Seçer**, Fesih, s. 359; **Buz**, BK m. 369, s. 260.

⁹⁵⁹ **Mörtl**, N. 172; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 43.

edilebilir. Yapılan işin değerine ilişkin ispat yükünün yüklenici üzerinde bırakılması gerekir. Zira yüklenicinin talep edeceği bu tutarın yine en doğru biçimde yüklenici tarafından hesaplanacağı açıktır.

Yapılan işin değerinin nasıl hesaplanacağı da belirlenmelidir. Bu noktada, sözleşmenin ileriye etkili sona ermesi ve talebin sözleşmeye dayanması sebebiyle değer hesaplanmasında tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları bedelin dikkate alınması gerekir⁹⁶⁰. Başka bir deyişle, yapılan işin değeri, sözleşmede belirlenen bedel kapsamında, böyle bir belirleme yoksa TBK m. 481 çerçevesinde hesaplanmalıdır⁹⁶¹. Aşağıda, sözleşmede kararlaştırılan bedel türüne göre yapılan işin değerinin hesaplanmasında hangi yöntemlerin uygulanması gerektiği tespit edilmeye çalışılmıştır.

3.1.2.3.3.1.1. Götürü Bedelde

Bedelin götürü belirlendiği eser sözleşmeleri, toptan, global veya birim fiyatlara dayalı şekilde ortaya çıkabilir⁹⁶². Bunlardan işin tamamı veya bir kısmı için sabit bir bedelin belirlendiği, toptan veya global götürü bedel içeren eser sözleşmelerinin feshedilmesi durumunda, yapılan faaliyetler, sözleşmeyle kararlaştırılan toplam işe oranlanmalı ve bunun sonucunda bulunacak yüzdelik kararlaştırılan götürü bedele uygulanmalıdır⁹⁶³. Bu noktada, yukarıda da belirttiğimiz üzere, yalnız meydana getirilen eserin oranı değil, yapılan işlerin tamamının toplam iş kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Dolayısıyla, yalnız esere göre bir hesaplama söz konusu değildir. Tarafların, götürü bedel belirlenirken, tekil olarak gerçekleştireceği işler bakımından hesapladığı tutarlar dikkate alınarak hareket edilmesi gerekir⁹⁶⁴. Bu yüzden, hesaplama yapılırken, yüklenicinin gerçekleştireceği işler götürü bedel çerçevesinde değerlendirilmeli ve daha sonra yaptığı işler toplanarak hangi oranda iş yaptığı tespit edilmelidir. Örneğin, yüklenicinin eserin %40'ını meydana getirdiği bir durumda, eserin meydana getirilmesi için yüklenicinin önceden gerçekleştirdiği plan, proje ve çalışma alanının hazırlanması vb. tüm esere yaygın olan faaliyetlerin de dikkate alınması gerekir. Böylece, ortaya çıkan kısım toplam eserin %40'ını oluştururken, yapılan işler çerçevesinde %60

⁹⁶⁰ **Gauch**, Werk, N. 537; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 34; **Mörtl**, N. 187; **Rey**, Mitwirkung, N. 1436; BGer 4A 152/2009 vom 29.6.2009, E. 2.5. Aksi yönde, **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 378 N. 3

⁹⁶¹ **Gleichmann**, s. 115 vd.; **Schwenker/Rodemann**, Erman BGB, §645 Rn. 6; **Mörtl**, N. 187; **Gauch**, Werk, N. 730; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 26.

⁹⁶² **Gauch**, Werk, N. 900 vd.; **Kocağa**, İnşaat, s. 174 vd.; **Baygın**, s. 30 vd.; **Eren**, Özel, N. 2251.

⁹⁶³ **Gauch**, Werk, N. 538; **Koller**, Werk, N. 1051; **Mörtl**, N. 189; **Seçer**, Fesih, s. 288; **Krauskopf, Frédéric**, Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen, Schweizerische Baurechtstagung 2007, s. 42.

⁹⁶⁴ Örneğin, yüklenici, malzeme için 5.000 TL hesaplamış olmasına rağmen, enflasyon sebebiyle malzemeyi 5.500 TL'ye temin edebilmişse bu 500 TL'lik fark, sözleşmenin götürü bedel niteliği sebebiyle, TBK m. 480/II saklı kalmak kaydıyla, katlanması gereken tutar olup işsahibinin bu bedeli ödemesi gerekmez. Bu örnek, toptan götürü bedelli sözleşmeler için geçerli olup global götürü bedel hallerinde maliyet değişiklik koşulları bedele yansıtılmaktadır.

seviyesine ulaşılmış olabilir. Böyle bir halde, bedel de %60'a göre belirlenmelidir. Aynı şekilde, eserin hiç meydana getirilmediği veya eser üzerinde fiziki bir değişikliğin gerçekleşmediği hallerde dahi (projenin hazırlanması vb.) sözleşmenin ifası için yapılan hazırlık fiilleri yine yapılan iş kapsamında değerlendirilebilir ve sözleşmede belirlenen götürü bedele göre oranlama yapılarak belirlenen bedel yükleniciye tanınır.

Götürü bedel kapsamında değerlendirilen birim fiyatlı sözleşmelerde ise, taraflar her bir edim değerine ilişkin birim fiyatları önceden belirler ve sözleşmenin sonunda meydana getirilen edimle bu birim fiyat çarpılarak yüklenicinin elde edeceği bedel tespit edilir. Birim fiyatlı sözleşmelerin feshi durumunda, yüklenicinin meydana getirdiği miktarı ispatlaması gerekir ve ardından bu miktar ile kararlaştırılan birim fiyat çarpılarak, yapılan işin değeri elde edilir. Ancak, bu hesaplama her zaman yüklenicinin fiilen yaptığı işin karşılığını oluşturmayabilir⁹⁶⁵. Zira genellikle birim fiyatlar belirlenirken, sözleşmenin ifadan önce sona ereceği öngörülmediğinden meydana getirilmeyen kısımlar da dikkate alınır ve bu hesaba göre, yapılan işin değeri fiili değerden fazla veya eksik olabilir. Bu tip durumlarda, tarafların sözleşmede öngörülenden daha az malzeme kullanımına ilişkin bir anlaşması varsa bunun, yoksa somut olayın özellikleri çerçevesinde birim fiyatların uyarlanması gerekir⁹⁶⁶.

3.1.2.3.3.1.2. Değere Göre Bedelde

Değere göre bedel, TBK m. 481 hükmünde düzenlenmiş olup eserin bedelinin belirlenmediği veya yaklaşık olarak belirlendiği durumlarda ortaya çıkar. Bu tip hallerde, bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine göre belirlenir. Bu bedelin, iş sahibinin kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabileceğinin anlaşıldığı hallerde ise, TBK m. 482 gereği iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği düzenlenmiştir. Doktrinde, tartışmalı olmakla birlikte, yaklaşık keşif bedelinin bulunduğu hallerde de TBK m. 482'nin uygulanacağını ileri süren yazarlar bulunmaktadır⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ **Buz**, BK m. 369, s. 236; **Seçer**, Fesih, s. 290; **Gauch**, Werk, N. 538.

⁹⁶⁶ **Gauch**, Werk, N. 538; **Gleichmann**, s. 122; **Buz**, BK m. 369, s. 236.

⁹⁶⁷ Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Tarafların masraf tahminine ilişkin anlaşmasının bağlayıcılığına göre hareket edilmelidir. Eğer bedel tahmini bağlayıcı nitelikte (*verbindlichen Kostenveranschlag*) ise, götürü bedel veya üst sınır bedeli olarak yorumlanmalıdır. Buna karşılık, bağlayıcı olmayan nitelikte ise, -ki bu durum yaklaşık keşif bedelini oluşturmaktadır- tarafların sözleşmenin akdedilmesinde esas aldığı bir saik olarak değerlendirilmeli ve belirlenen bedel yine yüklenicinin giderleri ve işin değerine göre hesaplanmalı ve gerektiğinde TBK m. 32 çerçevesinde temel hatasına veya TBK m. 482'ye başvuru mümkün olmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, Werk, N. 937, 938. Görüşler için ayrıca bkz. **Bühler**, ZK OR, Art. 374 N. 10; **Gönen, Doruk**, İnşaat Sözleşmesinde Bedel, İstanbul 2016, s. 142 vd. Ancak, 6098 sayılı TBK m. 482'de eBK m. 367'dan farklı olarak “*yapılan şeyin masrafı*” değil “*yaklaşık olarak belirlenen bedel*” ifadesine yer verilmiştir. Bu kapsamda, kimi yazarlar yaklaşık keşif bedeli durumunun düzenlenmediğini ve iş sahibinin ancak bu bedele dayalı olarak işlemi akdettiğini ispatlayarak TBK m. 32 kapsamında talepte bulunabileceğini ileri sürmektedir (**Öz**, İnşaat, s. 59; **Eren**, Özel, N. 2287.). Buna karşılık, TBK m. 482'nin lafzı dikkate alınmaksızın, yaklaşık keşif bedelinin aşılması halinde de TBK m. 482 kapsamında olduğunu ileri süren yazarlar bulunmaktadır (**Zevkililer/Gökyayla**, Özel, s. 585; **Aral/Ayrancı**, Özel, s. 420;

Bedelin belirlenmediği veya yaklaşık olarak belirlendiği hallerde, yüklenici, alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshederse TBK m. 481 hükmü uygulanır⁹⁶⁸. Başka bir deyişle, yüklenicinin yaptığı işin değerinin belirlenmesinde, yapıldığı yer ve zamana göre eserin değeri ve yüklenicinin giderlerinin tespit edilmesi gerekir. Doktrinde, TBK m. 481 kapsamında belirleme yapılırken, eserin benzerinin yaptırılmasındaki rayiç bedelin esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁶⁹. Gerçekten de, yüklenicinin özenli bir biçimde meydana getirme faaliyetlerine devam ettiği durumda elde edebileceği rayiç bedel üzerinden hareket edilir. Burada, esas alınan rayiç bedel, eserin imaline ilişkin olup eserin satış bedeli değildir⁹⁷⁰. Aksi durum, yüklenicinin edim değerinden bağımsız unsurların da yükleniciye yansıtılması anlamına gelir. Esas alınan rayiç değer kapsamına olağan kâr payı da dâhildir. Buna ek olarak, TBK m. 481’de ifade olunan yüklenicinin giderleri ise, yüklenicinin fiilen yaptığı masraflarla ilgili olup rayiç imalat değerinden farklılaşan masraflarıyla ilgilidir⁹⁷¹. Örneğin, yüklenici, eserin malzemelerini, eksik eserin değerinin hesaplandığı zamandan önceki bir dönemde daha pahalıya almışsa, yüklenici fiilen daha fazla masraf yaptığından aradaki farkın da kendisine ödenmesi gerekir⁹⁷². Yüklenicinin talep edeceği giderlerden, tedbirli bir yüklenicinin yapacağı kısmının karşılanması gerekmekte olup aşırı veya yersiz masraflara yüklenicinin katlanması gerekir. Tüm bunlarla birlikte, eserin değeri ve yüklenicinin giderlerinin ayrı şekilde hesaplanmayıp, ikisini de kapsayacak şekilde bir değerlendirme ve bedel belirlemesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁷³.

Bedelin belirlenmesine ilişkin doktrinde bir başka görüş ise, yüklenicinin giderlerinin dikkate alınacağını ve eserin değerinin önemli olmadığını belirtmektedir⁹⁷⁴. Buna dayalı olarak, eserde bedelden indirim gerektiren bir ayıp olsa dahi, bedel belirlenirken bunun dikkate alınmayacağı ancak iş sahibinin bedelden indirim hakkını kullanması durumunda etki doğuracağı belirtilmektedir. Yüklenicinin giderleri kapsamında personel ve malzeme

Birinci Uzun, Tuba, Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması, THD, C. 9, S. 100, 2014, s. 89). Bu fikre göre, yaklaşık keşif bedeli, yüklenicinin kendi hesaplarına dayanan bir bedel tahmininden ibaret olup aşılması durumunda TBK m. 482 hükmü cari olur.

⁹⁶⁸ **Koller**, Werk, N. 286; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 378 N. 18; **Mörtl**, N. 195; **Gauch**, Werk, N. 730; **Eren**, Sona Erme, s. 94; **Rey**, Mitwirkung, N. 1434.

⁹⁶⁹ **Öz**, İnşaat, s. 55; **Baygın**, Ücret, s. 53; **Gauch**, Werk, N. 948; **Kürşat**, İnşaat, s. 105; **Gönen**, s. 152.

⁹⁷⁰ **Öz**, İnşaat, s. 55; **Gönen**, s. 152; **Baygın**, Ücret, s. 50; **Gauch**, Werk, N. 947; **Koller**, Werk, N. 181.

⁹⁷¹ **Öz**, İnşaat, s. 55.

⁹⁷² **Öz**, İnşaat, s. 55; **Kürşat**, İnşaat, s. 107.

⁹⁷³ **Kürşat**, İnşaat, s. 107.

⁹⁷⁴ **Gauch**, Werk, N. 947; **Stöckli, H.**, Das Synallagma im Vertragsrecht, Zürich 2008, N. 217 (Yazar, OR Art. 374’te –TBK m. 481- yer alan eserin değeri ifadesinin tek başına bir anlam ifade etmediğini vurgulamakta ve edimin değeri ile eserin özenli bir biçimde yerine getirilmesi değerinin aynı olduğu sonucunu ortaya çıkarmaktadır.). Türk hukuku bakımından TBK m. 481 (eBK m. 366)’da yer alan eserin değeri ifadesinin mehz İsviçre Borçlar Kanunu m. 374’te olduğu gibi yapılan işin değeri olarak anlaşılması gerektiği ve bu sebeple eserin değerine değil yüklenicinin giderleri ve yapılan işe uygun kârın eklenmesiyle bedelin tespit edilmesi gerektiği hususunda **Tandoğan**, II, s. 299; **Gürpınar**, s. 76 vd.; **Tunçomağ**, Özel, s. 1077; **Gönen**, s. 153. Kanaatimizce, bu görüş Türk hukuku bakımından kabul edilmelidir.

giderleri, alt yüklenici ve yardımcı şahıslara verilen ücretlerin yanı sıra genel işletme giderlerinin de orantılı olarak göz önünde bulundurulması gerekir⁹⁷⁵. Yüklenicinin şahsen ifada bulunmasının gerektiği hallerde ise, hesaplama, uygun işçilik maliyetine (*Lohnkosten*) göre yapılır⁹⁷⁶. Buna karşılık, doktrinde bir başka görüş ise, TBK m. 481'e göre hesaplamada, BGB §632'de olduğu gibi mutat uygulamalara göre belirleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir⁹⁷⁷. Bu duruma, inşaat alanındaki işler örnek gösterilmekte ve bu işler bakımından mutat olan birim fiyata göre belirleme yapılması gerektiği, yüklenicinin giderleri (girdi) üzerinden değil, meydana getirilen tekil edimlerin birim fiyatlarla çarpılması sonucu (çıktı) değer belirleneceği belirtilmektedir. Kanaatimizce, bu görüş yeterince gerekçelendirilmemiş olup Türk-İsviçre hukukunda, taraflar arasında anlaşma olmadıkça, böyle bir uygulama için herhangi bir yasal dayanak da söz konusu değildir. Bu sebeple, bedel belirlenirken, baskın görüşün benimsediği gibi, yüklenicinin yaptığı yer ve zamandaki giderlerine ve kâr payının da eklenmesiyle sonuca ulaşılmalıdır. Ancak, eserin meydana getirilmesinin uzun sürdüğü ve bedelin teslim anında muaccel olduğu durumlarda, yapıldığı yer ve zamandaki rayiçlerin de dikkate alınabileceği belirtilmektedir⁹⁷⁸. Sözleşmenin feshedilmesiyle birlikte eserin tamamlanan kısmı bakımından yüklenicinin yaptığı fiili giderler rayiç değerleri de göz önünde bulundurularak tespit edilmeli ve her bir giderin aşırı veya yersiz olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Bu şekilde bulunan bedele, yapılan faaliyetlerle orantılı olarak uygun kâr payı ve genel işletme giderlerinin de eklenmesiyle bedel tespit edilmelidir.

Yaklaşık bedelin söz konusu olduğu haller bakımından değerlendirilmesi gereken durumlardan biri de, TBK m. 482 hükmüdür. Gerçekten de, yüklenici sözleşmeyi feshettikten sonra fesih anına kadar yapılan eserin değeri için belirlenmiş olan bedelin alacaklı temerrüdünden önceki sebeplerle aşıldığı iddiasında olan iş sahibinin, TBK m. 482'ye başvurması mümkündür. Bu noktada, kanaatimizce, yüklenicinin feshine kadar geçerli olan kısım bakımından iş sahibinin TBK m. 482/II çerçevesinde bedelden uygun miktarın indirilmesini isteme hakkı kabul edilmelidir⁹⁷⁹.

⁹⁷⁵ **Gauch**, Werk, N. 948; **Gökyayla**, s. 240; **Gönen**, s. 154; **Baygın**, Ücret, s. 51; **Tandoğan**, II, s. 299.

⁹⁷⁶ **Gauch**, Werk, N. 948.

⁹⁷⁷ **Koller**, Werk, N. 189 (BGB §632'de, öncelikle vergilendirilebilir ücretin böyle bir vergi yoksa mutat ücretin ödenmesi gerektiği yer almakta olup yazar, verginin olmadığı durumun dikkate alınması gerektiğini ileri sürmektedir.).

⁹⁷⁸ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 558; **Gönen**, s. 151.

⁹⁷⁹ Yaklaşık bedelin aşıldığı ve eserin tamamlandığı durumlar bakımından da doktrinde yalnız bedel indiriminin sağlanabileceği belirtilmektedir. Bkz. **Zevkliler/Gökyayla**, s. 572.

3.1.2.3.3.1.3.Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi hem eser hem de satım sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulandığı çift tipli karma sözleşme niteliğindedir⁹⁸⁰. Bu tip sözleşmelerde, arsa payı veya bağımsız bölüm devri, iş sahibinin bedel borcunu oluşturmaktadır ve sözleşmenin kurulduğu andan itibaren belirli olduğundan götürü bedel niteliğindedir. Uygulamada sıkça karşılaşılan bu sözleşme bakımından TBK m. 485 hükmünün nasıl uygulanacağını belirlemede yarar vardır.

Doktrinde, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından tartışmalı olan husus, yüklenicinin temerrüdü sebebiyle iş sahibinin sözleşmeyi sona erdirdiği durumlarda, yükleniciye orantılı sözleşme bedelinin arsa payı veya bağımsız bölüm olarak mı nakden mi verileceğidir⁹⁸¹. Bu hususta, Yargıtay, sözleşmeyi geçici-sürekli karmaşığı olarak nitelendirmekte ve ancak inşaatın belirli bir orana (%90) ulaştığı durumlarda ileriye etkili sona ermenin söz konusu olacağını ve yükleniciye arsa payı olarak ödeme yapılabileceğini kabul etmektedir⁹⁸². Bununla birlikte, doktrinde, bedel ödemesi yapılması gerektiğini ileri süren yazarlar⁹⁸³ olduğu gibi aynen ödemeyi savunan yazarlar⁹⁸⁴ da bulunmaktadır. Anılan tartışmalar ve uygulama esasen bu çalışmanın konusuyla doğrudan ilgili değildir. Zira yüklenicinin temerrüdünün aksine, iş sahibinin alacaklı temerrüdü durumunda kural olarak borca aykırılık söz konusu değildir. Yargıtay, iş sahibinin TBK m. 484 kapsamında sözleşmeyi feshettiği hallerde de inşaatın oranına göre değerlendirme yapılması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁸⁵. İnşaatın henüz %10-20'lik kısmının yapıldığı bir aşamada uyuşmazlığa düşmüş olan iş sahibi ve yüklenicinin veya yüklenicinin hakkını devrettiği üçüncü kişilerin, ileriye etkili sona ermenin sonucu olarak arazi üzerinde birlikte malik olmaları birçok farklı sorunu ortaya çıkarabilir. Bu sebeple, öncelikle tarafların taleplerine göre işlem yapılması gerekir⁹⁸⁶. Dolayısıyla, yüklenicinin bedel talebi halinde herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Taraflar arasında uyuşmazlık bulunduğu hallerde ise, sona ermenin ileriye etkisi sebebiyle yükleniciye kural olarak mümkünse arsa payı veya bağımsız bölüm sağlanmalıdır⁹⁸⁷. İleriye

⁹⁸⁰ **Erman**, Arsa Payı, s. 4; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 593; **Eren**, Özel, N. 3223; HGK, T. 28.4.2010, E. 2010/193, K. 2010/235; 15. HD, T. 20.12.2018, E. 2018/2608, K. 2018/5171 (www.lexpera.com).

⁹⁸¹ **Kurt**, Temerrüt, s. 387; **Tandoğan**, II, s. 152; **Ayan**, s. 277.

⁹⁸² YİBBGK T. 25.1.1984 E. 1983/3 K. 1984/1; Y. 23 HD, T. 21.12.2017, E. 2015/10148, K. 2017/3800 (www.lexpera.com).

⁹⁸³ Yargıtay'ın uygulamasını kabul etmekle birlikte bedel ödemesine ilişkin bkz. **Tandoğan**, II, s. 152.

⁹⁸⁴ **Ayan**, s. 277; **Erman**, İnşaat, s. 105; **Öz**, İnşaat, s. 157; **Gümüş**, II, s. 81.

⁹⁸⁵ 15. HD T. 2.7.2018, E. 2018/1506, K. 2018/2778 Karar için bkz. **Kostakoğlu**, s. 611; 23 HD T. 21.5.2018, E. 2015/5183, K. 2018/3243 (KBİBB).

⁹⁸⁶ Yüklenicinin temerrüdünde, iş sahibinin feshi talep ettiği durumlarda ileri etkinin kabul edilmesi gerektiği hususunda bkz. **Kurt**, Temerrüt, s. 389.

⁹⁸⁷ **Seçer**, Fesih, s. 296; **Öz**, İnşaat, s. 235; **Kürşat**, İnşaat, s. 236. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından TBK m. 484'ün uygulanamayacağı hususunda bkz. **Erman**, Arsa Payı, s. 215; **Buz**, BK m. 369, s. 223.

etki söz konusu olduğundan, yüklenicinin sözleşmeyi sona erdirdiği ana kadar üçüncü kişilerle yaptığı işlemler (alacağın devri, taşınmaz satış vaadi vb.) de fesihten etkilenmez ve geçerliliğini muhafaza eder. Böylece, üçüncü kişiler yükleniciden (alacağın devrinde yüklenicinin halefi olarak işsahibinden) taşınmazların adlarına tescilini talep edebilir⁹⁸⁸. Eğer işsahibi, yapılan işin değerini aşan bir arsa payı devri gerçekleştirmiş ve yüklenici de bu payı iyiniyetli üçüncü kişilere devretmişse, fazla olan kısmın aynen iadesi mümkün olmadığından yüklenicinin nakdi iade yapması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır⁹⁸⁹.

3.1.2.3.3.2. Değere Girmeyen Giderler

Türk Borçlar Kanunu madde 485/I'de yer alan ve yükleniciye tanınan bir diğer talep ise, yapılan işin değerine girmeyen giderlerdir⁹⁹⁰. Yukarıda açıklandığı üzere, yüklenici, bu kapsamda, fesih anına kadar yaptığı fakat esere yansımamış olan giderlerini talep edebilir⁹⁹¹. Başka bir deyişle, işin ifasına devam edeceği varsayımıyla hareket eden yüklenicinin yaptığı ve esere yansımamış bu giderler, onun güveninin korunması amacıyla işsahibi tarafından karşılanmalıdır⁹⁹². İsviçre ve Alman doktrininde de, yüklenicinin yaptığı giderler sözleşmenin sona ermesi sebebiyle esere yansıtılamasa da sözleşme kapsamında işsahibi adına gerçekleştirildiğinden işsahibi tarafından ödenmesi gerekli kalemlerdir⁹⁹³. Başka bir deyişle, hükmün amacı, yüklenicinin, sözleşmenin sona erdiği ana kadar yapmış olduğu tüm giderlerin ve emeklerinin karşılığını almasıdır. Bunun için yüklenici sözleşme sona erdiği anda meydana getirdiği eksik eserin değerinin yanı sıra eserde ispatlayamadığı ancak işsahibinin ödemesi gereken masraflarını da talep edebilmelidir. Örneğin, işsahibinin antika daktilosunu tamir için gerekli nadir parçaları satın alan tamirci, işin yarıda kaldığı durumda her ne kadar aldığı parçaların tamamını daktiloya monte edememiş olsa da bu parçaların ücretlerini de talep edebilmelidir.

Eser sözleşmelerinin çeşitliliği nedeniyle değere girmeyen giderlerin genel geçer biçimde belirlenmesi mümkün değildir. Yüklenicinin hangi giderleri talep edebileceği ancak bu giderlere ilişkin unsurlar belirlenerek tespit edilebilir. Bu kapsamda, ilk olarak giderler

⁹⁸⁸ Kurt, Temerrüt, s. 389.

⁹⁸⁹ Aynı yönde, Ayan, s. 275 özellikle dn. 441.

⁹⁹⁰ Bu kavram tartışmalı ve belirsizdir. Mörtl, N. 198. Alman hukukunda ise, eski ve artık kabul görmeyen bir görüşe göre, söz konusu giderler, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ücrette yer almayan ancak işsahibinden talep edilebilecek olan giderlerdir. Bkz. Gleichmann, s. 88 vd.

⁹⁹¹ §8, II, C, 3, c, aa.

⁹⁹² Koller, BK OR, Art. 366 N. 784.

⁹⁹³ Molt, Beck OGK BGB, §645 Rn. 37; Gleichmann, s. 90; Gauch, Werk, N. 731, 539 (Yazar, işin bedeli kapsamında ödenmemiş masraflara ilişkin yüklenicinin her durumda talebi olacağını belirtmektedir.); Mörtl, N. 199.

eserin ifası için fiilen gerçekleştirilmiş olmalıdır⁹⁹⁴. Yükleniciye, sözleşmenin ifası amacıyla yaptığı bu masrafların satın alma değeri gibi gerçek değerinin sağlanması gerekir⁹⁹⁵. Dolayısıyla, yüklenici, bu giderleri yapmış olsa da herhangi bir katma değer ortaya çıkarmadığından yapılan işin değeri kapsamında talep edilebilecek olan kâr payını bu kısma teşmil edemez⁹⁹⁶. Başka bir deyişle, yapılan işin değerine, bu değere girmeyen giderlerin de eklenmesi ve belirlenen tutar üzerinden yükleniciye kâr payı tanınması doğru değildir. Ancak, yapılan bu giderlerin (malzeme vb.) sağlanması ve saklanması gibi masraflarının da ayrıca ödenmesi gerekir⁹⁹⁷. Bununla birlikte, yüklenici, işletmesinin sabit giderlerini, bu kapsamda talep edemez⁹⁹⁸. Sözleşmenin sona ermesi sebebiyle, yüklenicinin işin durmasına yönelik masrafları (iş gözetim altında tutma veya bakım vb.) kanaatimizce değere girmeyen gider kapsamında talep edilemez⁹⁹⁹. Zira bu masraflar sözleşmenin feshedilmesi sebebine değil, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne dayanmaktadır. Yüklenicinin, temerrüt sebebiyle ortaya çıkan masrafları talebi aşağıda ayrıca incelenmiştir¹⁰⁰⁰. Ancak, bu tip masraflar temerrütten değil de, sözleşmenin feshedilmesi sebebiyle ortaya çıkıyorsa bu değere girmeyen gider kapsamında talep edilebilmelidir.

Yüklenicinin, yaptığı giderlere ilişkin bulunması gereken ikinci unsur ise, bu giderlerin konusunun sözleşmenin sona ermesi ile kullanılamaz hale gelmesidir¹⁰⁰¹. Başka bir deyişle, yüklenicinin, meydana getirmediği kısım için aldığı malzemeleri başka bir sözleşme kapsamında kullanması veya iade etmesi mümkün ise, artık bunlara yönelik talep hakkı da ortadan kalkar. Dolayısıyla, inşaat işi yapan bir yüklenicinin sona eren sözleşme sebebiyle fazladan aldığı çimento, tuğla vb. malzemeleri bu kapsamda talep etmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, yüklenicinin, sona eren sözleşmenin ifası için fazladan işçi çalıştırdığı ve

⁹⁹⁴ Mörtl, N. 202; Gleichmann, s. 108.

⁹⁹⁵ Peters/Jacoby, Staudinger BGB, §645 Rn. 26; Mörtl, N. 204.

⁹⁹⁶ Gleichmann, s. 105 (Ancak, yazar, yüklenicinin meydana getirmediği kısma ilişkin yaptığı plan proje çalışmasının da bu kapsamda talep edilebileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce, planlama, projelendirme vb. işlemler yüklenicinin meydana getirme faaliyetleri için yapılması zorunlu olduğundan, meydana getirilen kısım ayırımına gerek bulunmaksızın yapılan işin değeri kapsamında talep edilmelidir. İşin kısım kısım planlanması veya projelendirmesi durumları ise, bu halin istisnasını oluşturmaktadır.).

⁹⁹⁷ Gleichmann, s. 107.

⁹⁹⁸ Mörtl, N. 204 (Yazar, bu tip sabit giderlerin ancak bedelin TBK m. 481'e göre belirleneceği hallerde yapılan işin değeri kapsamında talep edilebileceğini ileri sürmektedir.). Aksi yönde, Rey, Mitwirkung, N. 1433.

⁹⁹⁹ Mörtl, N. 205 (Yazar, TBK m. 485 kapsamındaki durumlarda, beklenmedik olay sebebiyle bu masrafların iş sahibine kural olarak yükletilmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, alacaklı temerrüdü durumunda her şekilde iş sahibine bu tip masrafların yansıtılması gerekir. Zira alacaklı temerrüdü nedeniyle yüklenicinin dezavantajlı durumu engellenmelidir.). Kanaatimizce, sözleşme feshedilmiş olsa da bu giderlere ilişkin olarak yükleniciye, ayrıca ek bedel talebinin sağlanması gerekir. Bkz. 3.2.2.3.

¹⁰⁰⁰ Voit, Beck OK Bauvertragsrecht, §645, Rn. 28. Bkz. 3.2.2.2 ve 3.2.2.3.

¹⁰⁰¹ Mörtl, N. 207 (Yazar, yapılan harcamaların kullanılamaz olmasının sözleşmenin sona ermesiyle ortaya çıkması gerektiğini ileri sürmekte ve meydana getirme sırasında da kullanılamaz nitelikte olan giderlerin tazmin edilmeyeceğini belirtmektedir. Bu durum, kanaatimizce tabii olarak, alacaklı temerrüdü sebebiyle sözleşmenin feshedildiği hallerde de geçerlidir.). TBK m. 484 bakımından benzer değerlendirme için bkz. Gauch, Werk, N. 556; Koller, Werk, N. 284; Voit, Beck OK Bauvertragsrecht, §648, Rn. 18; Gleichmann, s. 109, 110.

bunlarla ek sözleşme yaptığı hallerde de başka bir sözleşmenin ifasına yönlendirmesi veya işçilerle akdettiği sözleşmeleri feshetmesi mümkün olduğu sürece fazladan çalıştırılan işçiler için ödenen ücreti de isteyemez. Dolayısıyla gerek sermaye gerekse işgücü bakımından yüklenicinin bu giderleri başka bir yerde ikame etmesi veya bu giderleri doğuran hukuki ilişkileri sonlandırması mümkün olduğu sürece, bunları, değere girmeyen gider kapsamında talep edemez. İş sahibinin söz konusu giderlerin bedelini ödediği durumlarda, alınan malzeme, araç ve benzerlerinin iş sahibine iade edilmesi gerekir. Yüklenicinin yaptığı bu harcamaları (malzeme vb.) değerlendirme imkânı olmasına rağmen, iş sahibinin bedelini ödeyerek almak istediği durumlarda ise, kanaatimizce, yüklenicinin bunları alıkoyma hakkı kabul edilmelidir¹⁰⁰².

Yüklenicinin yaptığı harcamanın değere girmeyen gider niteliği için taşınması gereken üçüncü unsur, yapılan işin değeri kapsamında yer almamasıdır. Hükümde de açıkça yer alan bu şarta göre, yüklenicinin talep ettiği giderlerin, esere yansımamış olması gerekir¹⁰⁰³. Zira aksi durum yüklenicinin aynı giderler için iki defa bedel elde etmesine sebep olur. Bu noktada, yüklenicinin, talep ettiği giderlerinin yapılan işin kapsamına girmediğini ispatlaması gerekir. Değere girmeyen giderler bakımından aranması gerekli son unsur ise, iş sahibinin ödemesi gereken bir bedel olmasıdır. Gerçekten de, sözleşmenin ifayla sonuçlandığı durumda yüklenicinin katlanacağı giderlerin sözleşmenin feshedildiği hallerde de iş sahibine yükletilmemesi gerekir.

Değere girmeyen giderlerin talep edilebilmesi bakımından sözleşmede bedelin kararlaştırma biçiminin önemli olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Kanaatimizce, bedelin değere göre (TBK m. 481) belirleneceği eser sözleşmeleri bakımından yüklenicinin giderlerine, yaptığı tüm fiili harcamalar dâhil olduğundan eserin tamamlanmayan kısmına ilişkin de olsa değere girmeyen giderler bu kapsamdadır. Aynı şekilde, sözleşmenin sona ermesi sebebiyle yüklenicinin yapmak durumunda kalacağı giderleri de yine TBK m. 481 kapsamında yer alır. Dolayısıyla, değere girmeyen gider talebi, yaklaşık bedelli veya bedelin belirlenmediği sözleşmelerde yapılan hesaplama kapsamında zaten dikkate alınmış olur. Buna karşılık, götürü bedelin söz konusu olduğu hallerde, yüklenici, meydana getirdiği kısmın götürü bedele oranlanması ile bulunan tutarın yanı sıra ödenmesi gereken ancak eserde yer almayan masraflarını, bu değere girmeyen gider kapsamında talep edebilir¹⁰⁰⁴. Bu giderlerle

¹⁰⁰² **Gauch**, Werk, N. 531; **Tandoğan**, II, s. 347; **Seçer**, Fesih, s. 298; **Ergezen**, s. 119.

¹⁰⁰³ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §645, Rn. 26; **Gleichmann**, s. 101,102; **Koller**, Werk, N. 284.

¹⁰⁰⁴ Götürü bedel içeren sözleşmelerde de, değere girmeyen gider talebinin söz konusu olmayacağı hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1435.

ilgili tarafların götürü bedelde esas aldıkları değerler var ise, -özellikle birim fiyatlı sözleşmelerde- bunlara göre, yoksa TBK m. 481'e göre değerlendirme yapılmalıdır.

Yüklenici, değere girmeyen gider kapsamında yalnızca yukarıda belirtilen unsurları taşıyan masraflarını isteyebilir. Bununla birlikte, yüklenicinin, sözleşme konusunun kapsamı sebebiyle belirli emek veya malzeme unsurlarında indirim gittiği ya da ücretsiz yapmayı kabul ettiği durumlarda sözleşme feshedildikten sonra bunların uygulanamayacağının ve değere girmeyen gider kapsamında talep edip edemeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, yüklenici, inşaatın büyüklüğü ve elde edeceği kârı göz önünde bulundurarak proje hizmetlerini ücretsiz yapmayı kabul etmiş veya görevlendireceği uzman personele ödeyeceği bedeli, fiilen ödeyecek olduğundan daha düşük hesaplamış ancak sözleşmenin feshi durumunda bu kalemlerden dolayı zarara uğramış olabilir. Zira yüklenici sözleşmenin sona erdiği anda tamamlanan orandaki bir iş için anılan indirimleri uygulamayacağını ileri sürerek bunlara ilişkin talepte de bulunabilir. Yukarıda saydığımız unsurları da taşımayan böyle taleplerin kanaatimizce değere girmeyen gider kapsamında yer alması mümkün değildir¹⁰⁰⁵. Zira sözleşmenin sona erebilecek olması, yüklenicinin göz önünde bulundurması gereken bir durum olduğundan onun almış olduğu bu rizikoya katlanması gerekir. Bununla birlikte, iş sahibinin yapılan indirimi sözleşmenin kurulduğu sırada biliyor olması gibi dürüstlük kuralının gerektiği hallerde ise, bu giderlerin de ödenmesine hükmedilebilir.

3.1.2.3.3.4. Tazminat Talebi

Yüklenicinin iş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi feshettiği durumlarda TBK m. 485 hükmünün uygulanacağı yukarıda belirtildi¹⁰⁰⁶. Bu noktada, TBK m. 485/II'nin de bu kıyasa dâhil olup olmadığının ve ne şekilde uygulanacağının belirlenmesi gerekir. Nitekim, doktrinde hükmün kıyasen uygulanmasını kabul eden bir görüş¹⁰⁰⁷ ikinci fıkraya ilişkin herhangi bir fikir beyan etmezken, başka bir görüş¹⁰⁰⁸ bu fıkrayı da kıyas kapsamında değerlendirmektedir. Bir başka görüş ise, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle sözleşmenin feshedilmesinin, TBK m. 483/II, 485/II ve m. 484 hükümleriyle ne unsur ne de değer bakımından uygun olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁰⁹. Bu durumun tespiti için öncelikle iş sahibinin “*kusuruna*¹⁰¹⁰” ve yüklenicinin “*tazminat*” talebine yer verilen hükümden ne

¹⁰⁰⁵ İş sahibinin temerrüdünün TBK m. 484 kapsamında değerlendirilebildiği hallerde de yükleniciye, sözleşmenin

tamamına ilişkin kâr payı sağlanacağından böyle bir talepte bulunulamaz.

¹⁰⁰⁶ Bkz. 3.1.2.3.1.

¹⁰⁰⁷ Gauch, Werk, N. 1342.

¹⁰⁰⁸ Koller, Werk, N. 479; Koller, BK OR, Art. 366 N. 780.

¹⁰⁰⁹ Rey, Mitwirkung, N. 1459.

¹⁰¹⁰ Anılan düzenlemeyle, TBK m. 483/III (OR Art. 376/3) ve BGB §645/2'de de karşılaşılmaktadır.

anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Hükümün uygulama alanını oluşturan haller bakımından kavramların teknik anlamda kullanılıp kullanılmadığının incelenmesi gerekir. Başka bir deyişle, iş sahibinin eserin yok olmasına veya ifasının imkânsızlaşmasına sebep olduğu hallerde iş sahibinin kusurundan ve yüklenicinin tazminat hakkından bahsedilebilir mi? Bu noktada, Türk-İsviçre doktrinindeki baskın görüşe göre, iş sahibinin, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışlarında olduğu gibi, imkânsızlığa sebep olan davranışları da kural olarak külfet niteliğindedir¹⁰¹¹. Zira bu davranışlarla iş sahibi yalnız sahip olacağı eseri yok etmekte veya elde edeceği sonucu imkânsızlaştırmaktadır. Başka bir deyişle, yüklenicinin eser sözleşmesiyle korunan menfaati kural olarak bedel olduğundan, bu bedel sağlandığı sürece yüklenicinin sonucun meydana gelmemesi sebebiyle zararından söz edilemez. Bu kapsamda, anılan düzenlemelerde yer alan kusur ve tazminat ifadelerinin teknik anlamda olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Kusur ifadesi ile kastedilen imkânsızlığın iş sahibine yükletilebilir olmasıdır¹⁰¹². Buna göre, iş sahibi veya onun adına hareket eden kişilerin beklenen özeni göstermedikleri durumlarda, TBK m. 485/II anlamında kusur şartının gerçekleştiği kabul edilmelidir. Böylece, iş sahibinin riziko alanında yer alan ve beklenmedik olay gibi iş sahibine yükletilemeyecek durumlar dışındaki haller, TBK m. 485/II anlamında iş sahibinin kusuru kapsamındadır¹⁰¹³. Gerçekten de, TBK m. 485 hükmünden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu beklenmedik olay durumunda yalnız yapılan işin değeri ile bu değerinde yer almayan giderleri talep etme hakkını yükleniciye tanıdığı, iş sahibinin riziko alanında yer alan ve ona yükletilebilen durumlarda ayrıca “tazminat” ödenmesi gerektiğine hükmetmiştir. İş sahibinin kusuru kapsamında, onun kasıt veya ihmâl içeren davranışının eserin meydana getirilmesini imkânsızlaştırdığı veya yok ettiği hallerin yanı sıra ifa yardımcılarının davranışları da değerlendirilmelidir¹⁰¹⁴. İş sahibi adına külfetlerini yerine getiren mimar veya mühendisin davranışları hiç yerine getirmemesi

¹⁰¹¹ **Giger**, s. 52; **Buz**, Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, s. 32; **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202; **Pedrazzini**, s. 548;

Zindel/Pulver/Schott, BSK OR, Art. 378 N. 20; **Gauch**, Werk, N. 737; **Koller**, Werk, N. 287; **Koller, J.**, s. 69; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 32.

¹⁰¹² **Giger**, s. 58; **Tandoğan**, II, s. 331; **Gauch**, Werk, N. 725a (Yazar, iş sahibinin kusuru ile ifade edilen iş sahibine yükletilebilir olma durumunu ifade ettiğini ileri sürmekte ve TBK m. 485/I’de yer alan beklenmedik olayın da ne iş sahibi ne de yükleniciye yükletilemeyen hallerle ilgili olduğunu belirtmektedir. Ancak, yazar, iş sahibinin riziko alanından kaynaklanan her sebebin kusur olarak anlaşılmaması gerektiğini de ayrıca belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 737.). Bu fikirle aynı yönde bkz. **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 20 ve orada belirtilen yazarlar; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §645 Rn. 22.).

¹⁰¹³ **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 33; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 378 N. 20. Kanaatimizce, alacaklı temerrüdüne yol açan hiç yerine getirmeme ve geç yerine getirme halleri bakımından anılan iradi veya objektif açıdan ihmali olma durumu birçok durumda ortaya çıkar. Bu durum daha çok işbirliğinin kötü yerine getirildiği hallerde (arazinin ayıplı olması, planın veya malzemenin ayıplı olması vb.) dikkatle belirlenmesi önem arz eder.

¹⁰¹⁴ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §645 Rn. 51; **Giger**, s. 56; **Kurt**, İmkânsızlık, s. 202; **Koller**, OR AT, N. 54.159.

veya geç yerine getirmesi de işsahibinin “kusuru” kapsamındadır¹⁰¹⁵. Aynı şekilde, işsahibinin imkânsızlık veya yok olmaya sebep olan durumu bildiği veya bilmesinin gerektiği durumlar da bu kapsamdadır¹⁰¹⁶.

İşsahibinin kusurunun söz konusu olup olmadığının her bir somut olay bakımından ayrıca tespit edilmesi gerekir¹⁰¹⁷. Zira işsahibinin kendisinden beklenen özen çerçevesinde öngörmesinin gerektiği veya yüklenici tarafından ihbar edildiği ya da temerrüdün makul önlemlerin alınmaması sebebiyle ortaya çıktığı durumlar her bir sözleşme bakımından münferit olarak değerlendirilmelidir¹⁰¹⁸. Örneğin, işsahibinin, talimat vermemesi veya eseri teslimde gecikmesi gibi durumlarda, bunların işsahibi tarafından bilinmesinin gerekip gerekmediği belirlenmelidir. İşsahibinin bu durumu bilmesinin gerektiği veya yüklenicinin uyarılarına rağmen davranıştan kaçınmaya devam edildiği hallerde, temerrüt nedeniyle sözleşme fesholunursa artık işsahibinin kusurundan bahsetmek gerekir¹⁰¹⁹. Aynı şekilde, işsahibi veya ifa yardımcılarının iradi bir davranışı veya ön yüklenicinin eseri ayıplı teslim etmesi ya da yanlış talimat/malzeme verilmesi, meydana getirmeyi engellemiş ve düzeltilmemişse yine işsahibinin “kusuru” gündeme gelir. Bu tip hallerde, TBK m. 485/II’nin kıyasen uygulanması gerekir¹⁰²⁰. Buna karşılık, işsahibinin kaçınması, beklenmedik olay veya

¹⁰¹⁵ **Gauch**, Werk, N. 736; **Koller**, Werk, N. 288; **Krauskopf**, Plänerverträge, N. 17.90; **Schenker**, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, s. 19 vd. İnşaatın denetlenmesi işsahibinin külfeti olmayıp yalnız hakkı olduğundan bunun yerine getirilmemesi sebebiyle işsahibinin sorumluluğundan bahsedilemez. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1346.

Bu kişilerin davranışlarının işsahibine yükletilebilmesi için farazi kusur fikrinden hareket edilmesi gerekir. Buna göre, anılan davranışın işsahibi tarafından gerçekleştirildiği durumda bu hal kendisine kusur olarak yükletilebiliyorsa TBK m. 485/II, yükletilemiyorsa (beklenmedik olay sebebiyle davranışın yerine getirilememesi gibi) TBK m. 485/I’nin geçerli olması gerekir. Bu noktada, tabii olarak işsahibi, konuya ilişkin uzmanlığının olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz.

¹⁰¹⁶ **Koller**, OR AT, N. 54.158; **Koller**, J., s. 69.

¹⁰¹⁷ Her iki tarafın da riziko alanına girmeyen hallerde TBK m.136 uygulanır. Her iki tarafın da riziko alanına giren durumlarda ise, ayrıca değerlendirme yapılması ve tarafların hangi oranda buna katlanmaları gerektiği yüklenici bakımından borç işsahibi bakımındansa külfet çerçevesinde değerlendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, İmkânsızlık, s. 189; **Gündoğdu**, İmkânsızlık, s. 367-368; **Koller**, OR AT, N. 54.172 vd.

¹⁰¹⁸ **Gauch**, Werk, N. 736.

¹⁰¹⁹ Bu noktada, TBK m. 483/II’deki “Eserin işsahibince verilen malzeme veya gösterilen arsanın ayıbı veya işsahibinin talimatına uygun yapılması yüzünden yok olması durumunda yüklenici, yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerinin ödenmesini isteyebilir. İşsahibinin kusuru varsa, yüklenicinin ayrıca zararın giderilmesini de isteme hakkı vardır.” ifadesi sebebiyle, hükümde anılan durumların işsahibinin kusuru olarak değerlendirilmediği sonucuna ulaşılamaz. Nitekim **Gauch**’un da belirttiği gibi bu durumlarda da işsahibinin ayrıca kusurlu (TBK m. 485 anlamında) olması mümkündür. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 1210, 1210a; **Koller**, J., s. 33; **Altas**, Telef Olma, s. 103.

¹⁰²⁰ TBK m. 485/II’de yer alan tazminat ve kusuru teknik anlamda değerlendiren görüş için bkz. **Zeltner**, N. 345, 316; **Ardıç**, s. 65.

İşsahibi adına hareket eden bir uzmanın (mimar, mühendis vb.) bulunduğu hallerde, uzmanın göstermesi gereken özenin esas alınması gerekir. Aynı durum, işsahibinin malzeme, talimat ve edim konusu bakımından yüklenicinin yerine getireceği uyarı bakımından da geçerlidir. Başka bir deyişle, işsahibi adına hareket eden uzmanın söz konusu olduğu bir durumda malzeme, talimat veya edim konusunun yanlışlığına ilişkin yüklenicinin uyarı yükümlülüğü ortadan kalkar (**Gauch**, Werk, N. 740, 1975). Aynı yönde bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §645 Rn. 40 (Yazarlar, eser konusunun –Leistungssubstrat- işsahibi tarafından sağlanmasının beklenebilir olduğu hallerde kendisine süre tanınması ve yine de sağlanamadığı durumlarda kusurundan bahsetmektedir.).

işsahibi ile ilgisiz üçüncü kişilerin davranışlarından kaynaklanıyorsa, TBK m. 485/I'in kıyasen uygulanması gerekir. Buna ek olarak, tarafların anlaşmayla belirli rizikoları üstlenmesi söz konusu olabileceği gibi işsahibi adına hareket eden kişiler sebebiyle gösterilmesi gereken özenin ölçüsü de farklı olabilir. Yüklenicinin, temerrüdün ortaya çıkmasının işsahibinin riziko alanından kaynaklandığının ve varsa kusurunun ispatı ile temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshedilmesi durumunda kendisinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemek gibi herhangi bir kusurunun olmadığına da ispatlanması gerekir¹⁰²¹.

İşsahibinin TBK m. 485/II anlamında kusurlu olduğu hallerde yapılan işin değeri ve bu değere girmeyen giderlerin yanı sıra hükmedilmesi gereken tazminatın da belirlenmesi gerekir. Doktrindeki baskın görüşe göre, bu tazminatın belirlenmesinde TBK m. 484 hükmü uygulanmalıdır¹⁰²². Gerçekten de, üzerine düşen davranışları yerine getirmekten kesin bir şekilde kaçınarak yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesine yol açan işsahibinin, sözleşmeyi kendisi feshetmiş gibi sorumlu olması gerekir. TBK m. 484'e göre, yüklenicinin yapılmış kısmın karşılığını ve bütün zararlarının giderilmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere, TBK m. 485/I'de yer alan yapılan işin değeri ve bu değere girmeyen giderler, TBK m. 484'te düzenlenen "*yapılmış olan kısmın karşılığı*"na denk gelmektedir¹⁰²³. TBK m. 484 kapsamında yapılmış kısmın bedeli tespit edilirken yalnız meydana getirilen eserin değerinin değil, yüklenicinin yapmış olduğu fiili masrafların da dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹⁰²⁴. Bu anlamda, yüklenicinin hazırlık faaliyetleri ve çalışma yerinin tekrar kullanılabilmesi için yapılması gerekli masrafların yanı sıra esere yansımamış olan giderler de TBK m. 484'te belirtilen yapılmış kısmın karşılığı kapsamında talep edilebileceğinden, TBK m. 485/I ile yapılmış kısmın karşılığının aynı anlama geldiğinin kabulü gerekir¹⁰²⁵. Böylece, TBK m. 485/II'de yer alan tazminat talebi de TBK m. 484'te belirtilen "*yüklenicinin bütün zararlarına*" karşılık gelmektedir¹⁰²⁶.

Yüklenicinin TBK m. 485/II kapsamında talep edeceği tazminat, her ne kadar TBK m. 484'te belirtilen "*yüklenicinin bütün zararlarına*" karşılık gelse de, yüklenici tüm zararlarını bu kapsamda tazmin ettiremez. Zira bahsi geçen tazminat işsahibinin sözleşmeye aykırı bir

¹⁰²¹ **Gauch**, Werk, N. 729; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 378 N. 2; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 44.

¹⁰²² **Gauch**, Werk, N. 736; **Koller**, Werk, N. 287; **Rey**, Mitwirkung, N. 582; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 378 N. 2; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 378 N. 21; **Koller, J.**, s. 70; **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 38.

¹⁰²³ **Gauch**, Werk, N. 730; **Koller**, Werk, N. 1050, 1051.

¹⁰²⁴ **Seçer**, Fesih, s. 286-287; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 31; **Gautschi**, BK OR, Art. 377 N. 15b.

¹⁰²⁵ Kanunda yer alan ifadeler sebebiyle bu görüşün kabul edilemeyeceği hususunda bkz. **Mörtl**, N. 179.

¹⁰²⁶ **Bühler**, ZK OR, Art. 378 N. 38; **Gauch**, Werk, N. 727, 736; **Koller, J.**, s. 70; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 378 N. 21; **Koller**, Werk, N. 287; **Tandoğan**, II, s. 331.

davranışından kaynaklanmamaktadır¹⁰²⁷. Sözleşmeye aykırılık oluşturmeyen ve iş sahibinin kusurunu gerektirmeyen bir durum sebebiyle iş sahibinin ödeyeceği bu tazminat, sözleşmenin ifası durumunda yüklenicinin elde edeceği bedel ile sınırlıdır¹⁰²⁸. Bu kapsamda, yüklenici, sözleşmenin ifasından beklediği menfaati talep eder. Yüklenicinin müspet zararı kapsamında yer alan bu menfaat, sözleşmenin iş sahibi yüzünden sona ermesi sebebiyle tamamlayamadığı kısma ilişkin kâr payından (yoksun kalınan kar) ibarettir¹⁰²⁹. Zira kural olarak yalnız bedel üzerinde menfaati bulunduğu kabul edilen yüklenicinin, iş sahibinin temerrüdü yüzünden sözleşmeyi feshetmek durumunda kalması halinde, akdettiği sözleşme ile hedeflediği kâra ulaşması gerekir. Bu kâr, henüz yapmadığı kısma ilişkin bedelden eseri tamamlasaydı yapacak olduğu masrafların çıkarılmasıyla tespit edilir¹⁰³⁰. Buna göre, yüklenicinin, işin sona ermesi sebebiyle ün kaybetmesi, siparişlerinin düşmesi veya alt yüklenicilerle akdettiği sözleşmelerde TBK m. 484 hükmüne başvuru imkanından vazgeçmesi sebebiyle tazminat ödemek durumunda kaldığı hallerde olduğu gibi fesihle uygun illiyet bağı içinde olan diğer zararları TBK m. 484 kapsamına girmez¹⁰³¹.

Yüklenicinin talep edeceği tazminatın muacceliyeti ve ne şekilde ispat edileceğinin de belirlenmesi gerekir. Bu noktada, doktrindeki baskın görüşe göre, sözleşmenin sona ermesiyle, bu çalışma bakımından yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesiyle birlikte tazminat alacağı da muaccel olur¹⁰³². Buna karşılık, bir başka görüş ise, anılan talebin TBK m. 479'daki ana kuraldan ayrılmaksızın tamamlanmamış eserin teslimiyle tazminat talebinin muaccel olacağını belirtmektedir¹⁰³³. Kanaatimizce de baskın görüş üstün tutulmalıdır. Zira söz konusu talep feshin bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Yüklenicinin, tazminat talebi için neleri ispatlaması gerektiği doktrinde tartışmalı hususlardandır. Esasında bu tartışmanın temeli tazminatın hesaplanmasında tercih edilen metotla ilgilidir¹⁰³⁴. Bu noktada, toplama

¹⁰²⁷ **Gauch**, Werk, n. 543; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 40; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 15; **Seçer**, Fesih, s. 333.

¹⁰²⁸ **Eren**, Özel, N. 2349; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 36; **Gauch**, Werk, N. 548; **Seçer**, Fesih, s. 333.

¹⁰²⁹ **Gauch**, Werk, N. 547; **Koller**, Werk, N. 1054; **Eren**, Özel, N. 2347; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 32; **Gautschi**, BK OR, Art. 377 N. 15b; **Pedrazzini**, s. 550.

¹⁰³⁰ **Öz**, İnşaat, s. 285; **Kürşat**, İnşaat, s. 230; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 377 N. 3.

¹⁰³¹ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 377 N. 3; **Seçer**, Fesih, s. 333; **Tandoğan**, II, s. 350. Aksi yönde, **Serozan**, Dönme, s. 177.

¹⁰³² **Gauch**, Werk, N. 557; **Eren**, Özel, n. 2350; **Seçer**, Fesih, s. 359; **Buz**, BK m. 369, s. 260; BGE 129 III 738, E. 7.3.

¹⁰³³ **Koller**, Werk, N. 207; **Mörtl**, N. 172 (Yazar, eksik esere ilişkin muayene ve ihbar külfetinin eserin teslimiyle fikrinin kıyasen bedelin muacceliyetinde de uygulanması gerektiğinden yola çıkmaktadır.).

¹⁰³⁴ TBK m. 484 kapsamında yapılacak hesaplamayla ilgili toplama ve çıkarma metotları bulunmaktadır. Türk-İsviçre hukukundaki baskın görüşe göre, TBK m. 484'te (OR Art. 377) toplama metodu benimsenmiştir (**Gauch**, Werk, N. 552; **Eren**, Özel, N. 2353; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 576; **Aral/Ayrancı**, s. 425; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 589; **Pedrazzini**, s. 549; **Öz**, İnşaat, s. 235-236; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 17.). Buna karşılık, diğer bir görüş ise, çıkarma metodunun uygulanabileceğini ileri sürmektedir (**Koller**, Werk, N. 1054; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 40). Bir başka görüş ise, yüklenicinin seçtiği metoda göre hesaplama yapılması gerektiğini ve Türk hukuku bakımından kesinti metodunun uygulanmasının da mümkün olduğunu belirtmektedir.

metoduna göre, yüklenici, uğradığı zararları ispatlamalı ve sözleşmenin sona ermesi sebebiyle işgücü veya sermayesini başka bir şekilde değerlendirmesinden elde ettiklerini hesaptan düşmesi gerekir¹⁰³⁵. Buna karşılık, kesinti metodunda yüklenici, yalnız sözleşmenin sona erdiğinde elde edeceği bedeli ispat edecek olup çıkarılacak değerler ise, iş sahibi tarafından ispatlanmalıdır¹⁰³⁶. Kanaatimizce, yüklenicinin ilgili tazminat talebinde toplamının yanı sıra kesinti metoduna göre talepte bulunması da mümkündür. Böyle bir talebin söz konusu olmadığı hallerde ise, hâkim tarafından yükleniciye gerekli serbesti tanınmalıdır¹⁰³⁷. Ayrıca, yüklenicinin her durumda sözleşmenin sona ermesi sebebiyle elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği giderleri de açıklaması gerekir. İş sahibi, yüklenicinin hesapladığından daha fazla kurtardığı giderler veya elde ettiği kazançlar olduğu iddiasında ise, bunları ispatladığı takdirde tazminattan indirim yapılmalıdır¹⁰³⁸.

3.1.2.3.4. Kısmi Fesih

Yüklenicinin iş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi kısmi olarak sona erdirmesinin mümkün olup olmadığının da tespit edilmesi gerekir. İş sahibinin TBK m. 484 hükmü bakımından kabul edilen kısmi fesih¹⁰³⁹, kanaatimizce alacaklı temerrüdü kapsamında da ortaya çıkabilir¹⁰⁴⁰. Kısmi alacaklı temerrüdünün söz konusu olduğu durumlarda yüklenicinin kısmi feshinden bahsedilmelidir¹⁰⁴¹. Bu durum, ilk olarak edimin bölünebilir

(**Buz**, BK m. 369, s. 255; **Seçer**, Fesih, s. 355). Yargıtay, TBK m. 484 çerçevesinde toplama metodunu, feshin haksız olduğu durumlarda ise kesinti metodunu uygulamaktadır (15. HD T. 2.7.2014 E. 2013/4839 K. 2014/4650; 15 HD T. 30.10.2019 E. 2019/31 K. 2019/4171; 15 HD T. 27.1.2012 E. 2010/7098 K. 2012/350) Alman hukukunda iş sahibinin serbestçe feshini düzenleyen BGB §648 hükmünde de çıkarma metodu benimsenmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Seçer**, Fesih, s. 335 vd.; **Buz**, BK m. 369, s. 239 vd.; **Koller**, Werk, N. 1056; **Gauch**, Werk, N. 552; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 40.

¹⁰³⁵ **Gauch**, Werk, N. 549; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 37; **Gauch**, FS Locher, s. 38; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 22; **Pedrazzini**, s. 549 dn. 27.

¹⁰³⁶ **Koller**, Werk, N. 1055; **Seçer**, Fesih, s. 358-359; **Kaplan, İbrahim.**, İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, Ankara 2019, s. 249; **Buz**, BK m. 369, s. 255; **Gauch**, Werk, N. 549. Çıkarma metodunun kabul edildiği Alman hukukunda bu değerlerin de yüklenici tarafından ispatlanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Busche**, MüKo BGB, §648 Rn. 30.

¹⁰³⁷ **Buz**, BK m. 369, s. 255-256.

¹⁰³⁸ **Reiter**, Beck OGK BGB, §648 Rn. 125; **Koller**, Werk, N. 1056. Alman hukukunda 1.1.2018 tarihinden itibaren yürürlüğe giren BGB §648 hükmünde, yükleniciye, iş sahibinin sözleşmeyi feshi nedeniyle kararlaştırılan bedel kapsamında meydana getirilmeyen kısma karşılık gelen tutarın %5'inin sağlanmasının bekleneneğine yer verilmiştir. Bu düzenleme, yüklenici bakımından hesaplamaları kolaylaştırıcı nitelikte olup düzenlemede belirtilen oran için yüklenicinin meydana getirmediği kısma ilişkin bedeli ispatlaması yeterlidir. Bkz. **Reiter**, Beck OGK BGB, §648 Rn. 120.

¹⁰³⁹ Bu noktada, iş sahibinin anılan fesih bakımından kusurlu olduğu haller TBK m. 484'e göre iş sahibinin feshinden farksız olduğundan, iş sahibinin hüküm kapsamında kısmi fesih hakkının bulunduğu ilişkin bkz. **Gauch**, Werk, N. 592; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 377 N. 10; **Seçer**, Fesih, s. 123; **Bühler**, ZK OR, Art. 377 N. 26. Aksi yönde, **Koller**, Werk, N. 1047 (Yazar, yüklenicinin böyle bir kısmi feshi kabule zorlanamayacağını, aynı kuralın kısım kısım teslimin kararlaştırıldığı hallerde de-borçlu temerrüdünden farklı olarak- geçerli olacağını belirtmektedir.).

¹⁰⁴⁰ **Gauch**, Werk, N. 1343 (Yazar, kısmi feshine ilişkin OR Art. 377 –TBK m. 484- için yaptığı açıklamalara atıf yapmaktadır. Bkz. **a.g.e.**, N. 542).

¹⁰⁴¹ Kısmi alacaklı temerrüdü için bkz. 2.2.2.4.

olduğu hallerde gündeme gelir. Örneğin, yükleniciyle 5 adet villa yapımı konusunda anlaşılan işsahibinin yalnız üç villaya ait projeleri teslim etmesi durumunda, yüklenici diğer iki villaya ilişkin gerçekleşen kısmi temerrüde dayalı olarak sözleşmeyi kısmen feshedebilir¹⁰⁴². Böylece, yüklenici, projesi teslim edilen üç villanın ifasına devam eder. Yüklenicinin diğer iki villa olmaksızın sözleşmeyi akdetmeyeceği sonucuna ulaşılabilen hallerde ise, yükleniciye, kısmi temerrüde rağmen sözleşmenin tamamını feshetme imkânı tanınmalıdır¹⁰⁴³.

Kısmi feshin söz konusu olabileceği diğer bir durum ise, yan edim yükümlülükleri bakımından meydana gelen kısmi temerrüt durumudur. Bu halde, yan edimde meydana gelen temerrüt sebebiyle yine yüklenicinin kısmi fesih hakkından bahsedilebilir. Yüklenicinin yan edim bakımından sözleşmeyi feshetmesi halinde işsahibinin edim sonucuna ulaşamaması durumu ortaya çıkabilecek olsa da fesih işsahibi yüzünden gerçekleştiği için işsahibinin menfaatinin ayrıca değerlendirilmesine gerek yoktur. Bu durum, tamamlanmamış eser işine yaramasa da işsahibinin bedel borcunun devam edeceği fikriyle de uyumaktadır (TBK m. 485/I).

3.1.2.4. Davranışın Yüklenici Tarafından Yerine Getirilmesi

İşsahibinin temerrüde yol açan davranışlarını kural olarak külfet niteliğinde kabul ettiğimiz için yüklenicinin bu davranışlara ilişkin aynen ifa talebi mümkün değildir. Aynı durum, yüklenicinin bu davranışlarla ilgili TBK m. 113'te düzenlenen nama ifa yoluna başvurusunu da engeller. Ancak, istisnai olarak Alman hukukunun da etkisiyle seçimlik borçlar bakımından farklı fikirler ileri sürülmektedir. Gerçekten de, seçim hakkını yerine getirmeyerek alacaklı temerrüdüne düşen alacaklıya karşı borçlunun hangi hukuki yollara başvurabileceğinin belirlenmesi gerekir. Ancak, bu hususa geçmeden önce eser sözleşmesi bakımından bu durumun yalnız seçimlik borçlar noktasında mı söz konusu olacağı tespit edilmelidir. Nitekim doktrinde seçimlik borçların yanı sıra tahsis kaydıyla satış/işlem (*Spezifikationskauf* -TBK m. 268/II-, *Spezifikationsgeschäft*) ve talep üzerine ifa (*Geschäft auf Abruf*, *Abrufsrecht*) durumlarında da bu hallerin meydana gelebileceği ileri sürülmektedir¹⁰⁴⁴. Seçimlik borçlarda, birden çok edim söz konusu iken (TBK m. 72), tahsis kaydıyla satışta,

¹⁰⁴² Benzer bir olay Zürih Ticaret Mahkemesi tarafından hatalı biçimde iş değişikliği kapsamında değerlendirilmiştir. Bkz. HG 120098, E. 3.1.4. Kararın İsviçre Federal Mahkemesi tarafından incelemesi için bkz. BGer 4A_507/2015 vom 19.02.2016. Tarafımızca da yerinde bulunan kararın eleştirisi için bkz. **Stöckli, Hubert/Rey, Pascal**, Mehrvergütung wegen Mitwirkungsverzugs des Bestellers, BR 2016, s. 334.

¹⁰⁴³ **Stauber**, N. 507 (Borçlu temerrüdü hükümlerinin kısmi alacaklı temerrüdüne uygulanması gerektiğini belirten ve kısmi temerrüdü yalnız borçlunun yan edim yükümlülüğü bakımından meydana gelebilecek şekilde - **a.g.e.**, N. 505- değerlendiren yazar, borçlunun kural olarak sözleşmeden kısmen dönebileceğini ancak alacaklının meydana getirilen kısım bakımından vereceği karşı edimin borçlu açısından bir anlam ifade etmediği haller ile alacaklı bakımından kısmen dönmenin mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin tamamından dönülebileceğini belirtmektedir.).

¹⁰⁴⁴ **Koç**, s. 138 vd.; **Stauber**, N. 652 vd.; **Üçer**, s. 89 vd.

devredilecek eşya önceden belirlenmemiş ve bu yetki alıcıya tanınmıştır¹⁰⁴⁵. Buna karşılık, talep üzerine ifade ise, edim konusu baştan belirlenmiş olmakla birlikte, miktarına ve zamanına alacaklı tarafından karar verilir ve onun talebi üzerine ifade bulunur¹⁰⁴⁶. Eser sözleşmesinin kurulması için eserin belirlenebilir olması yeterli olduğundan, belirtilen durumlar eser sözleşmesinde de ortaya çıkabilir. Dolayısıyla, birden fazla eserden birinin seçileceği veya eserin belirlenebilir olmakla birlikte henüz belirlenmediği veya miktar ya da zamanının işsahibi tarafından belirleneceği durumların yanı sıra işsahibinin eserin somutlaştırılmasıyla ilgili talimatlarının da aynı şekilde değerlendirilmesi gerekir.

İşsahibinin seçim hakkını kullanmaması veya eserin somutlaştırılmasına ilişkin karar vermemesi durumunda, “*teslim edilecek şey*” belirsiz olduğundan yüklenicinin tevdi veya satış yoluna başvurması mümkün değildir. Bu noktada, doktrinde bir görüş¹⁰⁴⁷, TBK m. 110 kapsamında sözleşmeden dönme hakkının uygulanacağını ileri sürerken, BGB §264/2’den esinlenen bir başka görüş¹⁰⁴⁸, seçimin yapılması için tanınan süre sonunda seçme imkânının borçluya geçmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁴⁹. Anılan tartışmaya ilişkin görüşümüzü belirtmeden önce, Alman hukukundaki düzenlemenin yalnız seçimlik borçlarla ilgili

¹⁰⁴⁵ Tahsis kaydıyla satışın niteliğine ilişkin doktrinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüş, birden çok cins borcunun söz konusu olduğu bir seçimlik borçtan yola çıkarken, başka bir görüş, tek bir edimin bulunduğu detaylarının ise, sözleşmenin kurulmasından sonra alıcı tarafından belirlendiği işlem fikrini ileri sürmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2266

¹⁰⁴⁶ **Staubert**, N. 656 vd. (Yazar, talep üzerine ifanın seçimlik borçlarla aynı şekilde değerlendirilmemesi gerektiğini ve bu hallerde alacaklının ne zaman ve hangi miktarda talep edeceğinin bilindiği durumlarda, doğrudan tevdi yoluna başvurulması gerektiğini belirtmektedir.)

¹⁰⁴⁷ **Koç**, s. 144; **Von Tuhr/Peter**, s. 80; **Eren**, Genel, N. 3006; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1184; **Weber**, BK OR, Art. 95 N. 12; **Keller/Schöbi**, s. 294; **Antalya**, N. 565; **Arpacı**, s. 230.

¹⁰⁴⁸ **Koller**, OR AT, N. 56.142; **Schwenzer**, OR AT, N. 70.19; **Staubert**, N. 676 vd. İşsahibinin davranıştan kaçınmasının yalnız iradi değil ayrıca kötüniyetli olduğu durumlarda kabul edilebileceği hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 484. Söz konusu düzenleme, Roma hukukunda yer almadığından, anılan görüş doğrudan Alman hukukundan esinlenmektedir. Bkz. **Gröschler**, HKK BGB, §§ 262-265, Rn. 14.

¹⁰⁴⁹ İşsahibinin davranışlarını yükümlülük niteliğinde kabul eden bir görüşe göre ise, bu durumda yüklenici, TBK m. 113’e başvurulabilir. İlgili görüş için bkz. **Ardıç**, s. 231 vd.

Yargıtay ise, satış sözleşmesinde seçim hakkını kullanmayan alıcıya, satıcı tarafından seçim hakkını kullanması için süre tanınmadığından alıcının alacaklı temerrüdünün gerçekleşmediğini ve bu yüzden seçim hakkının satıcıya geçişinin kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır. Dolayısıyla, Yargıtay’ın da satış sözleşmesi bakımından alacaklı temerrüdü ile seçim hakkının borçluya geçeceğini kabul ettiği sonucuna ulaşılabilir. İlgili karar için bkz. HGK, T. 24.12.2014, E. 2013/1103, K. 2014/1084 (karararama.yargitay.gov.tr): “*Seçim hakkının alacaklıya ait olduğu hallerde alacaklının seçim hakkını kullanmamasının nasıl bir sonuç doğuracağı hususu da tartışmalı olmakla birlikte, bu durumda borçlu seçimini yapması hususunda alacaklıya uygun bir süre vermelidir. Şayet bu sürenin sonunda alacaklı seçimi yapmazsa oluşan alacaklı temerrüdü karşısında bu seçim hakkı borçluya geçecektir. Bu durumda borçlu seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdii mümkün değilse satım sonrası bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilme ve sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. (Mehmet ŞENGÜL, İfa (Kavram; Kişi, Konu, Yer, Zaman Unsurları), ...’e Armağan, Borçlar Kanunu Genel Hükümler Konferansları I, 24- 25 Mart 2012, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2014, s. 301, 302; İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE) 110 II 148 sayılı kararı da aynı yöndedir. Somut olayda, aradan geçen uzun süreye rağmen davacı alacaklının seçim hakkını kullanmadığı, davalı borçlunun da seçim hakkını kullanması konusunda davacı alacaklıya uygun bir süre vererek ve davalının bu sürede seçim hakkını kullanmamasının sonucu olan alacaklı temerrüdünü oluşturmaması karşısında, seçim hakkının davalıya geçtiğinin ve davalının seçeceği edimi tevdi ile ya da tevdii mümkün değilse, satım sonrası bedeli tevdi ile borcundan kurtulabilme imkanına sahip olduğunu kabul etme olanağı yoktur... ”.*

olduğunun altının çizilmesi gerekir¹⁰⁵⁰. Nitekim seçim hakkının borçluya geçmesi fikri, verme borcu bakımından kabul edilebilirse de yapma borcuna uygulanması, işsahibi tarafından yerine getirilmeyen fakat üçüncü kişilerce özellikle yüklenici tarafından gerçekleştirilebilecek davranışların da bu kapsama alınmasını mümkün hale getirir. Özellikle hazırlık fiilleri bakımından bu durumun kabulü, işsahibinin vereceği talimat, malzeme, plan vb. yüklenicinin de gerçekleştirebileceği birçok işbirliği davranışında süre verildikten sonra bunları yüklenicinin yapabileceği anlamına gelir. Örneğin, işsahibinin sağlamadığı bir malzeme yüklenici tarafından sağlanabiliyorsa veya yüklenici, işsahibinin farazi iradesinden yola çıkarak onun yerine karar vererek ifaya devam edebilir. Alman hukukunda kimi yazarlarca kabul edilen bu durum, kanaatimizce, Türk hukuku bakımından söz konusu değildir¹⁰⁵¹. Dolayısıyla, birden fazla eserden birinin seçileceği bir halde, bu seçimin yükleniciye tanınması hakkaniyete uygun gözükmekte iken, işsahibinin somutlaştırma külfetini yerine getirmediği veya malzeme, plan sağlamadığı bir halde, bu seçimi yüklenicinin yapması eser sözleşmesinin doğasına uygun düşmez. Buna karşılık, işsahibinin bir bina inşa ettirdiği durumda, duvarların boyanacağı renge karar vermemesi sebebiyle, yüklenicinin sözleşmeyi feshetmesi ise, birçok durumda yüklenicinin hatta işsahibinin de menfaatine uygun düşmez. Bu sebeple, somut olayın özelliklerine göre, istisnai durumlarda her iki imkânın da yükleniciye tanınması uygundur. Ancak, hakkın geçişi bakımından bu hal yalnızca sözleşmeyi feshin her iki tarafın da menfaatine uygun olmadığını açık olduğu ve davranışın toplam işin kapsamına göre önemsiz olduğu hallerde kabul edilmelidir. Ayrıca, bu tip durumlarda, yüklenici işsahibi adına tek başına karar verememeli ve hâkim tarafından seçim yapılmalıdır¹⁰⁵². Birçok durumda işsahibinin talimattan veya seçim hakkını kullanmaktan kesin surette kaçınmasının, TBK m. 484 kapsamında sözleşmenin işsahibi tarafından feshedildiği sonucuna yol açabileceği de ayrıca dikkate alınmalıdır.

¹⁰⁵⁰ Nitekim seçim hakkının alacaklı tarafından kullanılmaması hali Stauber tarafından verme edimleri bakımından nitelikli işbirliği temerrüdü olarak adlandırılmaktadır. Bkz. **Stauber**, N. 642, 72. Ayrıca, Alman hukukunda işsahibinin karar vermemesi durumunda, BGB §642'de yer alan talep ve BGB §643 çerçevesinde de sözleşmeyi sona erdirmeye ile yüklenicinin yeterince korunduğu fikri de ileri sürülmektedir. Bkz. **Matz**, s. 99.

¹⁰⁵¹ **Stauber**, N. 647; **Rey**, Mitwirkung, N. 484. Yüklenicinin davranışı yerine getirme hakkından bahseden yazarlar için bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 15; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 22. Yüklenicinin bu hakkının, malzeme sağlanması veya işin yerine getirilmesi durumlarında ancak daha fazla zarardan kaçınmak amacıyla yapıldığı hallerde birlikte kusur kapsamında diğer durumlarda ise, vekaletsiz işgörmeye dayanabileceği ileri sürülürken, seçim hakkını yüklenicinin yerine getirmesi bakımından Alman hukukunda açık düzenleme (BGB §264/2) bulunmaktadır. Alman hukukunda yüklenicinin yerine getirme hakkına karşı çıkan yazarlar için bkz. **Voit**, Beck OK BGB, §642 Rn. 19; **Schwenker/Rodemann**, Erman BGB, §642 Rn. 8.

¹⁰⁵² Eserin teslimi hazır olduğu durumlarda seçim hakkının yükleniciye geçtiğinin kabul edildiği durumlarda, seçimini yapan yüklenicinin eserin tevdisi için TBK m. 107/II kapsamında, satışa başvuracak ise TBK m. 108/I kapsamında hâkime başvuracağı düşünüldüğünde, işsahibi adına karar verilmesi noktasında da hâkim kararıyla gerçekleşmesinin aranması kanaatimizce hakkaniyete uygundur.

3.1.3. Edime İlişkin Sorumluluk Bakımından

İş sahibinin alacaklı temerrüdünün, yüklenicinin edime ilişkin sorumluluğunu etkileyip etkilemediğinin değerlendirilmesi gerekir. Zira yüklenici, tevdi, satma veya sözleşmeyi feshetme hakkını kullanmadığı sürece borcundan kurtulamamaktadır. İş sahibinin temerrüde düşmesinden sonra fakat yüklenicinin henüz borcundan kurtulmadığı hallerde, eserin yok olması, ayıplı hale gelmesi veya yüklenici ya da çalışanları tarafından kullanılması sebebiyle kötüleşmesi gibi durumlarda sorumluluğun ne şekilde değerlendirileceği önem arz etmektedir. Bu sebeple, aşağıda öncelikle edim hasarı, ardından yüklenicinin eser üzerindeki sorumluluğu incelenmiştir.

3.1.3.1. Hasar Bakımından

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte yüklenicinin esere ilişkin sorumluluğu çerçevesinde öncelikle edim hasarının değerlendirilmesi gerekir. Zira alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde, borçlu temerrüdündeki gibi (TBK m. 119) bir düzenlemeye yer verilmediğinden, alacaklı temerrüdüyle borçlunun sorumluluğunun aynı şekilde devam edip etmediği belirlenmelidir. Eser sözleşmesinde, hasarın geçişi hususunda satım sözleşmesinden (TBK m. 208) farklı olarak, açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, TBK m. 483'ten hasarın geçişine ilişkin temel kurallar çıkarılmaktadır¹⁰⁵³. Buna göre, eserin her iki tarafa da yükletilemeyen sebeplerle kısmen veya tamamen yok olduğu durumlarda, yüklenicinin buna katlanmak durumunda kalacağı ve dolayısıyla iş sahibinden herhangi bir bedel talep edemeyeceği hükme bağlanmıştır¹⁰⁵⁴. Eserin teslimine kadar bedel hasarına yüklenicinin katlanacağı kuralı mutlak bir şekilde düzenlenmemiş ve TBK m. 483/I'de iş sahibinin teslim almada temerrüdü hali istisna tutulmuştur. Başka bir deyişle, iş sahibinin eseri teslimden kaçınarak temerrüde düşmesinden sonra eser henüz yüklenicide iken ortaya çıkan beklenmedik olaylara artık iş sahibi katlanmalı ve teslim alabileceği bir eser olmasa bile yükleniciye yaptığı işin ücretini ve giderlerini ödemelidir¹⁰⁵⁵. Bu noktada, iş sahibinin ödemesi gereken bedel doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, TBK m. 408'te olduğu gibi yapmaktan kurtulduğu giderler ile başka bir iş yaparak kazandığı veya kazanmaktan kaçındıkları indirilmek suretiyle bedelin tamamının ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁵⁶. Buna karşılık, bizim de katıldığımız baskın görüşe göre ise, iş sahibinin, TBK

¹⁰⁵³ Altaş, Telef Olma, s. 58; Bühler, ZK OR, Art. 376 N. 5; Gautschi, BK OR, Art. 376 N. 3a; Gauch, Werk, N. 1184; Koller, Werk, N. 1023; Koller, J., s. 3; Tekben, s. 2602.

¹⁰⁵⁴ Eserin kısmen yok olması durumuna TBK m. 483'ün doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı fikrinin gerekçeleri için bkz. Koller, J., s. 3.

¹⁰⁵⁵ Bkz. 3.1.2.3.3.3.

¹⁰⁵⁶ Koller, Werk, N. 1019; Serozan, Dönme, s. 320.

m. 483/II ve 485/I'te olduğu gibi yaptığı işin değeri ile bu değere girmeyen giderleri ödemesi gerekir¹⁰⁵⁷. Zira işsahibinin alacaklı temerrüdü de, haklı bir sebep olmaksızın davranıştan kaçınma olduğundan, TBK m. 483/II'de belirtilen kötü işbirliği halleri gibi onun riziko alanından kaynaklanan ve yüklenicinin sorumluluğunu ortadan kaldıran bir durumdur.

TBK m. 483/I'de yer alan teslim almada temerrüt ifadesinin geniş anlamda anlaşılması gerektiği ve işsahibinin hazırlık fiillerinden kaçınması sebebiyle alacaklı temerrüdüne düştüğü hallerin de bu kapsamda olduğu ileri sürülmektedir¹⁰⁵⁸. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre, ne şekilde gerçekleşmiş olursa olsun, işsahibinin alacaklı temerrüdü ile birlikte beklenmedik olaylar sebebiyle eserin kısmen veya tamamen yok olması durumunun bedel hasarına işsahibi katlanmalıdır¹⁰⁵⁹. Bu sonuç, ortak hukukta kabul edilmesinin yanı sıra alacaklı temerrüdü nedeniyle borçlunun dezavantajlı hallerle karşılaşmaması fikriyle de uyum içerisindedir¹⁰⁶⁰.

Alacaklı temerrüdüne düşen işsahibi, yukarıda açıklandığı üzere bedel hasarına katlanmak durumunda kalır. Buna karşılık, edim hasarına dolayısıyla eserin tekrar meydana getirilmek zorunda olup olmadığına ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, kural olarak edim ve bedel hasarının birbirini takip edeceği, bu sebeple TBK m. 483'e göre bedel hasarının yanı sıra edim hasarına da yüklenicinin katlanması gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁶¹. Buna göre, eserin, teslimden önce beklenmedik olay sonucu yok olması durumunda, yüklenicinin borcu imkânsız olmadığı sürece, eseri tekrar meydana getirmek veya tamir ederek teslim etme borcunun devam edeceği kabul edilmektedir. Bu kuralın da mutlak şekilde uygulanması mümkün olmayıp öncelikle işsahibinin sözleşmeye devam etmek istemediği hallerin göz önünde bulundurulması gerekir¹⁰⁶². Buna ek olarak, TBK m. 480/II kapsamında yüklenicinin sözleşmenin uyarlanması veya sonlandırılması talebi de değerlendirilmelidir. Böylece, yükleniciden eseri meydana getirmesinin beklenemeyeceği durumlarda da uyarlama veya sözleşmenin sona erdiğinin kabulü gerekir. İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü durumlarda ise, bedel hasarıyla birlikte edim hasarı da işsahibine geçer¹⁰⁶³. Eserin beklenmedik olay sonucu kısmen veya tamamen yok olmasına işsahibi

¹⁰⁵⁷ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 30; **Rey**, Mitwirkung, N. 277; **Arpacı**, s. 261. Alman hukuku bakımından aynı yönde, **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §644 Rn. 26.

¹⁰⁵⁸ **Gauch**, Werk, N. 1192; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 21; **Koller, J.**, s. 17; **Stauber**, N. 771; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 13; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 549.

¹⁰⁵⁹ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 28; **Gauch**, Werk, N. 1186,1191; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N.18; **Koller**, Werk, N. 1023; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 376 N. 3, 9; **Pedrazzini**, s. 544; **Ardıç**, s. 177; **Arpacı**, s. 261.

¹⁰⁶⁰ **Von Tuhr/Escher**, s. 74. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 15; **Stauber**, N. 764 vd.; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 18; **Müller**, s. 59 vd.

¹⁰⁶¹ **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 32; **Koller, J.**, s. 76; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 25; **Altaş**, Telef Olma, s. 142 vd.; **Gauch**, Werk, N. 1204; **Arpacı**, s. 263; **Serozan**, Dönme, s. 323.

¹⁰⁶² **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 29.

¹⁰⁶³ **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 6; **Gauch**, Werk, N. 1203; **Stauber**, N. 772; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 32; **Ardıç**, s. 177. Eser sözleşmesinde yer alan bu kural, alacaklı temerrüdünün genel hükümleri

katlanır ve yüklenici eseri, tekrar meydana getirme borcu bulunmaksızın, yok olma sonrası kalan kısmıyla teslim eder. İstisnai olarak dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde, yüklenicinin meydana getirme borcunun devam edebileceği doktrinde ileri sürülmektedir¹⁰⁶⁴. Eserin tamamen yok olduğu durumlarda ise, artık sözleşmenin sona erdiğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim “*Eserin Yok Olması*” başlıklı TBK m. 483’ün “*Sözleşmenin Sona Ermesi*” altında düzenlenmesi de bu durumu ispatlar niteliktedir¹⁰⁶⁵. Böylece, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte artık her iki tarafa da yükletilemeyen bir sebeple eser kısmen veya tamamen yok olursa bu duruma iş sahibinin katlanması gerekir. İş sahibi, yok olan kısmın yeniden yapılması veya tamir edilmesini ancak ayrıca bir bedel karşılığında talep edebileceği gibi tamamen yok olma durumunda da sözleşmenin sona ermesine katlanmak durumundadır. Başka bir deyişle, yüklenici, temerrüt anından itibaren tevdi veya satma ya da sözleşmeyi feshetme hakkını kullanana kadar, elinde kalan eserin beklenmedik olay sonucunda yok olması durumundan sorumlu değildir.

TBK m. 483/II’de eserin yok olmasında iş sahibinin kusurunun bulunduğu hallerde, yüklenicinin ayrıca “*tazminat*” isteyebileceğine de yer verilmiştir. Anılan hüküm, TBK m. 485/II ile aynı anlama gelmekte olup TBK m. 484’ten doğan talebi yükleniciye sağlamaktadır. Buna göre, eserin yok olması aynı zamanda iş sahibine yükletilebilen bir sebepten kaynaklanıyorsa, yükleniciye bu “*tazminat*” talebi ve kâr payı da sağlanmalıdır¹⁰⁶⁶. Alacaklı temerrüdünde istisnai hallerde ortaya çıkabilecek olmakla birlikte, yüklenicinin somut olayın özelliklerine göre TBK m. 472/III kapsamında bildirimde bulunması da gerekiyorsa, gerek hasarın geçişi gerekse “*tazminat*” talebi bakımından bu şartın da sağlanmış olması gerekir¹⁰⁶⁷.

Kanun koyucu, TBK m. 483/I’in son cümlesinde, “*malzemeye gelen hasar, onu sağlayana ait olur.*” ifadesiyle, malzeme¹⁰⁶⁸ bakımından yüklenicinin sorumluluğunu

bakımından doktrinde bir kısım yazarlarca ileri sürülen hasarın tevdiyle alacaklıya geçmesi kuralının istisnasını oluşturur. Bkz. **Oğuzman/Öz**, I, N. 1163; **Eren**, Genel, N. 3192; **Koç**, s. 284; **Antalya**, N. 927; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 12; **Bernet**, BSK OR, Vor Art. 91-96 N. 7; **Von Tuhr/Escher**, s. 74; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 18; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 15.

¹⁰⁶⁴ **Gauch**, Werk, N. 1207; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 32.

¹⁰⁶⁵ **Gauch**, Werk, N. 1206; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 32.

¹⁰⁶⁶ İlgili tazminat talebinin içeriği için bkz. 3.1.2.3.3.4. **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 67; **Gauch**, Werk, N. 1212; **Koller, J.**, s. 40; **Koller**, Werk, N. 1030. Aksi yönde, **Altaş**, Telef Olma, s. 139.

¹⁰⁶⁷ Bkz 2.3.4.

¹⁰⁶⁸ Hükümde ifade olunan malzemeden ne anlaşılması gerektiği de doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, eserin imal edildiği ve ayrılmaz parçası olarak onda kalanlarla ilgili bir şüphe yokken, yok olduğu anda henüz esere yerleştirilmemiş olan malzemeler bakımından da eserin yapılacağı yere getirilmesine göre ayırım yapılabileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca, meydana getirmenin doğrudan eser üzerinde gerçekleştiği hallerde bırakılan eserin de malzeme kapsamında yer alması gerektiği ileri sürülmektedir. Buna göre, tamir için bırakılan radyonun yok olması durumunda radyo da malzeme kapsamında sayılacağından hasar iş sahibinde olacaktır. Aynı durum, inşaatın yok olması durumunda arazinin uğradığı zarar bakımından da geçerli kabul edilmelidir. Ayrıca, eserin imali için gerekli olan araç gereç bakımından da TBK m. 483’ün kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Altaş**, Telef Olma, s. 89 vd.; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 36; **Gauch**, Werk, N. 1189, 77; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 15; **Koller, J.**, s. 21 vd.

hafifletmiştir. Buna göre, malzemeyi işsahibinin sağladığı hallerde eğer malzeme kısmen veya tamamen yok olursa buna işsahibinin katlanması gerekir. Malzemeye gelen hasara, sağlayanın katlanacağına ilişkin kural, “*bu durumda*” ifadesi ile TBK m. 483/I c. 1’de belirtilen şartlara atıfta bulunulmuştur. İşsahibinin alacaklı temerrüdü ise, anılan şartların aksine bir durum yaratmaktadır. Bu sebeple, işsahibinin temerrüdü durumunda, malzemeye gelen hasara da sağlayan değil işsahibi katlanır¹⁰⁶⁹. Buna göre, yüklenici tarafından sağlanan malzemeye ilişkin bedeli de işsahibinin ödemesi gerekir.

İşsahibinin sorumluluğu bakımından “*yok olma (eBK m. 376 telef olma, OR Art. 376 zugrundegehen, Untergang)*” ifadesinin de kapsamı belirlenmelidir. Anılan ifadenin, kısmen ve tamamen yok olmayı içerdiği fikri doktrinde hâkim görüştür¹⁰⁷⁰. Bu noktada tartışmalı husus, eserin sahip olması gereken nitelikleri taşımadığı durumların da hükmün kapsamında olup olmadığıdır. Nitekim doktrinde bir görüş, kavramı geniş yorumlamakta ve eserin daha düşük niteliğe sahip olduğu veya eserin kötüleştiği durumları da TBK m. 483 kapsamına almaktadır¹⁰⁷¹. Nitekim TBK m. 483’ün Alman Medeni Kanunu’ndaki hükümlerinden olan BGB §645’te de, eserin yok olması (*Untergang*), kötüleşmesi (*verschlechtern*) veya uygulanamaz (*unausführbar*) oluşundan bahsedilmektedir. Buna karşılık, diğer bir görüş ise, eserde nitelik eksiklikleri durumunda ayıp hükümlerine ve dolayısıyla TBK m. 476’ya göre değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁰⁷². Kanaatimizce, eserin kötüleşmesi, ayıplı hale gelmesi vb. durumlar TBK m. 483 kapsamında değerlendirilmemelidir. Buna göre, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle eserde ayıp ortaya çıkmışsa durumun TBK m. 476 kapsamında değerlendirilmesi ve işsahibinin ayıp haklarının ortadan kalkmasına veya sınırlandırılmasına yol açması gerekir¹⁰⁷³.

Alacaklı temerrüdü ile işsahibine geçen edim ve bedel hasarı, temerrüdün sona ermesiyle birlikte tekrar yükleniciye intikal eder. Ancak, doktrinde bir görüşe göre, istisnai olarak temerrüt sırasında meydana gelen olay sebebiyle işsahibinin sorumlu tutulmayabileceği veya temerrüt sona erdikten sonra da işsahibinin hasardan sorumlu olabileceği

¹⁰⁶⁹ **Koller, J.**, s. 26; **Rey**, Mitwirkung, N. 569; **Pedrazzini**, s. 544; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 16.

¹⁰⁷⁰ **Altaş**, Telef Olma, s. 64; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 9; **Eren**, Özel, N. 2357; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 9.

¹⁰⁷¹ **Altaş**, Telef Olma, s. 58 (Yazar, eBK döneminde yaptığı çalışmada, mülga Kanun’da kullanılan telef olma ifadesinin yok olmayı kapsayan nitelikte olduğunu belirtmiş ve kanun koyucunun özellikle telef olma kavramını kullandığını ileri sürmüştür.); **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 376 N. 7; **Koller, J.**, s. 3, 61; **Gautschi**, BK OR, Art. 376 N. 1, 3c; **Bühler**, ZK OR, Art. 376 N. 11.

¹⁰⁷² **Gauch**, Werk, N. 1184; **Zindel /Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 376 N. 10; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 376 N. 1.

¹⁰⁷³ Aynı yönde ayrıntılı bilgi için bkz. **Trachsel**, N. 211 vd.

belirtilmektedir¹⁰⁷⁴. Bu görüşe göre, TBK m. 119'un kıyasen uygulanmasıyla, işsahibi temerrüt sırasında meydana gelen beklenmedik olayın alacaklı temerrüdü gerçekleşmese de ortaya çıkacağını ispat ederek bedel hasarından kurtulabileceği gibi temerrüt sona erdikten sonra da yüklenici, bu durumun yalnız alacaklı temerrüdü sebebiyle gerçekleştiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Bu fikre göre, işsahibinin hazırlık fiilini yerine getirmemesi sebebiyle sözleşme süresinin uzadığı bir durumda, uzama döneminde meydana gelen bir beklenmedik olaya da işsahibinin katlanacağı sonucu gündeme gelebilir. Zira bu örnekte de, yüklenici, temerrüt olmasaydı sözleşmenin bu süreye uzamayacağı ve beklenmedik olay sebebiyle eserin kısmen veya tamamen yok olmasının gerçekleşmeyeceği iddiasında bulunabilir. Kanaatimizce, borca aykırılık halinde borçluya tanınan bu hakkın kıyasen alacaklı temerrüdünde de kabul edilmesi gerekir. TBK m. 119 çerçevesinde sorumluluğun kurulması bakımından uygun illiyet bağı gerekmediğinden temerrütten sonra da beklenmedik olay sebebiyle işsahibinin sorumluluğuna gidilebilir¹⁰⁷⁵. Ancak, uygulamada sadece alacaklı temerrüdünün sebep olduğu durumlarla istisnai olarak karşılaşılır¹⁰⁷⁶.

Doktrinde, alacaklı temerrüdü sona ermesine rağmen hasarın işsahibinde kalmaya devam edeceğine örnek gösterilen bir diğer durum da, işsahibinin davranışı yerine getireceğini bildirmesine rağmen bu durum gerçekleşene kadar hasardan sorumlu olduğu haldir¹⁰⁷⁷. Kanaatimizce, bu fikir kabul edilmelidir. Ayrıca, götürülecek borcun söz konusu olduğu hallerde de, işsahibinin bildiriminden sonra, yükleniciye davranışla ilgili uygun sürenin sağlanması gerekir. Böylece, bu sürenin sonunda hasarın tekrar yükleniciye intikal ettiği kabul edilmelidir¹⁰⁷⁸.

3.1.3.2. Yüklenicinin Sorumluluğunun Hafiflemesi

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte yukarıda açıklandığı üzere taraflara yükletilemeyen sebeplerle eserin yok olduğu hallere işsahibinin katlanması gerekir. Buna ek olarak, yüklenicinin sorumluluğunun da ayrıca hafifletilmesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Zira ortak hukukta alacaklı temerrüdünün borçlunun sorumluluğunu hafiflettiği kabul edildiği gibi Alman hukukunda da borçlunun yalnız kasıt ve ağır ihmalden

¹⁰⁷⁴ **Gauch**, Werk, N. 1193; **Koller, J.**, s. 16 (Yazar, TBK m. 119 kıyasından bahsetmeksizin bu durumu nedenselliğe dayandırmaktadır.). Aksi yönde, **Zeltner**, N. 253.

¹⁰⁷⁵ TBK m. 119 –OR Art. 103/2- bakımından sorumluluğun kurulmasında uygun illiyet bağına gerek bulunmadığı hususunda bkz. **Koller**, OR AT, N. 54.74; **Schenker**, N. 308 (Yazar, sorumluluğun kapsamı bakımından uygunluğun aranması gerektiğini ileri sürmektedir.); **Weber**, BK OR, Art. 103 N. 56; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2684.

¹⁰⁷⁶ Aynı yönde, **Koller, J.**, s. 16.

¹⁰⁷⁷ **Koller**, OR AT, N. 56.121; **Huber**, I, s. 195.

¹⁰⁷⁸ **Wiedemann**, Soergel BGB, §293 Rn. 17.

sorumlu olacağı açıkça düzenlenmiştir (BGB §300/1)¹⁰⁷⁹. Türk-İsviçre doktrindeki baskın görüşe göre, TBK m. 114/I'de yer alan ve işin borçlu için yarar sağlamadığı hallerde sorumluluğunun daha hafif değerlendirilmesi kuralı, alacaklı temerrüdü halinde de uygulanmalıdır¹⁰⁸⁰. Buna karşılık, diğer bir görüş ise, Türk-İsviçre hukuku bakımından açık bir düzenleme bulunmadığını ve temerrütten sonra da borçlu kalmaya devam eden borçlu bakımından işin yarar sağlamadığının kabul edilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmektedir¹⁰⁸¹. Bu görüş taraftarları, TBK m. 114/II atfı kapsamında TBK m. 52'nin uygulanmasıyla, borçlunun tazminat yükümlülüğünün indirilebileceği veya tamamen kaldırılabilirliğini savunmaktadır.

Kanaatimizce, ikinci görüşe üstünlük tanınması ve temerrütten sonra da borcundan kurtulamayan yüklenicinin edim konusuna ilişkin yükümlülüklerinin aynen devam ettiğinin kabul edilmesi gerekir. Nitekim, yüklenicinin teslim edemediği eseri, iş sahibinin kapısının önüne bırakıp gitmesini engelleyen durum, borcunun devam etmesi ve kanun koyucunun tevdi anına kadar yükleniciyi aynı özenle sorumlu tutmasıdır. Bu yüzden, yüklenici bakımından işin yarar sağlamadığı sonucuna ulaşılarak sorumluluğunun hafiflediği kabul edilmemelidir. Ancak, iş sahibinin temerrüdü, meydana gelen zararın doğmasında etkili olmuş veya yüklenicinin durumunu ağırlaştırmışsa TBK m. 52 kapsamında tazminatın belirlenmesinde bu durumun dikkate alınması gerekir. Buna göre, iş sahibinin temerrüde düşmesinden sonra yüklenicinin eseri kullanması veya yüklenicinin sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple zarara uğradığı durumlarda, temerrüt durumu tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Bu durumda, iş sahibinin tazminat talebinin tamamen ortadan kalkması da mümkün olduğundan aslında TBK m. 114/I'den daha kapsamlı bir korumanın yükleniciye sağlandığı kabul edilebilir. Nitekim Alman doktrininde de BGB §300/1 hükmü, yalnız temerrüt sebebiyle borçlunun katlanması gereken yükümlülükler bakımından dikkate alınmaktadır. Başka bir deyişle, sorumluluğun hafiflemesi durumu yalnız borçlunun edim konusuna ilişkin davranışlarıyla ilgili olup borç ilişkisinden doğan diğer yükümlülükleri bakımından söz konusu değildir¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 15; **Pennitz**, HKK BGB, §293-304 Rn. 23; **Ernst**, MüKo BGB, §300 Rn. 2.

¹⁰⁸⁰ **Von Tuhr/Escher**, s. 74; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 12; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 15; **Koç**, s. 276; **Eren**, Genel, N. 3191; **Antalya**, N. 893; **Bucher**, OR AT, s. 325; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 9; **Becker**, BK OR, Art. 92/94 N. 6; **Serozan**, Dönme, s. 323; **Akıncı**, Temerrüt, s. 107; **Üçer**, s. 125; **Arpacı**, s.220; **Birinci Uzun**, Temerrüt, s. 615.

¹⁰⁸¹ **Koller**, OR AT, N. 56.110; **Staubert**, N. 716; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2441; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1156 (Yazarlar, herhangi bir gerekçe belirtilmemiş olmakla birlikte TBK m. 114/II atfıyla TBK m. 52 kapsamında değerlendirmektedir.). Alman hukuku bakımından sorumluluğun sınırlandırılması durumunun yalnız adi borçlarda olabileceğini, ticari ilişkilerde ise ilişkiye uygun özen borcunun devam etmesi gerektiği hususunda bkz. **Huber, Ulrich**, Leistungsstörungen, Bd. II, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9/2, Tübingen 1999, s. 729.

¹⁰⁸² **Ernst**, MüKo BGB, §300 Rn. 2; **Wiedemann**, Soergel BGB, §300 Rn. 8; **Larenz**, I, s. 218.

İşsahibinin temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi fesheden yüklenicinin tamamlanmamış eseri teslim etme yükümlülüğü de devam etmektedir. Kanaatimizce, ileriye etki sebebiyle yüklenicinin bu borç bakımından da sorumluluğu sözleşmenin devam ettiği durumla aynıdır. Bununla birlikte, fesih işsahibi yüzünden gerçekleşmiş olduğundan TBK m. 52'nin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir.

3.1.3.3. Yüklenicinin Borçlu Temerrüdü

İşsahibinin alacaklı temerrüdünün, yüklenicinin edim sorumluluğuna ilişkin etkilerinden biri de yüklenicinin borçlu temerrüdünün gerçekleşmeyecek olmasıdır. Doktrinde baskın olarak kabul edilen bu sonuca göre, alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi ile borçlu temerrüdü de ortadan kalkar¹⁰⁸³. Bu durum, aynı zamanda, işsahibinin alacaklı temerrüdünün sözleşmede süre uzatımına yol açtığı hallerde gecikme dolayısıyla yüklenicinin borçlu temerrüdüne düşmeyeceği anlamına da gelir¹⁰⁸⁴. Oğuzman/Öz ise, borçlu temerrüdünün sona erme sebebinin alacaklı temerrüdü değil, borçlunun ifayı arz etmesi olduğunu belirtmektedir¹⁰⁸⁵. İşsahibinin alacaklı temerrüdü devam ettikçe, kaçındığı edimle ilgili yüklenicinin borçlu temerrüdünün doğmayacağı noktasında herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Alacaklı temerrüdünün borçlu temerrüdünü sona erdirmesi hususundaki tartışma ise, kanaatimizce, borçlu temerrüdünün sona ermesine ilişkindir. Gerçekten de, doktrindeki baskın görüşe göre, borçlunun ifa teklifinin yanı sıra alacaklının bu tekliften

¹⁰⁸³ **Von Tuhr/Escher**, s. 75, 142; **Eren**, Genel, N. 3194; **Üçer**, s. 134-135; **Weber**, BK OR, Art. 92, N. 25, 30; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 20; **Schenker**, N. 229; **Koller**, OR AT, N. 56.105. Yargıtay da yer teslimini işsahibinin yükümlülüğü olarak değerlendirdiği bir kararında bu davranıştaki gecikme sebebiyle işin geciktiği hallerde buna dayalı talepte bulunamayacağına hükmetmiştir: “Ancak davalı yüklenici, gecikmeye iş sahibinin sözleşmede kararlaştırılan yükümlülüğünde olan yol ve saha dolgusunun yapılmaması sonucu işin montajının geciktiğini belirterek kusursuz olduğunu savunmuştur. Taraflar arasında imzalanan 20.09.1996 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde, teklife dahil olmayan işler arasında, montaj yapılabilmesi için gerekli yol saha dolgusu ve sıkıştırılması işi de yer almıştır. Buna göre davacı iş sahibinin kendi edimlerinde bulunan işleri süresinde yaptığını ve sahayı montaja hazır halde yükleniciye teslim ettiğini kanıtlaması zorunludur. Davacı bu şekilde yer teslimini kanıtlayamadığına ve 13.01.1997 tarihinde yapılan tespitte yol çalışmalarının inşaat yapımına uygun hale getirilmediği saptandığına göre gecikmede yüklenicinin kusurundan söz edilemez. BK'nın 81. maddesi uyarınca karşılıklı edimleri içeren sözleşmelerde kendi edimini yerine getirmeyen taraf diğer taraftan edimini yerine getirmesini isteyemez. O halde gecikmede yüklenicinin bir kusuru bulunmadığına göre iş sahibinin gecikme nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararlarına ilişkin davasıyla, iş bedeli karşılığı verilen çekten borçlu bulunulmadığının tespitine ilişkin davasının tümüyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabul edilmesi doğru olmadığından karar bozulmalıdır.” 15. HD T. 25.2.2010 E. 2009/6674 K. 2010/1099 (KBİBB).

¹⁰⁸⁴ **Gauch**, BRT 1995, s. 17; **Tandoğan**, II, s. 131; **Seliçi**, İnşaat, s. 82; **Kürşat**, İnşaat, s. 154; **Büyükcay**, s. 222; **Ürem**, s. 104. 15. HD, T. 09.11.2005, E. 2005/4758, K. 2005/5930 (KBİBB): “Somut olayda da, açıklanan hukuksal sebeplerle, davacı iş sahipleri “alacaklı temerrüdüne” düşmüş olup yüklenici davalının ediminin ifasında temerrüdü gerçekleşmemiştir.”

¹⁰⁸⁵ **Oğuzman/Öz**, I, N. 1159 (Yazarlar, usulüne uygun teklif gerçekleşse ve alacaklı haklı sebeple teklifi reddetse dahi borçlu temerrüdünün sona ereceğini belirtmektedir.); **Tekben**, s. 2604.

kaçınmasıyla borçlu temerrüdünün sona ereceği kabul edilmektedir¹⁰⁸⁶. Bu noktada, bir görüş¹⁰⁸⁷ somut olayın özelliklerine göre sözlü veya fiili ifa teklifiyle bu durumun gerçekleşebileceğini ileri sürerken, bir başka görüş¹⁰⁸⁸ yalnız fiili ifa teklifini kabul etmektedir. Kanaatimizce, alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesiyle borçlu temerrüdünün sona erdiği kabul edilmelidir¹⁰⁸⁹. Böylece, yüklenicinin ifa teklifinden sonra iş sahibine süre tanınması gereken durumlarda, bu süre boyunca borçlu temerrüdünün devam ettiği kabul edilir¹⁰⁹⁰. Yüklenicinin borçlu temerrüdünün sona erdiği durumlarda, gerçekleştiği zaman dilimiyle ilgili gecikme tazminatı vb. sorumluluğu tabii olarak devam eder.

İş sahibinin kabul temerrüdüne düştüğü durumlarda, yüklenicinin borçlu temerrüdünün gerçekleşmeyeceği ve devam etmekte olan temerrüdün son bulacağı hususunda bir problemle karşılaşmaz. Bu noktada, borçlu temerrüdündeki yüklenicinin ifayı teklif ettiği durumların iş sahibi bakımından uygun olup olmadığı değerlendirilmeli ve süre tanınması gerekiyorsa ona göre hareket edilmesi gerekir. Aksi takdirde, iş sahibi bakımından haklı sebep bulunduğundan borçlunun temerrüdü sona ermez. İş sahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü ise, yüklenicinin meydana getirme veya teslimdeki gecikmesini haklı kılacağından yüklenicinin borçlu temerrüdüne engel olur¹⁰⁹¹. Bu durum belirlenirken, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün teslim süresine ve vadesine etkisi incelenmeli ve ona göre karar verilmelidir. Başka bir deyişle, alacaklı temerrüdünün sözleşme süresi ile ara veya teslim vadesi üzerindeki etkileri tespit edilmeli ve somut olayın özellikleri çerçevesinde yüklenicinin borcunun muaccel olacağı ana göre, yüklenicinin temerrüdüne hükmedilebilir¹⁰⁹². Tarafların kararlaştırdıkları ceza koşulu bakımından ise, iş sahibinin sorumlu tutulabileceği sebeplerle ihlalin ortaya çıktığı durumlarda ceza koşulunun muaccel olmayacağı kabul edilmektedir¹⁰⁹³.

¹⁰⁸⁶ **Weber**, BK OR, Art. 102 N. 163; **Von Tuhr/Escher**, s. 142; **Wiegand**, BSK OR, Art. 102 N. 12. Aksi yönde, **Oğuzman/Öz**, I, N. 1535. Gerekece belirtilmemekle birlikte yalnız ifa teklifinden bahseden yazarlar **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2824; **Bucher**, OR AT, s. 359; **Antalya**, N. 2535, 2537.

¹⁰⁸⁷ **Weber**, BK OR, Art. 102 N. 163; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Vorbem. zu Art. 102-109 N. 4; **Von Tuhr/Escher**, s. 142 dn. 66.

¹⁰⁸⁸ **Becker**, BK OR, Art. 102 N. 41; **Kızır, Mahmut**, Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi, Ankara 2012, s. 123.

¹⁰⁸⁹ "...tarihinden sonraki dönem için alacaklı temerrüdü gerçekleştiğinden gecikme tazminatı talep edilemez ise de..." 15 HD T. 29.03.2012 E. 2011/7318 K. 2012/2103 (<https://karararama.yargitay.gov.tr>).

¹⁰⁹⁰ Doktrinde Kızır tarafından "09.04.2010 tarihinde, memur (M), kendisine bir takım elbise dikimi hususunda terzi (T) ile bir eser sözleşmesi yapar. Buna göre, ölçüler alındıktan iki hafta sonra ürünün teslim edileceği kararlaştırılır. Sipariş veren kişi, kararlaştırılan 12.04.2010 tarihinde terziye ölçü alması için geldiğinde terzi yerinde yoktur. Terzi ise, 02.05.2010 tarihinde sipariş veren kişiye ölçüsünü alma hususunda çağrıda bulunur (sözlü teklif)." verilen bu örneğe göre, kanaatimizce, 02.05.2010 tarihinden sonra M'nin provaya gelmesi için uygun sürenin geçmesi ve M'nin gelmemesi ile terzinin temerrüdü ortadan kalkar. Örnek için bkz. **Kızır**, s. 123.

¹⁰⁹¹ **Gauch**, Werk, N. 678; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 366 N. 2; **Koller**, Werk, N. 320.

¹⁰⁹² Alacaklı temerrüdü sebebiyle vade ertelenmesinin kabul edildiği durumlarda taraflar yeni bir tarih kararlaştırmadıkları sürece ertelenen tarih belirli vade niteliğinde olamayacağından yüklenicinin temerrüdü için iş sahibinin ihtarı gerekir. Bkz. **Gauch**, Werk, n. 682.

¹⁰⁹³ **Kocağa**, Ceza Koşulu, s. 237; **Yağcıoğlu, Burcu**, Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart), Ankara 2019, s. 182; **Ozanoğlu**, s. 106 (Yazar, sonradan ceza koşulunun tekrar muaccel hale geleceğini de belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 108).

3.2. Yüklenicinin Malvarlığı Eksilmelerine İlişkin Talepleri Bakımından Sonuçları

3.2.1. Yüklenicinin, İşsahibinin Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Ortaya Çıkabilecek Malvarlığı Eksilmeleri

3.2.1.1. Genel Olarak

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle birlikte yüklenici bakımından çeşitli malvarlığı kayıpları ortaya çıkabilir. Bu durum, meydana getirme sürecinin karışık ve uzun olduğu eser sözleşmelerinde daha fazla problem arz eder. Zira davranıştan kaçınma doğrudan meydana getirilen işi etkileyebileceği gibi yüklenicinin başka işlerinde gecikmesine ve üçüncü kişilere karşı sorumlu olmasına da yol açabilir. Nitekim yüklenicinin eseri meydana getirme bakımından üretim faktörlerini ve ticari kapasitesini, belirli bir zaman için işe tahsis etmiş olması da bu noktada önem arz etmektedir. Benimsediğimiz fikre göre, alacaklı temerrüdü, külfet ihlali niteliğinde olduğundan ortaya çıkan eksilmelerden hangilerinin karşılanması gerekeceğini belirlemek oldukça zordur. Zira külfet niteliğinin bir sonucu olarak zarar kavramından hareket edilemez. Türk-İsviçre kanun koyucusunun konuya ilişkin ne genel hükümlerde ne de sorunla en fazla karşılaşılacak olan eser sözleşmesinde herhangi bir düzenlemeye yer vermiş olması konuyu daha da karmaşık hale getirmektedir. Başka bir deyişle, hangi şartları taşıyan eksilmelerin kapsama alınacağını ve talebin şartları bakımından düzenleme bulunmaması sebebiyle meselenin doktrindeki görüşler çerçevesinde şekillendirilmesi gerekir. Ancak, konunun, son yıllara kadar Türk-İsviçre doktrininde yeterli ilgiyi görmemiş olması bu durumu daha da zorlaştırmaktadır. Bu kapsamda, ön şart olarak yüklenicinin talepte bulunacağı malvarlığı eksilmelerinin kendisine yükletilemeyen sebeplerle meydana gelmesi bir zorunluluk olarak aranmalıdır¹⁰⁹⁴. Bu zorunluluk, işsahibinin alacaklı temerrüdünde gerçekleşmiş kabul edilmelidir.

Temerrüt nedeniyle ortaya çıkabilecek malvarlığı eksilmelerinin genel geçer şekilde belirlenmesi, eser sözleşmelerinin kapsamı düşünüldüğünde imkânsızdır. Ancak, ortaya çıkabilecek eksilmelerin belirli biçimlerde sınıflandırılması ile somut uyuşmazlıklar bakımından ilkelerin belirlenmesi mümkündür. Bu bağlamda malvarlığı eksilmeleri, doktrinde ileri sürülen fikirler de dikkate alınarak, ek masraflar ve diğer malvarlığı eksilmeleri olarak ikili bir ayrıma tâbi tutularak incelenmiştir. Ancak bundan önce, malvarlığı eksilmelerinin geneli bakımından doktrinde Rey'in ileri sürdüğü asli (*primäre Einbussen*)-tali (*sekundäre Einbussen*) malvarlığı eksilmeleri ayrımının incelenmesi gerekir. Bu görüşe göre,

¹⁰⁹⁴ Nitekim malvarlığı eksilmeleri yükleniciden kaynaklanabileceği gibi her iki tarafa da yükletilebilen sebeplerle veya her iki tarafın ortaya çıkardığı durumun birlikte gerçekleşmesi sonucunda meydana gelebilir. Çalışmamız işsahibinin alacaklı temerrüdüne ilişkin olduğundan farklı ifa engelleri incelenmemiştir. **Hürlimann**, s. 836; **Schumacher/König**, N. 332 vd., N. 398 vd., N. 408 vd.; **Henninger**, BRT 2005, s. 248; **Duve/Richter**, BauR 2006, s. 608 vd.

iş sahibinin davranışı gerçekleştirmemesi üzerine ve temerrüdün devam ettiği sürede ortaya çıkan eksilmeler, asli eksilme olarak nitelendirilmekteyken, temerrüdün sona ermesinden sonra ortaya çıkan eksilmelere, tali eksilmeler denir¹⁰⁹⁵. Buna göre, temerrüt süresince yüklenicinin üretim faktörlerindeki kullanım kayıpları asli eksilme iken, temerrütten sonra işin yapıldığı zamanda malzeme veya işçi ücretlerinin yükselmesi, işin uygun olmayan zamana ertelenmesi nedeniyle yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı harcamalar tali eksilme kapsamındadır.

Aşağıda öncelikle iş sahibinin alacaklı temerrüdünün türüne göre ortaya çıkabilecek malvarlığı eksilmelerine ardından ek giderler ile diğer malvarlığı eksilmelerine değinilmiştir. Zira kimi durumlarda kanun koyucunun getirmiş olduğu düzenlemelerden yola çıkılarak yüklenicinin belirli malvarlığı eksilmelerinin talep edilemeyeceğinin de kabul edilmesi mümkündür.

3.2.1.2. Alacaklı Temerrüdünün Türüne Göre

3.2.1.2.1. Kabul Temerrüdünde

İş sahibinin kabulde temerrüde düştüğü durumlarda, yüklenicinin malvarlığında eksilmelerinin ortaya çıkıp çıkmayacağı ve bunlara ilişkin taleplerin ne şekilde gerçekleşeceği tespit edilmelidir. Konuya ilişkin esas alınabilecek tek düzenleme TBK m. 107/I'de yer alan “giderleri alacaklıya ait olmak üzere” ifadesidir. İş sahibine ait olan bu giderler, yüklenicinin, tevdi veya satma hakkını kullandığı durumlarda, bu haklarla ilgili olarak ortaya çıkan ve yüklenicinin iş sahibi adına gerçekleştirdiği iradi harcamalardan oluşur. Böylece, mahkeme masrafları, tevdi yerine ulaşım giderleri, mahkemeden izin alma süresinde ortaya çıkan koruma, saklama ve sigortalama giderleri vb. kalemler TBK m. 107 kapsamında iş sahibi tarafından karşılanması gereken yüklenicinin malvarlığındaki eksilmelerdir¹⁰⁹⁶. Bunlara ek olarak, yüklenicinin uğradığı başkaca kayıplar varsa ayrıca bu eksilmelerin de tazmin edilip edilmeyeceği belirli değildir.

Kanun koyucunun, alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde teslim borçlusunun menfaatinin gerektiği ölçüde dikkate alındığını ileri süren bir görüş, tevdi veya satma hakkına ilişkin giderleri talebinin yeterli olduğunu ileri sürmektedir¹⁰⁹⁷. Kanaatimizce, bu görüşün kabul edilmesi gerekir. Zira bu tip durumlarda yüklenicinin tevdi veya satma hakkı

¹⁰⁹⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 750, 765 (Yazar, hem asli hem de tali malvarlığı eksilmelerini doğrudan eksilme kapsamında değerlendirmektedir.).

¹⁰⁹⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 1138.

¹⁰⁹⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 1138 (Yazar, bu fikrini, kanun koyucunun teslim borçlusuna çeşitli ifa ikameleri tanıyarak yeterince dikkate aldığını bu sebeple ortaya çıkan olumsuz durumların tamamından zararsız bir şekilde tutulmasının amaçlanmadığına dayandırmaktadır. Bkz. N. 1136 vd.)

olduğundan, bu haklarını kullanmayarak eseri elinde tuttuğu ve bu durumun sürekli bir şekilde giderler yapılmasına veya deposunu kullanamaması gibi sebeplerle farklı zararlara yol açtığını ileri sürerek bu eksilmeleri talep etmesi mümkün olmamalıdır¹⁰⁹⁸. Ancak, bu durum yüklenicinin tevdi veya satma yoluna başvurma zorunluluğunu da gerektirmemektedir. Örneğin, yüklenicinin, eseri teslim almayan işsahibinin ürününü vitrinde sergileyerek kendi menfaatine de kullanmaya devam etmesi mümkündür. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerine göre tevdi veya satma hakkının kullanılmasının kimin lehine olduğu değişken bir durum arz eder. Ancak, yüklenicinin ifa ikamelerine başvuru imkânının olduğu ve bu sebeple ortaya çıkabilecek giderleri elde edebileceği bir durumda, bu yollara başvurulmaması sebebiyle ortaya çıkan masrafların işsahibinden talep edilememesi gerekir.

Eseri teslim alınmayan yüklenicinin istisnai durumlarda malvarlığı eksilmelerine dayalı taleplerini ileri sürmesine de müsaade edilmelidir¹⁰⁹⁹. Nitekim, eserin belirli bir süre tevdi edilemediği veya satma yoluna başvurulmadığı ya da işsahibinin oluşturduğu güven sebebiyle başvurmadiğı, yüklenicinin eseri elinde tutmak zorunda kaldığı hallerle karşılaşılabılır. Bu tip durumlarda, eseri elinde bulunduran yüklenicinin, temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı masraflarının karşılanması gerekir. Bu durumda da, teslim alınmadaki gecikme ile ortaya çıkan masraflar arasındaki illiyet bağı incelenmeli ve kaçınmanın sonucunu oluşturan masrafların talep edilmesi mümkün kılınmalıdır.

3.2.1.2.2. Hazırlık Fiilleri Temerrüdünde

İşsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü durumunda, kanun koyucu, yükleniciye TBK m. 110 kapsamında sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır. Anılan dönme hakkının, eser sözleşmesi bakımından fesih olarak kabul edilmesi gerekir¹¹⁰⁰. Bununla birlikte, sözleşmenin sona ermesiyle yükleniciye ayrıca tazminat hakkının tanınıp tanınmayacağı doktrinde tartışmalıdır¹¹⁰¹. Temerrüde yol açan davranışların kural olarak külfet niteliği hasebiyle tazminat yaptırımının alacaklı temerrüdünün sonuçları içinde yer almadığını kabul

¹⁰⁹⁸ Buna karşılık, kanaatimizce hatalı olarak, Yargıtay teslim alınmayan kumaşları tevdi etmeyen tarafın yine de muhafaza için gerekli giderleri talep edebileceğine hükmetmiştir: "...kendi depolarında muafaza edilen emtianın ihtarname tebliğ tarihinden itibaren 3 günlük süre içerisinde alınmasını karşı tarafa ihtar etmiş, bu ihtarname 02.08.2006 tarihinde muhatabına tebliğ edilmiş, verilen süre geçmesine rağmen 06.08.2006 günü itibariyle eşyalar teslim alınmamıştır. Davacı-karşı davalı şirket ardiye ve depo işletmeciliği şeklinde bir iş yapmadığından kural olarak deposundaki eşyaları sözleşme gereği muhafaza ettiği ve elinde tuttuğu süre için bedel talep edemez ise de; mahkeme kararı ile davalı-karşı davacı şirkete iadesine karar verilen kumaşları teslim almalarını ihtar etmek suretiyle adı geçen şirketi 06.08.2006 tarihi itibariyle temerrüde düşürdüğü ve bu tarihte alacaklı temerrüdü gerçekleştiğinden davacı şirket elinde bulunan kumaşların muhafazası için gerekli giderleri diğer taraftan talep edebilir." 15. HD T. 14.03.2011 E. 2009/6575 K. 2011/1487 (www.lexpera.com).

¹⁰⁹⁹ Bu duruma, işsahibinin hakimiyetinde yer alan eserlerde işsahibinin eseri ifa olarak kabul etmemesi ve alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle yüklenicinin yaptığı giderler de örnektir.

¹¹⁰⁰ Bkz. 3.1.2.3.1.

¹¹⁰¹ Bkz. 3.2.2.4.

etmekteyiz. Bu sebeple, sözleşmeyi feshetme hakkı bakımından TBK m. 110'da yer alan borçlu temerrüdü hükümlerine atfın yalnız fesih hakkının kullanılmasına ilişkin olduğu kanaatindeyiz.

Yüklenicinin, alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşmeyi sona erdirdiği durumlarda, yukarıda da açıklandığı üzere TBK m. 485 hükmünün uygulanması gerekir¹¹⁰². Buna göre, yüklenici, yaptığı işin değerinin yanı sıra bu değere girmeyen giderlerini de talep edebilir. Yukarıda da belirtildiği üzere, bu değere girmeyen giderler, sözleşmenin feshine ilişkin olup yüklenicinin temerrüt nedeniyle yapmak durumunda kaldığı ek giderleri kapsamaz¹¹⁰³. Özellikle, genel işletme giderleri ve yüklenicinin yaptığı ek giderlerle ilgili kâr payını içermediğinden, yükleniciye ayrıca talep imkânı sağlanmalıdır.

Yüklenicinin, işsahibinin temerrüdüne rağmen sözleşmeyi feshetmediği durumlarla karşılaşılması da mümkündür. Bu haller özellikle yüklenicinin karşı edime ve işi meydana getirmeye olan menfaatinden vazgeçmek istemediği durumlarda ortaya çıkar. Ayrıca, işsahibinin oldukça basit bir hazırlık fiilinde temerrüdü nedeniyle sözleşmenin sona erdirilmesi birçok halde hem işsahibinin hem de yüklenicinin aleyhine bir durum oluşturur. Zira alacaklı temerrüdünde kusur şartı aranmadığından bu hal kimi zaman işsahibinin bu davranışı yerine getirebilecek durumda olmamasından da kaynaklanabilir. Sözleşmenin feshedilmediği bu tip durumlarda, yüklenici mutlaka ek masraflar yapmak zorunda kalır. Zira işsahibinin temerrüdünün devam edebilmesi için ifaya hazır durumda bulunması gereken yüklenicinin, her şeyden önce bu ifaya hazır olma durumu sebebiyle üretim faktörlerinin uygun verimlilikte kullanılamaması ve maliyet artışları söz konusudur. Örneğin, hiç veya yeterince çalıştıramadığı işçilere, makinelere, araçlara ödeme yapmak zorunda kalan yüklenici, ayrıca bu yavaşlama veya durma dönemi süresince meydana getirilen eserin korunması, yönetimi vb. ek davranışlarda da bulunmak zorunda kalır. Bunun yanı sıra temerrüt ortadan kalksa dahi sözleşmenin uzama dönemlerinde maliyetlerde artış meydana gelebileceği gibi yüklenicinin aynı sürede işi bitirebilmesi için gerekli hızlanma maliyetlerinin de ortaya çıkması mümkündür. Bu malvarlığı eksilmeleri, belirli bir kişi veya amaç uğruna yüklenicinin bizzat iradesi ile gerçekleştirdiği harcama niteliğinde olduğundan masraf (gider) kapsamındadır. Bu masraflar dışında yüklenicinin üçüncü kişilere (özellikle alt yüklenici) karşı ödemek zorunda kalacağı tazminat, ceza koşulu ödemeleri olacağı gibi çalışma programının bozulması sebebiyle diğer işlerinde de masraf ve zararlar ortaya çıkabilir.

Yukarıda açıklanan malvarlığı eksilmelerinin tazmini hususunda Türk-İsviçre kanun koyucusu herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Bu sebeple doktrinde, alacaklı

¹¹⁰² Bkz. 3.1.2.3.1.

¹¹⁰³ Bkz. 3.1.2.3.3.2.

temerrüdü sebebiyle borçlunun yaptığı masrafları, TBK m. 107’de yer alan giderlerin alacaklıya ait olması kuralının genişletilmesiyle veya vekâletsiz işgörme ya da sebepsiz zenginleşmeye dayalı olarak talep edebileceği belirtilmektedir¹¹⁰⁴. Eser sözleşmesi özelinde ise, yükleniciye, ayrıca bedel talebinin tanınması gerektiği baskın görüştür¹¹⁰⁵. Alman ve Avusturya hukukunda, eser sözleşmesine özel olarak yükleniciye, işin meydana getirilmesindeki işsahibinden kaynaklanan engellemeler sebebiyle ayrıca talep hakkına yer verilmiştir (BGB §642; ABGB §1168). Kanaatimizce, Türk-İsviçre hukuku bakımından, her ne kadar kimi hükümlerin kıyasen uygulanması ile belirli malvarlığı eksilmelerinde sonuca ulaşılabilirse de, eser sözleşmesinde, yüklenicinin ortaya çıkabilecek malvarlığı eksilmelerinin önemli bir kısmı kıyasen uygulanan taleplerle tazmin edilemez. Bu sebeple, işsahibinden kaynaklanan ve meydana getirme faaliyetlerindeki engellenmeler sebebiyle yükleniciye ek bir talebin tanınması gerekir. Bu noktada, Türk Borçlar Kanunu’nda gerçek bir boşluğun bulunduğu kabul edilmelidir. Nitekim bu durum doktrinde, özellikle götürü bedel içeren eser sözleşmeleri bakımından baskın görüştür¹¹⁰⁶.

Özetle, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü halinde, yüklenicinin sözleşmeyi ayakta tutması ihtimali kanun koyucu tarafından değerlendirilmemiştir. Bu sebeple, yükleniciye, temerrütten kaynaklanan giderleri işsahibinden isteyebilmesini sağlayan talebin kabulü gerekir. Yüklenicinin, sözleşmeyi sona erdirdiği durumlarda ise, TBK m. 485’te belirtilenlerin yanı sıra ayrıca bu talep de sağlanmalıdır.

3.2.1.3. Ek Gider

3.2.1.3.1. Gider Kavramı

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle yüklenici bakımından ortaya çıkan malvarlığı eksilmelerinin önemli bir bölümünü yapmak zorunda kaldığı giderler (masraflar) oluşturur. Bu sebeple, öncelikle gider kavramının açıklanması gerekir. Gider, İktisat Terimleri Sözlüğü’nde, “*Bir iktisadi karar biriminin mal ve hizmet üretmek veya tüketmek için harcadığı paranın tümü*” şeklinde tanımlanmaktadır¹¹⁰⁷. Türk Borçlar Kanunu’nda ise, gideri tanımlayan herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Konumuzla ilgili olarak ise, TBK m. 107 ve 108’de yer alan gider kavramı yerine 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda m. 91 ve 92’de

¹¹⁰⁴ Bkz. 3.2.2.2.

¹¹⁰⁵ Bkz. 3.2.2.3.

¹¹⁰⁶ Bu husus, götürü bedel içeren eser sözleşmeleri bakımından baskın görüştür. Bkz. **Gauch**, werk, n. 1337; **Rey**, Mitwirkung, N. 1150; **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 152; **Özçelik**, İmkânsızlık, s. 609; **Hauck/Rebmann**, s.433; **Schumacher/König**, N. 349; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 778; **Schulin**, s. 90. Aksi yönde, **Stauber**, N. 858 (Yazar, kanun koyucunun masraf hususunda kasıtlı sustuğunu ancak borçluya tazminat talebinin sağlanması noktasında boşluk bulunduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 877).

¹¹⁰⁷ TDK İktisat Terimleri Sözlüğü (2004), www.tdk.gov.tr, E.T.: 03.01.2020.

masraf kelimesi kullanılmıştır¹¹⁰⁸. Bununla birlikte, Türk Borçlar Kanunu'nun farklı düzenlemelerinde gider yerine masraf kavramına da yer verilmiştir¹¹⁰⁹. Her bir kavramın kullanıldığı yerin ayrıca değerlendirilmesi gerekmeyle birlikte, kanun koyucunun en azından alacaklı temerrüdü özelinde masraf ve gideri eş anlamlı gördüğü ve gider ifadesini tercih ettiği sonucuna ulaşılabilir. Kanundaki ifadeye uygun olarak bu çalışmada da gider ve masraf eş anlamlı olarak kullanılmıştır.

Doktrinde, gider, yapanın iradesiyle ortaya çıkan başkası veya bir mal için yapılan harcamalar şeklinde tanımlanmaktadır¹¹¹⁰. Gerçekten de, gideri zarardan ayıran temel unsur, gideri yapan kişinin, harcamaları iradi olarak ve belirli bir amaç uğruna gerçekleştirmiş olmasıdır¹¹¹¹. Buna göre, iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle meydana gelen sonuçların ortadan kaldırılması için yüklenicinin yapmış olduğu harcamalar, iradi ve sözleşmenin ifasına yöneliktir. Ek giderler (*Mehraufwand*) ise, giderlere ilişkin şartları taşımakla birlikte, sözleşmenin olağan şekilde ifasında ortaya çıkmayacak olan kalemlerdir¹¹¹². Nitekim Alman hukukunda bir görüş, tazminatta, olayın gerçekleşip ardından meydana gelen zararlı sonuçların ortadan kaldırılması için zarar görenin yapmış olduğu harcamaların esas alındığını; alacaklı temerrüdüne dayalı taleplerde ise, temerrüden önce yüklenicinin yapmış olduğu harcamaların sonradan temerrüt sebebi ile verimsiz biçimde tutulmasından kaynaklı harcamaların söz konusu olduğunu ileri sürmektedir¹¹¹³. Ancak, anılan giderlerin bazılarının sözleşmeye aykırılık durumunda zarar kapsamında talep edilebileceği de gözden uzak tutulmamalıdır¹¹¹⁴. Bu noktada, önem arz eden husus, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışlarının kural olarak sözleşmeye aykırılık kapsamında değerlendirilmemesidir¹¹¹⁵. Dolayısıyla, yüklenicinin iradesine aykırı veya iradesi olmaksızın gerçekleşen temerrüde dayalı eksilmelerin bu anlamda ek gider kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

¹¹⁰⁸ Masraf yerine gider kelimesinin tercih edildiği başka maddeler de bulunmaktadır. Bkz. TBK m. 9/eBK m. 8; TBK m. 53/eBK m. 45; TBK m. 80/eBK m. 64; TBK m. 100/eBK m. 84.

¹¹⁰⁹ Örnek olarak bkz. TBK m. 113/eBK m. 97; TBK m. 291/eBK m. 241; TBK m. 530/eBK m. 414.

¹¹¹⁰ **Von Tuhr/Peter**, s. 130; **Aybay, Memet Erdem**, Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini, İstanbul 2013, s. 125 vd.; **Koç**, s. 285; **Stauber**, N. 802; **Üçer**, s. 127. Maliyet artışı ifadesi için bkz. **Ardıç**, s. 265.

¹¹¹¹ **Davran, Bülent**, Medeni Hukukta Masraf ve Sarfıyat, İÜHFM, Y. 1945 C. 11, S. 1-2, s. 289; **Von Tuhr/Peter**, s. 130 (Yazarlar, İsviçre Borçlar Kanunu'nun, "*Verwendung, Aufwendung, Aufwand, Auslage*" kavramlarını aynı anlama gelecek şekilde kullandığını ileri sürmektedir.); **Gökyayla**, s. 352-353; **Ergüne**, s. 9 (Yazar, belirtilen bu görüşün de tartışmalı olduğunu vurgulamakta ve kimi yazarlarca bu kalemlerin de zarar kapsamında yer almakla birlikte tazminat yükümlülüğü doğurmadığını ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 9 dn. 8).

¹¹¹² Doktrinde, borcun sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilebilmesi için yapılması gereken ve borcunun katlanmak zorunda olduğu masraflar, "*ifa masrafları*" şeklinde adlandırılmakta ve iş sahibinin işbirliğinden kaçınması sebebiyle ortaya çıkanların bu kapsamda olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 150.

¹¹¹³ **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, §642 Rn. 39. Bu fikre dayalı olarak, yüklenicinin yapmış olduğu üretim faktörlerindeki kullanma kayıplarına ilişkin ek gider ifadesini tercih etmiş bulunmaktayız. Buna karşılık, kimi hallerde yüklenicinin yapmış olduğu giderlerin, boşuna yapılmış harcama olarak da nitelendirilmesi mümkündür. Ancak, her iki durumda da, yüklenicinin talebi zararına ilişkin değildir. Bkz. **Gökyayla**, s. 352.

¹¹¹⁴ **Ergüne**, s. 318 vd.; **Büyüksağış, Erdem**, Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, N. 472.

¹¹¹⁵ Ek iş ve iş değişikliği bakımından ortaya çıkan boşa giden masraflar için aynı yönde, **Gökyayla**, s. 355.

Eser sözleşmesi bakımından ek gidere sebep olan haller, yüklenicinin (planlama hatası, yetersiz personel vb.) veya iş sahibinin riziko alanından (alacaklı temerrüdü, iş değişikliği, kötü işbirliği vb.) kaynaklanabileceği gibi her iki tarafa da yükletilemeyen durumlarda (TBK m. 480/II) da ortaya çıkabilir¹¹¹⁶. Özellikle meydana getirme faaliyetlerinin uzun ve karmaşık olduğu eser sözleşmelerinde, ek giderler genellikle birden çok sebebe dayanmakta ve bir nedensellik zinciri içinde ortaya çıkmaktadır¹¹¹⁷. Bu çalışma bakımından yalnız iş sahibinin temerrüdünün yol açtığı ve temerrüde rağmen yüklenicinin eserin ifası için yapmak zorunda kaldığı ek giderler incelenmiştir¹¹¹⁸. Yüklenicinin, eserin korunması veya saklanması ilişkin önlemler alması buna örnek gösterilebilir. Alacaklı temerrüdü nedeniyle yüklenicinin programının bozulması ve özellikle üretim faktörlerinin verimsiz veya yeterli verimlilikte kullanılamaması hallerinde ortaya çıkan giderler de, ek gider kapsamındadır. Yüklenicinin, kiraladığı makineleri daha uzun süre kullanmak zorunda kalması, ücret ödediği işçilerin temerrüt süresince çalışamamaları veya üretim faktörlerinin başka işlere tahsis edilmesi için yapılan harcamalar da bu duruma örnektir.

Yüklenicinin talep edebileceği ek giderler her ne kadar para ile ödenmek zorunda olsa da giderleri oluşturan kalemlerin likit olarak ifade edilebilmeleri yeterlidir. Buna göre, yüklenicinin, temerrüt nedeniyle zaman, eşya, enerji, para vb. yapmak zorunda olduğu her tür faaliyetin bu kapsamda yüklenicinin giderleri niteliğinde sayılması gerekir¹¹¹⁹. Bu noktada, iş sahibinin engellemesine rağmen borcundan kurtulamayan ve hatta birçok durumda önce ifa yükümlülüğü devam eden yüklenicinin, temerrüdün devam etmesinin şartlarından olan, ekonomik, teknik, personel, organizasyon ve lojistik bakımdan, ifaya hazır halde (*Leistungsbereitschaft*) bulunması ek giderler kapsamındadır. Buna göre, temerrüt süresince yüklenicinin ifaya hazır tuttuğu üretim faktörlerini yeterli verimlilikte kullanamaması yüklenici bakımından ek gider niteliğindedir.

İş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesiyle yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı giderler eser sözleşmelerinin kapsamından dolayı oldukça farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Bu sebeple, meydana gelebilecek giderlerin tek tek belirlenmesi mümkün olmadığı gibi böyle bir belirlemeye ihtiyaç da yoktur. Bununla birlikte, giderlerin çeşitli açılardan sınıflandırılması mümkündür. Bu kapsamda, illiyet bağının dolaylılık derecesine göre gruplandırmayı ileri

¹¹¹⁶ **Schumacher/König**, N. 333 (Yazarlar, tabii olarak, sözleşme taraflarının istedikleri şekilde riziko dağılımları yapabileceğini ve getirilen gruplandırmanın yorum aracı olarak kullanılabileceğini sözleşmede kabul edilen esaslara göre hareket edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz., **a.g.e.**, N. 335, 336); **Spiess**, *Recht* 2012, s. 118; **Hürlimann**, s. 816 (Yazar, her iki tarafa da yükletilemeyen sebeplerden de bahsetmekte olup bu duruma hava koşulları ve olağanüstü durumları –TBK m. 480/II- örnek göstermektedir.).

¹¹¹⁷ **Hürlimann**, s. 816, 836.

¹¹¹⁸ İşbirliği gecikmesine ilişkin benzer tanımlama için bkz. **Rey**, *Mitwirkung*, N. 751.

¹¹¹⁹ **Rey**, *Mitwirkung*, N. 754.

süren bir görüş, giderleri, -engellenme (*Behinderungsaufwand*), -gecikme (*Verzögerungsaufwand*) ve -tespit (*Feststellungsaufwand*) şeklinde üçe ayırmaktadır¹¹²⁰. Bir başka görüş ise, giderlerin, -doğrudan (*direkter Mehraufwand*), -uzama (*Verlängerungsmehraufwand*) veya her ikisi şeklinde ortaya çıkabileceğini ileri sürmektedir¹¹²¹. Buna karşılık, ek giderleri doğrudan ve dolaylı olarak ikiye ayıran başka bir görüş ise, bunların farklı nedenlerden doğabileceğini ve uygulamada sıklıkla her iki taraftan da kaynaklanan birçok sebebin bir araya gelmesiyle ortaya çıktığını belirtmektedir¹¹²². Alman hukukunda ileri sürülen bir görüş ise, üç farklı ayırım ortaya atmaktadır. Bunlar, giderlerin, -temerrüdün süresi ile doğrudan bağlantısına, -meydana getirmenin durmasına veya yavaşlamasına ve -giderlerin yapılma zamanına göre yapılan ayrımlardır¹¹²³. Son olarak, İsviçre hukukunda meseleyi kapsamlı ele alan bir görüş ise, yüklenicinin taleplerinin türüne göre anılan giderlerin ve hatta malvarlığı eksilmelerinin kapsamının değişeceğini bu sebeple talebe göre belirleme yapılması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹²⁴. Kanaatimizce, giderler bakımından, engellenme, gecikme ve tespit şeklinde yapılan ayırım benimsenmelidir. Bu ayrıma göre, yüklenicinin, meydana getirme sürecinde engellenmesi sebebiyle ortaya çıkan bu ek giderler temerrüdün doğrudan sonucu niteliğindedir. Gecikme giderleri ise, temerrüt sonucu engellenen yüklenicinin verimsiz veya yeterli verimlilikte işi meydana getirememesi sebebiyle sürenin uzadığı durumlarda (temerrüt sona erdikten sonraki sürede) ortaya çıkan dolaylı ek giderler kapsamında değerlendirilmelidir¹¹²⁵. Buna karşılık, tespit giderleri,

¹¹²⁰ **Hürlimann**, s. 834 (Yazar, engellenme masrafları kapsamında doğrudan engellenme sebebiyle ortaya çıkan malzeme fiyat artışları, artan işçi ücretleri, engellenme durumunun düzeltilmesi gibi giderleri, gecikme giderleri kapsamında toplam meydana getirme süresinin uzaması sebebiyle ortaya çıkan yeni giderler -işin daha az uygun bir zamana uzamak zorunda kalması gibi- veya üretim kayıplarını, belirleme giderleriyle ise, alacaklı temerrüdünün tespiti ve ileri taleplerini ispatlayabilmesi için yaptığı giderleri kastettiğini belirtmektedir.)

¹¹²¹ **Henninger**, BRT 2005, s. 261 vd. (Yazar, doğrudan ek gider kapsamında, meydana getirme süresinin uzamasının zorunlu olmadığını, eserin bir kısmına ilişkin hallerin veya hızlanma önlemleri ile toplam meydana getirme süresine etkinin olmadığı hallerde ortaya çıkan giderleri kastetmektedir. Buna karşılık, uzama giderlerinde ise, üretim faktörlerinin daha uzun süre tutulmasını buna örnek göstermektedir. Diğer örnek durumlar için bkz. **a.g.e.**, s. 261-262). İş sahibinin hukuki egemenlik alanına dahil engellemelerin doğrudan sonucu olan ve yüklenicinin başlangıçta dikkate alarak masraf hesabına dahil etmesi gerekli olmayan masraflar ifadesine ilişkin bkz. **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 148.

¹¹²² **Schumacher/König**, N. 587 vd. Yüklenicinin engellenmesi sebebiyle ortaya çıkan zamansal etkiden türeyen ek giderlerin dolaylı etki olduğu yönünde bkz. **Spiess**, Recht 2012, s. 118.

¹¹²³ **Retzlaff**, Kniffka BauK, §642 Rn. 42 vd. (Temerrüdün süresi ile doğrudan bağlantı durumlarında ek bir neden gerekmesizin ortaya çıkan giderlerin, faaliyetlerin tamamen durması veya yavaşlamasına göre tasnif edilebileceği, oluşma zamanı bakımından ise, temerrüdün devam ettiği anda ya da sona ermesinden sonra gerçekleştirilmesine göre sınıflandırılabilirliğini ileri sürmektedir.)

¹¹²⁴ **Rey**, Mitwirkung, N. 752 (Yazar, yükleniciye temelde üç tip talep hakkı tanımaktadır. Bunlar, ek gider, ek bedel ve tazminat talepleridir. En geniş talep tazminatta söz konusu iken, ek gider talebi tüm taleplerin özünü oluşturmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **a.g.e.**, N. 1033 vd., 1218 vd., 1262 vd. Yazar, ayrıca malvarlığı eksilmeleri bakımından asli-tali şeklinde ayırım yapmaktadır. Bkz., §8, I, A.).

¹¹²⁵ Meydana getirme süresinin uzaması temerrütten kaynaklanmakta iken, uzama döneminde yapılmak durumunda kalınan giderler temerrüt ve sürenin uzaması sebeplerinin bir araya gelmesi sonucunda doğmaktadır. Bkz. **Schumacher/König**, N. 594.

yüklenicinin, temerrüdün ve ek bedele ilişkin talebinin tespitiyle ilgili yaptığı harcamalardan oluşur.

3.2.1.3.2. Giderlere İlişkin Şartlar

Yüklenicinin, işsahibinin temerrüdü nedeniyle yapmış olduğu tüm giderlerin karşılanıp karşılanmayacağını belirlemek için belirli şartlar benimsenmeli ve buna göre somut olayın özellikleri çerçevesinde yapılan giderler bakımından ilgili şartlar kümülatif olarak değerlendirilmelidir.

3.2.1.3.2.1. İlliyet Bağı

Yüklenicinin, işsahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle talep edebileceği giderlere ilişkin bulunması gereken ilk şart, illiyet bağıdır¹¹²⁶. Bu kapsamda, yüklenici işsahibinin temerrüdü olmasaydı yapmak zorunda kalmayacağı giderleri ispat ederek kendisine ödenmesini isteyebilir. Doktrinde bir görüş¹¹²⁷, davranıştaki gecikme ile doğrudan ve dolaylı sonuçlar arasında tabii illiyetin başka bir deyişle meydana gelen giderler bakımından temerrüdün zorunlu şart olarak bulunması gerektiğini ileri sürmektedir. Bir başka görüş¹¹²⁸ ise, uygun illiyet bağından bahsetmektedir. Tabii illiyeti kabul eden yazarlardan Rey, illiyet bağına ilişkin uygunluk şartının aranmamasını, bunun yerine yapılmış olan giderlerin uygun (*angemessen*) ve özenli olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir¹¹²⁹. Tabii illiyet durumunda, sebep (işsahibinin temerrüdü) olmaksızın sonuçların (ek gider) meydana gelmesi mümkün değilken, uygun illiyet bağında buna ek olarak, sonucun olayların olağan akışı ve genel yaşam deneyimlerine göre de sebeple bağdaşması gerekir¹¹³⁰.

Kanun koyucu ne alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde ne de eser sözleşmesinde temerrüt sebebiyle ortaya çıkan malvarlığı eksilmelerine karşı herhangi bir talebe yer vermemiş olduğundan, bu boşluğun doldurulmasında, her zaman borca aykırılık hallerinin esas alınmasını gerektiren bir kural çıkarılamaz. Nitekim menfaat durumları ve nitelik

¹¹²⁶ **Henninger**, BRT 2005, s. 262 vd.; **Hürlimann**, s. 827 vd.; **Schneider, Marco**, Der Finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermithwirkung im Werkvertragsrecht, Baden-Baden 2018, s. 55.

¹¹²⁷ **Hürlimann**, s. 827.

¹¹²⁸ **Schumacher/König**, N. 631; **Spiess**, s. 122 (Yazar, engellenme sebeplerinin birden çok olduğu durumlarda nedenselliğin yayıflayacağını ve uygunluğun ortadan kalkabileceğini ileri sürmektedir.).

¹¹²⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 1051 (Yazar, sözleşmeye dayalı ek bedel –*Mehrvergütung*– talebi bakımından özel olarak nedensellik şartına yer vermemekte bunun yerine tabii illiyet şartını da değerlendirdiği yüklenicinin bedele hak kazanması –*Vergütungsberechtigung*– şartının gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ortaya çıkan ek giderlere ilişkin olarak da TBK m. 481 kapsamında, özenli ve uygun olup olmadığının değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamaktadır. Bkz. **a.g.e.**, N. 1047 vd.).

¹¹³⁰ **Eren, Fikret**, Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 52 vd.; **Koller**, OR AT, N. 47.20 vd.; **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2947; **Oğuzman/Öz**, II, N. 133 vd.; **Eren**, Genel, N. 3314 (Yazar, uygun illiyette yalnız doğrudan zararların, tabii illiyette ise, doğrudan ve dolaylı zarar ayrımının söz konusu olduğunu belirtmektedir.).

bakımından alacaklı temerrüdü, kural olarak, borca aykırılık hallerinden de açıkça farklıdır. Bu sebeple, tazminat talebinden farklı olarak, yüklenicinin yapmış olduğu giderler ile temerrüt arasında, tabii illiyet bağı yeterli kabul edilmelidir. Buna göre, iş sahibinin temerrüdü sebebiyle, yüklenicinin engellenmesi ve programında olmayan ancak yapmak zorunda kaldığı davranışlara ilişkin giderler doğrudan ek gider oluştururken, temerrüt nedeniyle teslim süresinin uzaması ve uzamaya bağlı giderler dolaylı niteliktedir. İşin uygun olmayan mevsimde yerine getirilmesi sebebiyle ortaya çıkan giderler de bu kapsamda tali niteliktedir¹¹³¹. Buna karşılık, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle teslim süresinin uzadığı dönemde ortaya çıkan pahalılaşma hali ise, temerrüdün dolaylı sonucu olan uzama süresinde meydana gelen bağımsız bir sebep teşkil ettiği için kural olarak temerrüde dayalı ek gider kapsamında değerlendirilmemelidir. Bununla birlikte, her bir somut olayın ayrıca değerlendirilmesi ve ortaya çıkan başkaca sebeplerin, temerrüt ile olan ilişkisine ve yoğunluğuna göre, talebin tamamen veya kısmen karşılanmaması hususunda da karar verilebilmelidir¹¹³².

3.2.1.3.2.2. Sözleşmeyle İlgili Olma

Yüklenicinin talep edebileceği ek giderlere ilişkin bulunması gereken unsurlardan bir diğeri de sözleşmeyle ilgili olmasıdır. Yapılan ek giderler, temerrüde düşen iş sahibi ile akdedilen sözleşme konusuna ilişkin olmalıdır¹¹³³. Buna göre, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan engellenme durumu, yüklenicinin başka işlerinde aksaklığa yol açmış o işlerde fazla masraf ortaya çıkarmış olsa bile bu durum ile temerrüt arasında illiyet bağı bulunmasına rağmen yapılan harcama, iş sahibi ile akdedilen sözleşmeyle ilgili değildir. Dolayısıyla, her ne kadar bir başka sözleşme lehine yapılması sebebiyle gider şartı sağlansa dahi bu giderin kural olarak temerrüde düşen iş sahibine yansıtılamaması gerekir. Bu sebeple, sözleşme konusuyla ilgili olmayan giderler, diğer malvarlığı eksilmeleri kapsamındadır.

Yüklenicinin talep edebileceği giderlerin sözleşmeyle ilgili olması ile dolaylı maliyetlere ilişkin olmasının karıştırılmaması gerekir. Burada bahsedilen dolaylı maliyetler (*indirekte Kosten*), doğrudan doğruya belirli bir üretim birim veya hacmiyle ilişkili olmayan, bakım, onarım, yönetim, denetim ve vergiler dolayısıyla işletmenin katlandığı maliyetlerdir¹¹³⁴. Örneğin, genel işletme giderleri, bu anlamda dolaylı maliyetlerdendir.

¹¹³¹ Talebin karşılanması gerektiği hususunda bkz. **Hürlimann**, s. 830.

¹¹³² Taleplere göre değerlendirme için bkz. 3.2.2.2 ve 3.2.2.3. Alman hukukunun aksine, temerrüt sona erse dahi temerrüdün sebebi olarak ortaya çıkan artan işgücü ve malzeme fiyatlarının da iş sahibine yansıtılabileceği hususunda bkz. **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1337a. Uzama döneminde kural olarak tüm taleplerin karşılanamayacağı ancak malvarlığı eksilmelerinin ayrıca sınıflandırılması gerektiği fikrine ilişkin bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 856.

¹¹³³ **Rey**, Mitwirkung, N. 757.

¹¹³⁴ **Schumacher/König**, N. 32; TDK İktisat Terimleri Sözlüğü (2004), www.tdk.gov.tr (E.T.: 25.01.2020).

İş sahibinin temerrüdü durumunda, genel işletme giderlerinde kural olarak doğrudan bir artış meydana gelmese de, bunun kabul edilebildiği durumlarda (sürenin uzadığı dönemde yapılan iş sebebiyle vergi ödenmek zorunda olması gibi) kanaatimizce bu ek giderler de temerrüt kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, temerrüt sebebiyle artışın kabul edilebileceği durumlarda, giderin dolaylı maliyete ilişkin olması sözleşme konusuyla ilgili olmadığı anlamına gelmemelidir¹¹³⁵.

3.2.1.3.3. Giderlerin Kapsamı

Yüklenicinin, iş sahibinden temerrüde dayalı olarak talep edebileceği giderlerin yukarıda belirtilen şartları sağlaması gerekmektedir. Bununla birlikte, doktrinde, özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından yüklenicinin talep edebileceği giderler gruplandırılarak tespit edilmeye çalışılmaktadır. Bu noktada, inşaat sözleşmeleri bakımından ileri sürülen gruplandırmalar, eser sözleşmesinin diğer görünüm biçimleri bakımından da bir kıstas olması açısından aşağıda incelenmiştir¹¹³⁶.

-Engellenme ek giderleri (*Behinderungsmehraufwand*)

Yüklenicinin engellenme giderlerinin başında, makine, araç, işgücü, işin gerektirdiği genel giderler gibi üretim faktörlerinin, temerrüt süresince hiç veya uygun verimlilikte kullanılamaması sebebiyle ortaya çıkan kayıplar gelmektedir¹¹³⁷. Kural olarak temerrüdün asli sonuçları kapsamında sayılan üretim kayıpları, genellikle temerrüdün süresine bağlı olarak ortaya çıkar. Bununla birlikte, temerrüt sona ermesine rağmen üretim kaybının kalıcı olarak etkilendiği durumlarda tali nitelikte ek giderler de ortaya çıkabilir¹¹³⁸. Üretim kayıpları, yüklenicinin iradesine aykırı veya en azından iradesi olmaksızın gerçekleşerek zarar niteliğinde gibi görünse de, esasen yüklenicinin, üretim faktörlerine ilişkin harcamaları henüz

¹¹³⁵ İnşaat sözleşmesinde ortaya çıkabilecek istisnalar bakımından bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 829 vd. (Yazar, TBK m. 481'in söz konusu olduğu durumlarda, genel işletme giderlerinin toptan bir şekilde eklendiğini ve toptan eklemenin kapsamadığı genel işletme giderlerinin esere yabancı nitelikte olduğunu da belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 1042.).

¹¹³⁶ Eser sözleşmesinde ek iş ve iş değişikliği nedeniyle ortaya çıkabilecek masraflar bakımından, -hazırlık faaliyetlerinin boşa gitmesi yüzünden, -projelerin değiştirilmesi yüzünden, -malzemenin değiştirilmesi yüzünden, -işgücünün boşa gitmesi yüzünden şeklinde ayırım için bkz. **Gökyayla**, s. 355 vd. Malvarlığı eksilmeleri bakımından, -üretim unsurlarının muhafazasından doğan maliyetler, -eserin korunması ve risklerin sigortalatırılması maliyetleri, -yüklenicinin hakkını korumak amacıyla hukuki kurumların işletilmesi için yapılan giderler, -kazanç kayıplarının oluşturduğu zararlar, -başka sözleşmelerde ödenen cezai şart/tazminat ödemeleri ve -teslimin gecikmesine dayalı bedelin geç elde edilmesi sebebiyle faiz talebi şeklinde ayırım için bkz. **Ardıç**, s. 262-263.

¹¹³⁷ **Hürlimann**, s. 828, 836; **Rey**, Mitwirkung, N. 759 vd. (Üretim faktörleri kapsamında sayılan malzemelerde ise, daha uzun süre elde bulundurulmasının üretim kaybına yol açması mümkün olmadığından bu anlamda kural olarak ek giderden bahsedilemez. Ancak, malzemelerin saklanması için depo masrafı vb. istisnai giderlerin doğması mümkündür. Bu hallerde, ilgili giderlerin de yükleniciye sağlanması gerekir. Bkz. **a.g.e.**, N. 771); **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, §642 Rn. 70 vd.; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 767; **Schneider**, s. 155 (Yazar, belirtilen giderlerin, baskın görüşün aksine BGB §304 kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.); **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 143-144.

¹¹³⁸ **Rey**, Mitwirkung, N. 763.

temerrüt ortaya çıkmadan veya temerrüt süresince de ifaya hazır halde beklemesi ve işin ifası amacıyla iradi olarak yaptığı da gözden kaçırılmamalıdır. Zira sözleşmenin olağan şekilde ifası için yapılmış olan harcamalar temerrüdün gerçekleşmesiyle arttığından esasen yine yüklenicinin ifanın devamı için gerçekleştirdiği gider niteliğindedir. Bu sebeple, yüklenicinin, temerrüt nedeniyle planlanandan daha uzun süre makine kiralama veya işçi ücreti ödemesi ek giderlere örnek oluşturur¹¹³⁹. Aynı şekilde, iş sahibinin randevuya gitmemesi nedeniyle yerine başkasını alamayan yüklenicinin de bu anlamda üretim kaybı kabul edilmelidir. Buna karşılık, yüklenicinin üretim faktörlerini başka bir işe tahsis ettiği veya edebileceği durumlar oluşmasına rağmen bundan kaçındığı hallerde, giderlerden gerekli indirimlerin uygulanması gerekir¹¹⁴⁰. Dolayısıyla, yüklenicinin, bu anlamda zararı azaltma külfetine benzer şekilde giderleri azaltma külfeti kabul edilmelidir.

Yüklenicinin, temerrüdün yol açtığı durumun ortadan kaldırılması için yapmak zorunda kaldığı davranışlara ilişkin ek giderler de engellenme giderleridir¹¹⁴¹. Temerrüt gerçekleşmemiş olsaydı yüklenici tarafından yapılmayacak olan bu davranışlar çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar sıklıkla yüklenici tarafından alınan önlem niteliğindedir. Bu kapsamda, Rey, koruma, geçiş ve tespit önlemleri ile bunların yönetiminden bahsetmektedir¹¹⁴². Yüklenicinin, meydana getirdiği eksik eserin yanı sıra henüz meydana getirmediği kısmın güvence altına alınması için yaptığı giderler koruma önlemlerini (kış mevsimine uzayan inşaatın üzerine koruyucu çatı yapılması, dış koşullardan etkilenebilecek eserin özel bir yerde saklanması) oluşturmaktadır. Buna karşılık, üretim faktörlerinin temerrüt

¹¹³⁹ Ancak, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle, alt yüklenicinin meydana getirme faaliyetlerinin engellendiği durumlarda, üretim kaybı kural olarak alt yüklenicide gerçekleşmiş olur. Alt yüklenici, ortaya çıkan ek giderler için kendi iş sahibi olan asıl yükleniciye başvurabilir. Asıl yüklenicinin bunları kendi iş sahibine temerrüt kapsamında yansıtmaması mümkün olsa da üretim kaybı olarak nitelendirilmemesi gerekir. Bu noktada, asıl yüklenici yalnız olağandışı ifa davranışları veya olağan ifa davranışlarındaki ek giderler kapsamında talepte bulunabilir. Bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 781.

¹¹⁴⁰ Bu noktada, zararı azaltma külfetinde olduğu gibi yüklenicinin TBK m. 52'nin kıyasen uygulanması sonucunda gideri azaltma külfetinden (*Kostenminderungsobliegenheit*) bahsedilmesi gerekir. Nitekim Zürih Ticaret Mahkemesi'nce de yüklenicinin fazla bedel talebinde bu külfeti taşımak zorunda olduğuna yer verilmiştir. HG 120098, T. 04.08.2015, E. 3.5.1.3 (<https://www.swisslex.ch/de/doc/claw/bfb4b094-4b4e-4864-8642-e929515a9a45/search/109449144>, E.T.: 21.02.2020). **Gauch**, Werk, N. 1137a; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 707; **Rey**, Mitwirkung, N. 1511 vd. Aksi yönde, **Henninger**, BRT 2005, s. 267 (Yazar, yüklenicinin anılan azaltma külfetinin olmamasını Alman hukukundan farklılaşan nokta olarak görmektedir.).

Üretim kaybı nedeniyle ödenmesi gerekli ek giderler bakımından zamansal üst sınırın, yüklenicinin, alacaklı temerrüdüne vereceği tepkinin, dolayısıyla üretim faktörlerinin başka şekilde değerlendirebilmesi için gerekli olan zamandan ibaret olduğu belirtilmektedir. Bkz. **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, §642 Rn. 77.

¹¹⁴¹ **Schneider**, s. 154; **Koller**, bk or, Art. 366 N. 768; **Gauch**, Werk, N. 1137a; **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 145.

¹¹⁴² **Rey**, Mitwirkung, N. 784 vd. (Yazar, koruma önlemlerini asli ek giderler kapsamında saymakta, temerrüdün sona ermesiyle birlikte önlemin geri alınması -çatının sökülmesi vb.- durumların tali nitelik oluştursa da, istisnai olarak asli sayılması gerektiğini belirtmektedir. Buna karşılık, temerrüt sebebiyle işin uzadığı dönemde yüklenicinin yapması gereken önlemlerin temerrütten sonra ortaya çıkması sebebiyle tali nitelikte olduğunu belirtmektedir. bkz. **a.g.e.**, N. 1168.).

Geçiş dönemine ilişkin önlemlerin dolaylı ve gecikme ek giderleri oluşturduğu yönünde bkz. **Schumacher/König**, N. 594.

süresince yeniden organize edilmesi ve böylece kullanılmayarak artacak giderlerin engellenmesine ilişkin giderler ise, geçiş önlemlerini (makinelerin, işçilerin başka bir yere aktarılmasına ilişkin ulaşım veya organizasyon masrafları) ortaya çıkarmaktadır.

-Gecikme ek giderleri (*Verzögerungsmehraufwand*)

İş sahibinin alacaklı temerrüdünün sebep olduğu gecikmeler, eserin bir kısmının veya tamamının meydana getirilmesinde uzamalara yol açar. Bu uzama halleri, yalnız belirli bir kısma ilişkin olabileceği gibi sözleşmenin tamamında da mümkündür¹¹⁴³. Tüm bunlara karşılık, sözleşmede bu hale ilişkin özel bir düzenleme olabileceği gibi tarafların hızlanmayı (*Beschleunigungsmassnahmen*) kararlaştırarak da süre uzamasını kısaltması veya ortadan kaldırması mümkündür¹¹⁴⁴. Belirtilen uzama veya hızlanma giderlerinin sebebi, temerrüdün yol açtığı gecikme durumudur. Anılan gecikmenin ara sebep olarak nitelendirildiği bu hallerde, yüklenicinin yapmış olduğu giderler de tali niteliktedir¹¹⁴⁵.

Temerrüt sebebiyle ortaya çıkabilecek masraflardan bir diğeri de, iş sahibinin temerrüdü olmasa dahi yüklenicinin yapacağı davranışlarla ilgili ek giderlerdir. Her durumda gerçekleşecek olan bu davranışlara ilişkin giderler (*Ohnehin-Aufwand*), kural olarak iş sahibinin ödeyeceği bedel borcunun kapsamındadır. Ancak, temerrüdün ortaya çıkmasıyla ve özellikle meydana getirme süresinin uzadığı durumlarda üretim faktörlerine ilişkin maliyet artışları gündeme gelebilir. Örneğin, 1 yılda gerçekleştirilecek olan inşaatın iş sahibinin temerrüdü nedeniyle 1 yıl daha uzadığı durumlarda, malzemelerin fiyatları, ilk yıla nazaran %30 oranında artarsa bu artışın iş sahibine yansıtılıp yansıtılamayacağının belirlenmesi gerekir. Özellikle, enflasyonist ekonomilerde bu durum daha fazla önem arz etmektedir. Bu tip durumlar, esasen iş sahibinin temerrüdünün dolaylı sonuçları kapsamındadır. Zira önce temerrüt durumu gerçekleşmiş daha sonra temerrüt, -her durumda ortaya çıkmamakla birlikte- sözleşmede uzamaya yol açmış ve bu uzama süresi içerisindeki fiyat değişimleri nedeniyle yüklenicinin eserin ifası için yerine getirmek zorunda olduğu davranışlarda fazladan giderler ortaya çıkmıştır. Doktrinde, bir görüş, uzama aşamasında meydana gelen bu giderlerin

¹¹⁴³ Doktrinde, inşaatın meydana getirilmesine ilişkin sürelerin planlanmasıyla ilgili farklı ihtimallere yer verilmektedir. Eserin meydana getirileceği toplam süre belirlenebileceği gibi meydana getirilecek işler arasında tampon süre -*Pufferzeit*- oluşturulması da mümkündür. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Gauch**, BRT 1995, s. 6 vd.; **Hürlimann**, s. 822 vd.

¹¹⁴⁴ Yüklenici, -sözleşmede aksine bir anlaşma olmadığı sürece- kural olarak hızlanma önlemlerini ne kendiliğinden ne de iş sahibinin talimatı üzerine -önlemler için bedel kabul edilmedikçe- yerine getirmek zorunda değildir. **Henninger**, BRT 2005, s. 258; **Gauch/Stöckli**, Komm SIA-118, Art. 94, Anm. 12.4; **Bühler**, ZK OR, Art. 366 N. 31. Hızlanma önlemlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Reetz**, BRT 2013, N. 47 vd.; **Rey**, Mitwirkung, N. 805 vd.

¹¹⁴⁵ **Schumacher/König**, N. 594 (Yazar, ayrıca dolaylı sonuçlar bakımından tali sonuç ifadesinin de kullanılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 595.); **Gauch**, Werk, N. 1337a; **Rey**, Mitwirkung, N. 804 (Yazar, bu halleri olağan ifa davranışlarındaki fazla gider -*Mehrkosten ordentlicher Erfüllungshandlungen*- olarak nitelendirmekle birlikte, işbirliği gecikmesinin tali etkisi olduğunu belirtmektedir.); **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 769.

iş sahibinin gecikmesi sebebiyle ortaya çıktığının kabul edilemeyeceğini, sürenin uzamasının yüklenicinin iş sahibi yüzünden gerekli verimlilikte çalışamaması sebebiyle ortaya çıksa dahi, yükleniciye, ek bedel talebinde yalnızca üretim kayıplarının sağlanacağını belirtmektedir¹¹⁴⁶. Buna karşılık, konuya ilişkin açık bir gerekçelendirme sunmamakla birlikte, yüklenicinin doğrudan ve dolaylı fazla masraflarının karşılanması gerektiğini ileri süren yazarlar olduğu gibi¹¹⁴⁷, iş sahibinin gecikmesinin, doğrudan sürenin uzamasına yol açtığı hallerde giderlerin talep edilebileceği de savunulmaktadır¹¹⁴⁸. Temerrüt sona erdikten sonra ortaya çıkan maliyet yükselten durumların, yüklenici tarafından talep edilebileceği de ileri sürülmektedir¹¹⁴⁹. Kanaatimizce, iş sahibinin temerrüdü birçok durumda sürenin uzamasına yol açsa da, uzatılan süre içerisinde başka sebeplerin de gerçekleşmesi ile ortaya çıkan her türlü malvarlığı kaybının iş sahibine yükletilebilmesi kabul edilmemelidir. Nitekim, meydana getirme faaliyetlerinin uzun ve karmaşık olduğu birçok durumda, en ufak bir aksaklık tüm işin uzamasına da yol açmaz¹¹⁵⁰. Buna rağmen, süre uzamasının gerçekleştiği hallerde, uzayan süre kadar ortaya çıkan üretim kayıpları tabii olarak üretim faktör kayıpları kapsamında yükleniciye ek giderler kapsamında sağlanır.

-Tespit ek giderleri (*Feststellungsmehraufwand*)

Yüklenicinin, temerrüdün belirlenmesi ve tespitine ilişkin süreçlerde yapılan harcamalar ile uzmanlara başvuru vb. kalemler, tespit ek giderlerini oluşturmaktadır. Bu giderler temerrüt süresinde ortaya çıkabileceği gibi temerrüt boyunca yapılmış olan ek giderlerin veya uzama süresinin tespiti için ya da bu döneme ilişkin giderlerle de ilgili olabilir¹¹⁵¹. Doktrinde, ek olarak doğrudan meydana getirilen eserin parçası niteliğinde olmayan dolaylı giderler (*indirekte Kosten*) ve bunlardaki artıştan da bahsedilmektedir¹¹⁵².

¹¹⁴⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 855 (Yazar, söz konusu pahalılaşıma durumunu dış kaynaklı gider artışı –*exogene Kostensteigerungen*– olarak isimlendirmekte ve işin daha fazla masraf gerektiren bir periyotta ortaya çıkmasını ikincil üretim kaybı olarak görmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 816, 849.).

¹¹⁴⁷ **Schumacher/König**, N. 592, 594.

¹¹⁴⁸ **Hürlimann**, s. 832.

¹¹⁴⁹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl, N. 1337a.

¹¹⁵⁰ Örneğin, faaliyetler arasına tampon süreler belirlenerek aksaklıklar bu süreye aktarılabilmesi gibi faaliyetlerin birbirine paralel ilerlemesi ve birinde yaşanan aksaklık durumunda diğer faaliyetin hızlandırılması gibi önlemler alınabilir.

¹¹⁵¹ **Hürlimann**, s. 834; **Rey**, Mitwirkung, N. 795 vd. (Yazar, ilgili giderleri olağanüstü ifa davranışları kapsamında gerçekleştirilen önlemler bakımından incelemektedir.) İnşaat gecikmesinin doğrudan sonuçları kapsamında bkz. **Henninger**, BRT 2005, s. 262.

¹¹⁵² Bu giderler, özel olarak bir işin gerçekleşmesiyle ilgili olan şantiye giderleri (*Baustellengemeinkosten*) olabileceği gibi bütün işletmeyle ilgili olan ve meydana getirme faaliyetlerinden bağımsız işletme genel giderleri (*Allgemeine Geschäftskosten*) de olabilir. Genel işletme giderleri ve şantiye giderlerinin iş sahibinin temerrüdüyle bağlantısı olmadığından kural olarak bu giderlerde artış gündeme gelmez. Bununla birlikte, işletme sorumluluk sigortası, finansman maliyetleri ve süreyle sınırlandırılmış işgücü istisnaları ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 820 vd. Açıkça belirtilmemekle birlikte ek giderlerin dolaylı giderlerde de söz konusu olabileceği hususunda **Schumacher/König**, N. 592 dn. 863.

Alman hukukunda, BGB §642/2’de ödenecek tutarın sözleşmede kararlaştırılan bedele göre belirleneceğine yer verdiğinden, anılan bedelde de genel işletme giderleri hesaba katılmış olduğundan temerrüt durumunda genel

3.2.1.4. Diğer Malvarlığı Eksilmeleri

3.2.1.4.1. Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk

İş sahibinin alacaklı temerrüdü, yüklenicinin, üçüncü kişilere karşı tazminat veya ceza koşulu ödemesine sebep olabilir. Özellikle, yüklenicinin yürütmekte olduğu işlerden birindeki aksaklığın diğerlerine de sirayet ettiği hallerde genellikle üçüncü kişilere karşı sorumluluk doğar. Bu tip hallerde, giderlerden farklı olarak, yüklenicinin iradesi dışında meydana gelen ve temerrüdün gerçekleştiği eser sözleşmesiyle ilgili olmayan bu malvarlığı eksilmeleri zarar niteliğindedir. Sorumluluk menfaati¹¹⁵³ (*Haftungsinteresse*) olarak da isimlendirilen bu zararlar, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışlarının yükümlülük olarak nitelendirildiği hallerde talep edilebilir. Başka bir deyişle, iş sahibinin hazırlık fiilleri veya kabul davranışları bakımından külfet sonucuna ulaşıldığı hallerde, ek bedel kapsamında bu zararların tazmini mümkün değildir¹¹⁵⁴. Kimi durumlarda ise, iş sahibinin alacaklı temerrüdü, yüklenicinin diğer işlerinde gider artışına yol açabilir. Bu tip hallerde, diğer işlerdeki gider artışları, yine sözleşmeyle ilgili olmadığından diğer malvarlığı eksilmesi kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁵⁵.

3.2.1.4.2. Yoksun Kalınan Kâr

İş sahibinin alacaklı temerrüdü sonucunda ortaya çıkabilecek zararlardan bir diğeri de yüklenicinin yoksun kaldığı kârdır. Özellikle, yüklenici, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle reddetmek zorunda kaldığı işler bakımından zarara uğrar. Bu tip zararlar ile iş sahibinin temerrüdü arasında illiyet bağı bulunmasına rağmen, yükleniciye tazminat talebinin tanınmadığı durumlarda bu zararların tazmini de mümkün değildir¹¹⁵⁶.

3.2.2. Yüklenicinin Talepleri

3.2.2.1. Genel Olarak

Yüklenicinin, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan malvarlığı eksilmelerini iş sahibinden talep edebilmesi için öncelikle bu taleplerin hukuki dayanağının belirlenmesi gerekir. Bu hususta, Türk-İsviçre hukukunda ne alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde ne de eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde, yüklenicinin ortaya çıkan malvarlığı

işletme giderlerinin karşılanacağı baskın görüştür. Bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 25; **Schneider**, s. 69 dn. 236'ta belirtilen yazarlar.

¹¹⁵³ **Ergüne**, s. 34 dn. 104; **Staubert**, N. 798.

¹¹⁵⁴ **Rey**, Mitwirkung, N. 835; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 772.

¹¹⁵⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 839 (Yazar, diğer işlerdeki gider artışını engellemek adına yüklenicinin, iş sahibinin temerrüdünün gerçekleştiği iş için alt yüklenici ile anlaştığı durumlarda ortaya çıkabilecek ek giderlerin iş sahibine yükletilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 817.).

¹¹⁵⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 840. Bu zararların TBK m. 484 kapsamında da giderimi söz konusu değildir. Ayrıca, Alman hukukunda BGB §642 hükmü de bu zararları kapsamamaktadır. Bkz. **Schneider**, s. 74.

eksilmelerini ne şekilde karşılayacağına ilişkin bir hüküm bulunmaktadır. Alacaklı temerrüdünün genel hükümleri bakımından borçlunun yaptığı giderlerin ödenmesine ilişkin vekaletsiz işgörme veya sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan talebin mümkün olabileceği doktrinde genel itibarıyla kabul edilmektedir. Buna karşılık, Alman ve Avusturya hukukunda olduğu gibi eser sözleşmesinde yükleniciye ayrıca ek bedel talebinin tanınması gerektiği de ileri sürülmektedir. Bu kapsamda, aşağıda yüklenicinin alacaklı temerrüdüne dayalı ek gider talebi, eser sözleşmesi bakımından ek bedel talebi ve son olarak tazminat talebi incelenmiştir.

3.2.2.2. Alacaklı Temerrüdüne Dayalı Ek Gider Talebi

Türk-İsviçre hukukunda temerrüt sebebiyle ortaya çıkan giderlere ilişkin, Alman hukukundan (BGB §304) farklı olarak, açık bir düzenleme bulunmaması sebebiyle, bunların ne şekilde talep edilebileceği hususu tartışmalıdır. Doktrinde baskın olan görüşe göre, borçlunun gider talebi, TBK m. 529 kapsamında gerçek vekâletsiz işgörmeye dayandırılmaktadır¹¹⁵⁷. Bu noktada, vekâletsiz işgörme kapsamında talep için alacaklının edim konusunu temerrütten sonra da istemesi gerektiği aksi takdirde masrafların alacaklının iradesine uygun olmayacağı belirtilmelidir. Masraf talebiyle ilgili bir diğer görüş de sebepsiz zenginleşme hükümleri olup doktrinde bazı yazarlar, vekâletsiz işgörme ile sebepsiz zenginleşmeye dayalı talepler arasında yarışmayı kabul etmektedir¹¹⁵⁸. Bir başka görüş ise, yapma borçlusuna tanınması gereken talebin kanundan doğan, kusurdan bağımsız ve ek ücret ile tazminat taleplerinin yanı sıra var olan denkleştirme talebinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁵⁹. Buna karşılık, kimi yazarlar ise, masraf talebini kabul etmekle birlikte hukuki dayanağına ilişkin bir değerlendirme yapmamaktadırlar¹¹⁶⁰. İsviçre hukukundaki bir diğer görüş, borçlunun masraflara ilişkin bir talebinin olamayacağını, bunun yerine bir tazminat hakkının bulunması gerektiğini ileri sürmektedir¹¹⁶¹. Son olarak, bir başka görüş ise,

¹¹⁵⁷ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 32; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 26; **Von Tuhr/Escher**, s. 75; **Becker**, BK OR, Art. 92/94 N. 5; **Mercier**, CHK OR, Art. 92 N. 11; **Schwenzer**, OR AT, N. 70.08; **Koç**, s. 290; **Akkanat**, Temerrüt, s. 75; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1157; **Üçer**, s. 130; **Arpacı**, s. 220; **Akıncı**, Temerrüt, s. 108; **Sert Canpolat**, s. 497; **Tekben**, s. 2600.

¹¹⁵⁸ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 92 N. 9; **Koller**, OR AT, N. 56.108; **Staubert**, N. 811; **Koç**, s. 287.

¹¹⁵⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 1183 (Yazar, alacaklı temerrüdü sebebiyle borçlunun tamamen zararsız tutulması fikrini kabul etmemekte ve verme borçlusunun, tevdi ve satma hakkı şeklinde ifa ikamelerine sahip olması ve bu hakların kullanılmasına ilişkin giderlerin -tevdî yerine taşıma masrafları, tevdi izni sırasında tevdi konusunun bakım ve koruma masrafları gibi tevdiyle ilgili her tür gider- alacaklıya yükletilmesi ile verme borçlusunun menfaatinin yeterince korunduğunu vurgulamaktadır. Bkz. **a.g.e.**, N. 1137-1138. Yazar, sözleşmeden dönmenin birçok durumda borçlunun karşı edime ilişkin menfaatine zarar verebileceği gibi, alacaklının da menfaatine olmayacağını belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 1141. Yazar, yapma borçlusu bakımından belirttiği bu talebi BGB §642 ve ABGB §1168 ile karşılaştırarak incelemekte ve yükleniciye tanınan talebin sözleşmeye dayanmadığından kâr payı ve genel işletme giderlerini içermeyeceğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 1192.).

¹¹⁶⁰ **Bucher**, OR AT, s. 325; **Eren**, Genel, N.3195; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 849.

¹¹⁶¹ **Staubert**, N. 859, 877. Kısmen aynı yönde, **Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger**, N. 2443.

TBK m. 107/I’de yer alan “*giderleri alacaklıya ait olmak üzere*” ifadesi kapsamında temerrüt süresince meydana gelen masrafların talep edilebileceğini ileri sürmektedir¹¹⁶².

Alacaklının temerrüdü süresince ifaya hazır durumda bulunması gereken borçlunun, yapmak zorunda kaldığı giderleri alacaklıdan talep edebilmesi gerekir. Nitekim kanun koyucu, verme borçlusu bakımından borçluya tanıdığı ifa ikamelerinin (tevdî ve satış hakkı) yanı sıra TBK m. 107/I’de “*giderleri alacaklıya ait olmak üzere*” ifadesiyle de ortaya çıkabilecek giderleri göz önünde bulundurmıştır. Ancak, düzenleme yalnız tevdî hakkı için öngörülmüş ve bu sebeple borçlunun tevdî bakımından yapmak zorunda kalacağı giderler dikkate alınmıştır. Her ne kadar doktrinde, hükmün kapsamının genişletilerek yapma borçlusunun da alacaklı temerrüdü sebebiyle yapmak durumunda kaldığı giderleri talep edebileceği ileri sürülmekteyse de, bu görüş, doktrinde genel olarak kabul görmemiştir¹¹⁶³. Buna karşılık, doktrinde baskın olan vekâletsiz işgörmeye kapsamında borçlunun giderleri talep edebilmesi görüşü ise, bazı soru işaretleri taşımaktadır. Bunlardan ilki, vekâletsiz işgörmeye kapsamında talep için işgören ve iş sahibi arasında hukuki ilişkinin bulunmaması şartı bakımındandır¹¹⁶⁴. Alacaklının temerrüdüyle, yüklenici, borcundan kurtulamadığından, kanun koyucunun sağladığı imkânlarla başvurmadiği sürece esere ilişkin gözetim, koruma vb. borçları devam eder. Bu borcunun devam ettiği hallerde, artık borçlunun yapmış olduğu masrafları alacaklıdan vekâletsiz işgörmeye kapsamında talep etmesi kabul edilmemelidir¹¹⁶⁵. Vekâletsiz işgörmeye ilişkin ikinci sorun ise, bu görüşü savunanların da belirttiği gibi¹¹⁶⁶, alacaklının daha sonra borç konusunu talep etmesi gerekliliğidir. Zira alacaklının sözleşme konusundan kesin bir şekilde vazgeçtiği veya bunun anlaşıldığı durumlarda, yapılan masrafların iş sahibinin menfaat ve varsayılan iradesi adına gerçekleştirildiği de kabul edilemez¹¹⁶⁷. Yüklenicinin temerrüt nedeniyle ortaya çıkan giderleri sebepsiz zenginleşme kapsamında talep edebilmesi için ise, öncelikle sözleşme veya vekâletsiz işgörmeye sebebiyle

¹¹⁶² Koller, OR AT, N. 56.107; Bernet, BSK OR, Vor Art. 91-96, N. 7; Arpacı, s. 240.

¹¹⁶³ Koller, OR AT, N. 56.107. Eser sözleşmesi bakımından Hauck/Rebmann, s. 433.

¹¹⁶⁴ Schmid, ZK OR, Art. 419 N. 63 vd.; Tandoğan, Vekaletsiz İşgörmeye, s. 132 vd.; Rey, Mitwirkung, N. 1156 (Yazar, vekaletsiz işgörmeye hükümlerinin kıyasen uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.). Benzer yönde, SCHEY, s. 130 (naklen: Üçer, s. 129).

¹¹⁶⁵ Stauber, N. 837 (Yazar, temerrütle hasarın alacaklıya geçmesine rağmen borçlunun sigorta yaptırmasının gerekli olduğu durumlarda, bunun sözleşme ile borçlanılmamış olduğu durumlarda primlerinin vekâletsiz işgörmeye kapsamında talep edilebileceğini belirtmektedir. Bkz. a.g.e, N. 838.).

Buna karşılık, Tandoğan ise, “*İş sahibi ile iş gören arasındaki münasebet, hukukî bakımdan değil, fakat fiilî bakımdan işin yapılmasına yol açmışsa vekâletsiz iş görme hükümlerine müracaat edilmelidir; müşterinin mebbî tesellümde temerrüdü halinde bayii malı muhafaza için masraflara girilmesi bu hususta misal olarak verilebilir.*”. Ancak, yazar, aynı eserde, “*Eğer görülen işin iş sahibini iş görene bağlayan akdî ifası ile hiç alakası yoksa, bittabi o akde değil vekâletsiz iş görmeye ait hükümlerin tatbiki bahis mevzuu olur.*”. Kanaatimizce, yüklenicinin, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne dayalı yaptığı masraflar, sözleşmenin ifasından alakasız nitelikte değerlendirilmemelidir. Bkz. Tandoğan, Vekaletsiz İşgörmeye, s. 148.

¹¹⁶⁶ Von Tuhr/Escher, s. 75.

¹¹⁶⁷ Koç, s. 288.

talep edememesi gerekir¹¹⁶⁸. Ayrıca, yüklenicinin yapmış olduğu kimi harcamalar (üretim faktörlerindeki maliyet artışı veya daha uzun süre kira, ücret ödemeleri vb.), iş sahibi bakımından zenginleşme meydana getirmediğinden, sebepsiz zenginleşme bu masrafların tazmini için de uygun değildir.

Kanaatimizce, alacaklı temerrüdüne dayalı ek giderlerin talebi hususunda, TBK’da boşluk bulunduğu kabul edilmelidir. Bu sebeple, borçluya, alacaklı temerrüdü sebebiyle ortaya çıkan giderler için bağımsız talep hakkı tanınmalıdır. Başka bir deyişle, Alman hukukunda yer alan BGB §304’te olduğu gibi, borçluya her durumda ileri sürebileceği ve temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı giderleri tazmin edebileceği talebin kabul edilmesi yerindedir. Bu talep, alacaklının kusurundan ve sözleşmeye devam etmek isteyip istemediğinden bağımsız olarak, kanundan kaynaklanan bir talep olarak ileri sürülmelidir¹¹⁶⁹. Borçlunun bu talebi, doğrudan alacaklı temerrüdüne dayandığından, -temerrüt sebebiyle ortaya çıkan, -temerrüt süresince meydana gelen, -borçlunun fiilen yaptığı, -sözleşme konusuna ilişkin ve -zorunlu nitelikteki giderler bu talebin kapsamında değerlendirilmelidir¹¹⁷⁰. Bu kapsama, başarısız ifa teklifine ve edimin saklanması ve korunmasına ilişkin giderler girer. Sadece teslim borcu dışındaki diğer edimler, dolayısıyla yapma borçları¹¹⁷¹ bakımından bu masraf talebi kabul edilmelidir. Bununla birlikte, yapma borçlusu, alacaklının temerrüdüne rağmen sözleşmeyi ister ayakta tutsun isterse TBK m. 110 kapsamında sona erdiren, birçok durumda bu talebe gerek duymayabilir. Başka bir deyişle, yapma borçlusu, alacaklı temerrüdü durumunda, hizmet sözleşmesinde TBK m. 408, vekâlet sözleşmesinde TBK m. 510/I, değere göre bedelin söz konusu olduğu eser sözleşmelerinde de TBK m. 481 kapsamında bu talebe başvurmaksızın yaptığı giderleri tazmin ettirebilir.

¹¹⁶⁸ **Öz, Turgut**, Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme, İstanbul 1990, s. 70 vd.; **Uluslan, M. İlhan**, İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşmenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu, İstanbul 1984, s. 60 vd.; **Akkanat**, Temerrüt, s. 76.

¹¹⁶⁹ BGB §304’ün bağımsız talep olduğuna ilişkin **Feldmann**, Staudinger BGB, §304 Rn. 9;

¹¹⁷⁰ Yapma borçlusuna tanınması gereken talep bakımından kıyasen vekaletsiz işgörmeye dayanmakla birlikte aynı yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 1156, 1157. Belirttiğimiz bu sınırlamalar, BGB §304 hükmü bakımından da kabul edilmektedir. Bkz. **Ernst**, MüKo BGB, §304 Rn. 2 (Alacaklının, anılan hüküm dışında kalan giderleri için vekaletsiz işgörme hükümlerine dayanabileceği de ileri sürülmektedir. Bkz. **a.g.e.**, Rn. 4); **Feldmann**, Staudinger BGB, §304 Rn. 2 vd. Baskın görüşün aksine, BGB §304’ün özellikle edim konusunun muhafazasının geniş yorumlanması ve temerrüt süresiyle bağlı olmaksızın değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bkz. **Schneider**, s. 137 vd.

¹¹⁷¹ Mehaz kanun koyucu OR Art. 92’nin üst başlığında maddi edim anlamına gelen “*Sachleistung*” ifadesini OR Art. 95’te ise, diğer edimlerde anlamında “*Bei andern Leistungen*” kavramını tercih etmiştir. Türk kanun koyucusu ise, ilki (TBK m. 107) için “*bir şeyin teslimine ilişkin edimlerde*” başlığını kullanmakla birlikte hükmün gerekçesinde, “*verme edimlerinde borçlunun tevdi hakkı düzenlenmektedir*” ifadesini içermektedir. Aynı şekilde, diğer edimlerde başlıklı TBK m. 110’nun gerekçesinde de “*yapma edimi borçlusunun sözleşmeden dönmesi düzenlenmektedir*” ifadesi yer almaktadır. Kanaatimizce yapmama borçları bakımından alacaklı temerrüdü söz konusu olamayacağından, tevdi ve satış hakkı verme borçlarında, sözleşmeden dönme hakkı ise, yapma borçları bakımından geçerlidir. Yapma borçlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar ve bu kapsamda değerlendirilecek sözleşmelere ilişkin bkz. **Aydıncık**, s. 7 vd.

Hizmet sözleşmesinde, TBK m. 408'e göre, işçiye, edimini daha sonra yerine getirmesi istenmeksizin temerrüt nedeniyle ortaya çıkan giderlere bakılmadan ücret hakkı tanınmıştır. İsviçre doktrinde, işçinin masraf talebine ilişkin herhangi bir ifade yer almamakla birlikte, anılan hükmün (TBK m. 408, OR Art. 324) alacaklı temerrüdüne ilişkin özel bir düzenleme niteliğinde olduğu ve bu sebeple işçinin sözleşmeyi fesih hakkının olmadığı ileri sürülmektedir¹¹⁷². Bu fikrin kabulü halinde alacaklı temerrüdünün genel hükümleri bakımından kabul edilmesi gereken gider talebinin de işçiye sağlanmaması gerektiği sonucuna ulaşılabilir. Alman doktrinde ise, konunun düzenlendiği BGB §615 bakımından işçinin ayrıca gider talebinde de bulunabileceği belirtilmektedir¹¹⁷³.

Vekâlet sözleşmesinde ise, vekâletin gereği gibi ifası için vekilin yaptığı giderler, temerrüt sebebiyle ortaya çıkanlar da dâhil olmak üzere vekâlet veren tarafından karşılanmaktadır¹¹⁷⁴. Aynı durum, TBK m. 481 kapsamında akdedilen ve eserin değeri ile yüklenicinin giderlerine göre bedelin belirlendiği eser sözleşmesi bakımından da geçerlidir¹¹⁷⁵. Başka bir deyişle, vekâlet ve değere göre bedelin söz konusu olduğu eser sözleşmeleri bakımından, temerrüt sebebiyle ortaya çıkan giderler ödenmesi gereken bedel kapsamındadır. Tüm bu hükümler dikkate alındığında, alacaklı temerrüdünün genel hükümleri bakımından kabul edilmesi gereken gider talebinin, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen ve hatta düzenlenmeyen birçok işgörme sözleşmesi bakımından uygulama alanının daralacağı sonucuna ulaşılabilir¹¹⁷⁶. Ancak, bu durum talebe ihtiyaç bulunmadığını ve özel düzenlemelerle gerekli giderim sağlandığı için kanun koyucunun düzenleme yapmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira özel düzenlemelerdeki taleplerin tamamı sözleşmeye dayanmakta iken, burada anılan talep kanundan kaynaklanan ve sözleşmenin sona ermesinden bağımsız şekilde ileri sürülebilecek bir taleptir.

Son olarak, alacaklı temerrüdü sebebiyle kabul edilmesi gereken bu talep bakımından muacceliyetin ve zamanaşımının da açıklanmasında yarar vardır. Talep, doğrudan alacaklı temerrüdüne dayalı olduğundan ve fiilen yapılan giderleri içerdiğinden, doktrinde de belirtildiği üzere TBK m. 90 kuralının uygulanması ile giderin yapıldığı anda muaccel olacağı kabul edilmelidir¹¹⁷⁷. Zamanaşımı bakımından da TBK m. 146 kapsamında on yıl esas

¹¹⁷² **Portmann/Rudolph**, BSK OR, Art. 324 N. 10; **Stachelin**, ZK OR, Art. 324 N. 26.

¹¹⁷³ **Henssler**, MüKo BGB, §615 Rn. 68; **Baumgärtner**, BeckOK BGB, §615 Rn. 33.

¹¹⁷⁴ Nitekim vekalet sözleşmesinde ücret götürü olarak belirlense dahi, ortaya çıkan masrafların buna bir etkisi olmayıp vekalet veren tarafından karşılanması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Yalçınduran, Türker**, Vekalet Sözleşmesinde Ücret, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007, s. 116, 117; **Fellmann**, BK OR, Art. 402 N. 15 vd.

¹¹⁷⁵ **Gauch**, Werk, N. 1336; **Koller**, Werk, N. 477; **Hauck/Rebmann**, s. 435; **Hürlimann**, s. 819.

¹¹⁷⁶ TBK m. 502/II hükmü gereği, Kanun'da düzenlenmeyen işgörme sözleşmelerine de uygun düştükleri ölçüde vekâlet sözleşmelerinde yer alan hükümler uygulanır.

¹¹⁷⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 1470.

alınmalıdır. Kanun'da düzenlenmesi gerektiğini ileri sürdüğümüz ek gider talebi, emredici nitelikte olmayacağından tarafların açık veya zımni iradeleri ile bu talebi sınırlandırmaları veya tamamen ortadan kaldıracabilmeleri de kabul edilmelidir.

3.2.2.3. İş sahibinin Hazırlık Fiillerinde Temerrüdüne Dayalı Ek Bedel Talebi

3.2.2.3.1. Genel Olarak

İş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle yüklenici, yukarıda açıkladığımız ek gider talebinde bulunabilir. Kabul ettiğimiz fikre göre, yüklenicinin sahip olacağı bu ek gider talebi kanundan kaynaklanmalıdır. Ancak yüklenici bu talep ile yalnız temerrüt süresinde meydana gelen ve yapılması zorunlu olan fiili giderlerini talep edebilir. Yüklenicinin, temerrüt sebebiyle meydana gelen giderlerinin temerrüt süresini aşması mümkün olduğu gibi (tali giderler) ayrıca yaptığı bu giderlere ilişkin kendisine kâr payının da sağlanması gerekir. Aynı durum, yüklenicinin genel işletme giderleri bakımından da söz konusudur. Dolayısıyla, eser sözleşmesi bakımından yüklenicinin katlanmak zorunda olduğu giderlerin yalnız ek gider talebi ile karşılanması mümkün değildir. Nitekim, Alman (BGB §642) ve Avusturya (ABGB §1168) hukukunda eser sözleşmesinde yükleniciye iş sahibinin temerrüdü bakımından ayrıca düzenlemelere yer verilmesi de bu durumun bir ispatı niteliğindedir.

Türk-İsviçre doktrinde de yükleniciye, iş sahibinin temerrüdüne dayalı olarak ek bedel (*Mehrvergütung*) talebinin tanınması gerektiği ileri sürülmektedir. Sözleşmenin TBK m. 481 kapsamında olduğu hallerde, yüklenicinin böyle bir talebine gerek kalmaksızın temerrüt sebebiyle ortaya çıkan ve temerrüdün sona ermesinden sonra da meydana gelen giderleri talep edebilmesi mümkündür. Buna karşılık, TBK m. 480 kapsamında götürü bedelin söz konusu olduğu eser sözleşmelerinde, yükleniciye temerrüt nedeniyle ek bedel talebinin tanınması gerektiği hususunda ise, doktrinde görüş birliği vardır¹¹⁷⁸. Yükleniciye tanınması gereken bu talebin hukuki dayanağının tespit edilmesi gerekir¹¹⁷⁹. Buna göre, aşağıda öncelikle yükleniciye tanınması gereken talebin hukuki niteliği ardından şartları, farklı bedel türlerinde nasıl hesaplanacağı ve son olarak da ispat ve zamanaşımına yer verilmiştir.

3.2.2.3.2. Hukuki Niteliği

3.2.2.3.2.1. Doktrindeki Görüşler

İş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin yapmak durumunda kaldığı ek giderlerin kural olarak iş sahibinden talep edilebilmesi gerekir. Eser sözleşmesinde bedelin

¹¹⁷⁸ Stöckli, BRT 2015, s. 3; Rey, Mitwirkung, N. 1060 vd.; Gauch, Werk, N. 1336; Zeltner, N. 305; Hauck/Rebmann, s. 433; Hürlimann, s. 818; Koller, Werk, N. 477; Schulin, s. 90; Seçer, Gecikme, s. 540; Ünal, s. 451; Ardic, s. 275; Arpacı, s. 239; Kaplan, İnşaat, s. 88.

¹¹⁷⁹ Schumacher/König, N. 595b; Rey, Mitwirkung, N. 742-743; Hauck/Rebmann, s. 427.

TBK m. 481 kapsamında yüklenicinin giderlerine ve eserin değerine göre belirlendiği durumlarda temerrüt nedeniyle ortaya çıkan ek giderler de yüklenicinin giderleri kapsamında değerlendirileceğinden ek bedel talebine gerek yoktur. Başka bir deyişle, temerrüt sebebiyle yüklenicinin yaptığı ek giderler, sözleşmeye dayalı bedel talebinin içindedir. Bu görüş, doktrinde de oybirliği ile kabul edilmektedir¹¹⁸⁰. Buna karşılık, götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde talebin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Doktrindeki baskın görüşe göre, götürü bedel ile anlaşma yapan yükleniciye de temerrüt nedeniyle ek bedel tanınmalıdır¹¹⁸¹. Zira taraflar sözleşmede her ne kadar sabit veya global ya da birim fiyat götürü bedel kararlaştırsalar dahi bu bedeller yüklenicinin yapacağı işin karşılığını oluşturmakta olup yüklenicinin yaptığı fiili giderlerinin dikkate alınmayacağı anlamına gelir. Oysa işsahibinin alacaklı temerrüdü, yüklenicinin önceden öngörebileceği bir durum olsa da sözleşmenin ifa programına aykırılık teşkil eder. Götürü bedelin, işsahibinin alacaklı temerrüdünün yol açtığı giderleri de kapsayacak nitelikte olduğu aksine anlaşma bulunmadıkça kabul edilemez bir sonuçtur¹¹⁸². Aksi durum, işsahibinin tek taraflı olarak hiçbir sorumluluğu olmaksızın yükleniciyi engelleyebileceği anlamına gelir ki yüklenicinin götürü bedel ile bir sözleşme akdetmesinin bu şekilde yorumlanması mümkün değildir. Bu sebeple, götürü bedel içeren sözleşmelerde de yüklenicinin temerrüt nedeniyle ortaya çıkan ek giderlerini talep edebileceği hususunda herhangi bir çekince yoktur.

Götürü bedel içeren eser sözleşmeleri bakımından kanunda boşluk bulunduğunu ileri süren bir görüşe göre, tarafların açık veya farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça, hâkimin, bu boşluğu yüklenici lehine doldurması gerekmektedir¹¹⁸³. Yüklenici, temerrüt sebebiyle yapmak durumunda kaldığı ek giderleri temerrüt süresinde gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın talep edebilmelidir. Tazminat niteliğinde olmayan bu talep, yüklenicinin ek giderleri ve kâr payını da içermekte olup temerrüt süresinden bağımsız olması yönünden de

¹¹⁸⁰ **Gauch**, Werk, N. 1336; **Koller**, Werk, N. 477; **Rey**, Mitwirkung, N. 1013; **Schumacher/König**, N. 644; **Hürlimann**, s. 818; **Özçelik**, İmkânsızlık, s. 610; **Seçer**, Gecikme, s. 500; **Werz, Jean-Claude**, Delay in Construction Contracts, Freiburg 1994, N. 646; **Stauber**, N. 812; **Zeltner**, N. 299; **Hauck/Rebmann**, s. 426; **Henninger**, BRT 2005, s. 59; **Stöckli**, BRT 2003, s. 35; **Spiess**, s. 119.

¹¹⁸¹ **Gauch**, Werk, N. 1337; **Hauck/Rebmann**, s. 433; **Zeltner**, N. 302; **Seçer**, Gecikme, s. 502 (Yazar, vekâletsiz işgörme hükümlerinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.); **Schumacher/König**, N. 669a (Yazarlar, yalnız dolaylı ek giderlere ilişkin yükleniciye talep tanınması gerektiğinden bahsetmekte diğer durumlar bakımından öncelenmiş ek ücret anlaşmalarından –*Antizipierte Mehrvergütungs-Absprachen*– bahsetmekte ve anlaşmalara göre durumun ele alınacağından bahsetmektedirler.); **Koller**, Werk, N. 477; **Hürlimann**, s. 818; **Henninger**, BRT 2005, s. 260; **Erdin, Reto**, Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, St. Gallen/Bern 1997, N. 266; **Ünal**, s. 451; **Özçelik**, İmkânsızlık, s. 610; **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 152 (Yazar, kanun boşluğunun bulunduğunu kabul etmektedir.).

¹¹⁸² **Hürlimann**, s. 818 (Yazar, böyle bir kabulün yüklenici bakımından kelepçeleme sözleşmesi – *Knebelungsvertrag*– anlamına geleceğini belirtmektedir.).

¹¹⁸³ **Gauch**, Werk, N. 1337. Türk hukukunda benzer yönde, **Ardıç**, s. 273 vd.

Alman hukukundaki BGB §642'den farklılaşmaktadır¹¹⁸⁴. Bu görüşe göre, yükleniciye tanınan talebe iş değişikliğine ilişkin kuralların kıyasen uygulanması gerekir.

Götürü bedelin söz konusu olduğu sözleşmeler bakımından ileri sürülen bir diğer görüşe göre, yükleniciye, kusur şartına bağlı olmayan zarar takdirine (*das Recht auf Schadensanrechnung*) ilişkin hak sağlanmalı ve yüklenici buna göre ortaya çıkan ek giderleri talep edebilmelidir¹¹⁸⁵. Bu görüşe göre, külfet ihlaline dayanarak sebep olunan giderlerin işsahibinden ek bedel olarak talep edilebilmesi gerekir¹¹⁸⁶.

Doktrinde bir başka görüşe göre ise, TBK m. 107/I'den yararlanarak, borçlunun, alacaklı temerrüdü nedeniyle herhangi bir riske ve zarara uğramaması ilkesinin genelleştirilerek, yükleniciye de ek bedel talebinin tanınması ve bu boşluğun hâkim tarafından tamamlanması gerektiği savunulmaktadır¹¹⁸⁷. Buna karşılık, Türk doktrininde bir görüş ise, kanun boşluğu olduğuna ilişkin görüşün Alman hukukundan etkilendiğini bu sebeple yüklenicinin talebinin vekâletsiz işgörmeye dayanması gerektiğini savunmaktadır¹¹⁸⁸. Son olarak, yüklenicinin, TBK m. 480/II kapsamında ek giderlere ilişkin uyarılma talebinde bulunması ileri sürülebilse de işsahibinin alacaklı temerrüdünün birçok durumda öngörülemeyen veya öngörülebilir fakat göz önünde tutulmayan durumlar kapsamında değerlendirilmesi pek olası değildir¹¹⁸⁹. Ayrıca, yüklenici bu hüküm kapsamında kâr talebinde de bulunamaz¹¹⁹⁰.

3.2.2.3.2.2. Karşılaştırmalı Hukuktaki Düzenlemeler

3.2.2.3.2.2.1. Alman Hukuku (BGB §642)

Alman hukukunda, eser sözleşmesinin genel hükümlerinde işsahibinin işbirliği temerrüdü durumunda yüklenicinin sahip olacağı talebe (BGB §642) ve sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına (BGB §643) yer verilmiştir. Anılan hükme, çalışmanın tamamında sıklıkla değinildiğinden bu kısımda genel açıklamalar ile yetinilmiştir. İşsahibinin işbirliği başlıklı paragrafta göre, işin meydana getirilmesinde işsahibinin yapması gereken bir davranıştan kaçınarak alacaklı temerrüdüne düştüğü hallerde, yüklenicinin, işsahibinden “uygun tazminat”

¹¹⁸⁴ **Gauch**, Werk, N. 1337a (Yazar, İsviçre öğretisinde bir kısım yazarların vekaletsiz işgörmeye veya BGB §304 kapsamında gider talebinin mümkün olduğunu ileri sürdüğünü ancak alacaklı temerrüdü olmasaydı karşılaşmayacak olan pahalılaştırma durumlarının ancak ek bedel talebi ile mümkün olduğunu belirtmektedir.); **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1337, 1337a (Yazar, kâr payının da ek bedel talebinde mümkün olduğunu ileri sürmektedir.). İş değişikliği prensiplerinin uygulanamayacağı yönünde bkz. **Hauck/Rebmann**, s. 427-428.

¹¹⁸⁵ **Koller**, Werk, N. 477; **Schulin**, s. 90.

¹¹⁸⁶ **Koller**, Werk, N. 893 (Yazar, söz konusu ek bedelin TBK m. 481 kapsamında hesaplanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. a.g.e., N. 897.).

¹¹⁸⁷ **Hauck/Rebmann**, s. 433.

¹¹⁸⁸ **Seçer**, Gecikme, s. 502.

¹¹⁸⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 1073 vd.; **Schumacher/König**, N. 415; **Hauck/Rebmann**, s. 427.

¹¹⁹⁰ **Gauch**, Werk, N. 1115; **Gürpınar**, s. 153; **Schumacher/König**, N. 642.

(*angemessene Entschädigung*) talep edebileceği düzenlenmiştir¹¹⁹¹. Hükümün ikinci fıkrasında, tazminat miktarının, bir yandan temerrüdün süresi ve sözleşmede kararlaştırılan bedele, diğer yandan, yüklenicinin, temerrüt nedeniyle yapmaktan kurtulduğu giderler veya işgücünü başka bir şekilde kullanarak kazanabileceklerine göre değerlendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Doktrinde, anılan talebin, tazminat talebi¹¹⁹² olduğunu ileri süren azınlık görüşün yanı sıra, bedel niteliğinde¹¹⁹³ olduğunu savunanlar da vardır. Bir başka görüş ise, kendine özgü bir talep olduğunu ileri sürmektedir¹¹⁹⁴. Gerçekten de, BGB §642 ile yükleniciye tanınan talep, alacaklı temerrüdü süresince ortaya çıkan üretim faktörlerindeki artışa ilişkin bir denkleştirme niteliğindedir. Alman doktrininde hesaplamanın ne şekilde gerçekleşeceği, temerrüt süresine bağlılık durumu ve ispat yükünün nasıl dağıtılacağı hususlarında çeşitli tartışmalar bulunmaktadır¹¹⁹⁵.

Yüklenicinin, BGB §642 kapsamında ileri süreceği talebin niteliği tartışmalı olmakla beraber, hükümde de belirtildiği üzere tazmin edilecek eksilmeler “*makul, uygun*” nitelikte olmak zorundadır. Dolayısıyla, yüklenicinin temerrüt nedeniyle ortaya çıkan her tip malvarlığı eksilmesinin karşılanması söz konusu değildir. Bu kapsamda, yükleniciye, sermayesini ve işgücünü temerrüt süresince optimum verimlilikte kullanamaması sebebiyle denkleştirmenin sağlanması gerekir¹¹⁹⁶. Talebin kapsamına başarısız ifa teklifi ile eserin korunmasına ve saklanmasına ilişkin masraflar girmez. Bunların BGB §304 kapsamında talep edilmesi gerektiği kabul edilmektedir¹¹⁹⁷. Talep, hükümün lafzından da anlaşıldığı üzere temerrüt süresi ile sınırlandırıldığından, yüklenicinin olağan ifa davranışlarında meydana gelen artışlar yalnız temerrüt süresinde gerçekleştiği oranda karşılanır¹¹⁹⁸. Yükleniciye, talep kapsamında kâr payının sağlanıp sağlanmayacağı ise, doktrinde tartışmalıdır¹¹⁹⁹.

¹¹⁹¹ İş sahibinin eseri kabulü –*Abnahme*–, Alman hukukunda iş sahibi bakımından bir borç olarak düzenlenmiş olsa da yüklenicinin, kabul temerrüdünde de BGB §642’ye dayanabileceği hususunda bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger Werk, §642 Rn. 22. Aksi yönde, **Teichmann**, Soergel BGB, §642 Rn. 5.

¹¹⁹² **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 16 (Yazar, kusurdan bağımsız kendine özgü tazminat talebi olduğunu ileri sürmektedir.); **Teichmann**, Soergel BGB, §642 Rn. 6.

¹¹⁹³ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 24; **Schilder**, s. 163; **Sprau**, Palandt BGB, §642 Rn. 5.

¹¹⁹⁴ Alman Federal Mahkemesi de bu görüştedir. Bkz. BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017), NJW 2018, 546, Rn. 27; **Althaus**, NZBau 2015, s. 71; **Hartwig**, BauR 2014, s.1063; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 53.

¹¹⁹⁵ NJW 2018, s. 546, Rn. 28; **Krebs/Steinke**, ZfBR 2019, s. 317 vd.; **Schneider**, s. 61 vd.

¹¹⁹⁶ **Peters/Jacoby**, Staudinger Werk, §642 Rn. 25; **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, BGB §642 Rn. 70 vd.

¹¹⁹⁷ Özellikle temerrüt sebebiyle yüklenicinin yapmak zorunda kalacağı olağanüstü ifa davranışları da bu çerçevede değerlendirilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Peters/Jacoby**, Staudinger Werk, §642 Rn. 29; **Schneider**, BauR 2019, s. 354; **Voit**, Beck OK BGB, §642 Rn. 18; **Rey**, Mitwirkung, N. 1187.

¹¹⁹⁸ **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 17; **Retzlaff**, Kniffka Bauvertragsrecht, BGB §642 Rn. 102; Aksi yönde, **Schilder**, s. 174.

¹¹⁹⁹ **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 17 Özellikle dn. 47’de belirtilen yazarlar; **Sprau**, Palandt BGB, §642 Rn. 5. Aksi yönde, BGH VII ZR 16/17 (26.10.2017), NJW 2018, s. 548, Rn. 45; **Kögl**, Beck OGK BGB, §642 Rn. 61; **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 25; **Retzlaff**, Kniffka BauK, BGB §642 Rn. 121; **Schneider**, s. 171 vd.

Yüklenicinin, BGB §642'ye dayanan talebinin ne şekilde hesaplanacağı da doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada, temelde iki görüşün bulunduğu ileri sürülebilir. Baskın olan toplama (*von unten*) metoduna göre¹²⁰⁰, yükleniciye, üretim faktörleri kullanımındaki özgürlüğünün zamansal kaybı sebebiyle ortaya çıkan eksilmelerin hesaplanması söz konusu iken, çıkarma (*von oben*) metodunda¹²⁰¹, yüklenicinin, temerrüt süresince elde edebileceği bedel hesaplanır ve bu bedelden temerrüt sebebiyle yapmaktan kurtulduğu giderler çıkarılarak ulaşılan sonuç BGB §642 kapsamında kendisine sağlanır. Bununla birlikte, Alman hukukunda yeni bir görüş, BGB §304'te anılan borç konusunun korunması ifadesinin fiili olarak anlaşılmması gerektiğini ve ifa edilebilirliğin korunmasına ilişkin masrafların da bu kapsamda ele alınabileceğini ileri sürmektedir¹²⁰².

3.2.2.3.2.2. Avusturya Hukuku (ABGB §1168)

Avusturya hukukunda, ABGB §1168'de işsahibinden kaynaklanan sebeplerle¹²⁰³ meydana getirmenin engellendiği durumlarda, yüklenici, temerrüt nedeniyle yapmaktan kurtulduğu veya işgücünü başka bir şekilde kullanarak kazandığı ya da kazanmaktan bilerek kaçındıklarını indirmek suretiyle kararlaştırılan bedele hak kazanacağına yer verilmiştir. Hükümde, ayrıca işsahibinden kaynaklanan gecikmeler sebebiyle yüklenicinin uygun tazminat talebine sahip olacağı da düzenlenmiştir. Hükümün ikinci fıkrasında ise, işsahibinin işbirliğinden kaçındığı durumlarda, yüklenicinin, işsahibine süre vererek sözleşmeyi sona erdirmeye hakkına yer verilmiştir. Avusturya doktrininde de, Alman hukukunda olduğu gibi, tazminat ifadesine rağmen yükleniciye tanınan talebin, karşılık/bedel niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹²⁰⁴.

ABGB §1168'e göre, yüklenicinin talepte bulunabilmesi için işin meydana getirilmesinde süre kaybına sebep olacak durumun gerçekleşmesi gerekir. Buna ek olarak talebin uygun nitelikte olması dışında temerrüt süresine ilişkin bir kısıtlama getirilmediğinden, kural olarak işsahibinin temerrüdü sona erdikten sonra da ortaya çıkan dolaylı/tali nitelikteki üretim kayıplarının hükmün kapsamında yer alacağı belirtilmektedir¹²⁰⁵. Ek bedel belirlenirken tarafların sözleşme ile kararlaştırdıkları bedele uygun hesaplama yapılması gerektiği vurgulanmaktadır¹²⁰⁶. Yüklenici, uygun bedel talebinde

¹²⁰⁰ **Peters/Jacoby**, Staudinger BGB, §642 Rn. 25; **Busche**, MüKo BGB, §642 Rn. 16; **Schneider**, s. 63 vd.

¹²⁰¹ **Schneider**, s. 81 Özellikle dn. 281'de belirtilen yazarlar.

¹²⁰² **Schneider**, s. 164.

¹²⁰³ İşsahibinin etki alanından bahsedilmediği bu sebeple işsahibinin ölümü vb. hallerde de hükmün uygulanacağı kabul edilmektedir. **Krejci**, Rummel ABGB, §1168 Rn. 12.

¹²⁰⁴ **Krejci**, Rummel ABGB, §1168 Rn. 28; **Rebhahn/Kietz**, SchwiKo ABGB, §1168 Rn. 38.

¹²⁰⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 1185.

¹²⁰⁶ **Rebhahn/Kietz**, SchwiKo ABGB, §1168 Rn. 38.

de, hükmün ilk cümlesinde ifade edilen, düşülmesi gereken gider veya kazançlarını indirmek durumundadır¹²⁰⁷.

3.2.2.3.2.3. Görüşümüz

Türk-İsviçre doktrininde ileri sürüldüğü üzere, iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin yapmak durumunda kaldığı ek giderleri iş sahibinden talep edebilmesi gerekir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin işin ifası için tahsis etmiş olduğu üretim faktörlerinin temerrüt nedeniyle planlanandan daha uzun süre kullanılmak zorunda kalması bunların yeterli verimlilikte kullanılamaması, ifa programının tekrar düzenlenme zaruretinin doğması, işin uygun olmayan zamana ertelenmesi gibi sonuçların tamamı ek giderlere sebep olur. Bunların bir kısmı temerrüt süresince meydana gelirken diğer bir kısmı ise, temerrüdün sona ermesinden sonraki süreçte ortaya çıkar. Yüklenicinin, yapmış olduğu bu giderlerin ve yaptığı bu giderlere ilişkin kâr payının da kendisine sağlanması gerekir. Bedelin TBK m. 481'e göre hesaplandığı hallerde dikkate alınacak bu kalemlerin, götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde de ödenmesi gerekir. Zira bedelin götürü olarak belirlenmesiyle taraflar yalnız bedelde değil, bedelin hesaplanma metodunda da anlaşır. Bu yüzden, iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle yüklenicinin sözleşmenin ifası veya iş sahibinin menfaati için yapmak zorunda kaldığı giderlerin de, eserde değişikliğe veya eklemeye yol açmamasına rağmen bedel kapsamında talep edilebilmesi gerekir¹²⁰⁸. Zira olağan koşullarda ancak belirli bir bedel karşılığında yerine getirilecek bu faaliyet veya maliyet artışlarına ve yüklenicinin kârına iş sahibi katlanmalıdır. Dolayısıyla, yapılan bu harcamalara ilişkin talep konusunda doktrindeki baskın görüşün de kabul ettiği üzere, Türk-İsviçre hukuku bakımından boşluk bulunduğu kabul edilmelidir. Hakimin, bu boşluğu TMK m. 1/II kapsamında yüklenici lehine tamamlaması gerekir. Tarafların açık veya farazi iradelerinden aksi anlaşılmadıkça sözleşmeden doğan ek bedel talebi ile temerrüt sebebiyle ortaya çıkan giderler ve bunlara ilişkin kâr payı yükleniciye sağlanmalıdır.

Sözleşmeye dayanan ek bedel talebinin kabul edilmesiyle birlikte, yüklenicinin, genel hükümler kapsamında sahip olduğu kanunda düzenlenmesi gerektiğini ileri sürdüğümüz ek gider ile ek bedel talebinin sınırlarının belirlenmesi gerekir. Genel hükümler kapsamında başvurabilen talep, her şeyden önce temerrüt süresiyle sınırlı olacağı gibi, İsviçre doktrininde de belirtildiği üzere, hukuki dayanağı sözleşme olmayacağından eser sözleşmesi bakımından önem arz eden kâr payı ve genel işletme giderlerini kapsamaz¹²⁰⁹. Oysa TBK m. 481

¹²⁰⁷ **Krejci**, Rummel ABGB, §1168 Rn. 30.

¹²⁰⁸ Schumacher, N. 546-547 naklen **Gökyayla**, s. 275 dn. 50.

¹²⁰⁹ **Rey**, Mitwirkung, N. 1414.

hükümünün uygulanacağı eser sözleşmelerinde, yüklenicinin, genel hükümlerdeki talebine dahi gerek bulunmaksızın temerrüt nedeniyle ortaya çıkan giderler, bedel kapsamındadır¹²¹⁰. Götürü bedelin belirlendiği hallerde de yüklenicinin ek bedel talebinden mahrum kalması düşünülemez. Her ne kadar sözleşmenin kurulduğu andan itibaren bedel türlerinin farklılığı, taraflara farklı rizikolar yüklemekte ise de, bu durum taraflardan birinin diğer tarafta sebep olduğu ek giderleri karşılamayacağı anlamına gelmez¹²¹¹. Nitekim kanun koyucunun TBK m. 483, 484 ve 485 hükümlerini sözleşmede kararlaştırılan bedelden bağımsız düzenlemesi de bunu göstermektedir. Dolayısıyla, iş sahibinin alacaklı temerrüdü gibi sözleşmenin ifa programını aksatan bir durumda da yükleniciye yaptığı ek giderlere ilişkin talebi kabul edilmelidir.

Yüklenicinin, götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde iş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle sahip olması gereken talep de, kanaatimizce genel hükümlerdeki ek gider talebi gibi kanun boşluğu oluşturmaktadır¹²¹². Bu boşluğun hâkim tarafından TMK m. 1/II kapsamında, yükleniciye ilgili talebin sağlanması yönünde doldurulması gerekir. Buna göre, kanaatimizce, yüklenicinin iş sahibinin temerrüdüne dayalı yapmak durumunda kaldığı fiili giderlerini, sözleşmeye dayanarak ek bedel adı altında talep edebilmesi gerekir. Talebin bedele ilişkin olması ve alacaklı temerrüdüyle ilgili hükümlerin de emredici olmaması sebebiyle, tarafların bu hususta anlaşma yapmaları da mümkündür. Dolayısıyla, tarafların ek bedel hususunda anlaşma yapmadıkları veya farazi ortak iradelerinden herhangi bir sonuca ulaşamayan hallerde, ilgili talep gündeme gelmelidir.

3.2.2.3.3. Şartları

3.2.2.3.3.1. Bedelin Götürü Belirlendiği Geçerli Bir Eser Sözleşmesi

Yukarıda da açıklandığı üzere, yükleniciye iş sahibinin temerrüdü nedeniyle sağlanan talebin dayanağı sözleşmedir. Bu sebeple, taraflar arasında kurulmuş geçerli bir eser sözleşmesinin bulunması bu talebin ön şartı niteliğindedir. Buna ek olarak, yalnız TBK m. 480 kapsamında yer alan eser sözleşmeleri bakımından bu talebe ihtiyaç bulunmaktadır. Başka bir deyişle, sözleşmede bedelin sabit, global veya birim fiyat üzerinden ya da arsa payı karşılığı kararlaştırıldığı hallerde, yüklenicinin, iş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle ek bedel talebi kabul edilmelidir. Ayrıca, sözleşmenin yüklenici tarafından TBK m. 110 veya iş sahibince TBK m. 484 kapsamında feshedilmiş olması fark etmeksizin, sözleşmenin ileriye

¹²¹⁰ Bu sebeple, ek giderler de sözleşmedeki synallagma kapsamına girer. Aynı yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 1013; **Ardıç**, s. 267.

¹²¹¹ **Gauch**, Werk, N.904; **Baygın**, s.32. Ek iş ve iş değişikliği durumunda da bedelin türünden bağımsız olarak ek ücretin sağlanacağı hususunda, **Gökyayla**, s. 259.

¹²¹² Türk hukukunda aynı yönde, **Gürpınar**, s. 93; **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 152; **Ardıç**, s. 275.

etkili sona ermesi sebebiyle geçerli olan kısım ile ilgili yüklenicinin ek bedel talebi kabul edilmelidir.

3.2.2.3.3.2. Hazırlık Fiillerinde Temerrüt

Yükleniciye sağlanan ek bedel talebinin hukuki dayanağı sözleşme olmakla birlikte, yapılan ek giderlerin sebebinin iş sahibinin alacaklı temerrüdü oluşturmaktadır. Bu sebeple, çalışma bakımından kabul edilen ek bedel talebinin şartlarından bir diğeri de iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesidir. Kabul temerrüdünde, yüklenicinin tevdi veya satma gibi ifa ikamelerinin yanı sıra bu haklara ilişkin giderlerin talebinden bağımsız bir ek bedel talebine gerek bulunmamaktadır. Nitekim kabul temerrüdü durumunda eser tamamlanmış olduğundan, yüklenicinin ek gider talebini aşacak nitelikte bir eksilme ile karşılaşması mümkün değildir. Bu sebeple, belirtilen ek bedel talebi, yalnız hazırlık fiillerinde temerrüt durumunda ortaya çıkar.

3.2.2.3.3.3. Aksine Anlaşma Olmaması

Ek bedel talebi için gerekli şartlardan bir diğeri de tarafların bu hususta herhangi bir anlaşma yapmamış olmaları veya farazi iradelerinden herhangi bir sonuca ulaşılamamasıdır. Temerrüde dayalı ek bedel talebinin düzenlendiği şartnamelerin veya tip sözleşmelerin geçerli olduğu eser sözleşmeleri bakımından boşluğun kabul edilmesi mümkün değildir. Bu hususta, inşaat sözleşmeleri bakımından İsviçre’de SIA-Norm 118¹²¹³ ile Almanya’daki VOB/B¹²¹⁴ kuralları örnek gösterilebilir. Türk hukukunda ise, kamu idarelerinin iş sahibi tarafını

¹²¹³ İsviçre doktrininde inşaat sözleşmeleri bakımından SIA-Norm 118 hükümleri çerçevesinde yükleniciye tanınması gereken talebin hukuki dayanağı tartışmalıdır. Bu noktada, doktrinde bir görüş (**Rey**, Mitwirkung, N. 1083 vd.), SIA-Norm 118’in uygulanacağı sözleşmeler bakımından, boşluğun kabul edilemeyeceğini ileri sürmekte ve götürü bedel içeren inşaat sözleşmelerinde iş sahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdünün kusurlu olduğu hallerde, SIA-Norm 118 m. 58/2’nin uygulanması gerektiğini ve yükleniciye iş değişikliği kapsamında (m. 86-91) ek bedelin tanınacağını savunmaktadır. Buna karşılık, başka bir görüş ise (**Gauch/Stöckli**, Komm. SIA-118, Art. 58 N. 1.2.), iş sahibinin alacaklı temerrüdünün, inşaat yönetiminin gecikmesi sebebiyle yükleniciye süre tanınması gerektiğini düzenleyen SIA-Norm 118 m. 94/2 kapsamında değerlendirilmesini ve bu noktada da Kanun’daki gibi boşluk bulunduğunu ileri sürmektedir.

İsviçre Federal Mahkemesi de, konuyu SIA-Norm 118’in uygulandığı inşaat sözleşmesi bakımından incelemiş olup iş sahibinin işbirliği davranışını ihlalini SIA-Norm 118 m. 94/2 kapsamında değerlendirerek yükleniciye, iş değişikliği kurallarına dayalı ek bedel talebinin sağlanması gerektiğini ileri süren Zürih Ticaret Mahkemesi’nin kararını (HGer ZH HG120098, T. 4.8.2015, E. 3.1.3.2) onamıştır. Bkz. BGer 4A_507/2015, T. 19.02.2016, E. 3.4.

¹²¹⁴ Alman inşaat hukukunda uygulanan VOB/B §6/6’da ise, işin ifasını engelleyen durumların taraflardan birine yükletilebildiği hallerde, diğer taraf ispatlayabildiği zararlarını talep edebilir. Yoksun kalınan kârise, ancak kast veya ağır ihmal halinde tazmin edilir. BGB §642’ye göre kapsamı daha geniş olan bu özel düzenlemeye göre, iş sahibinin tazminat borcundan bahsedilmektedir. Ancak, Alman hukukunda mesele tartışmalıdır. Zira baskın görüşe göre, anılan talebin ancak sözleşmedeki bir yükümlülüğünün ihlal edildiğinin kabulü halinde mümkün olacağını ve yalnız külfet niteliğindeki davranışlar için sağlanamayacağı ileri sürülmektedir (**Voit**, Messerschmidt/Voit Privates Baurecht, VOB/B §6 Rn. 15 ve orada belirtilen yazarlar; **Kapellmann**, NZBau 2011, s. 193 vd.). Buna karşılık, diğer bir görüş ise, anılan talebin iş sahibine yükletilebilen her durumda söz konusu olacağını belirtmektedir (**Sonntag**, Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel, VOB/B §6 Rn. 122 vd.). Ayrıca, VOB/B §6/6/c. 2’de yüklenicinin BGB §642’den doğan talebinin etkilenmeyeceğine de açıkça yer verilmiştir.

oluşturduğu veya tarafların anlaşarak benimseyebilecekleri, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ve Yapım İşleri Genel Şartnamesi buna örnek gösterilebilir. Her iki şartnamede de iş sahibinin yerine getirmesi gereken davranışlara çeşitli hükümlerde değinilmiş ve işin meydana getirilmesindeki aksaklıklara ilişkin yüklenicinin sahip olacağı süre uzatımına yer verilmiştir. Buna karşılık, ek bedel veya ek gider taleplerine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır¹²¹⁵. Kanaatimizce, bu durum, yüklenicinin yaptığı giderlere ilişkin talep hakkının bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Bu sebeple, şartnamelerin geçerli olduğu durumlarda da ek bedel talebinin Türk Borçlar Kanunu'na tâbi bedelin götürü belirlendiği eser sözleşmelerinde olduğu gibi sözleşmenin tamamlanması ile sonuca ulaşılmalıdır.

Tarafların, bedel talebiyle ilgili yapacağı anlaşmaların kapsamının da incelenmesinde fayda vardır. Bu hususta, özellikle tarafların ek bedel talebini tamamen ortadan kaldırmalarının veya sınırlandırmalarının mümkün olup olmadığı incelenmelidir. Doktrinde, yükleniciye ek gider tanınmayacağı hususunda yapılan anlaşmaların geçersiz olacağı ileri sürülmektedir¹²¹⁶. Buna karşılık, anlaşmanın geçersizliği fikrine karşı çıkan bir görüş ise, böyle bir anlaşmanın geçerli olacağını fakat iş sahibinin keyfi olarak ek gidere yol açıp daha sonra buna dayanmasının dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir¹²¹⁷. Kanaatimizce de tarafların ek bedelin kaldırılmasına ilişkin anlaşmalarının genel olarak geçersizliği kabul edilmemelidir. Bu tip anlaşmaların, her ne kadar borca aykırı bir durumu düzenlememesi sebebiyle hukuki niteliği sorumsuzluk anlaşması olmasa da, benzerliği sebebiyle uygun düştüğü ölçüde külfet ihlallerine uygulanması kabul edilebilir¹²¹⁸. Buna göre, iş sahibinin, temerrüde “ağır kusur” sayılabilecek hallerde sebep olduğu durumlarda, ek bedelin talep edilemeyeceğine ilişkin anlaşma geçersiz addedilmelidir. Burada, iş sahibinin ağır kusuru, somut olayın özellikleri ve sözleşme çerçevesinde değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, sözleşme ile hangi davranışların iş sahibi hangilerinin yüklenici tarafından yerine getirileceğine ilişkin dağılım da dikkate alınarak durumun iş sahibine yükletilebilirliği değerlendirilmelidir.

Tarafların ek bedele ilişkin sınırlandırıcı anlaşmaları ise, doktrinde genel itibariyle kabul görmektedir. Bu hususta, taraflar, ek bedelin, sözleşmede kararlaştırılan bedelin belirli

¹²¹⁵ Bunlara örnek olarak, YİĞŞ m. 6, 7, 8, 11, 12, 13, 17/7, 29/4 BİĞŞ m. 4, 5, 9, 12, 27.

¹²¹⁶ **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 158 (Yazar, feragat edilecek hakkın kapsam ve sınırlarının, feragat tarihi itibarıyla en azından bilinebilir olması gerektiğini ileri sürmekte ve feragat tarihinden sonra doğacak bir haktan peşinen feragatin mümkün olmadığını belirtmektedir.); **Hürlimann**, s. 838; **Hauck/Rebmann**, s. 436 (Yüklenicinin, engelin süresi ve ortaya çıkaracağı masrafı önceden kesin olarak öngörebildiği hallerde ek bedelin tamamen kaldırılması anlaşmasının geçerli olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 437.). Alman hukukunda BGB §642 bakımından, tarafların genel işlem koşulları ile hükmü ortadan kaldırmayacakları hususunda Münih İstinaf Mahkemesi kararı için bkz. BeckRS 2017, 141-142, Rn. 3.

¹²¹⁷ **Rey**, Mitwirkung, N. 1031.

¹²¹⁸ Ek iş ve iş değişikliği durumuna ilişkin aynı yönde **Gökyayla**, s. 308, 309.

bir yüzdesini geçemeyeceği, iş sahibinin temerrüde neden olan davranışlarına ilişkin yükleniciye kontrol ve bildirim yükümlülüğü getirilmesi, işin engellenmesi durumunun şekli şartla bildirilmesi zorunluluğu gibi sınırlandırıcı düzenlemeler yapılabilirler¹²¹⁹.

3.2.2.3.3.4. Yüklenicinin Sorumluluğunun Bulunmaması

Ek bedel talebine ilişkin gerekli şartlardan biri de, yüklenicinin bu durumun oluşmasında sorumluluğunun bulunmamasıdır. Bu sorumluluktan iki farklı halin anlaşılması gerekir. Bunlardan ilki ek bedeli gerektiren harcamalara yüklenicinin sebep olmaması başka bir deyişle bu durumun ona yükletilebilir olmamasıdır. Bu çalışmada yalnız iş sahibinin alacaklı temerrüdü kapsamında ortaya çıkan malvarlığı eksilmeleri dikkate alındığından, yüklenicinin kusuru olarak değerlendirilebilecek durum, giderleri azaltma külfetini yerine getirmediği haldir¹²²⁰. Başka bir deyişle, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle yüklenici, gerekli ve özen borcuna uygun nitelikte harcamalar yapmalıdır. Aksi durum, ek bedel talebinin azalmasına veya ortadan kalkmasına yol açabilir. Yüklenicinin sorumluluğunu gerektiren ve ek bedel talebinin kapsamında azalmaya veya tamamen ortadan kalkmasına yol açacak hallerden biri de TBK m. 472/III'ten kaynaklanan bildirim yükümlülüğüdür. Bu husus yukarıda¹²²¹ açıklandığı için burada tekrar incelenmemiş olmakla birlikte, iş sahibinin veya onun adına hareket eden temsilci veya ifa yardımcılarının durumu bildiği veya bilmesinin gerektiği ya da bildirim yapılsa dahi durumun değişmeyeceği haller dışında, yüklenicinin bildirim yükümlülüğü ek bedel talebi bakımından zorunlu bir şarttır.

3.2.2.3.4. Kapsamı

3.2.2.3.4.1. Gerekli ve Özen Borcuna Uygun Nitelik

Yüklenicinin, iş sahibinin temerrüdü sebebiyle ortaya çıkan ek giderleri, iş sahibinin haklı menfaatini gözeterek ve benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özendeyi yapması gerekir. Bu durum özellikle, üretim faktör kayıpları gibi temerrüdün doğrudan işin engellenmesi veya yavaşlatılmasına sebep olduğu hallerde değil, yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı olağanüstü davranışlarda kendisini gösterir. Zira ilki temerrüdün gerçekleşmesiyle kendiliğinden ortaya çıkarken, ikincisinde üretim faktörlerinin başka bir işe aktarılıp aktarılamayacağı, meydana getirilen kısma ilişkin alınması gereken önlemlerin veya planlamaların iş sahibinin ne şekilde menfaatine olacağı vb. hususlarda

¹²¹⁹ Hürlimann, s. 838, 839; Hauck/Rebmann, s. 436, 437 (Yazarlar, anlaşmanın, öngörülebilirliğin söz konusu olduğu ve böylece yüklenicinin masraf hesabı yapabileceği durumlarda geçerli olduğunu ileri sürmektedir.); Rey, Mitwirkung, N. 1032. Detaylı keşifnamedeki eksik ve hatalı iş sebebiyle ortaya çıkan ek giderlerin rizikosunu kural olarak iş sahibinin taşıması gerektiği hususunda bkz. Schumacher/König, N. 690, 478.

¹²²⁰ Kavrama ilişkin bkz. 3.2.1.3.3.

¹²²¹ Bkz. 2.3.4.

değerlendirmeyi gerektirir. Bu kapsamda, yüklenicinin TBK m. 471/II’de yer alan “*benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken özen*” kapsamında belirleme yapılmalıdır. Ek giderlerin bu çerçevede yapıldığı hallerde, gerekli ve özenli olduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim aşağıda da görüleceği üzere, ek bedel talebinin belirlenmesinde kural olarak TBK m. 481 esas alınacağından, bu hüküm kapsamında ileri sürülen fikirler çerçevesinde hareket edilmesi gerekir¹²²². Doktrinde de, anılan hükme göre bedelin belirlendiği durumlarda, giderlerin gerekli ve yüklenicinin özen borcuna uygun olması aranır¹²²³. Bu sebeple, yüklenicinin yapmış olduğu ek giderlere de aynı kurallar kıyasen uygulanmalı ve bu giderlerin gerekliliği ve özen borcu kapsamında amaca uygun olup olmadığı belirlenmelidir. İleri sürdüğümüz bu görüşün¹²²⁴ yanı sıra, doktrinde, yükleniciye, yapmak zorunda kaldığı veya dürüstlük kuralı gereği yapmasına izin verilebilecek giderler bakımından talebin karşılanması gerektiği de ileri sürülmektedir¹²²⁵.

Yüklenicinin, ek giderlere ilişkin özen borcunu yerine getirip getirmediği hususunda, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilme yapılmalıdır. Buna göre, olması gerekenden daha pahalı bir yöntemle eseri korumayı tercih eden, üretim faktörlerini mümkünse diğer işlere belirli oranda aktarmayan yüklenicinin bu anlamda yaptığı harcamanın tamamını işsahibinden talep etmesine müsaade edilemez¹²²⁶.

3.2.2.3.4.2. Fiilen Yapılan Giderlere İlişkin Olma

Yüklenicinin ek bedel kapsamında talep edebileceği giderlere ilişkin bir diğer şart da, giderlerin yüklenici tarafından fiilen yapılmış olmasıdır¹²²⁷. Bunun için yüklenicinin işsahibinin temerrüdü gerçekleşmemiş olsaydı yapmak zorunda kalmayacağı gider artışlarını ispatlaması gerekir. Yüklenicinin, temerrüdü ortadan kaldırmak veya eseri korumak gibi sözleşmenin programlandığı şekilde ifasında ortaya çıkmayacak giderleri ispatlaması kolaydır. Buna karşılık, üretim faktörlerindeki kayıplar, yüklenicinin işgücünün veya araç

¹²²² Bkz. 3.2.2.3.5.

¹²²³ **Twerenbold, Thomas.**, Der “unverbindliche” Kostenvoranschlag beim Werkvertrag- zur rechtlichen Tragweite von Artikel 375 OR, St. Gallen 2000, N. 150 vd.; **Gauch**, Werk, N. 964; **Tandoğan**, II, s. 300; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 374 N. 13.

¹²²⁴ Katıldığımız bu görüşe ilişkin bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1047 vd. (Ek giderlerin özenli –*sorgfältig*- ve uygun –*angemessen*- olması gerektiği belirtilmektedir.).

¹²²⁵ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 770 (Yazar, bu görüşüyle ilgili, Alman hukukunda alacaklı temerrüdünün genel hükümleri içinde düzenlenen masraf talebine ilişkin paragrafa –BGB §304- atıf yapmaktadır.). Normal koşullar altında yapılması gereken ve dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılan zorunlu ve faydalı masrafların karşılanacağı hususunda bkz. **Akkanat**, Ek Masrafların Durumu, s. 154.

¹²²⁶ Bu haller, yüklenici bakımından özen borcuna aykırılık teşkil edeceği gibi yüklenici bakımından giderleri azaltma külfetine de aykırılık teşkil eder. Bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1516. Yüklenicinin zararı azaltma külfetinin bulunmadığı yönünde bkz. **Henninger**, BRT 2005, s. 267.

¹²²⁷ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1337a (Yazar, yüklenicinin yaptığı fiili “*in concreto*” ek giderlerden bahsetmektedir.); **Rey**, Mitwirkung, N. 1034, 755; **Hürlimann**, s. 835; **Gökyayla**, s. 352.

gereçlerinin durma veya yavaşlama dönemlerinde o işe tahsis edilmiş halde bulundurulmasına ve aynı oranda gidere sebep olmasına rağmen, istenilen üretimin veya verimliliğin sağlanamaması sebebiyle fiilen ek gidere yol açar. Örneğin işsahibinin dairesine boya için üç adamını gönderen ancak içeride başka ustaların çalışması sebebiyle yalnız bir işçinin boya yapabildiği hallerde, yüklenicinin diğer iki işçiye ödemek durumunda kaldığı ücret yüklenici bakımından fiilen yapılmış ek gider niteliğindedir.

Fiilen yapılmış olma şartına ilişkin değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da, işsahibinin temerrüdünün, alt yüklenicinin engellenmesine yol açtığı ve dolayısıyla alt yüklenicide meydana gelen ek giderlerdir. Alt yüklenicide ortaya çıkan ek giderler, esasen asıl yüklenicide meydana gelmediğinden bunların işsahibinden talep edilememesi gerekir. Ancak, asıl yüklenicinin, söz konusu engelleme sebebiyle alt yükleniciye ödemek durumunda kaldığı ek giderler var ise, örneğin, alt yüklenici üretim kayıpları sebebiyle asıl yükleniciden ek bedel talebinde bulunmuşsa, bu giderler asıl yüklenici bakımından olağan ifa davranışlarındaki artış olarak kendisini gösterir ve işsahibinden talep edilebilir¹²²⁸. Bununla birlikte, asıl yüklenici, alt yükleniciye karşı doğabilecek gecikmelere ilişkin ceza koşulu kararlaştırmış veya sözleşmede temerrüde neden olabilecek davranışlar yükümlülük olarak kararlaştırıldığından asıl yüklenicinin tazminat yükümlülüğü söz konusu olmuşsa, bunların işsahibinden talep edilmesi mümkün değildir.

3.2.2.3.5. Hesaplama

İşsahibinin temerrüdü sebebiyle, yüklenicinin yapmak durumunda kaldığı ek giderlerin işsahibinden talep edileceği hususunda tereddüt yoktur. Ancak, ek bedelin nasıl hesaplanacağını bedel türüne göre farklılık oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerekir¹²²⁹. Bu sebeple, aşağıda sözleşmede bedelin farklı şekillerde kararlaştırıldığı durumlar incelenmiştir. Değere göre bedelin söz konusu olduğu durumlarda, yüklenicinin yaptığı giderler bedel kapsamında yer aldığından özel bir ek bedel talebi ortaya çıkmayacak olsa da değere göre bedelin kendi içindeki tasnifi sebebiyle ayrıca incelenmiştir.

3.2.2.3.5.1. Değere Göre Bedelde

Değere göre bedel, TBK m. 481'e göre, tarafların bedeli hiç belirlemedikleri veya yaklaşık olarak belirledikleri durumlarda geçerlidir. Değere göre bedelin uygulanacağı durumlarda, yüklenicinin yaptığı fiili giderler dikkate alınacağından hızlanma, eseri koruma

¹²²⁸ **Rey**, Mitwirkung, N. 817, 781 (Yazar, alt yüklenicideki ek giderlerin, asıl yüklenici tarafından ilk işsahibine ileri sürülürken ya olağan ifa davranışlarındaki artış ya da olağanüstü ifa davranışı olarak değerlendirilebileceğini ileri sürmektedir.).

¹²²⁹ **Gökyayla**, s. 261; **Gürpınar**, s. 92.

masrafları vb. temerrüt nedeniyle ortaya çıkan ek giderler de bu kapsama dâhil edilir. Bedelin hiç kararlaştırılmadığı durumlarda, ek giderlerin eklenmesi bakımından herhangi bir sorunla karşılaşmaz. Buna karşılık, tarafların yaklaşık bedel, başka bir deyişle bedele ilişkin alt ve üst sınır belirlediği bir durumda söz konusu ek giderler sebebiyle yaklaşık bedelin aşılması durumunun değerlendirilmesi gerekir. Zira üst sınırı aşan kısmın yüklenici tarafından talebi kural olarak yaklaşık bedelde mümkün değildir. Ancak, götürü bedelde olduğu gibi belirlenen üst sınır, eserin planlandığı şekilde meydana getirildiği durumlar için geçerlidir. Başka bir deyişle, işsahibinden kaynaklanan sebeplerle ek gider yapılması gereken durumlarda üst sınıra bakılmaksızın yüklenici bunları talep edebilmelidir¹²³⁰. Yüklenici, her durumda yapacağı giderlerle ilgili üst sınıra kadar olan bedeli talep edebilirken, ek giderlerde yalnız ek bedel talebine ilişkin şartları ispat etmelidir.

Tarafların yaklaşık keşif bedelini (maliyet) benimsemeleri de mümkündür. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 482’de eBK m. 367’den farklı olarak keşif bedeli ve masraf ifadelerine yer verilmemesi sebebiyle, yaklaşık keşif bedelinin TBK m. 481 ve m. 482 kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır¹²³¹. Kanaatimizce, tarafların yaklaşık keşif bedeli kararlaştırdıkları ve işsahibinin alacaklı temerrüdünün ortaya çıktığı durumlarda keşif bedelinde belirledikleri giderlere ilişkin artış söz konusu ise, bu bedeller göz önünde bulundurulabilir¹²³². Örneğin, taraflar malzeme, işgücü ve çeşitli araç gereçlere ilişkin gider kalemleri için fiyat belirlemişlerse, işsahibinin alacaklı temerrüdü durumunda özellikle üretim kayıpları bakımından keşif bedelinde belirlenen fiyatlar dikkate alınabilir. Aksi durum, ister keşif bedeli ister bağlayıcı nitelikte bedel anlaşması olsun, tarafların sözleşmeyi akdetmeyecekleri bir duruma göre ek giderlerin belirlenmesine yol açar¹²³³. Bununla birlikte, doktrinde de haklı olarak belirtildiği gibi keşif bedelinin ve fiyat analizlerinin, ek bedelin hesabında yardımcı araç olacağı gözden uzak tutulmamalıdır. Zira temerrütle birlikte durumlarda değişiklik meydana geldiğinden her durumda bu bedellere göre hesaplama yapılması beklenemez ve somut olayın özelliklerine göre bu araçlar da kullanılarak, TBK m. 481 çerçevesinde ek bedelin hesaplanması tercih edilmelidir¹²³⁴. Tarafların bağımsız olarak fiyatlandırılabilen farklı türdeki giderlerin bir araya geldiği gider kalemlerine (*Aufwandposition*) ilişkin de anlaşma yapmaları mümkün olup durumun aynı

¹²³⁰ **Rey**, Mitwirkung, N. 1033 (Yazar, anılan üst sınırın özel olarak ek bedele ilişkin de yapılabileceğini ve bu tip durumlarda ilgili talebin sınırlandırılması gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce de bunun açıkça veya tarafların farazi iradelerinden anlaşıldığı durumlarda, sınırlandırmanın kabulünde bir sakınca yoktur.); **Ardıç**, s. 267; **Zeltner**, N. 300.

¹²³¹ Bkz. 3.1.2.3.3.3.1.2.

¹²³² **Rey**, Mitwirkung, N. 1023; **Schumacher/König**, N. 654.

¹²³³ **Hauck/Rebmann**, s. 435; **Henninger**, BRT 2005, s. 265.

¹²³⁴ **Schumacher/König**, N. 656 vd. özellikle N. 660.

şekilde değerlendirilmesi gerekir¹²³⁵. Esas alınabilecek bu bedellerin kabul edilmeyeceği veya edilemeyeceği durumların ortaya çıktığı hallerde, tarafların aksini ispat etmelerine imkân tanınmalıdır. Tarafların esas aldıkları giderlerdeki artışın değil, belirledikleri fiyatların duruma uymadığı haller buna örnek gösterilebilir. Temerrüt sebebiyle yüklenicinin yapmak zorunda kaldığı olağanüstü davranışlarda veya bunlar gibi önceden öngörülmemiş olan giderlere ilişkin herhangi bir bedel kararlaştırılmadığından TBK m. 481 kapsamında yapıldığı yer ve zamana göre bedel hesaplanır¹²³⁶. Yüklenicinin anılan esaslar çerçevesinde belirlenen ek bedel talebine, genel hükümlerdeki ek gider talebinden¹²³⁷ farklı olarak, genel işletme

¹²³⁵ **Rey**, Mitwirkung, N. 1025 (Yazar, örnek olarak döküm kalıbın metrekaresi için belirlenen bedelin, kalıp materyalini, ulaştırılmasını, işçi ve vinç ücretini de içerdiğinden bahsetmektedir. Bkz. **a.g.e**, N. 1025 dn. 1301.).

¹²³⁶ Örneğin, eserin meydana getirme süresinin uzadığı dönem için çalıştırılmak zorunda kalan bekçiye ödenen ücret bu kapsamdadır. Buna karşılık, temerrüt süresince işçiye ödenen ücret, üretim faktör kaybı kapsamında tarafların önceden belirledikleri bedele göre hesaplanabilir. **Tandoğan**, II, s. 300 (Yazar, öncelikle asgari ücret tarifelerine daha sonra kamuda esas alınan birim fiyat listelerine bunlar yoksa mesleki teamüllere göre belirleme yapılmasını ve bir bilirkişiye başvurulması gerektiğini belirtmektedir.); **Gauch**, Werk, n. 957 (Yazar, tarafların herhangi bir tarifeyi esas almadıkları durumlarda belirlemenin yine de bu tarifeye göre yapılmasının mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. **a.g.e**, N. 959 vd.); **Schumacher/König**, N. 649, 650.

Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nde (m. 22) de proje değişikliğinin şartlarının gerçekleştiği durumlarda sözleşmede fiyatı bulunmayan veya fiyatı belirli olmayan işlerin fiyat tespitine ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kanaatimizce, Şartname'ye tâbi sözleşmeler bakımından, temerrüt sebebiyle ek bedel talebinin ortaya çıktığı hallerde de ilgili maddenin kıyasen uygulanması mümkündür.

YİĞŞ m. 22/2, 3: (11.03.2020 tarihli metin)

(2) *Yeni fiyatın tespitinde iş kalemi veya iş grubunun niteliğine göre aşağıdaki sıralamaya uyularak oluşturulan analizlerden biri kullanılır:*

a) *Yüklenicinin birim fiyatlarının/teklifinin tespitinde kullanarak teklifi ekinde (**Ek ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) veya aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında idareye sunduğu ve yeni iş kalemi/grubu ile benzerlik gösteren iş kalemlerine/gruplarına ait (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) analizler dikkate alınarak oluşturulacak analizler.*

b) *İdarede veya diğer idarelerde mevcut olan ve yeni iş kalemine/grubuna benzerlik gösteren (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) analizler dikkate alınarak oluşturulacak analizler.*

c) *İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan iş kalemleri/gruplarına ait maliyet (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) analizleri dikkate alınarak oluşturulacak analizler.*

ç) *Yeni iş kaleminin/grubunun yapılması sırasında tutulacak puantajla tespit edilecek malzeme miktarları, işçi ve makinelerin çalışma saatleri ile diğer tüm girdiler esas alınarak oluşturulacak analizler.*

(3) *İş kalemi veya iş grubunun niteliğine uygun olarak yukarıdaki analizlere, kaynakların verimli kullanılması gözetilerek aşağıdaki rayiçlerden biri, birkaçı veya tamamı uygulanabilir:*

a) *Varsa yüklenicinin teklifinin ekinde (**Ek ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) veya aşırı düşük teklif açıklaması kapsamında idareye verdiği teklif rayiçler.*

b) *İdarede veya diğer idarelerde mevcut rayiçler.*

c) *İhaleyi yapan idarenin daha önce gerçekleştirdiği ve ihale konusu işe benzer nitelikteki yapım işlerinin sözleşmelerinde ortaya çıkan fiyatlar.*

ç) *İdarece kabul edilmek şartıyla, ticaret ve/veya sanayi odasınca onaylanmış uygulama ayına ait yerel rayiçleri.*

(4) *Yeni fiyat yüklenici ile birlikte yukarıda belirtilen usullerden biri ile tespit edilerek düzenlenen tutanak idarenin onayına sunulur ve otuz gün zarfında idarece onaylanarak geçerli olur. Yeni fiyat tespitinde yüklenici ile uyuşulamaz ise, (**Ek ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md.; yürürlük: 18.08.2019**) fiyat tutanağı idare tarafından onaylanmaksızın, taraflarca anlaşmazlık tutanağı düzenlenir ve anlaşmazlık idare tarafından on gün içerisinde (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) Yüksek Fen Kurulunca belirlenen usul ve esaslara uygun olarak anılan Kurula intikal ettirilir. (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) Yüksek Fen Kurulu tarafından tespit edilen fiyatın iki tarafça kabulü zorunludur. Yüklenici, fiyat uyuşmazlığı hakkındaki (**Değişik ibare: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019**) Yüksek Fen Kurulu kararını beklemeden idare tarafından tespit edilmiş fiyat üzerinden işe devam etmek zorundadır.*

¹²³⁷ Bkz. 3.2.2.2.

giderleri ve kâr payının da eklenmesi gerekir. Bunların eklenmesinde de, tarafların varsa esas aldıkları kâr payı ve genel işletme giderleri, ek bedel talebine uygulanmalıdır. Herhangi bir sonuç çıkarılamıyorsa, yükleniciye, yapılan işle ilgili teamüllere göre tespit edilen kâr oranı sağlanmalıdır¹²³⁸. Bu durum, ek bedel talebinin sözleşmeye ve TBK m. 481'e dayanması sebebiyle ortaya çıkmaktadır¹²³⁹.

3.2.2.3.5.2. Götürü Bedelde

Bedelin götürü belirlendiği eser sözleşmelerinde de iş sahibinin temerrüdü sebebiyle yükleniciye ek bedel talebinin sağlanacağı hususunda, yukarıda da belirtildiği üzere, doktrinde görüş birliği bulunmaktadır. Önem arz eden husus, ek bedelin nasıl hesaplanacağıdır. Zira durumun iş sahibine yükletilebilir olması ortaya çıkan giderlerin tamamının iş sahibi tarafından karşılanmasını gerektirse de, bu hal, hesaplamada sözleşmedeki bedelin esas alınıp alınmayacağına ilişkin soruya cevap vermez. İsviçre doktrininde ileri sürülen bir görüşe göre, tarafların götürü bedel bakımından esas aldıkları durumların, ek bedelin hesaplanmasında da dikkate alınması gerekir. Bu görüş, tarafların belirledikleri fiyat analizlerine göre birbirlerini seçtiklerini ve buna göre bedeli belirlediklerini, ek bedelin bu bedele göre hesaplanmaması durumunda, yüklenicinin teklif etmeyeceği veya iş sahibinin kabul etmeyeceği bir yöntemle göre ek bedelin hesaplanmasına yol açacağını ileri sürmektedir¹²⁴⁰. Benzer husus, doktrinde, götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde, iş değişikliği durumunda talep edilecek olan ek bedel için de tartışılmaktadır¹²⁴¹.

¹²³⁸ YİGŞ m. 20/5: (11.03.2020 tarihli metin)

(5) **(Değişik fıkra: 08.08.2019-30856 R.G./28. md., yürürlük: 18.08.2019)** İkinci fıkraya göre yeni fiyatın hesabında, yeni tespit edilecek iş kaleminin analizinde yer alan girdilere ait miktarların varsa rayiçlere ve genel giderlere tesiri dikkate alınır. **Bu itibarla, sözleşmede yeni birim fiyat analizleri için önceden belirlenmiş bir kâr ve genel gider oranı var ise bu oran dikkate alınarak yeni birim fiyat hesabı sonuçlandırılır. Sözleşmede bu konuda bir oran belirlenmemiş ise, oluşturulan kâr ve genel gider hariç analiz tutarına %10 oranındaki yüklenici kârına ilave olarak %15 oranına kadar idare ve yüklenicinin anlaştığı oranda genel gider eklenir.** Ayrıca, yüklenicinin teklifi kapsamında yeni iş kalemi ile benzerlik gösteren iş kaleminin bulunması halinde, bu madde kapsamında hesaplanan yeni birim fiyat; yüklenici tarafından benzerlik gösteren iş kalemi için teklif edilen birim fiyatın, idarece aynı iş kalemi için resmi analiz ve rayiçler de kullanılarak hesaplanan birim fiyata oranı (0,90'ı aşmamak üzere) ile yeni iş kalemine ait resmi analiz ve rayiçler de kullanılarak hesaplanan birim fiyatın çarpılması sonucunda elde edilen tutarı geçemez. Yüklenicinin teklifi kapsamında yeni iş kalemi ile benzerlik gösteren iş kaleminin bulunmaması halinde ise, yeni birim fiyat; yeni iş kalemine ait resmi analiz ve rayiçler de kullanılarak hesaplanan birim fiyatın %90'ını geçemez.6) İdare istediği takdirde; bir işte, sözleşmeye esas proje içinde kalan ancak öngörülemeyen durumlar nedeniyle bir iş artışının zorunlu olduğu hallerde, ayrıca bir yükleniciye yaptırılması mümkün olan bir işi başkasına da yaptırabilir, bundan dolayı yüklenici herhangi bir hak talebinde bulunamaz.

¹²³⁹ Gauch, Werk, N. 949; Henninger, BRT 2005, s. 265; Schumacher/König, N. 645.

¹²⁴⁰ Hauck/Rebmann, s. 435.

¹²⁴¹ Rey, Mitwirkung, N. 1076; Stöckli, Hubert, Was ist mit der Vergütung los- ein Arbeitspapier, Schweizerische Baurechtstagung 2015, s. 16. İsviçre Federal Mahkemesi'nin tek taraflı iş değişikliğinde fiili giderlere göre bedelin belirleneceğine ilişkin kararı için bkz. BGer 4A_125/2017, T. 20.11.2017, E. 4.4.3. Türk hukukunda götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde de iş değişikliği sebebiyle talep edilen bedelin hesaplanmasında TBK m. 481'in uygulanacağı hususunda bkz. Gökyayla, s. 273 (Bedelin belirlenmesine ilişkin diğer hukuki sebeplere ilişkin bkz. a.g.e, s. 270 vd.). Yargıtay ise, götürü bedel içeren eser sözleşmeleri

Doktrindeki baskın görüş ise, ek bedel talebinin TBK m. 481 çerçevesinde yüklenicinin yapmış olduğu giderleri ve buna kâr payının eklenmesi yoluyla tespit edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁴². Kanaatimizce, ek bedelin belirlenmesi hususunda baskın görüş benimsenmeli ve bedel yapıldığı yer ve zamana göre tespit edilmelidir. Bu durum özellikle sabit ve global götürü bedel içeren eser sözleşmelerinde kabul edilmelidir. Nitekim bu tip durumlarda, tarafların belirledikleri bedele göre, yapılan ek giderler için bir oranlamanın yapılması pek mümkün değildir. Aynı durum, yüklenicinin temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kalacağı olağanüstü davranışlar bakımından da geçerlidir. Örneğin, yaz mevsiminde gerçekleştirilecek götürü bedelin belirlendiği bir işin, kışa sarkması sebebiyle yapılması gereken yeni işlere sözleşmedeki bedelin oranlanarak uygulanabilmesi mümkün değildir.

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde, bedelin götürü kararlaştırıldığı sözleşmelerde iş sahibinin temerrüdüne dayalı ek bedel, TBK m. 481 kapsamında eserin yapıldığı yer ve zamana göre hesaplanır. Bununla birlikte, kanaatimizce, somut olayın özelliklerine göre tarafların esas aldıkları götürü bedelin ve yapılacak işlerin detaylı açıklandığı özellikle birim fiyat içeren sözleşmelerde, bunların da bedelin belirlenmesinde yardımcı araç olarak dikkate alınması kabul edilmelidir¹²⁴³. Örneğin, tarafların kullanılacak malzemeler ve işçilik için birim fiyatları belirleyerek anlaşma yaptıkları durumlarda, iş sahibinin temerrüdü nedeniyle fazladan çalışılan gün/saat vb. zaman aralığı veya ek malzeme için belirledikleri bedeli değiştiren başkaca durumların olup olmadığı incelenmelidir. Bu incelemeye göre, fiyatlandırmanın yapıldığı zaman ile temerrüdün sebep olduğu ek giderin yapıldığı zaman arasında bedeli etkileyecek herhangi bir değişiklik yok ise, başta kararlaştırılan malzeme ve işçilik bedeline göre ek bedelin hesaplanması da kabul edilmelidir¹²⁴⁴.

bakımından vekâletsiz iş görme hükümlerine dayanarak yapıldığı yılın mahalli piyasa rayiçlerinin esas alınması gerektiğini benimsemektedir. Bkz. Y. 15. HD T. 03.04.2017 E. 2016/6501 K. 2017/1481; 15. HD T. 23.01.2018 E. 2016/4739 K. 2018/160.

Alman hukukunda, iş değişikliğine ilişkin VOB/B §2 kapsamında tartışmalı olan konuya ilişkin Alman Federal Mahkemesi de gerçek maliyetlere göre hesaplama yapılması gerektiğine hükmetmiştir (Bkz. BGH VII ZR 34/18, T. 8.8.2019, ZfBR 2019, 777). Karara ilişkin inceleme için bkz. **Von Rintelen**, NZ Bau 2019, s. 696 vd. İşbirliği temerrüdü bakımından ise, BGB §642'de uygun tazminatın belirlenmesinde sözleşmedeki bedelin dikkate alınacağı ifade edilmiştir.

¹²⁴² **Gauch**, Werk, N. 1337; **Hürlimann**, s. 835; **Rey**, Mitwirkung, N. 1067 vd. özellikle N. 1079; **Scherrer**, s. 51 vd.; **Henninger**, BRT 2005, s. 265; **Reetz**, BRT 2013, N. 89; **Gökyayla**, s. 265, 272; **Gürpınar**, s. 92, 93.

¹²⁴³ **Hürlimann**, s. 836 (Yazar, giderlerin TBK m. 481 kapsamında hesaplanması gerektiğini savunmakla birlikte, durma veya uzama dönemlerindeki üretim faktörlerine ilişkin bedelin sözleşmede esas alınan maliyet esasına göre hesaplama yapılmasını ileri sürmektedir.).

¹²⁴⁴ **Gökyayla**, s. 272. İş değişikliği bakımından kabul edilebilecek bu esasın işbirliği temerrüdünde mümkün olmadığı hususunda bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1079.

3.2.2.3.6. İspat

Yüklenicinin lehine olan ek bedel talebi için, ek bedelin varlığının ve miktarının yüklenici tarafından ispatlanması gerekir. Yüklenici, öncelikle ek bedelin şartlarını ispat etmek durumundadır. Buna göre, yukarıda açıklandığı üzere yüklenici, iş sahibinin hazırlık fiilinde temerrüdünü ve bu temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı ek giderleri ortaya koymalıdır. Ayrıca, yüklenici, temerrüt sebebiyle meydana gelen ek giderlerin sözleşmede belirlenen bedel kapsamında yer almadığını da ispatlamalıdır¹²⁴⁵. Giderlerin tespiti bakımından yüklenici, temerrüt sebebiyle malvarlığının bulunduğu durum ile temerrüt gerçekleşmeseydi bulunacağı durum arasındaki farkı ispat etmelidir¹²⁴⁶. Başka bir deyişle, yüklenicinin, temerrüdün gerçekleşmemiş olması halinde malvarlığının bulunacağı durumu göstermesi gerekir. Bedelin yüklenicinin giderlerine göre belirlendiği değere göre bedel halinde, temerrüde dayanıp dayanmadığına bakılmaksızın yüklenici tüm giderlerini ispatlar ve bunlara ilişkin bedele hak kazanır¹²⁴⁷. Buna karşılık, bedelin götürü veya karma belirlendiği hallerde, yüklenicinin her durumda yapacağı giderler (*Ohnehin-Aufwand*) ile ek giderlerini (*Mehraufwand*) ayrı ayrı göstermesi gerekir¹²⁴⁸.

Doktrinde, yüklenicinin giderlerini ispatına ilişkin farklı hesaplama yöntemleri ileri sürülmektedir. Özellikle inşaat sözleşmeleri bakımından bu yöntemlerin sayısı artmaktadır¹²⁴⁹. Eser sözleşmelerinin tamamına uygulanması mümkün olmayan bu yöntemlerin incelenmesi çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bununla birlikte, İsviçre doktrininde ek giderlerin tespiti bakımından Schumacher/König'in ileri sürdüğü yöntemle değinilebilir. Bu görüş, giderlerin tespitinde, kesinti/çıkarma (*Die Abzugsmethode*) ve ayırma (*Die Trennmethode*) şeklinde iki metod ileri sürmektedir. Çıkarma metodundaki ilk yöntem, her durumda yapılması gereken masrafların (*Ohnehin-Aufwand*) toplam giderlerden çıkarılmasıyla sonuca ulaşılan yöntemdir. Buna göre, yüklenicinin yaptığı toplam giderlerden temerrüt olmasaydı yapılacak olan masraflar çıkarılarak yüklenicinin ek bedeli tespit edilirken, bedelin çıkarılması metodunda ise, toplam giderden sözleşmede kararlaştırılan bedel çıkarılarak ek bedel tespit edilir. İkinci yöntemin, engellenme sebebiyle yüklenicinin alternatif yollara başvurusunun gerektiği durumlarda uygulanabileceği ileri sürülmektedir. Buna karşılık, ayırma metodunda ise, sözleşme kapsamında yer almayan işlerin bedeli tespit

¹²⁴⁵ Bu durum özellikle bedelin götürü belirlendiği sözleşmeler bakımından önem arz eder. **Gökyayla**, s. 263.

¹²⁴⁶ **Rey**, Mitwirkung, N. 861; **Hürlimann**, s. 835, 836. Türk-İsviçre hukukunda zararın hesaplanmasında kabul edilen fark teorisine ilişkin bkz. **Eren**, Genel, N. 1628; **Nomer, Haluk Nami**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 6 vd.; **Büyüksağış**, s. 48 vd.

¹²⁴⁷ Talep edilen giderlerin, özen borcuna aykırı ve gerekli olmadığına ilişkin ispat yükü ise, iş sahibindedir.

¹²⁴⁸ **Hürlimann**, s. 835.

¹²⁴⁹ İnşaat sözleşmeleri bakımından ispata ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 858.

edilerek ek bedel belirlenir¹²⁵⁰. Hangi metodun uygulanacağı somut olayın özelliklerine bağlı olmakla birlikte şüphe halinde yüklenicinin lehine olanın uygulanması gerektiği benimsenmektedir¹²⁵¹. Temerrüt sebebiyle yüklenicinin yapmak zorunda kalacağı olağanüstü ifa davranışları bakımından her şekilde ayırma metodunun uygulanması yerindedir. Zira bu davranışlar yüklenicinin herhangi bir alternatifinin bulunmadığı ve bedelinin belirlenmesi bakımından, aksine anlaşma olmadığı sürece, TBK m. 481'in uygulanacağı hallerdir. Buna karşılık, üretim faktör kayıpları, hızlanma giderleri gibi durumlarda ise, somut olayın özelliklerine göre karar verilmesi yerindedir.

Yüklenicinin ek bedel talebinde ispat ölçüsünün ne olacağı da belirlenmelidir. Zira yüklenici yukarıda anılan metotlardan hangisini seçerse seçsin, uygulamada birçok durumda ek giderler birden fazla farklı sebebin bir araya gelmesiyle ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden, malvarlığındaki farkın hesaplanmasında, temerrüdün gerçekleşmemesi farazi bir durum oluşturduğundan, giderlerin parasal (likit) tespiti birçok durumda mümkün olmaz. Buna dayalı olarak doktrindeki baskın görüş de, ek giderlere TBK m. 50/II hükmünün kıyasen uygulanması ve miktarın hakkaniyete uygun olarak belirlenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁵². Kanaatimizce bu görüşün kabulü gerekir. Ancak, TBK m. 50 kapsamında, ispatın tam olmamasına rağmen yükleniciye bedelin sağlanmasının hangi hallere ilişkin olduğu somut olayın özelliklerine göre özenle tespit edilmelidir. Örneğin yüklenici, iş sahibinin temerrüdü, bildirim yükümlülüğü, ifa programı dışında yapmak zorunda kaldığı işler veya satın aldığı malzeme ve hizmet bedellerinin ispatında herhangi bir zorlukla karşılaşmaz. Bu noktada, ispat kolaylığı, temerrüt dışı sebeplerin de meydana geldiği hallerde illiyet bağının, temerrüt olmasaydı malvarlığının bulunacağı durumun soyutluğu sebebiyle parasal karşılığının ve işin uzadığı hallerde söz konusu olan dolaylı giderler bakımından dikkate alınmalıdır.

3.2.2.3.7. Zamanaşımı

Yüklenicinin iş sahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle sahip olduğu ek bedel talebinin muacceliyet anının da belirlenmesi gerekir. Bu noktada, sözleşmenin TBK m. 481

¹²⁵⁰ Schumacher/König, N. 615 vd.

¹²⁵¹ Schumacher/König, N. 621 vd.

¹²⁵² Gauch, Werk, N. 1339; Schumacher/König, N. 632 vd.; Rey, Mitwirkung, N. 959; Henninger, BRT 2005, s. 263; Hauck/Rebmann, s. 435. Buna karşılık, Zürih Ticaret Mahkemesi SIA-Norm 118'in uygulandığı bir olayda inşaat sürecinde iş sahibinden kaynaklanan engeller sebebiyle yüklenicinin ek bedel talebinde yaklaşık ispatı kabul etmemiştir. Karar için bkz. HG 140250 E. 3.1.2.1.2. İlgili karara ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi ise, ek bedel talebinde OR Art. 42/II (TBK m. 50/II) hükmünün uygulanıp uygulanmayacağı durumunun soyut olarak cevaplanmasının görevi olmadığını belirtmiş (E.6) ve somut taleplerle ilgili de anılan hükmün uygulanması için yeterli açıklamada bulunmadığı sonucuna varılarak bu hususta hüküm onanmıştır (E.6.2.5). Karar için bkz. BGer 4A_125/2017 vom 20.11.2017.

kapsamında olduğu durumlarda, yapılan ek giderler de yüklenicinin bedel talebi kapsamında olacağından tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları zamanda herhangi bir kural yoksa TBK m. 479'un uygulanması ile eserin teslimi anında bedel muaccel olur¹²⁵³. Aynı durum, götürü bedel içeren eser sözleşmeleri bakımından da kabul edilmelidir. Sözleşmenin yüklenici tarafından TBK m. 110 veya işsahibince TBK m. 484 kapsamında feshedildiği hallerde ise, fesihle birlikte muacceliyet gerçekleşir. Yüklenicinin ek bedel talebinin hukuki dayanağı sözleşme olduğundan sözleşmedeki karşılıklı ilişki kapsamında. Yüklenicinin kural olarak teslimi teklif etmesiyle birlikte ek bedelin de kendisine sunulması gerekir. Ek bedel talebi, TBK m. 147/6 gereği beş yıllık zamanaşımı süresine tâbi kabul edilmelidir.

3.2.2.4. Tazminat

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düştüğü ve yüklenicinin sözleşmeyi feshettiği durumlarda, yükleniciye tazminat talebinin sağlanacağı doktrinde genel itibariyle kabul edilmektedir. Bu görüş, TBK m. 110'da yer alan "*borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere göre*" ifadesi kapsamında, borçlunun TBK m. 125'te anılan tazminat haklarına sahip olduğunu ileri sürmektedir¹²⁵⁴. Buna karşılık, sözleşmenin feshedilmediği durumlarda da yükleniciye tazminat sağlanıp sağlanmayacağı hususunda, tespit edebildiğimiz kadarıyla İsviçre doktrininde bir görüşle karşılaşılmaktadır¹²⁵⁵. Dolayısıyla, baskın görüş kabul edilecek olursa, borçlu, sözleşmeden dönerse veya sözleşmeyi feshederse alacaklıya karşı tazminat hakkına sahip olabilirken, temerrüt süresince bekler ve sözleşmeyi ayakta tutarsa herhangi bir tazminat talebinde bulunamaz¹²⁵⁶. Bu duruma karşı genel itibariyle kabul edilebilecek iki

¹²⁵³ Schumacher/König, N. 746; Rey, Mitwirkung, N. 1469; Gökyayla, s. 310.

¹²⁵⁴ Tazminat talebini kabul eden yazarlar da kendi içerisinde ayrılmaktadır. Bir görüş, borçlunun ancak olumsuz zararını talep edebileceğini ileri sürmektedir. Bu görüş için bkz. Schwenger, OR AT, N. 70.18; Weber, BK OR, Art. 95 N. 17; Stauber, N. 616; Bernet, BSK OR, Art. 95 N. 3; Von Tuhr/Escher, s. 84; Schraner, ZK OR, Art. 95 N. 18; Feyzioğlu, s. 134; Antalya, N. 966; Eren, Genel, N. 3222; Ergezen, s. 148; Üçer, s. 230-231; KOÇ, s. 273; Ünal, s. 450; Akıncı, Temerrüt, s. 113; Arpacı, s. 232; Sert Canpolat, s. 494 (Tüm zararların talep edilebileceği belirtilmiştir.). Olumlu zararın istenebileceği yönünde bkz. Bucher, OR AT, s. 326; Keller/Schöbi, s. 294. Borçlunun olumlu veya olumsuz zarardan istediğini seçebileceği hususunda bkz. Koller, OR AT, N. 56.95; Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, N. 2463, 2465. Yargıtay da eski tarihli bir genel kurul kararında menfi zararın talep edilebileceğini kabul etmiştir. Bkz. HGK, T. 12.2.1986, E. 1986/15-42, K. 1986/134 (KBİBB).

¹²⁵⁵ Stauber, N. 875 (Yazar, kusur şartının arandığı ve alacaklının temerrüdü sebebiyle meydana gelen malvarlığı eksilmelerine yönelik –davranışın gerçekleştirilmesine dayanan (olumlu) zararları istisna tutmak üzere- bağımsız tazminat hakkı tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Bkz. a.g.e, N. 881 vd.).

¹²⁵⁶ Ayrıca, TBK m. 110 kapsamında sözleşmenin feshedildiği halde yüklenicinin sahip olacağı tazminat talebi ile baskın görüşün kabul ettiği şekilde TBK m. 485'in kıyasen uygulandığı durumda, tazminatın TBK m. 485'ten doğan taleplerle ilişkisine dair de herhangi bir açıklama yapılmamaktadır.

Yargıtay ise, aracını teslim almayan işsahibi bakımından yüklenicinin, tevdi veya satma hakkına ya da sözleşmenin sona ermesine de değinmeksizin, haksız fiil kapsamında maddi zararların karşılanması gerektiğini belirtmiştir. 15. HD, T. 2.11.2004, E. 2004/2290, K. 2004/5557 (KBİBB): "*Uyuşmazlık konusu işgal yada otopark bedeli olarak nitelendirilen tazminat davasına gelince; davacı yüklenici, en son Beyoğlu 7.Noterliği aracılığıyla davalıya gönderip 16.8.2002 tarihinde tebliğ olunan 14.8.2002 günlü ve 29121 yevmiye sayılı ihtarnamesiyle aracın onarımının yapıldığını bildirmiş ve on gün içinde 761.991.810 TL onarım bedelinin*

yöntem bulunmaktadır. Bunlardan ilki, alacaklı temerrüdüne neden olan davranışların kural olarak yükümlülük niteliğinde olduğu kabul edilerek, TBK m. 112 ve m. 117 vd. hükümlerinin de borçluya tanınmasıdır¹²⁵⁷. Bu çalışmada da benimsenen ikinci yönetime göre ise, alacaklı temerrüdüne yol açan davranışlar kural olarak külfet niteliğinde olduğundan, borçlu, sözleşmeyi ister feshetsin ister feshetmesin kural olarak tazminat talebi yoktur¹²⁵⁸. Bu sebeple, TBK m. 110'da yer alan ilgili atıf da borçlunun yalnız borcundan kurtulması amacıyla dönme hakkının kullanımındaki usul için yapılmıştır. Ayrıca, İsviçre kanun koyucusunun da alacaklı temerrüdünde tazminatı bir sonuç olarak görmediği de genel itibarıyla kabul edilmektedir¹²⁵⁹.

Yüklenicinin tazminat talebine sahip olabileceği durum ise, işsahibinin alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlarının yükümlülük niteliğinde olduğu hallerdir. Tarafların tabii olarak temerrüde neden olan davranışları açıkça veya zımnen yükümlülük olarak kararlaştırmaları mümkündür¹²⁶⁰. Buna karşılık, kanaatimizce, uzun süreli ve karmaşık nitelikteki eser sözleşmeleri için ileri sürüldüğü gibi davranışların kural olarak yükümlülük niteliğine ilişkin görüşler kabul edilmemelidir¹²⁶¹. Yüklenicinin eserin tamamlanmasına

ödenmesini ve aracın teslim alınmasını istemiştir. Alacaklının temerrüdü genellikle "kabulden kaçınma" şeklinde gerçekleşmektedir (B.K. md. 90). Eser sözleşmesi, karşılıklı haklar ve borçlar içeren iki taraflı sözleşmelerdendir. 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 isteyebilir. Ayrıca Borçlar Kanunu'nun 98/1. maddesi gereğince borçlu genel olarak her kusurundan sorumludur.

Somut olayda, davalı iş sahibi aracını teslim almada alacaklı temerrüdüne; iş bedelinin ödenmesinde de borçlu temerrüdüne, 27.8.2002 tarihinden itibaren davacı tarafından düşürülmüş bulunmaktadır. O halde, davacı yüklenici, alacaklı temerrüdü sonucu 27.8.2002 tarihi ile dava tarihi olan 1.11.2002 tarihi arasındaki süre içinde aracın davalı tarafından teslim alınmaması sebebiyle gerçekleşen maddi zararının giderilmesini davalıdan isteyebilecektir. Borçlar Yasası'nın 98/2. maddesi hükmü gereğince aynı Yasanın haksız eylemlerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümleri, kıyasen akde aykırı hareketlere de uygulanır. Davalının aracının davacının işyerini haksız olarak işgali sonucu iş kaybı gerçekleşmiş ise buna bağlı olarak gelir kaybı ve dolayısıyla maddi zararının olacağı kuşkusuzdur. Örneğin; davalı aracının işgal ettiği servisteki alana araç konulamaması sebebiyle müşterilere servis vermede gecikme olabiliyorsa, iş kaybının gerçekleşmesi de kaçınılmaz olacaktır. Davalı temerrüde düşürüldüğü tarihten itibaren aracının işgal ettiği servis alanını kötüniyetli zilyet olarak da işgalinde bulundurduğundan burasını haksız alıkoymuş olması yüzünden hak sahibi davacıya vermiş olduğu zararları ödemek zorundadır (TMK. md. 995). Saptanan ve hukuksal durum bu olunca da; Borçlar Yasası'nın 42. maddesi hükmü de gözetilerek, yerinde keşif ve bilirkişi incelemesi yapılmak suretiyle yukarıda belirtilen temerrüt tarihi ile dava tarihi arasındaki süre için davacının maddi zararı belirlenerek hükmedilmesi gerekirken, buna ilişkin istemin reddi doğru olmamış ve hükmün açıklanan bu sebeplerle de bozulması gerekmiştir. "

¹²⁵⁷ Zeltner, N. 260; Ardiç, s. 278.

¹²⁵⁸ Alacaklı temerrüdünde tazminata yer olmadığı fikrine ilişkin bkz. **Becker**, BK OR, Art. 95 N. 1; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 95 N. 2; **Guhl/Koller**, §33 N. 16; **Biedermann**, s. 92, **Oğuzman/Öz**, I, N. 1186; **Kaniti**, s. 148; BGE 110 II 151.

¹²⁵⁹ Bkz. 1.2.5.3. **Rey**, Mitwirkung, N. 170 vd. Alacaklı temerrüdünde bağımsız tazminat talebi bulunması gerektiği fikrine rağmen, İsviçre kanun koyucusunun tazminatı alacaklı temerrüdünün bir sonucu olarak görmediği ve bu sebeple yer vermediğini ancak bu durumun o dönemdeki alacaklının, borçlu olabilmesi fikrinden kaynaklandığı hususunda bkz. **Stauber**, N. 875, 86, 92.

¹²⁶⁰ Bkz. 1.2.5.2.3.

¹²⁶¹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1344a; **Koller**, Werk, N. 173; **Peters, Frank**, Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags, NZBau 2011, s. 641 vd.

ilişkin menfaatinin bulunduğu ve bunun işsahibi tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu durumlar ile tarafların TBK m. 484 hükmünün uygulanmayacağına ilişkin yaptıkları anlaşmalar veya işsahibinin davranışlardan kaçınmasına ilişkin ceza koşulunun kararlaştırıldığı haller, yükümlülük sonucuna ulaşılabilen durumlara örnektir. Davranışların yükümlülük olarak kabul edildiği durumlarda, işsahibinin, yüklenicinin asli edim borcunun ifasına hizmet eden davranışları, ifaya yardımcı yan yükümlülükler (*leistungsbezogene Nebenpflicht*) kapsamındadır¹²⁶². Dolayısıyla, bu nitelikte davranışların ihlali halinde yüklenicinin TBK m. 112'den kaynaklanan tazminat hakkı gündeme gelir. Aynı şekilde, işsahibinin davranışları yerine getirme zorunluluğunu gösteren ifadeler de, şüphe durumunda, yan yükümlülük olarak değerlendirilmeli ve yüklenicinin aynen ifa talebine müsaade edilmemelidir. İşsahibinin yükümlülük niteliğindeki davranışta geciktiği hallerde, yüklenicinin, borçlu temerrüdüne başvurup başvuramayacağı ise, davranışların bağımsız dava edilebilirliği ve sözleşmedeki karşılıklılık (*synallagma*) kapsamında incelenmelidir¹²⁶³. Başka bir deyişle, somut olayın özelliklerine göre, yükümlülük niteliği kabul edilen davranışların, dava edilebilir ve sözleşmedeki karşılıklılığa dâhil olduğu hallerde, yüklenici, ihlal sebebiyle borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilmelidir¹²⁶⁴.

Yüklenicinin, borçlu temerrüdüne göre işsahibine başvurduğu hallerde, TBK m. 118 çerçevesinde yukarıda açıkladığımız diğer malvarlığı eksilmelerini talep etmesi mümkündür. Bu hususta, ek bedelden farklı olarak, işsahibinin teknik anlamda kusuru aranacağı gibi, talebin borç ihlaline dayanması sebebiyle yüklenicinin talep ettiği kalemlere kâr payı eklenmez. Doktrinde, tazminat ve ek bedel taleplerinin yarışabileceği de ileri sürülmektedir¹²⁶⁵. Yüklenicinin, TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurup başvuramayacağı da ayrıca tartışılmalıdır. Kanaatimizce, anılan hükümlerin uygulanabilmesi için ihlal edilen borcun karşılıklılık kapsamında yer alması gerekir. Buna göre, işsahibinin yerine getirmesi

¹²⁶² **Rey**, Mitwirkung, n. 337; **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1344 (Yazar, yan edim yükümlülüğünden bahsetmektedir. Dolayısıyla, davranışların bağımsız dava edilebilmesinin mümkün olduğunu kabul etmektedir.) ;**Ardıç**, s. 64; **Zeltner**, N. 346.

Esasen, doktrinde işbirliği yükümlülükleri, bağımsız dava edilemeyen yan yükümlülükler kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Merz, Hans**, Einleitung und die Obligation, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI, 1. Teilbd., Basel/Frankfurt a.M. 1984, s. 62, 67; **Baumann**, ZK ZGB, Art. 2 N. 291; **Müller, Christoph**, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Einleitung in das OR, N. 217; **Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno** Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilbd., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Bern 1986, Allgemeine Einleitung, N. 96.

¹²⁶³ **Buz**, Dönme, s. 115. Dava edilebilirlik bakımından bkz. **Schenker**, N. 43; **Rey**, Mitwirkung, N. 1233; **Zeltner**, N. 348. Herhangi bir ayırım yapmaksızın borçlu temerrüdü yönünde, **Gehrer**, FS Assista, s. 175 dn. 22.

¹²⁶⁴ Karşılıklılık dışındaki şartlar bakımından aynı yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 1235; **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1344.

¹²⁶⁵ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1344. İçerikleri değiştiği ölçüde birlikte talebin mümkün olduğuna ilişkin bkz. **Rey**, Mitwirkung, N. 1417 vd.

gereken davranışın sözleşmedeki karşılıklılığa dâhil olduğu durumlarda, yüklenici TBK m. 123 vd. hükümlerine başvurabilmelidir¹²⁶⁶.

İş sahibinin davranışlarının bağımsız dava edilemediği durumlarda ise, yüklenici, TBK m. 112 kapsamında davranışın yerine getirilmemesi sebebiyle uğradığı zararlarını talep edebilmelidir¹²⁶⁷. Bu haller özellikle iş sahibinin alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlarını gereği gibi yerine getirmede olduğu durumlarda söz konusu olur. Dolayısıyla, davranışın gereği gibi olmamasının ileride eserin ayıplı olması, yok olması veya imkânsızlaşmasına sebep olduğu hallerde ayrıca özel hükümlerin (TBK m. 483, 484, 485) değerlendirilmesi gerektiği gibi yüklenicinin TBK m. 112'den kaynaklı tazminat talebi de vardır. Doktrinde, yüklenicinin tazminat kapsamında, üretim kayıpları ve temerrüt sebebiyle yapmak zorunda kaldığı diğer giderlerini de talep edebileceği ancak ek bedel talebinden farklı olarak kâr payı isteyemeyeceği belirtilmektedir¹²⁶⁸. Yüklenicinin tazminat talebinin muacceliyeti hususunda ise, TBK m. 112 hükümlerine ilişkin kurallar kabul edilmelidir. Buna göre, bir görüş, zararın doğduğu anda, başka bir görüş ise, kaçınmanın gerçekleştiği anda talebin muaccel olacağını ileri sürmektedir¹²⁶⁹. Talep, muaccel olma anından itibaren TBK m. 147/6 gereği beş yıl içerisinde zamanaşımına uğramalıdır¹²⁷⁰.

Yüklenicinin işbirliği davranışlarının hukuki niteliğinden bağımsız olarak tazminat talebinde bulunabileceği haller de söz konusudur. İş sahibinin davranıştan kaçındığı veya gereği gibi yerine getirmede olduğu durumların koruma yükümlülüklerinde ihlale yol açtığı haller buna örnektir. Gerçekten de, iş sahibinin verdiği malzemenin veya meydana getirme faaliyetinde bulunulacak eserin, yüklenicinin mal veya şahıs varlığı değerlerine zarar verdiği durumlarda da yüklenicinin tazminat hakkı doğar. Burada, iş sahibinin davranışlarının hukuki niteliğinden bağımsız olarak yüklenicinin bütünlük menfaati zarara uğramaktadır ve buna dayalı olarak talep edilen kalemler de gecikme dışındaki zararlardan oluşmaktadır¹²⁷¹.

¹²⁶⁶ **Buz**, Dönme, s. 114-115.

¹²⁶⁷ **Zeltner**, N. 318; **Ardıç**, s. 281 vd.; **Weber**, BK OR, Art. 102 N. 51 (Yazar, bağımsız dava edilemeyen borçlara temerrüdün uygulanamayacağını belirtmektedir.). Doktrinde, TBK m. 112 halinde de alacaklıya (yükleniciye) TBK m. 123 vd. hükümlerinin sağlanması gerektiğini ileri sürenler için bkz. **Keller/Schöbi**, s. 284; **Bucher**, OR AT, s. 339. Sözleşmeye devamın beklenemeyeceği hallerde dönmenin kabul edilebileceğine ilişkin bkz. **Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger**, N. 2624; **Koller**, OR AT, N. 58.09 vd.

¹²⁶⁸ **Hürlimann**, s. 820; **Henninger**, BRT 2005, s. 267; **Ardıç**, s. 282. Aksi yönde, **Rey**, Mitwirkung, N.1284 vd. Ayrıca bkz. ve krş. **Ergüne**, s. 9 vd.

¹²⁶⁹ **Weber**, BK OR, Art. 97 N. 268; **Von Tuhr/Escher**, s. 104; **Wiegand**, BSK OR, Art. 97 N. 52.

¹²⁷⁰ Yüklenicinin sahip olduğu tazminat iş sahibinin davranışının yerine geçmediğinden kural olarak davranışın ihlal edilmesiyle birlikte başlamalıdır. **Antalya**, N. 2040, 2041; **Rey**, Mitwirkung, N. 1489 (Yazar, muacceliyet bakımından zararın doğum anını esas almaktadır. Bkz. **a.g.e.**, N. 1471.).

¹²⁷¹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 1341, 1321; **Hürlimann**, s. 820; **Rey**, Mitwirkung, N. 1239 vd.

3.3. İşsahibinin Bedel Ödeme Yükümlülüğü Bakımından Sonuçları

3.3.1. Eser Sözleşmesinin İfasında Sıra

3.3.1.1. Genel Olarak

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin, işsahibinin bedel ödeme borcuna olan etkisini incelemeden önce, eser sözleşmesinin ifasında sıranın tespit edilmesi gerekir. Ancak bu belirleme ile işsahibinin bedel borcunun muacceliyeti ve ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceğine ilişkin tespitler yapılabilir. Kanun koyucu, TBK m. 479 hükmüyle, eser sözleşmesinin ifasında sırayı belirlemiştir. Bu hükme göre, işsahibinin bedel borcunun, eserin teslimi anında ödenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Eser ile bedel, mübadele ilişkisi içerisinde değerlendirilmiştir. Böylece, yüklenicinin önce eseri meydana getirmesi ve ardından eserin teslimi anında da işsahibinin bedeli ödemesi gerekir. Buna dayalı olarak, doktrinde baskın görüş, yüklenicinin meydana getirme borcu bakımından önce ifa¹²⁷² ile yükümlü olduğunu, teslim ve bedel borçları bakımından ise, aynı anda ifa kuralının uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁷³. Kanaatimizce, TBK m. 479'da yer alan düzenlemeye de uygun olarak, bu görüş benimsenmelidir. Böylece, yüklenicinin en azından eserin teslimini teklif etmesiyle birlikte işsahibinin bedel borcunun muaccel olacağı kabul edilmelidir¹²⁷⁴. Teslimin fiziki olarak gerçekleşmediği durumlarda ise, yüklenicinin sözleşmeye uygun eseri tamamlaması ve durumu işsahibine bildirmesi ile bedelin muacceliyetinin kabul edilmesi gerekir¹²⁷⁵. Zira eser gereği gibi olmasına rağmen, ifa olarak kabulden kaçınarak alacaklı temerrüdüne düşen işsahibi bakımından da bedel muaccel olur¹²⁷⁶.

Türk hukuk doktrininde ileri sürülen ve Yargıtay tarafından benimsenen bir başka görüş ise, yüklenicinin meydana getirme ve teslim bakımından önce ifa ile yükümlü olduğunu, bedel borcunun ise, daha sonra ödenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁷⁷.

¹²⁷² Doktrinde, önce ifa yükümlülüğü, daimi ve geçici önce ifa yükümlülüğü şeklinde tasnif edilmektedir. Daimi önce ifa yükümlülüğünde (*beständige Vorleistungspflicht*), önce ifa alacaklısının karşı edim borcunun muacceliyeti, önce ifa yükümlüsünün borcunu yerine getirmesine bağlıdır. Buna karşılık, geçici önce ifa yükümlülüğünde (*unbeständige Vorleistungspflicht*) ise, önce ifa alacaklısının karşı edim borcunun muacceliyeti önce ifa borcunun yerine getirilmesine değil, belirlenen vadenin gelmesine bağlıdır. Bu kapsamda, eser sözleşmesinde TBK m. 479'a göre, işsahibinin bedel borcu, eserin meydana getirilmesi ve teslim için sunulmasına bağlı olduğundan, yüklenicinin kural olarak daimi önce ifa yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmelidir. Bkz. **Pekmez**, s. 173 vd.; **Weber**, BK OR, Art. 82 N. 147, 148.

¹²⁷³ **Gauch**, Werk, N. 1153; **Schraner**, ZK OR, Art. 82 N. 108; **Koller**, Werk, N. 199; **Weber**, BK OR, Art. 82 N. 142; **Stöckli**, Synallagma, N. 226; **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 9; **Pekmez**, s. 267; **Zevkiler/Gökyayla**, s. 586; **Tandoğan**, II, s. 302; **Baygın**, s. 190.

¹²⁷⁴ **Gauch**, Werk, N. 1153; **Öz**, İnşaat, s. 80; **Koller**, Werk, N. 199. Satış sözleşmesi bakımından aynı yönde, BGE 129 III 541, E. 3.2.1.

¹²⁷⁵ Aksi yönde, **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 11.

¹²⁷⁶ **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 372 N. 2; **Von Tuhr/Escher**, s. 49 dn. 47. Ayıpsız eser bakımından bkz. **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 242.

¹²⁷⁷ **Eren**, Özel, N. 2316; **Gönen**, s. 236-237; **Gümüş**, II, s. 83. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi bakımından **Ermann**, Arsa Payı, s. 54 Özellikle dn. 71'de belirtilen kararlar.

Kanaatimizce, bu fikir TBK m. 479'da benimsenen bedel ve eser tesliminin aynı anda ifa edilmesi şartına aykırılık teşkil etmektedir¹²⁷⁸. Zira TBK m. 479'a göre bedeli sunmayan iş sahibine karşı, yüklenicinin de eseri teslim etmekten kaçınma hakkı kabul edilmelidir. Oysa teslimin gerçekleşmesinden sonra bedelin muacceliyetinin kabulü, aynı anda ifa durumunu ortadan kaldırır. Dolayısıyla, kural olarak, yüklenicinin, eserin teslimini teklif etmesiyle birlikte artık iş sahibinin de yükleniciye bedeli teklif etmesi gerekir.

3.3.1.2. İş sahibinin Alacaklı Temerrüdünün İfa Sırasına Etkisi

Alacaklı temerrüdünün TBK'da düzenlenmeyen ancak doktrinde kabul edilen sonuçlarından biri de, önce ifa yükümlülüğünü sona ermesidir. Gerçekten de, bir kısım yazarlar¹²⁷⁹, alacaklının, temerrüde düşmesiyle birlikte borçlunun önce ifa yükümlülüğünün sona ereceğini ileri sürerken, diğer bazı yazarlar, yalnız temerrüdün yeterli olmadığını ve borçlunun tevdi veya satış yoluna başvurarak önce ifayı yerine getirmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁸⁰. İş sahibinin alacaklı temerrüdünün önce ifa yükümlülüğüne etkisi, hazırlık fiilleri ve kabul temerrüdü ayırımına göre incelenmelidir.

3.3.1.2.1. Hazırlık Fiillerinde Temerrütte

Alacaklı temerrüdü ile önce ifa yükümlülüğünün sona ereceğini kabul eden yazarlar, alacaklı temerrüdünün türüne göre ayırım yapmamaktadır. Buna göre, yüklenicinin eseri meydana getirebilmesi için iş sahibinin gerekli davranıştan kaçındığı durumlarda, yüklenicinin meydana getirmeye ilişkin önce ifa borcu sona erer. Başka bir deyişle, iş sahibinin bedel borcu muaccel olur. Oysa yüklenicinin henüz meydana getirdiği bir eser söz konusu olmadığından iş sahibinin bedel borcunu aynı anda yerine getirmesi kabul edilmemelidir. Böyle bir durumda, alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibi, ödemezlik def'i imkânına da sahip olmazsa eser teslim edilmemesine hatta ortada bir eser olmamasına rağmen bedelin tamamını ödemek zorunda kalır ki bu durum iş sahibinin önce ifa ile yükümlü olması anlamına gelir. Kanaatimizce,

15. HD T. 23.10.2014, E. 2014/594, K. 2014/6018: “Öyleyse davacı yüklenicinin bedele hak kazanabilmesi için eseri iş sahibine süresi içerisinde iş sahibinin iş yerinde teslim ettiğini kanıtlamakla yükümlüdür”; 15. HD T. 22.04.2008, E. 2007/7527, K. 2008/2668: “yüklenici davalı kalan iş bedelini, yapımını yüklediği mobilyaların davacıya tesliminden sonra isteyebilir.”; 15. HD T. 14.9.2017, E. 2017/1302, K. 2017/2995 (www.lexpera.com).

¹²⁷⁸ Aynı yönde, **Pekmez**, s. 269 dn. 77.

¹²⁷⁹ Belirtilen yazarların bir kısmı önce ifa yükümlülüğüne ilişkin bir açıklama yapmamakla birlikte, alacaklı temerrüdü bakımından ayırım yapmaksızın mütemerrit alacaklının ödemezlik def'i ileri süremeyeceğini kabul etmektedir. **Schraner**, ZK OR, Art. 82 N. 122; **Von Büren**, OR AT, s. 420; **Staubert**, N. 746; **Von Tuhr/Escher**, s. 76; **Keller/Schöbi**, s. 297; **Mercier**, CHK OR, Art. 92 N. 8; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 22 (Yazar, alacaklı temerrüdünün ödemezlik def'i ileri sürülebilmesi için özel bir sebep olarak aranmaması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, Art. 82 N. 191.); **Pekmez**, s. 191-192 (Yazar, daimi önce ifa yükümlülüğü bakımından kabul etmektedir.).

¹²⁸⁰ **Koller**, OR AT, N. 56.124; **Koç**, s. 79; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 95 N. 2; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1161; **Bucher**, OR AT, s. 324; **Bernet**, BSK OR, Art. 92 N. 8; **Kaniti**, s. 147.

doktrinde ayırım yapılmaksızın ilgili sonucun kabulü, satış sözleşmesinin esas alınmasından kaynaklanmaktadır. Zira satış sözleşmesinde, alıcının davranışı yerine getirmesiyle satıcı borcunu ifa edebilir. Oysa eser sözleşmesinde iş sahibi hazırlık fiilinde bulunsa dahi yüklenici meydana getirme sürecinin ortasında ve hatta henüz başında olabilir ve uygun bir eser tesliminde bulunup bulunmayacağı belirsizdir.

Meselenin çözümüne ilişkin, önce ifa yükümlülüğünü (meydana getirme borcu) karşı edim borcu (bedel ödeme borcu) bakımından geciktirici koşul olarak değerlendiren bir görüşe göre, hazırlık fiillerinde temerrüt durumunda geciktirici koşulun önkoşulunun bulunduğunu ve TBK m. 175'in uygulanamayacağını belirtmektedir¹²⁸¹. Bu görüşe göre, borçlu, ancak sözleşmeyi feshedebilir¹²⁸². Baskın görüşe karşı çıkan ve alacaklı temerrüdünün, önce ifa yükümlülüğünde herhangi bir değişiklik ortaya çıkarmayacağını ileri süren bir görüşe göre ise, temerrüde düşen iş sahibi, aynı zamanda bedel ödeme borcunu da yerine getirmekten kaçındığından öncelenmiş borca aykırılık (borca aykırılığın önceden belli olması) kabul edilmelidir¹²⁸³. Ancak, bu durum alacaklının kesin bir şekilde edimi yerine getirmeyeceğinin tespit edildiği hallerde geçerlidir.

Konu, Alman hukukunda, BGB §322/2'de önce ifayla yükümlü olan tarafın, karşı tarafı alacaklı temerrüdüne düşürmesi durumunda, kendi borcunun ifasından sonra karşı edimin ifasına ilişkin karar alabileceği şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla, alacaklı temerrüdü, önce ifa borçlusunun borcunu sona erdirmemektedir. Ancak, anılan paragrafın üçüncü fıkrasında BGB §274/2'ye atıf yapılarak, kararın icrası aşamasında önce ifa borçlusunun kendi edimini ifa etmeksizin karşı edimi talep edebileceğine yer verilmiştir¹²⁸⁴. Böylece, yüklenici borcunu yerine getirmeden, iş sahibinden bedeli talep edebilecektir ki bu durum iş sahibinin davranışı yerine getirmesine yönelik önemli bir baskı aracı oluşturur. İş sahibi istediğinde davranışı yerine getirerek temerrüdü sonlandırabileceğinden meydana getirilmemiş eserin bedelini ödemek istemeyen iş sahibi davranışı yerine getirmek durumunda kalır. Buna karşılık, Alman doktrinde eski bir görüş, BGB §322 kapsamında yüklenicinin ancak eserin meydana getirilmesinden sonra karşı edim talebinde bulunabileceğini

¹²⁸¹ **Stauber**, N. 750.

¹²⁸² **Stauber**, N. 753 (Yazar, istisnai olarak alacaklıya karşı davranışın yerine getirilmesine ilişkin dava açılabilirliğini ileri sürmektedir.).

¹²⁸³ **Koller**, OR AT, N. 56.124; kısmen aynı yönde **Stauber**, N. 754. Alman hukukunda alacaklı temerrüdünün önce ifa yükümlülüğüne etkisi olmadığı yönünde, **Gernhuber, Joachim**, Das Schuldverhältnis, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 8, Tübingen 1989, s. 362.

Öncelenmiş borca aykırılık durumunda uygulanacak hükümlere ilişkin olarak bkz. **Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah**, Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı, BÜHFD, C. 13, S. 169, Eylül 2018, s. 203-256; **Kabaklıoğlu Arslanyürek, Yasemin**, Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması, BÜHFD, C. 14, Sayı: 175, Mart 2019, s. 887-916; **Bucher**, OR AT, s. 319 dn. 5.

¹²⁸⁴ **Huber**, s. 372 vd.; **Hartmann**, s. 28.

belirtmektedir¹²⁸⁵. Başka bir görüş ise, eser sözleşmesinde yer alan özel düzenlemeler sebebiyle BGB §322'nin uygulanamayacağını ileri sürmektedir¹²⁸⁶.

Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundaki sonucun uygulanması gerektiği ve böylece alacaklı temerrüdü ile önce ifa yükümlülüğünün kararın icrası aşamasında ortadan kalktığı kabul edilebileceği doktrinde ileri sürülmektedir¹²⁸⁷. Buna karşılık, başka bir görüş ise, borçlunun TBK m. 110'a dayalı olarak sözleşmeyi feshedebileceğini ileri sürmektedir¹²⁸⁸. Kanaatimizce, hazırlık fiillerine dayalı temerrütte önce ifa yükümlülüğünün ortadan kalktığı kabul edilmemelidir. Alacaklı temerrüdünün ifa sırasında değişikliğe yol açmasının sebebi, alacaklının iradi olarak edim değişimini engellemesinin önüne geçmektedir. Alacaklı, temerrüde düştüğü takdirde sanki borçlu borcunu ifa etmiş gibi karşı edimin muaccel olması sağlanır (krş. TBK m. 483/I, 208/II). Ancak, eser sözleşmesinde, iş sahibinin hazırlık fiilinde temerrüde düştüğü durumda, tamamlanmış ve teslim edilebilir bir eserden söz etmek mümkün olmaz. İş sahibinin planları teslim etmemesi ve hatta kusuru olmaksızın edememesi durumunda, yüklenicinin, sözleşmede kararlaştırılan bedeli iş sahibinden talep edebilmesinin önünün açılması kural olarak külfet niteliğinde olan ve tazminatın dahi bizzat kanun koyucu tarafından açıkça benimsenmediği bir hukuki müessese bakımından orantısız bir sonuç oluşturur¹²⁸⁹. Dolayısıyla, böyle bir durumda, borçlunun, TBK m. 110 kapsamında sözleşmeyi fesih imkânı kabul edilmelidir¹²⁹⁰. Şartları oluşmuşsa öncelenmiş borca aykırılık da bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunlara ek olarak, eser sözleşmesi özelinde, TBK m. 484'ün de göz önüne alınması gerekir. Zira iş sahibinin kesin ve sürekli bir şekilde davranıştan kaçınması, anılan hüküm kapsamında iş sahibinin sözleşmeyi fesih anlamına geleceğinden, yüklenicinin, yaptığı işin yanı sıra meydana getirmediği kısma ilişkin kârını talep etmesi mümkün hale gelir. İş sahibinin davranıştan kaçınmasının aynı zamanda dürüstlük kuralına

¹²⁸⁵ Hüffer, s. 216; Kast, s. 83.

¹²⁸⁶ Strunk, s. 212 vd. (Yazar, savunduğu görüşün eser sözleşmesinde hazırlık fiillerinde söz konusu olmayacağını bu sebeple BGB §642 ve §643'ün düzenlendiğini belirtmektedir. Yazar, aynı zamanda, §642'den kaynaklanan talebi, BGB §615'in -TBK m. 408'e benzer nitelikte- farklılaştırılmışı olarak nitelendirmektedir. Bkz. a.g.e, s. 230, 233 vd.).

¹²⁸⁷ Pekmez, s. 192 dn. 267. İsviçre hukukunda aynı yönde, Koller, OR AT, N. 56.125.

¹²⁸⁸ Kaniti, s. 148 (Yazar, TBK m. 175 kapsamında, kendi borcunun muacceliyetini engellemek için borçlunun ediminden kaçınan alacaklı hakkında artık şartın gerçekleştiği kabul edilerek, alacaklıya kendi borcunun muaccel olmadığı savunmasının tanınmayacağını belirtmektedir.) TBK m. 175'e gerek bulunmadığı hususunda, Pekmez, s. 192 dn. 267.

¹²⁸⁹ Bu noktada, alacaklı temerrüdünün her iki türünde de hasar geçişi kabul edilirken, karşı edim borcunun yerine getirilmesinin çelişki oluşturduğu fikri ileri sürülebilir. Ancak, hasarın iş sahibine geçmesi ve eserin yok olması ya da imkânsız hale gelmesi durumlarında kanun koyucu, iş sahibini eserin meydana getirildiği kısımdan (TBK m. 483/II, m. 485/I) sorumlu tutarak geri kalan kısmın meydana getirilip getirilemeyeceği rizikosunu da sadece alacaklı temerrüdüne düşmesi sebebiyle iş sahibine yüklememiştir. Dolayısıyla, sözleşmede kararlaştırılan tüm bedelin istenebilmesi sonucu dolaylı olarak TBK'daki diğer düzenlemelere de uygun görünmemektedir.

¹²⁹⁰ Örneğin, iş sahibinin gerekli davranışı yerine getirmemesi sebebiyle yüklenici meydana getirme faaliyetlerine başlayamamışsa, TBK m. 110 ve kıyasen TBK m. 485 kapsamında "bu değere girmeyen gider" (§7, II, C, 3, c, bb) ve ek gider veya ek bedel talebi (§8, II, B ve C) de ileri sürülebilir.

aykırılık oluşturduğu haller de, kanaatimizce TBK m. 484 kapsamında değerlendirilmeli ve yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünün sona erdiği sonucuna gerek bulunmaksızın hükümde belirtilen taleplerin muaccelliyetine sebep olmalıdır.

3.3.1.2.2. Kabul Temerrüdünde

İşsahibinin eseri kabulden kaçınarak temerrüde düştüğü hallerde de önce ifa yükümlülüğünün ortadan kalktığı sonucu, teslimde benimsediğimiz fikir sebebiyle kabul edilemez. Gerçekten de, yüklenicinin önce ifa yükümlülüğü eserin meydana getirilmesine ilişkin olup yüklenicinin teslim borcu bakımından önce ifa yükümlülüğü yoktur. Başka bir deyişle, teslim ve bedelin aynı anda ifası gerekir. Böyle bir durumda işsahibinin haksız şekilde gereği gibi sunulan eseri teslimden kaçınması veya eseri ifa olarak kabul etmediğini belirtmesi, alacaklı temerrüdü oluşturacağı gibi, işsahibinin birçok durumda muaccel bedel ödeme borcundan kaçınması anlamına da geleceğinden borçlu temerrüdüne yol açar¹²⁹¹. Nitekim doktrinde de, teslimden kaçınan işsahibinin bedeli ödemekten de kaçınmış olacağı belirtilmektedir¹²⁹². Eserin tesliminin teklif edilmesiyle birlikte, bedel borcu muaccel olacağından aynı anda ifa kuralı geçerli olur ve işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesinin teorik anlamda ifa sırasına ilişkin herhangi bir etkisi olmaz¹²⁹³. Ancak, aşağıda¹²⁹⁴ da

¹²⁹¹ Buna karşılık, Yargıtay, işsahibinin teslimden kaçındığı durumlarda meydana getirilen eserin sözleşmeye uygunluğunun tespit edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Oysa, işsahibinin alacaklı temerrüdü sebebiyle tevdi yoluna başvurduğu durumlarda dahi tevdi yerini tayin eden sulh hukuk mahkemesi eserin sözleşmeye uygunluğunu incelemeyiz. 15 HD T. 12.01.2015, E. 2014/5960, K. 2015/47 (www.lexpera.com): “Somut olayda, davalı iş sahibi ihtara rağmen teslim almaktan kaçındığından iş sahibi (alacaklı) temerrüdü gerçekleşmiş ise de, sipariş ve sözleşme konusu olduğu ileri sürülen ambalajlar üzerinde sözleşme ve eklerine uygun olup olmadığı, bedele hak kazanılıp kazanılmadığı hususlarında teknik yönden inceleme yaptırılmadığı gibi bu konuda davadan önce yaptırılmış delil tespiti de bulunmamaktadır. Bu konuda mahkemece davacının üretilip de davalının teslim almaktan kaçındığı ambalajların bulunduğu yer davacıdan sorulup tespit edildikten sonra, konusunda uzman teknik bilirkişi marifetiyle mahallinde keşif ve bilirkişi incelemesi yaptırılarak ambalajların sözleşme ve eklerine uygun olup olmadıkları ve hakedilen bedel konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp sonucuna uygun ve bedeline hak kazanıldığı tespit edilecek ambalajların davalıya teslimi suretiyle bir karar verilmesi, ihtarname masrafı yargılama giderlerinden olduğundan davacının yargılama giderlerine dahil edilip, haklılık oranında paylaştırılması ve bu halde alacağın varlığı, istenebilir olup olmadığı ile miktarı yargılamada alınan bilirkişi raporuyla saptanmış olacağından icra inkâr tazminatına hükmedilmemesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır.” Buna karşılık, Yargıtay eski tarihli bir kararında ise, tevdi ile bedelin muaccel olacağına hükmetmiştir. 15. HD, T. 7.7.1975, E. 1975/1109, K. 1975/3440 (KBİBB): “Zira B.K.nun 364. maddesinde işin parası teslim zamanında ödeneceği öngörülmüştür. Ne var ki, davalı borcunu yerine getirmekten kaçındığı için proje ve hesaplar B.K.nun 91. maddesi hükmü doğrultusunda notere tevdi edilmiş arta kalan borç ödenerek proje ve hesapların alınması 27.11.1967 tebliğ tarihli ihtarname ile davalıya duyurulmuştur. Hal böyle olunca davacı dava konusu edilen bakiye alacağını davalıdan istemede haklıdır. Bundan işin eksik yapıldığı ve başkasına ikmal ettirildiği yolundaki davalı savunmasının kabulü ile indirim yoluna gidilmesi usul ve yasaya aykırıdır.”

¹²⁹² Guhl/Koller, §33 N. 16.

¹²⁹³ Stauber, N. 755 (Yazar, burada satış sözleşmesi bakımından benzer görüşü benimsemiş olmakla birlikte, hem satış hem de eser sözleşmesinde alacaklının (işsahibi-alıcı) karşı edim borcunun, edim borcuyla aynı anda ifası gerektiğinden aralarında bir fark yoktur.). Ödemezlik def'i bakımından aynı yönde, Oğuzman/Öz, I, N. 1160. Ayıplı ve eksik eser teslim teklifi için bkz. 3.3.2.4.

¹²⁹⁴ Bkz. 3.3.3.2.

görülebileceği üzere, işsahibinin ödemezlik def'i ileri sürmesi de mümkün olmayacağından yüklenici, bedelin ödenmesini dava ve talep edebilir.

İşsahibinin hâkimiyet alanında yer alan ve gereği gibi meydana getirilmiş eserler bakımından ise, kanaatimizce, yüklenicinin eserin tamamlandığına ilişkin bildirimi ile bedel borcunun muacceliyeti kabul edilmelidir. İşsahibinin ifa olarak kabulden kaçınmasının ise, ifa sırasına herhangi bir etkisi söz konusu değildir.

3.3.2. İşsahibinin Bedel Borcunun Muacceliyeti

3.3.2.1. Genel Kural (TBK m. 479/I)

Kanun koyucu, TBK m. 479/I düzenlemesiyle, işsahibinin bedel borcunun muacceliyetini, eserin teslimi anına bağlamıştır. Dolayısıyla, bedelin muacceliyeti için yüklenicinin en azından eserin teslimini teklif etmiş olması gerekir¹²⁹⁵. Nitekim kanun koyucunun “teslimi anında (*bei der Ablieferung, moment de la livraison*)” ifadesi de bu görüşü doğrular niteliktedir. Eserin teslimi yukarıda¹²⁹⁶ detaylı olarak incelendiğinden burada detaylarına girilmeyecek olmakla birlikte, aynı anda ifanın gerçekleşebilmesi için yüklenicinin gereği gibi meydana getirdiği eseri işsahibine sunması gerekir. Başka bir deyişle, yüklenicinin fiilen teslim gerektiren eseri işsahibine teklif etmesiyle her iki borcun karşılıklı ve aynı anda ifası gerekir¹²⁹⁷. Böylece, kendisine bedeli sunmayan işsahibine karşı yüklenici de teklif ettiği eserin tesliminden kaçınabilir. Yüklenicinin, kural olarak eserin teslimi anına kadar işsahibinden herhangi bir bedel talep edebilmesi mümkün değildir. Teslimin fiziki olarak gerçekleşmediği (işsahibinin hâkimiyetinde olan veya maddi varlığı olmayan eserlerde olduğu gibi) durumlarda ise, yüklenicinin sözleşmeye uygun eseri tamamlaması ve durumu işsahibine bildirmesi ile bedelin muacceliyeti kabul edilmelidir¹²⁹⁸. Tarafların anahtar teslimi

¹²⁹⁵ **Koller**, Werk, N. 199; **Gauch**, Werk, N. 1153. Türk hukukunda ise, eserin teslimiyle birlikte bedelin muaccel olacağı ileri sürülmektedir ki, bu ifade eserin teslim edilmesiyle muacceliyet ortaya çıkacağını çağrıştırmaktadır. Bkz. **Tandoğan**, II, s. 302; **Kürşat**, İnşaat, s. 137. Buna karşılık Öz, yüklenicinin “usulüne göre teslim öneren yüklenici” ifadesine yer vermektedir. Bkz. **Öz**, İnşaat, s. 80.

Satış sözleşmesi bakımından da TBK m. 234'te “alıcının zilyetliğine girince (*mit dem Übergange des Kaufgegenstandes in den Besitz des Käufers*)” bedelin muaccel olacağı hükmüne yer verilse de, hükmün lafzi yoruma tabi tutulmaması gerektiği belirtilmektedir (**Koller**, BSK OR, Art. 213 N. 1). Nitekim doktrinde de belirtildiği üzere, satış sözleşmesi, aynı anda ifa kuralının en önemli örneklerindendir. **Eren**, Özel, N. 83, 490; **Gümüş**, **Mustafa Alper**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I, İstanbul 2012, s. 19; **Kren-Kostkiewicz**, OFK OR, Art. 213 N. 1; **Hrubesch-Millauer**, CHK OR, Art. 213 N. 1; BGER 4A_338/2013, E. 1.2. Konuyu, satıcının teslim hazırlar tutması çerçevesinde değerlendiren görüş için bkz. **Pekmez**, s. 56.

¹²⁹⁶ Bkz. 2.2.2.2.

¹²⁹⁷ **Gauch**, Werk, N. 1153; **Koller**, Werk, N. 199. Teslim teklifinde bulunmanın teslimin yerine tutmadığına ilişkin bkz. **Baygın**, s. 192. Teslimin teklifi, teslim yerine geçmemekle birlikte, kanaatimizce bedelin muacceliyetini sağlayacağı gibi işsahibinin ödemezlik def'ini ileri sürmesini de engeller.

¹²⁹⁸ Aksi yönde, **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 11. Nitekim inşaat sözleşmeleri bakımından doktrindeki ve uygulamadaki hâkim görüş, eserin tamamlanıp teslim edilmesiyle bedelin muaccel olacağını kabul etmektedir. Bkz. **Kocağa**, İnşaat, s. 216; **Baygın**, s. 193; **Tandoğan**, II, s. 310; **Kaplan**, Ücret, s. 126; **Kürşat**, İnşaat, s. 137.

veya iskânın alınması gibi teslimin gerçekleşmesini başkaca şartlara bağladıkları hallerde ise, ancak bu şartın gerçekleşmesiyle teslim yerine getirilmiş sayılacağından bedelin muacceliyeti ve dolayısıyla aynı anda ifa da şartın teklifiyle birlikte ortaya çıkar¹²⁹⁹. Ancak, uygulamada genellikle durum bunun aksine olup taraflar, iş sahibinin meydana getirme sürecinde de bedel ödemesini kararlaştırmaktadır.

Eser sözleşmesinde bedelin TBK m. 479/I'de belirtilen kurala göre muaccel olacağı hallerde, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün herhangi bir etkisinin olup olmayacağı ise, hazırlık fiilleri ve kabul temerrüdü bakımından ayrı ayrı incelenmelidir. Yukarıda da açıklandığı üzere, hazırlık fiilinden kaçınan iş sahibine, yüklenicinin, teslimini teklif edebileceği bir eser olmadığından bedelin muaccel olduğunun kabul edilmesi kural olarak mümkün değildir¹³⁰⁰. Kabul temerrüdünde ise, bedel borcunun muacceliyeti, kabul ettiğimiz görüşe göre, teslimin teklif edilmesine dayandığından, alacaklı temerrüdünün muacceliyete herhangi bir etkisi yoktur¹³⁰¹. İş sahibinin, teslim zamanı gelmeden eseri teslim almayacağını açık veya zımni iradesinden anlaşıldığı durumlarda ise, bedelin muacceliyeti için kural olarak ifa teklifi gerekir¹³⁰². Yüklenicinin böyle bir teklifte bulunmasının iş sahibinin kaçınması sebebiyle mümkün olamadığı durumlarda, TBK m. 110 kapsamında sözleşmenin feshi veya şartları sağlanmışsa TBK m. 484 ya da öncelenmiş borca aykırılık kapsamında değerlendirme yapılmalıdır.

3.3.2.2. Kısmi İfa (TBK m. 479/II)

Kanun koyucu, TBK m. 479/II hükmünde, bedelin muaccel olmasını kısmi ifa halleri bakımından düzenlemiştir. Hükme göre, eserin parçalar halinde teslim edileceğinin ve bedelin de parçalara göre belirlendiği durumlarda, artık her bir kısmın teslimi anında bedel muaccel olur. Hüküm, yüklenicinin meydana getirme borcu bakımından önce ifa yükümlülüğünü kaldırmamış olmakla birlikte, eserin tamamının tesliminden önce bedeli talep hakkı

¹²⁹⁹ Baygın, s. 192; Tandoğan, II, s. 303; Gauch, Werk, N. 1155.

¹³⁰⁰ Bkz. 3.3.1.2.1.

¹³⁰¹ Yargıtay, alacaklı temerrüdü ile bedelin muaccel olacağını kabul etmiştir. 15. HD, T. 13.01.2020, E. 2019/2482, K. 2020/22 (karararama.yargitay.gov.tr): “Davalı iş sahibinin tamamlanmış olan eseri teslim almaktan haklı bir neden olmaksızın kaçınması halinde de alacaklı temerrüdüne düşeceğinden yüklenici imalatın gerçekleştirdiği kısmının bedelini talep etmeye hak kazanacaktır.” Yargıtay’ın alacaklı temerrüdünün yanı sıra eserin sözleşmeye uygunluğunun da tespit edilmesiyle bedele hükmedilebileceğine ilişkin kararları da mevcuttur. 15. HD, T. 25.02.2014, E. 2014/5828, K. 2015/2480 (karararama.yargitay.gov.tr): “Davalının cevabi yazısına göre ürünleri teslim almakta temerrüde düştüğü ve 818 sayılı mülga BK’nın 90. maddesi uyarınca alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Bu durumda ürünlerin sözleşmeye uygun olup olmadığının tesbiti gerektiğinden bilirkişi incelemesi de yaptırılarak ürünlerin davalıya teslimine, bedelin davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken teslimin kanıtlanamadığı gerekçesiyle istemin tümüyle reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuştur...” Aynı yönde, 15 HD T. 12.01.2015, E. 2014/5960, K. 2015/47.

¹³⁰² Bkz. 1.2.6.3.2. Teklife gerek olup olmadığı ve yapılacaksa ne şekilde yapılması gerektiği tartışmalıdır. Bkz. Weber, BK OR, Art. 91 N. 137; Schraner, ZK OR, Art. 91 N. 109. Ayrıca krş. BGB §295.

düzenlendiğinden TBK m. 479/I'in istisnası niteliğindedir¹³⁰³. Yüklenicinin kısmi bedel talep edebilmesi için öncelikle, tarafların hem kısmi teslim hem de karşılığında kısmi bedel ödeneceği hususunda anlaşmış olmaları gerekmektedir¹³⁰⁴. Bunun için ise, ilk olarak eserin kısmi tesliminin mümkün olması başka bir deyişle bölünebilir nitelikte olması gerekir. Eserin bölünebilirliği, doktrinde de belirtildiği üzere fiziksel, ekonomik, amaçsal ve fonksiyonel, sübjektif ve hukuki olarak bölünebilirlikte aranmalıdır¹³⁰⁵. Buna göre, terzinin teslim edeceği takım elbisenin parça parça teslimi fiziki olarak mümkün olsa da amaçsal ve fonksiyonel bakımdan bölünebilir olmaması sebebiyle kısmi ifa mümkün değildir. Aynı şekilde, inşaat sözleşmeleri bakımından da kural olarak yüklenicinin borcunun bölünebilirliğinden bahsedilemez¹³⁰⁶. Dolayısıyla, yüklenicinin bölünemez bir eserin belirli bir kısmının meydana getirilmesi halinde, bedelin belirli bir kısmını elde edeceğine ilişkin anlaşmalar, TBK m. 479/II kapsamında değerlendirilemez. Bu tip durumlarda, işsahibi tarafından yapılan ödemeler geçici nitelikte olup eserin meydana getirilen kısımlarının uygun olduğu anlamına gelmez. Kısmi ödemeler ise, kesin nitelikte olup çekince olmadan ödenmesi, eserin teslim edilen kısımlarının sözleşmeye uygun olduğunu gösterir¹³⁰⁷. Kısmi teslim için belirtilen şartların bedel bakımından da gerçekleşmesi gerekir. İşsahibinin bedel ödeme borcu kural olarak para borcu olduğundan kısmi ifası her zaman mümkündür.

Teslim anında bedelin muaccel olması, kısmi ifa bakımından da aynen benimsendiğinden, ileri sürdüğümüz görüş çerçevesinde, kural olarak yüklenicinin kısmi eseri teklif etmesiyle birlikte işsahibinin bedel borcunun muaccel olduğu kabul edilmelidir. Bu noktada, taraflar, kısım kısım teslimi ve bedeli kararlaştırmış olmalarına rağmen, kısmi ödeme yapılacağı hususunda anlaşmış olmasalar bile yüklenicinin teslim teklifi ve işsahibinden kısmi bedeli talebiyle bedel muaccel olmalıdır. Dolayısıyla, işsahibinin, kısmi eseri teslim almaktan kaçınarak alacaklı temerrüdüne düşmesinin bedel muacceliyetine herhangi bir etkisi bulunmaz. Bu noktada, kısmi eseri teslim almaktan kaçınan işsahibine karşı yüklenicinin, eserin diğer kısımlarını meydana getirmeye devam etmek durumunda olup olmadığı da

¹³⁰³ **Gauch**, Werk, N. 1157; **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 40.

¹³⁰⁴ **Gauch**, Werk, N. 1158; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 372 N. 6. Kısmi teslim karşılığında bedelin muaccel olacağına ilişkin anlaşma olmasa da kısmi bedelin muaccel olacağı hususunda, **Tandoğan**, II, s. 305; **Kürşat**, İnşaat, s. 138; **Öz**, İnşaat, s. 80.

¹³⁰⁵ İlgili görüş ve ayrıntılı bilgi için bkz. **Demirbaş**, s. 73 vd.

¹³⁰⁶ **Weber**, BK OR, Art. 69 N. 16; **Öz**, Dönme, s. 42; **Ayan**, s. 283; **Baygın**, s. 197. Yüklenicinin, 100 villa yapmayı taahhüt ettiği bir durumda belirlenen ölçütler bakımından bölünebilirliği engelleyen bir durum yoksa tabii olarak her bir villanın teslimiyle kısmi ifanın mümkün olduğu kabul edilmelidir.

Yapı işlerinde de duvarın kısım kısım örülmesi veya beton dökmede m3 birim fiyatının belirli olması gibi cins borcu oluşturabilecek durumlarda bölünebilirliğin mümkün olduğu hususunda bkz. **Tandoğan**, II, s. 305. Bununla birlikte doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, yapının belirli aşamalara geldiğinde belirlenen birim fiyatlara göre hesaplama yapılarak bedelin muacceliyetinden ve kısmi bedelle ilgisinden bahsedilemez. **Kürşat**, İnşaat, s. 138; **Öz**, İnşaat, s. 80.

¹³⁰⁷ **Tandoğan**, II, s. 306; **Kocaağa**, İnşaat, s. 217; **Baygın**, s. 197; **Gönen**, s. 250.

belirlenmelidir. Yüklenicinin işe devamının belirlenmesinde, öncelikle kısmi teslimli eser sözleşmelerinde tarafların edimleri arasındaki karşılıklılığın (synallagma) tespit edilmesi gerekir. Bu tespit yapılırken, her ne kadar kısmi teslimli eser sözleşmeleri (*Teillieferungsvertrag*), art arda teslimli sözleşmelerden (*Sukzessivlieferungsvertrag*) farklı olsa da¹³⁰⁸, doktrinde art arda teslimli sözleşmeler bakımından kabul edilen, ifa sıra ve bölümlerine bakılmaksızın, sözleşmenin bütününe ilişkin karşılıklılığın aynı şekilde esas alınması gerekir¹³⁰⁹. Başka bir deyişle, işsahibinin, ifası teklif edilen kısmın bedelini ödemediği durumda, yüklenicinin de daha sonraki kısımların tesliminden TBK m. 97 çerçevesinde kaçınabileceği kabul edilmelidir. Ancak, bu kabul de meselenin çözümünde yeterli değildir. Zira bu çalışmanın konusu bakımından incelenmesi gereken husus, işsahibinin kısmi eseri teslim almaması halidir. Bu durum, işsahibinin bedeli ödeyip ödemediğine göre incelenmelidir.

İşsahibinin yalnız eseri teslim almaktan değil bedeli ödemekten de kaçındığı durumlarda, edimin bütünlüğü çerçevesinde yüklenicinin kaçınma hakkı kabul edilmelidir. Bu hususta, yüklenici, meydana getirme bakımından önce ifa ile yükümlü olsa dahi, yalnız teslimden değil meydana getirme borcunun devamından da kaçınabilmelidir. İşsahibinin bedeli ödediği ancak kısmi eseri teslim almadığı durumlarda ise, artık karşı edim borcu yerine getirilmiş olduğundan yüklenicinin kural olarak, bir sonraki kısımla ilgili kaçınma hakkından bahsedilemez. Böyle bir durumda, yüklenici, meydana getirdiği kısmi eser için tevdi veya satış yoluna başvurarak geri kalan kısmın meydana getirilmesine devam etmelidir. Bununla birlikte, yükleniciye tanınmış olan tevdi veya satma hakkının duruma uygun düşmediği hallerde, yüklenicinin meydana getirmeye devam etmek zorunda olup olmadığı hususu kanaatimizce somut duruma göre belirlenmelidir. Özellikle, işsahibinin, ileride meydana getirilecek kısımları da teslimden kaçınacağına açıkça anlaşıldığı hallerde, artık yükleniciyi meydana getirmeye zorlamak hakkaniyete de uygun olmaz. Bu durumda, yüklenici, işsahibine sözlü ifa teklifinde bulunarak öncelenmiş alacaklı temerrüdü durumunu sağlayarak sözleşmeyi feshedebilmelidir.

Tarafların sözleşmeyi kısmi ifa ile gerçekleştirdikleri hallerde, kısmi eserlerden birinin meydana getirilmesi için işsahibinin hazırlık fiiline ihtiyaç duyulduğu ve işsahibinin bundan kaçındığı durumlarda, genel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum bulunmamaktadır. Yüklenicinin, eseri meydana getirmeye ilişkin önce ifa yükümlülüğü devam edeceğinden,

¹³⁰⁸ **Koller**, Werk, N. 8 (Yazar, işsahibinin menfaatinin tüm teslimlerin tamamlanmasıyla mı yoksa her bir teslimde ayrı ayrı mı gerçekleştiğine göre karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir.).

¹³⁰⁹ **Pekmez**, s. 355; **Kaniti**, s. 76-77; **Stöckli**, Synallagma, N. 238; **Emmerich**, MüKo BGB, §320 Rn. 6; BGE 4A_589/2016, E. 6. Aksi yöndeki görüş ve eleştirisi için bkz. **Pekmez**, s. 355 dn. 286.

yükleniciye, TBK m. 110 çerçevesinde sözleşmeyi fesih veya şartları sağlanmışsa TBK m. 484 ya da öncelenmiş borçlu temerrüdü hükümleri tanınmalıdır¹³¹⁰.

3.3.2.3. Anlaşma

İş sahibinin bedel borcunun muacceliyetinin düzenlendiği TBK m. 479 tamamlayıcı hukuk kuralı olduğundan tarafların bedele ilişkin anlaşma yapması mümkündür. Hatta uygulamada kanun koyucunun getirdiği düzenlemeden farklılaşan eser sözleşmelerine daha fazla rastlanmaktadır. Zira meydana getirme faaliyetlerinin, uzun sürdüğü veya ekonomik değerinin yüksek olduğu durumlarda, yüklenicinin, sözleşmenin ifasını gerçekleştirebilmesi için finansal desteğe ihtiyacı olur. Bu destek, iş sahibinin eserin tesliminden önce bedel borcunu kısmen veya tamamen ödemesiyle mümkündür. İş sahibinin bedeli teslimden önce ödediği durumlara ilişkin farklı ihtimaller ortaya çıkabilir. Bu kapsamda, bedelin teslimden önce tamamen (*endgültige Gesamtzahlungen*) veya kısmen (TBK m. 479/II) nihai olarak ödenmesi mümkün olduğu gibi geçici nitelikte ön ve ara ödemeler de ortaya çıkabilir¹³¹¹. Geçici nitelikteki ödemeler, yüklenicinin meydana getirdiği kısımdan bağımsız olarak ödendiği takdirde avans niteliğindeyken, meydana getirilen kısmın ve iş yerine getirilen malzemelerin bedellerinin belirli aralıklarla ödendiği durumlarda (ara) hak ediş olarak isimlendirilir¹³¹².

İster kesin ister geçici nitelikte olsun, tarafların TBK m. 479'un aksine yaptıkları anlaşmalar sonucunda, yüklenicinin, iş sahibinden bedele ilişkin talep hakkı doğar. Bu noktada, iş sahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi durumunun tarafların belirledikleri anlaşma çerçevesinde muaccel olmalarına kural olarak bir etkisi olmaz. Buna karşılık, geçici ödeme hallerinde, iş sahibinin, hazırlık fiilinden kaçınması, aynı zamanda ödemedi kaçınma anlamına gelebileceği gibi, geçici ödemenin yapılması iş sahibinin hazırlık fiilini gerçekleştirmesine de bağlanmış olabilir. Örneğin, elbise diktiren iş sahibi, ikinci provanın sonunda yükleniciye belirli bir bedel ödemeyi taahhüt etmesine rağmen, bu provaya gitmemişse durumun değerlendirilmesi gerekir. Kanaatimizce, böyle bir durumda, iş sahibinin davranışı, ödeyeceği bedel bakımından bir tür (geciktirici) koşul niteliğinde olacağından TBK m. 175'in kıyasen uygulanması ile davranış yerine getirilmiş gibi geçici ödemeyi yerine

¹³¹⁰ Kısmi temerrüt ve art arda teslimli sözleşmeler bakımından sözleşmeden dönmenin etkisine ilişkin bkz. **Buz**, *Dönme*, s. 313 vd, 316 vd.

¹³¹¹ **Baygın**, s. 196 vd.; **Gönen**, s. 247 vd.; **Öz**, *İnşaat*, s. 80 vd.; **Kürşat**, *İnşaat*, s. 136 vd.; **Kocaağa**, *İnşaat*, s. 218; **Gauch**, *Werk*, N. 1163; **Koller**, *Werk*, N. 200.

¹³¹² **Tandoğan**, II, s. 305 vd.; **Çetiner**, **Bilgehan**, *İnşaat Sözleşmesinde Geçici Hakedişlerle Yapılan Fazla Ödemelerin İadesi*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, C. I, İstanbul 2015, s. 295; **Baygın**, s. 198; **Kürşat**, *İnşaat*, s. 140 vd.; **Öz**, *İnşaat*, s. 81 vd.; **Gönen**, s. 250.

getirmesi gerekir¹³¹³. Ancak, bu durum, işsahibinin her tip davranışı bakımından değil yalnız yerine getirilmesiyle geçici ödemenin yapılacağı haller için kabul edilmelidir. Böylece, işin kontrol edilmesinden sonra hak ediş ödemesi yapacak işsahibinin, işi kontrole gelmemesi durumunda da yüklenicinin alacağının muaccel olduğu sonucuna ulaşılır. Davranış gerçekleştirilmesine rağmen, ödemenin yapılmadığı durumlarda ise, yüklenicinin TBK m. 97 kapsamında işi durdurma hakkı (*Arbeitseinstellung*) kabul edilmelidir¹³¹⁴.

Uygulamada, tarafların bedel ödeme zamanını teslimden sonraya bıraktığı durumlarla da karşılaşılmaktadır. Bedelin tamamı için bu tip anlaşmaların yapılması halinde, yüklenicinin, teslim borcu bakımından da önce ifa yükümlülüğünün kabul edilmesi gerekir. Ancak, “*bedel, eserin teslimden sonraki bir hafta içerisinde ödenir*” veya “*eser, 2 Ocak’ta meydana getirilecek, bedel ise, 5 Ocak’ta ödenecektir*” gibi anlaşmaların bulunduğu hallerde, önce ifa yükümlülüğünün türünün tespit edilmesi gerekir. Zira sürekli önce ifa yükümlülüğünde, önce ifa alacaklısının borcunun muacceliyeti önce ifanın gerçekleşmiş olmasına bağlı iken, geçici önce ifa yükümlülüğünde, işsahibinin bedel ödemesi, vade bakımından yüklenicinin ifasından sonradır. Dolayısıyla, geçici önce ifa yükümlülüğünde, önce ifa alacaklısı da, vade geldiğinde, önce ifa borçlusunun edimini yerine getirip getirmediğinden bağımsız olarak, kendi borcunu ifa etmekle yükümlüdür. Bu tip hallerde, işsahibinin alacaklı temerrüdünün, bedelin muacceliyetine olan etkisinin tespit edilmesi gerekir. Kanaatimizce, yapılan anlaşmadan yüklenicinin sürekli önce ifa yükümlülüğü olduğu sonucuna ulaşılyorsa, işsahibinin teslimden kaçınması ile yüklenicinin önce ifa yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilmelidir. Bu sonucun kabulü için işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi yeterli sayılmalı, yüklenicinin ayrıca tevdi veya satış yoluna başvurusu şartı aranmamalıdır¹³¹⁵. Böylece, eserin teslim edildiği tarihten bir hafta sonra ödemenin yapılacağı durumda, eseri teslimden kaçınan işsahibi, bir hafta sonra yine bedeli ödemek zorundadır. Bu durum, kabul temerrüdü bakımından geçerli olup eser henüz gereği gibi meydana getirilmemiş olduğundan hazırlık fiillerinde temerrütte uygulanmamalıdır. Yapılan anlaşmadan, yüklenicinin geçici önce ifa ile yükümlülüğü sonucuna ulaşılan hallerdeyse, işsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmüş olması ifa sırasında herhangi bir değişikliğe yol

¹³¹³ Sürekli önce ifa yükümlülüğünde, borçlunun, karşı edimi talep edebilmesinin koşulu kendi ifası olduğundan, işsahibinin, TBK m. 175 gereği koşulu, dürüstlük kuralına aykırı engellenmesi durumunda koşulun gerçekleşmiş sayılacağı hükmüne göre önce ifa yükümlülüğünün sona ereceği fikrine ilişkin bkz. **Staubert**, N. 749.

¹³¹⁴ Yüklenicinin işi durdurma hakkı, ödenmesi gereken bedelin niteliği veya miktarıyla ilgili olmayıp tamamen sözleşmenin temelinde yer alan eser karşılığı bedel ödenmesi synallagmasına dayanmaktadır. Somut olayın özelliklerine göre, işin durması sebebiyle ortaya çıkan olumsuz sonuçların işsahibi bakımından orantısız olduğu ve bunun yüklenici tarafından bilindiği durumlar, hakkın kötüye kullanılması teşkil eder. **Gauch**, Werk, N. 1280, 1281; **Bühler**, ZK OR, Art. 372 N. 23; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 372 N. 9.

¹³¹⁵ **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 22; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 19; **Von Tuhr/Escher**, s. 62; **Addorissio De Feo, Raniero**, Die Fälligkeit von Vertragsforderungen, Zürich 2001, N. 81; **Staubert**, N. 749.

açmaz. Böylece, işsahibi, eseri teslimden kaçınsa bile, vadesi geldiğinde borcu muaccel olur. Ancak, borcunun muaccel olduğu anda da alacaklı temerrüdü devam eden işsahibi, ödemezlik def'i savunmasında bulunamayacağından pratikte yüklenicinin bedel ödeme talebini yerine getirmek zorunda kalır.

Taraf anlaşmaları kapsamında değerlendirilmesi gereken hallerden biri de, işsahibinin bedel borcunun muacceliyetinin, bir koşul veya vadeye bağlandığı durumlardır. Özellikle, alt eser sözleşmelerinde, alt yüklenicinin bedel alacağının ilk işsahibinin asıl yükleniciye bedeli ödemesinden sonra talep edilebileceğinin kararlaştırıldığı durumlarla sık karşılaşılır. Bu tip anlaşmalar ile asıl yüklenici, işsahibinin bedeli geç ödemesi rizikosunu da alt yükleniciye aktarmış olur. Bu anlaşmaların somut olayın özellikleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Nitekim taraflar bu anlaşma ile yalnız muacceliyeti (*Fälligkeitsklausel*) değil, hakkın doğumunu (*Anspruchsklausel*) da belirsiz hale getirmiş olabilirler¹³¹⁶. Başka bir deyişle, ilk işsahibinin, asıl yükleniciye bedeli ödememesi durumunda, alt yüklenicinin de sözleşmeden herhangi bir bedel alamayacağı kararlaştırılabilir. Doktrinde de belirtildiği üzere, bu tip anlaşmalar geçerli olmakla birlikte, şüphe halinde yalnız muacceliyet bakımından belirsizlik kabul edilmelidir¹³¹⁷.

Alt yüklenicinin bedel alacağının ne zaman muaccel olacağının belirsiz olduğu durumlarda, işsahibinin, asıl yükleniciden eseri teslim almaması ve dolayısıyla bedeli ödemekten kaçınması veya hazırlık fiillerinde temerrüdü nedeniyle asıl sözleşmenin süresinin uzadığı hallerde, alt yüklenicinin muacceliyet için ne kadar beklemesi gerektiği belirlenmelidir. Zira taraflar olayın gerçekleşeceği hususunda değil; sadece ödemenin ne zaman gerçekleşeceği noktasında belirsizliği benimsemişlerdir. Bu bağlamda, öncelikle, süre tayinini belirleyen durumun engellenmesinin yükleniciden kaynaklanmaması gerekir. Aksi takdirde, asıl yükleniciye, kendi borcunun muacceliyetini erteleme imkânı tanınmış olur. Buna karşılık, asıl işsahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle alt yüklenici bedel alacağını elde edemiyorsa; doktrindeki baskın görüşe göre, süreyi belirleyen olgunun kesin veya öngörülemez bir süre boyunca gerçekleşmeyeceğinin tespit edilmesiyle, muacceliyet kabul

¹³¹⁶ **Gauch**, Werk, N. 1165, 156; **Weber**, BK OR, Art. 75 N. 37; **Von Tuhr/Escher**, s. 47; **Yüce**, s. 164 vd.

Tarafların, bedelin muacceliyetini, asıl işsahibinin ödemesine bağlamaları halinde, kural olarak nispi süre tayininden (*relative Zeitbestimmung*) bahsetmek gerekir. Bununla birlikte, geciktirici koşulun mu nispi süre tayinin mi bulunduğunu belirlemek her zaman kolay değildir. Aslında, nispi süre tayininde, olgunun gerçekleşmesinin belirsiz olduğu koşuldan farklı olarak, borcun muaccel olacağı kesin olmakla birlikte bunun ne zaman gerçekleşeceği belirsizdir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Addorissio De Feo**, N. 198 vd. (Özellikle dn. 500 ve orada belirtilen yazarlar); **Schraner**, ZK OR, Art. 75 N. 17; **Sirmen, Lale**, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992, s. 87 vd.

¹³¹⁷ **Gauch**, Werk, N. 161; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1010; **Von Tuhr/Escher**, s. 47; **Yüce**, s. 169. Aksi yönde, **Serozan**, İfa, §5 N. 4.

edilmelidir¹³¹⁸. Buna göre, asıl işsahibinin hazırlık fiilini yerine getirmemesi sebebiyle eseri teslim edemeyen asıl yüklenici, normal şartlar altında eseri teslim edebileceği zamanın gelmesiyle veya teslimden sonra kararlaştırılan sürenin geçmesiyle birlikte alt yükleniciye bedel borcunu ödemelidir. Bu duruma karşı kendisini korumak isteyen asıl yüklenici, ilk işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü durumunda sözleşmeyi feshederek, işsahibinden bedeli ve fazla masraflarını talep edebilir.

3.3.2.4. Ayıplı ve Eksik Eser Tesliminde

Ayıplı eserin tesliminin bedelin muacceliyetine olan etkisi doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ayıplı eserin teslimi, bedelin muacceliyetini engellemez¹³¹⁹. Böyle bir durumda, işsahibi, muaccel olan bedel ödeme borcu bakımından TBK m. 97'ye dayanarak ödemeden kaçınabilir¹³²⁰. Kanaatimizce, işsahibinin bedel borcu, ayıplı eserin teslimi yani işsahibi tarafından ifa olarak kabul edilmesiyle birlikte muaccel olmalıdır. Buna göre, yüklenicinin ayıplı eserin teslimini teklif etmesi bu anlamda yeterli kabul edilmemelidir. Eserin ayıplı olduğu hallerde, kabul ettiğimiz görüşe göre, işsahibinin teslimden kaçınma hakkı olduğundan alacaklı temerrüdü gerçekleşmeyeceği gibi işsahibi teslimden kaçınarak bedelin de muacceliyetine engel olur¹³²¹. Eksiklik bakımından ise, baskın görüşe göre, eser eksik olduğu sürece teslimi ve dolayısıyla bedelin muacceliyeti kabul edilmez. Azınlıkta kalan katıldığımız diğer görüşe göre ise, teslimin gerçekleştiği, dolayısıyla işsahibinin eseri ifa olarak kabul ettiği durumlarda, bedel muaccel hale gelir¹³²². Başka bir deyişle, bedelin muacceliyeti bakımından, ayıpsız veya tamamlanmış eserin tesliminin teklifiyle, ayıplı veya eksik eserin işsahibi tarafından ifa olarak kabul edilmesi eş değerdir.

Eser eksik veya ayıplı olmasına rağmen, eseri ifa olarak kabul eden işsahibi, ayıptan doğan hakları kapsamında sözleşmeden dönerek muaccel olan bedel borcunu sona erdirebileceği gibi bedelden indirim hakkını kullanarak indirilen kısmı ödemekten de kaçınabilir¹³²³. İşsahibinin ayıbın giderilmesi hakkını kullandığı durumlarda ise, yüklenicinin

¹³¹⁸ **Gauch**, Werk, N. 158; **Weber**, BK OR, Art. 75 N. 37; **Von Tuhr/Escher**, s. 47; **Schraner**, ZK OR, Art. 75 N. 17; **Yüce**, s. 170 (Yazar, ifa zamanının koşula bağlanmasından bahsetmekle birlikte, koşulun gerçekleşmemesi durumunda borcun sona ermeyeceğinden bahsetmektedir. Kanaatimizce, bu tip hallerde nispi süre tayini söz konusudur.); 15. HD T. 05.07.2012 E. 2011/3349 K. 2012/5149 (www.sinerjimevzuat.com.tr).

¹³¹⁹ **Koller**, Werk, N. 205; **Gauch**, Werk, N. 1155; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 372 N. 3; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 372 N. 5.

¹³²⁰ **Gauch**, Werk, N. 2367 vd. Bu konuya ilişkin tartışmalar için bkz. **a.g.e.**, N. 2369.

¹³²¹ **Baygın**, s. 195; **Tandoğan**, II, s. 310; **Oser/Schönenberger**, ZK OR, Art. 372 N. 2; **Paket**, s. 117.

¹³²² Bkz. 2.2.2.3.3.

¹³²³ **Koller**, Nachbesserungsrecht, N. 308; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 243; **Brändli**, N. 953; **Gauch**, Werk, N. 2372 vd. Aksi yöndeki görüş ve eleştirisi için bkz. **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 244 vd. Doktrindeki baskın görüşe göre, eserin teslim alınması ile seçimlik hakların kullanılması arasındaki sürede, işsahibinin TBK m. 97'ye dayalı olarak bedeli ödemekten kaçınması mümkün değildir. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 2369; **Koller**, Werk, N. 623; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 245 vd.

ayıbın giderilmesine ilişkin borcu ile işsahibinin bedel borcu değişim ilişkisi içerisinde bulunduğundan, işsahibi TBK m. 97'ye dayalı olarak bedeli ödemekten kaçınabilir. İşsahibinin, kaçınma hakkının bedelin tamamına mı yoksa ayıbın giderilmesi için gerekli masraflar oranına göre mi olması gerektiği doktrinde tartışmalıdır¹³²⁴. Yüklenicinin, ayıbı veya eksikliği giderebilmesi için işsahibinin davranışına ihtiyaç duyduğu (eseri tamir için teslim almak, tekrar inşaat alanına girmek vb.) durumlarda, işsahibinin bu davranışlardan kaçınmasıyla da alacaklı temerrüdü meydana gelir¹³²⁵. İşsahibinin ayıbın giderilmesiyle ilgili alacaklı temerrüdüne düştüğü durumlarda, ödemekten kaçındığı bedelin temerrütle muaccel olduğu kabul edilmemelidir¹³²⁶. Zira yüklenicinin ayıbı giderip gideremeyeceği henüz belirli olmadığından, yüklenicinin ayıbın giderilmesine ilişkin önce ifa yükümlülüğü sona ermemelidir. Ancak, ayıbı giderilen eser teslim için sunulmuşsa, işsahibinin bunu teslimden kaçınmasıyla birlikte artık kaçındığı bedelin de muacceliyetinin kabul edilmesi gerekir.

3.3.2.5. Sözleşmenin Feshinde

İşsahibinin alacaklı temerrüdüne düşmesi bakımından işsahibinin bedel borcunun muacceliyeti yukarıda da görüldüğü üzere her durum bakımından kabul edilmemektedir. Bununla birlikte, işsahibinin alacaklı temerrüdü veya kesin nitelikte davranıştan kaçınması nedeniyle TBK m. 484 kapsamında sözleşmenin feshedildiğinin kabul edildiği durumlarda bedelin ne zaman muaccel olacağının da belirlenmesi gerekir. Alman hukukunda, yüklenicinin, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü nedeniyle BGB §643 kapsamında sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmiş ve sona erme sebebiyle BGB §645'ten kaynaklı taleplerin ileri sürülebileceği belirtilmiştir. Türk-İsviçre hukukunda bu yönde özel bir atıf olmamakla birlikte, yukarıda da açıkladığımız üzere, sözleşmenin feshedilmesi durumunda TBK m. 485'in esas alınması gerekir. Dolayısıyla, bedelin muacceliyeti bakımından da bu maddede benimsenen kurallar uygulanmalıdır. Ancak, anılan maddede taleplerin hangi andan itibaren istenebileceğine ilişkin bir açıklık yoktur. Bu sebeple, doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Bunlardan bizim de katıldığımız baskın görüşe göre, sözleşmenin fesih beyanının karşı tarafa ulaşmasıyla birlikte işsahibinin bedel borcu da muaccel olur¹³²⁷. Buna karşılık, ikinci bir görüş ise, sözleşmenin sona erdiği hallerde de, eser sözleşmesi bakımından

¹³²⁴ Görüşler için bkz. **Brändli**, N. 960 vd.; **Şenocak**, Ayıbın Giderilmesi, s. 248.

¹³²⁵ Bkz. 2.2.2.3.5.

¹³²⁶ **Brändli**, N. 752.

¹³²⁷ **Gauch**, Werk, N. 1156; **Addorissio De Feo**, N. 411; **Zindel/Pulver/Schott**, BSK OR, Art. 372 N. 7; **Seçer**, Fesih, s. 359; **Eren**, Özel, s. 688; **Buz**, BK m. 369, s. 260; **Gümüş**, II, s. 202; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 372 N. 6.

temel kuraldan ayrılmayı gerektiren bir durum olmadığını, fesihten sonra eserin teslimi anında bedelin muaccel olduğunu ileri sürmektedir¹³²⁸.

3.3.3. İş sahibinin Ödemezlik Def'i İleri Sürememesi

3.3.3.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun 97. maddesinde düzenlenen borcun ifa edilmediği def'i (ödemezlik def'i) karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, ifa isteminde bulunan tarafın, önce ifa alacaklısı olmadıkça, kendi edimini ifa etmiş ya da ifasını önermiş olmasını gerektirir. Aksi takdirde, kendisinden ifa talebinde bulunulan borçlu, edimini yerine getirmekten kaçınılabilir. Ödemezlik def'inin şartları kapsamında, taraflardan birinin önce ifa yükümlülüğünün bulunmaması gelir. Zira önce ifa borçlusu, kendi borcunu ifa etmeden alacaklıya ödemezlik def'i ileri süremez. Kendi edimini ifa etmeden önce ifa borçlusunun, karşı edimi talebi, önce ifa alacaklısının borcunun muaccel olmadığına ilişkin savunması ile karşılaşır. Bu savunmanın hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş¹³²⁹, savunmayı itiraz olarak nitelendirirken, ikinci bir görüş¹³³⁰ def'i niteliğinde olduğunu belirtmektedir. Üçüncü bir görüş¹³³¹ ise, savunmanın dava temelinin yetersizliği niteliğinde olduğunu ve davanın şimdilik kaydıyla reddedilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Kanaatimizce, alacağın muaccel olmadığına ilişkin savunma maddi hukuk bakımından itiraz olarak nitelendirilmeli ve davacının hukuki yararının bulunmaması sebebiyle dava usulden reddedilmelidir¹³³². Hukuki yarar, belirli süre verilerek giderilebilecek dava şartı olmadığından davanın nihai olarak usulden reddine karar verilmelidir¹³³³. Eser sözleşmesinin meydana getirme aşamasında yüklenici, kural olarak önce ifa yükümlüsü olduğundan, eserin teslimini teklif etmeden, iş sahibinden bedel borcunu yerine getirmesini isteyemez. Bu halde, iş sahibi, önce ifa alacaklısı olarak ödemezlik def'ine başvurmasına gerek olmaksızın, kendi borcunun muaccel olmadığını ileri sürmelidir¹³³⁴. Bu durum, iş sahibinin hazırlık fiillerinde temerrüt durumunda

¹³²⁸ Koller, Werk, N. 207; Mörtl, N. 172; Bögli, N. 423. Bu fikir, Alman hukukunda baskın görüştür. Bkz. Busche, MüKo BGB, §648 Rn. 20 Özellik dn. 93'te belirtilen yazarlar.

¹³²⁹ Von Tuhr/Escher, s. 65; Weber, BK OR, Art. 82 N. 150; Kaniti, s. 146; Yüce, s. 30.

¹³³⁰ Addorissio De Feo, N. 90.

¹³³¹ Oğuzman/Öz, I, N. 1103; Serozan, İfa, §6 N. 13. Görüşler ve üçüncü görüşün haklılığına ilişkin gerekçeler için bkz. Pekmez, s. 187 dn. 259.

¹³³² Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C. II, s. 948. Yargıtay'ın aynı yönde kararı için bkz.. HGK, T. 12.02.2014, E. 2013/14-385, K. 2014/100: "Bu nedenle, muaccel olmayan alacak için dava açılmaz; açılırsa, dava hukuki yarar yokluğundan (usulden) reddedilir. Fakat bu durum, alacağın muaccel hale gelmesinden sonra yeniden dava edilmesine engel değildir." Karar için bkz. Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C. II, s. 968 dn. 82.

¹³³³ Pekcanitez, Pekcanitez Usul, C. II, s. 968 (Muacceliyetin gerçekleşmesinden sonra dava açılmasında herhangi bir engel yoktur.).

¹³³⁴ Buna karşılık, tarafların TBK m. 479/I'den farklı anlaşmalar benimsediği durumlarda ise, iş sahibinin bedel ödeme borcu bakımından muacceliyetin değerlendirilmesi gerekir. Bkz. yukarıda §9, II, C.

da kabul edilmelidir. Nitekim yukarıda¹³³⁵ da açıklandığı üzere, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü, ifa sırasında herhangi bir değişikliğe yol açmaz. Başka bir deyişle işsahibi, yüklenicinin meydana getirme borcunu ifa edebilmesi için gerekli davranıştan kaçınsa dahi yüklenicinin önce ifa borcu devam edeceğinden, kendisine karşı ileri sürülen bedel talebine de kural olarak borcun henüz muaccel olmadığı savunmasında bulunabilir. Bu noktada, işsahibinin hazırlık fiilinden kaçınarak alacaklı temerrüdüne düşmüş olmasının önce ifa yükümlülüğüne ve dolayısıyla da ödemezlik def'ine ilişkin bir tesiri bulunmamaktadır.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, işsahibinin bedel borcunun muaccel olmadığına ilişkin savunmasını iki durumun sınırladığını da belirtmekte yarar vardır. Bunlardan ilki, TBK m. 484 kapsamında sözleşmenin açık veya örtülü olarak feshedildiği hallerde, fesihle birlikte sona eren sözleşme bakımından işsahibinin yapılan kısmın karşılığını ve yüklenicinin zararlarını ödeme borcunun muaccel hale gelmesidir. Dolayısıyla, işsahibinin anılan savunma kapsamında korunması mümkün değildir. İkinci sınırlama ise, dürüstlük kuralıdır. Gerçekten de, somut olayın özelliklerine göre, işsahibinin işbirliğinden kaçınması, açıkça kendi borcunu yerine getirmemek veya yükleniciyi zor durumda bırakma olarak kullanılıyorsa, işsahibinin muacceliyet savunmasında bulunmasına müsaade edilmemelidir¹³³⁶. Kabul temerrüdü için aynı durum benimsenemeyeceğinden aşağıda ayrıca incelenmiştir.

3.3.3.2. Kabul Temerrüdünde

Eserin teslimi ve bedel borcu kural olarak aynı anda ifa edilecek olmakla birlikte, yüklenici eserin teslimini teklif edene kadar işsahibinin bedel borcu muaccel olmaz (TBK m. 479/I). Yüklenici tarafından teslimin teklif edilmesiyle birlikte, işsahibi, alacaklı temerrüdünden bağımsız olarak ödemezlik def'i ileri süremez. Zira ödemezlik def'i ileri sürülmesinin şartlarından olan, karşı edimin ifasının önerilmemiş olması durumu ortadan kalkmıştır. Doktrinde de kabul edildiği üzere, TBK m. 97'de ve TBK m. 106'da yer alan öneri ifadeleri aynı anlamdadır¹³³⁷. Dolayısıyla, işsahibine eserin tesliminin gereği gibi önerilmesiyle işsahibi artık ödemezlik def'i ileri süremeyeceği gibi, bu tekliften kaçındığı takdirde de alacaklı temerrüdüne düşmüş olur¹³³⁸. Buna karşılık, baskın görüş, alacaklının temerrüdü sonucunda ödemezlik def'i ileri sürülemeyeceğini ve bu sayede borçlunun,

¹³³⁵ Bkz. 3.3.1.2.1.

¹³³⁶ **Kaniti**, s. 148; **Rey**, Mitwirkung, N. 1160 özellikle dn. 1516.

¹³³⁷ **Weber**, BK OR, Art. 82 N. 184 vd; **Kaniti**, s. 133; **Schraner**, ZK OR, Art. 82 N. 148; **Pekmez**, s. 202; **Simmen, Robert**, Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags (OR 82), Bern 1981, s. 69.

¹³³⁸ **Weber**, BK OR, Art. 82 N. 191; **Kaniti**, s. 133; **Schraner**, ZK OR, Art. 82 N. 155; **Oğuzman/Öz**, I, N. 1160. İfa teklifinin yeterli olmadığına ilişkin eski görüşe ilişkin açıklamalar ve eleştiriler için bkz. **Pekmez**, s. 200 dn. 285; **Kaniti**, s. 132.

alacaklıdan edimini talep edebileceğini ileri sürmektedir¹³³⁹. Bir kısım yazarlar ise, alacaklı temerrüdüne rağmen, alacaklının (iş sahibinin) ödemezlik def'i ileri sürmesinin mümkün olacağını kabul etmektedir. Aksi takdirde, borçlunun yalnız ifa teklifi veya alacaklı temerrüdü sonucunda, alacaklısından karşı edimin ifasına mahkûm eden bir karar elde edebileceğini ve bu durumun da alacaklıyı önce ifa ile yükümlü kılacağını ileri sürmektedir¹³⁴⁰. Bu görüşe göre, alacaklının ödemezlik def'i ileri sürememesi için, borçlunun tevdi veya satış yoluna başvurması gerekmektedir¹³⁴¹.

Kanaatimizce, TBK m. 97'nin lafzından da anlaşıldığı üzere, yüklenicinin ifa teklifi, iş sahibinin ödemezlik def'i ileri sürmesini engeller. Bu sebeple iş sahibi, teklifi haklı sebeple kabulden kaçınsa bile ödemezlik def'i savunmasında bulunamamalıdır¹³⁴². Başka bir deyişle, yüklenici, ödemezlik def'i ileri süremeyen iş sahibinden bedelin ödenmesini talep edebilmelidir. Bu durum, ilk bakışta iş sahibinin önce ifa yükümlülüğüne sebep olduğu gerekçesiyle orantısız görünebilir. Ancak iş sahibinin kabule hazır olduğunu bildirerek alacaklı temerrüdünü sona erdirmesi ve yükleniciden eserin teslimini talep etmesi her zaman mümkün olduğundan iş sahibi de yeterince korunmaktadır. Şöyle ki, yüklenici bedel için talepte bulunsa dahi iş sahibi, götürülecek borçlarda, eseri kabule hazır olduğunu açıklayarak, aranacak borçlarda ise, eseri teslim alarak alacaklı temerrüdünü ortadan kaldıracaktır¹³⁴³. Bu şekilde alacaklı temerrüdünü sona erdiren iş sahibi aranacak borçlarda eseri teslim alarak bedeli ödemiş olur. Buna karşılık değerlendirilmesi gereken husus, alacaklı temerrüdünü sona erdirerek yüklenicinin güncel ifa teklifini ortadan kaldıran iş sahibinin, yükleniciye tekrar

¹³³⁹ **Von Tuhr/Escher**, s. 61 (Yazarlar, ifa teklifine dayalı olarak ödemezlik def'i ileri sürülememenin davanın sona erdiği ana kadar mümkün olduğunu belirtmektedir.); **Keller/Schöbi**, s. 297; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 22; **Schraner**, ZK OR, Art. 92 N. 19; **Eren**, Genel, N. 3193; **Antalya**, N. 893; **Simmen**, s. 69 dn. 116a.

¹³⁴⁰ **Koller**, OR AT, N. 56.122.

¹³⁴¹ Belirtilen fikrin, borçlunun hukuki durumunu ağırlaştıracağından ve alacaklı temerrüdü sebebiyle borçlunun dezavantajlı duruma düşmemesi gerektiğinden kabul edilemeyeceği noktasında bkz. **Von Büren**, OR AT, s. 420; **Weber**, BK OR, Art. 92 N. 22; **Becker**, BK OR, Art. 92-94, N. 3.

¹³⁴² Alacaklı her ne kadar objektif sebeplerle edimi kabulden kaçınabilse de, ortaya çıkan bu durum sebebiyle karşı edimi yerine getirmekten kaçınması için bir sebep yoktur. Bu yüzden, TBK m. 97 lafzına da uygun olarak ödemezlik def'i imkânı tanınmamalı ve kendi edimini yerine getirmelidir. Bu durumun istisnası ise, objektif sebebin karşı edimi de ilgilendirdiği durumlardır. Krş. **Staubert**, N. 735 dn. 1365.

¹³⁴³ Türk-İsviçre hukukunda baskın olan görüşe göre, kabulden kaçınma ile alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği durumlarda, alacaklının kabule hazır olduğunu açıklaması, alacaklı temerrüdünün sona ermesi için yeterlidir (**Staubert**, N. 63; **Koç**, s. 321; **Weber**, BK OR, Art. 91 N. 172.). Başka bir deyişle, alacaklının doğmuş olan masrafları veya karşı edimi borçluya sunması bir zorunluluk olarak aranmamaktadır. Ancak, İsviçre hukukunda azınlıkta kalan bir görüş, bu şartların aranması gerektiğini aksi takdirde alacaklı temerrüdünün sona ermeyeceğini belirtmektedir (**Becker**, BK OR, Art. 91 N. 27). Alman hukukunda ise konu tartışmalı olup bir görüşe göre, kabulün gerçekleşmesiyle temerrüdün sona ereceği kabul edilmekte (**Grüneberg**, Palandt BGB, §293 Rn. 11) ve alacaklının masrafları ödeyene kadar borçlunun teslimden kaçındığı hallerde de temerrüdün sona ermeyeceği kabul edilmektedir (**Dötterl**, Beck OGG BGB, §293 Rn. 127 vd.; **Feldmann**, Staudinger BGB, §293 Rn. 30.). Aynı şekilde, BGB §298 kapsamında gerçekleşen temerrütlerde de, karşı edim sunulmadan temerrüdün ortadan kalkmayacağı belirtilmektedir (**Huber**, I, s. 192). Buna karşılık, bir başka görüş ise, kabulden kaçınma ile alacaklı temerrüdünün gerçekleştiği durumlarda, alacaklının kabule hazır olduğunu açıklamasını yeterli bulmaktadır (**Ernst**, MüKo BGB, §293 Rn. 23; **Lorenz**, BeckOK BGB, §293 Rn. 14.).

ödemezlik def'i ileri sürüp süremeyeceğidir. Örneğin, götürülecek borcun söz konusu olduğu bir durumda alacaklı temerrüdüne düşen iş sahibi, edimi kabule hazır olduğunu yükleniciye bildirerek alacaklı temerrüdüne son verdikten sonra, yüklenici iş sahibinden bedel talebinde bulunursa, iş sahibinin güncel bir teslim teklifinin olmadığını belirterek bedeli ödemekten kaçınıp kaçınamayacağı tespit edilmelidir. Kanaatimizce, götürülecek borçlar bakımından, iş sahibinin, alacaklı temerrüdünü sonlandırabilmesi için, yüklenicinin başarısız ifa teklifinin masraflarını, yükleniciye teklif etmesi gerektiği kabul edilmelidir¹³⁴⁴. Benzer sonuca, borca aykırı davranışta bulunan tarafın ödemezlik def'i ileri süremeyeceğine ilişkin fıkirden de ulaşılabilir¹³⁴⁵. Zira iş sahibinin bedel borcunda borçlu temerrüdüne düştükten sonra, alacaklı temerrüdünü sonlandırıp ödemezlik def'i ileri sürmek suretiyle borçlu temerrüdünü de sonlandırabilmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil eder¹³⁴⁶.

3.4. Sözleşme Süresi Bakımından Sonuçları

3.4.1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirmek ve teslim etmek borcu altındadır. Taraflar, yüklenicinin bu borçlarına ilişkin çeşitli süreler kararlaştırabilir. Buna göre, yüklenicinin eseri teslim borcunun muaccel olacağı zamana teslim vadesi (*teslim için belirlenen gün –TBK m. 473/I-, Ablieferungstermin*), teslim kadar geçen süreye ise, teslim süresi (*Ablieferungsfrist*) denir¹³⁴⁷. Taraflar, belirli veya kesin vade niteliğinde bir teslim günü kararlaştırabilecekleri gibi, işe başlama tarihine göre de teslim zamanı (teslimin, işe başlanmasından beş ay sonra, iznin alınmasından itibaren üç hafta içerisinde gerçekleşeceği anlaşmalarında olduğu gibi) belirleyebilirler¹³⁴⁸. Ayrıca, tarafların teslim süresi ve vadesi kararlaştırmamaları veya ara vadeler (*Zwischentermin*) belirlemeleri de mümkündür. Özetle, teslim veya meydana getirme faaliyetlerine ilişkin süreler, eser sözleşmesi bakımından ikinci

¹³⁴⁴ **Becker**, BK OR, Art. 91 N. 27. Aksi yönde bkz. **Stauber**, N. 735, 736 (Güncel teklif olmamasına rağmen alacaklının ödemezlik def'i yoluna başvurmamasının sebebinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirten yazar, alacaklının, temerrüt sona erdirdikten sonra artık ortada güncel bir teklif de olmadığından ödemezlik def'i ileri sürebileceğini kabul etmektedir. Kanaatimizce, bu fikrin kabulü halinde götürülecek borçlarda, iş sahibi yükleniciye karşı alacaklı temerrüdünü sona erdirerek sürekli ödemezlik def'i ileri sürebilir.).

¹³⁴⁵ Def'i ileri süren tarafın sözleşmeye aykırı davranmamış olması, Alman hukukunda ödemezlik def'inin şartları kapsamında sayılmaktadır. **Gernhuber**, s. 342; **Emmerich**, MüKo BGB, 320 Rn. 38; **Simmen**, s. 89; NJW-RR, 1995, s. 565. Buna karşılık, borca aykırılığın gerçekleşmesinden sonra def'inin şartlarının olduğu durumlarda, her iki tarafın da def'inin ortaya çıkaracağı sonuçlardan faydalanacağı ve Alman hukukundaki görüşün Türk-İsviçre hukuku bakımından isabetsizliğine ilişkin bkz. **Pekmez**, s. 424 dn. 55.

¹³⁴⁶ Borçlu temerrüdü ve ödemezlik def'i ilişkisi doktrinde tartışmalıdır. Tartışma, ödemezlik def'inin, borçlu temerrüdünü engelleyip engellemeyeceği, ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği ve etkisine ilişkindir. Tartışma için bkz. **Buz, Vedat**, Borçlu Temerrüdünün Ödemezlik Def'ine Etkisi, BATİDER, C. 29, S. 4, Eylül 2013, s. 85 vd.; **Pekmez**, s. 410 vd.

¹³⁴⁷ **Gökyayla**, s. 317; **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 158; **Gauch**, Werk, N. 646; **Ayan**, s. 95; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 632 (Yazar, eserin tamamlanma vadesinden "*Fertigstellungstermin*" ve teslim süresinden "*Ablieferungsfrist*" bahsetmektedir.).

¹³⁴⁸ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 637 vd.; **Gauch**, Werk, N. 647 vd.

derecedeki noktalardan olup tarafların istedikleri şekilde düzenleme yapmaları mümkündür¹³⁴⁹. Bu noktada, özellikle iş programına ilişkin sürelerin bağlayıcılığının somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir¹³⁵⁰.

Bu çalışma bakımından önem arz eden husus, işsahibinin hazırlık fiillerinden veya kabul davranışlarından kaçınmasının teslim süresine veya vadesine olan etkisidir. Başka bir deyişle, birçok farklı durumda meydana gelebilecek olan süre uzatımı hallerinden yalnız işsahibinin temerrüdü dikkate alınarak açıklamalar yapılmıştır¹³⁵¹. İşsahibinin eseri teslimden kaçınmasının kural olarak sözleşme süresine herhangi bir etkisi olmaz. Zira bu tip durumlarda yüklenici eseri tamamlamış ve teslim için işsahibine sunmuş olduğundan süre uzatımı gündeme gelmez. Ancak, eserin kısmi tesliminin söz konusu olduğu hallerde, işsahibinin bundan kaçınması ve bu sebeple yüklenicinin faaliyetlerine devam edemediği durumlarda, istisnai olarak diğer kısımlara uygun sürenin eklenmesi gerekir.

İşsahibinin, hazırlık fiillerinde temerrüdünde ise yüklenici TBK m. 472/III'e dayalı olarak gerekli bildirimi¹³⁵² de sağlamışsa, çeşitli vadeleri (ara vade, teslim vadesi vb.) de içeren zaman programındaki süreler uzar¹³⁵³. Dolayısıyla, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüde düşmesi durumunda taraflar yeni bir (teslim/ara) vade kararlaştırabilecekleri gibi bunu yapmadıkları takdirde, hâkim işin özelliğine göre süreyi belirler. Başka bir deyişle, süre uzatımı, işsahibi veya hâkimin kabulüne gerek olmaksızın meydana gelir. Bu sebeple, sürenin hâkim tarafından belirlendiği durumlarda, bu karar yenilik doğurucu değil, tespit niteliğindedir¹³⁵⁴. Bununla birlikte, tarafların sözleşmede bu durumun aksini kararlaştırmaları ve işsahibinden kaynaklanan gecikmelerde, yüklenicinin süre uzatım hakkının olmayacağı ve

¹³⁴⁹ İfa zamanı, objektif yan noktalardan olup bu hususta sözleşmede herhangi bir anlaşma yoksa hâkim TBK m. 2/II'ye başvuramaz. Bunun yerine öncelikle kanunda tamamlayıcı bir düzenleme (TBK m. 90) olup olmadığına böyle bir düzenleme yoksa da sözleşmenin tamamlanması ilkelerine göre boşluğu doldurur. **Eren**, Genel, N. 749. Eser sözleşmesinde herhangi bir vade veya sürenin belirlenmediği durumlarda TBK m.90 gereği borcun doğumu anında muacceliyeti esas olmakla birlikte “*hukuki ilişkinin özelliği*” gereği eserin teslimi için gereken sürenin yükleniciye sağlanması gerekir. **Gauch**, Werk, N. 649.

¹³⁵⁰ Örneğin, birden fazla yüklenicinin hangi zamanlarda işi yerine getireceğini gösteren bir programın her bir yükleniciyle yapılan sözleşme bakımından bağlayıcı olup olmadığı önem arz eder. Özellikle inşaat sözleşmelerinde söz konusu olan bu tip inşaat programları bakımından somut olayın özelliklerine göre yorum yapılmalıdır. Şüphe halinde, programların bağlayıcı olmadığı kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. **Gauch**, Werk, N. 654 vd.; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 644 vd.; **Reetz**, BRT 2013, N. 5 vd.

¹³⁵¹ Süre uzatımına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 158 vd.; **Gökyayla**, s. 321 vd.; **Ayan**, s. 103 vd.

¹³⁵² Ek süre birçok durumda yüklenicinin bildirimi halinde mümkündür. Ancak, bu bildirim yapılsa dahi durumun değişmeyeceğinin ispatlandığı hallerde bu şart aranmaz. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 197; **Tandoğan**, II, s. 116; **Gauch**, Werk, N. 829; **Henninger**, BRT 2009, s. 63 vd.

¹³⁵³ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 682; **Reetz**, BRT 2013, s. 49; **Hürlimann/Siegenthaler**, CHK OR, Art. 366 N. 4; **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 670 (Yazar, vadenin ertelenmesinin, kanun gereği gerçekleşeceğini ileri sürmekte ve yasal dayanak olarak TBK m. 106 vd. veya TBK m. 473 düzenlemelerini belirtmektedir. Bkz., **a.g.e.**, N. 671); **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 198; **Gautschi**, BK OR, Art. 366 N. 4d; **Seliçi**, İnşaat, s. 82; **Ayan**, s. 105; **Kürşat**, İnşaat, s. 153; **Kaplan**, İnşaat, s. 88; **Rey**, Mitwirkung, N. 909 (Yazar, sürenin uzaması veya vadenin ertelenmesinin değil, bağlayıcılığının ortadan kalkacağını vurgulamaktadır.).

¹³⁵⁴ **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 200.

meydana getirme sürecini hızlandırması gerektiği şeklinde hükümlere de yer vermeleri mümkündür. Aşağıda süre uzatımına ilişkin sözleşmede bir düzenlemenin bulunup bulunmamasına göre durum değerlendirilmiştir.

3.4.2. Alacaklı Temerrüdü Nedeniyle Sözleşme Süresinin Uzaması

3.4.2.1. Sözleşmede Düzenlemenin Bulunmadığı Hallerde

İş sahibinin temerrüde düştüğü ve yüklenicinin TBK m. 110 kapsamında sözleşmeyi feshetmediği hallerde temerrüt sona erdikten sonra da yüklenici eseri meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmek borcu altındadır. Bu hususta, taraflar yeni bir vade kararlaştırabilirler¹³⁵⁵. Taraflar vade kararlaştırmak yerine yüklenicinin çalışmalarını hızlandırarak eserin önceden belirledikleri vadeye yetişmesi konusunda anlaşmaları da mümkündür. Ancak böyle bir anlaşma olmaksızın, yüklenicinin, eseri vadeye yetiştirecek şekilde hızlanarak çalışma zorunluluğundan bahsedilemez¹³⁵⁶. Başka bir deyişle, aksine bir anlaşma veya TMK m. 2 gereği hızlanmayı gerektiren bir durum olmadıkça, iş sahibinin masraflarını da karşılayarak hızlanma talebi yüklenici tarafından karşılanmak zorunda değildir.

Tarafların yeni bir vade belirlemek konusunda anlaşamadıkları durumlarda ise, temerrüt sebebiyle yükleniciye verilecek sürenin belirlenmesi gerekir. Temerrüdün sona ermesinden sonraki zaman dilimine eklenecek olan bu süreye ilişkin doktrindeki bir görüş, temerrüt süresinin yükleniciye tanınması gerektiğini ileri sürmektedir¹³⁵⁷. Buna karşılık, doktrinde kabul edilen baskın görüş ise, olayın tüm özellikleri dikkate alınarak sözleşmenin yorumu sonucunda tarafların farazi iradesine uygun ve yüklenicinin davranıştan sonra gerçekleştireceği iş için gerekli makul sürenin tanınması gerektiğini belirtmektedir¹³⁵⁸. Makul süre, eserin tamamlanması için gerekli olan süre değil, yüklenicinin temerrüt sebebiyle

¹³⁵⁵ Hatta İsviçre doktrininde, SIA-Norm 118 madde 94/2 kapsamında tarafların uygun anlaşmaya varana kadar yükümlülük altında olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Reetz**, Komm SIA 118, Art. 94 N. 15.2.

¹³⁵⁶ **Gauch**, Werk, 6. Aufl., N. 682; **Bühler**, ZK OR, Art. 366 N. 31; **Reetz**, BRT 2013, N.68, 70; **Henninger**, BRT 2005, s. 258; **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 197; **Ayan**, s. 140 vd.; **Gökyayla**, s. 326; **Ardıç**, s. 259. Yüklenicinin, mümkün olduğunda vadeye uygun ifa için beklenebildiği ölçüde çabalaması gerektiği yönünde bkz. **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 677; **Koller**, Werk, N. 318

¹³⁵⁷ **Reetz**, BRT 2013, N. 58 vd.; **Gauch**, Werk, N. 682 (Yazar, en az gecikme kadar uygun bir süreden bahsetmektedir. Aksi yönde, **Rey**, Mitwirkung, N. 912.); **Werz**, N. 252; **Gautschi**, BK OR, Art. 366 N. 4d; **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 174 (Yazar, iş sahibinin temerrüdü halinde, teslim süresinin kural olarak gecikme süresi kadar olacağını belirtmektedir. Özellikle dn. 64.); **Staubert**, N. 706. Alman hukukunda genel eğilim bu yönde olduğu hususunda bkz. **Kögl**, Beck OGG, §642 Rn. 69.

¹³⁵⁸ **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 169; **Werz**, N. 235; **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 166; **Bühler**, ZK OR, Art. 366 N. 31; **Reetz**, BRT 2013, N. 60; **Henninger**, BRT 2005, s. 248; **Hürlimann**, s. 822. Eklenecek sürenin tespiti bakımından İsviçre Federal Mahkemesi inşaat sözleşmeleri bakımından -ihlalin türü, süresi, yoğunluğu –TBK m. 51 kapsamında iş sahibinin kusurunun derecesi –yüklenicinin hareket serbestine olan etkisi ve –yüklenicinin diğer işleri de dikkate alınarak somut işletme durumunun değerlendirilerek karar verilmesi gerektiğini ileri sürmektedir. **Reetz**, BRT 2013, N. 65. Karar için bkz. BGer. 4A_141/2008 E. 7.1.

yapamadığı işi yerine getirebilmesi için gerekli olan süredir¹³⁵⁹. Bu kapsamda süre, sözleşmenin teslim tarihine eklenebileceği gibi yüklenicinin yerine getirmesi gereken belirli aşamalar için belirlenen ara vadelere (*Zwischentermin*) veya birden fazla yan yüklenicinin teslim tarihlerine de eklenebilir¹³⁶⁰.

Süre eklenmesine ilişkin üzerinde durulması gereken hususlardan biri de, iş sahibinin gecikmesinin fiili olarak süre uzatımını gerektirmesidir. Başka bir deyişle, süre uzatmayı gerektiren durumun somut olarak yüklenicide meydana gelmesi gerekir. Ancak bu durum yüklenicinin iş programına dâhil ettiği tampon sürelerin (*Pufferzeit*) kullanılmasını gerektirmez. Örneğin, iş sahibinin eseri 1 Şubat'ta teslim edip yüklenicinin ise, işe 1 Mart'ta başlayacağını kararlaştırıldığı bir durumda, iş sahibi gecikerek eseri 20 Şubat'ta teslim etmiş olsa bile esasen yüklenicinin 1 Mart'ta işe başlayabilmesi için herhangi bir engel yoktur. Ancak bu durum doğrudan süre uzatımı yapılmayacağı anlamına gelmez. Bu noktada, aradaki sürenin hangi amaçla getirildiği tarafların bu durumun sebebine ne oranda vakıf oldukları ve yüklenicinin işe başlamadan önce yapması gereken faaliyetler için ne kadar süreye ihtiyacının bulunduğu gibi durumlar değerlendirilerek karar verilmesi gerekir. Şüphe halinde ise, gecikmenin iş sahibinden kaynaklanması sebebiyle anılan tampon sürelerin yükleniciye sağlanması gerekir¹³⁶¹.

3.4.2.2. Sözleşmede Düzenlemenin Bulunduğu Hallerde

Taraflar, sözleşmeyi akdederken iş sahibine yükletilebilen sebeplerle veya onun alacaklı temerrüdü nedeniyle sözleşme süresinin ne şekilde uzayacağına ilişkin anlaşma yapabilir. Bu tip anlaşmalarla ortaya çıkabilecek bütün ihtimallerin değerlendirilmesi mümkün değildir. Ancak belirli temel durumlar üzerinde durulması yerindedir. Bunlardan ilki, tarafların süre uzatımını kabul etmediği hallerdir. Gerçekten de, tarafların, iş sahibine yükletilebilen haller sebebiyle yükleniciye süre uzatımının sağlanmayacağını kararlaştırmaları

¹³⁵⁹ **Kurt**, Süre Uzatımı, s. 198; **Wertz**, N. 235; **Ayan**, s. 140; **Rey**, Mitwirkung, N. 912; **Reetz**, BRT 2013, N. 56.

¹³⁶⁰ **Gauch**, Werk, N. 682; **Reetz**, BRT 2013, N. 58. Nitekim YİĞŞ m. 29/6 hükmünde de, "...idarenin sebep olduğu hallerden dolayı, işte sorumluluğu yükleniciye ait olmayan gecikmelerin meydana gelmesi halinde, durum idarece incelenerek işi engelleyici sebeplere ve yapılacak işin niteliğine göre işin bir kısmına veya tamamına ait süre uzatılır" ifadesine yer verilmiştir.

¹³⁶¹ **Gauch**, Werk, 6. Aufl, N. 682a; **Rey**, Mitwirkung, N. 913; **Hürlimann**, s. 824 (Yazar, inşaat sahibi tarafından kararlaştırılan tampon süreler ihtiyacı bulunmadığının gösterilebileceğini aksi takdirde yüklenici uygun süre uzatımının sağlanması gerektiğini ileri sürmektedir.); **Reetz**, BRT 2013, N. 76. İşin meydana getirilmesinin mümkün ve beklenebilir olduğu sürece kararlaştırılan vadenin esas alınması gerektiği hususunda bkz. **Koller**, BK OR, Art. 366 N. 677-678.

Başlangıç süresinin belirlenmeyip yalnız sona erme tarihinin belirlendiği durumlarda, temerrüde dayalı gecikme hallerinde borçluya yalnız edimi meydana getirmesi için gerekli olan sürenin tanınacağı hususunda bkz. **Staubert**, N. 707-708 (Borçlunun, iki haftada meydana getirebileceği ve temmuz sonunda tamamlaması gereken beton işine hazırda başlamak istese de alacaklı temerrüdü nedeniyle temmuzun son haftasının başında işe başlayabilmişse borçluya yalnız bir hafta süre uzatımının sağlanacağı örneğini vermektedir. Bkz. **a.g.e.**, N. 708-709.).

mümkündür. Ancak doktrinde de haklı olarak belirtildiği üzere, bu şekilde süre uzatımını tamamen ortadan kaldıran anlaşmalara TBK m. 115/I kıyasen uygulanmalı ve böylece işsahibinin yalnız hafif ihmali halinde yükleniciye süre uzatımının verilmeyeceği sonucuna hükmedilmelidir¹³⁶². Gecikme durumunda, yüklenici işsahibini süre ve olası sonuçlar konusunda uyarmak zorunda olduğundan, bu uyarının yapılmasıyla birlikte temerrüt durumunu ortadan kaldırmayan işsahibinin birçok durumda hafif ihmalle davranışı gerçekleştirdiği sonucuna ulaşılamaz. Buna göre, işsahibinin beklenmedik olay sebebiyle temerrüde düştüğü durumlarda da uyarıldığının ve davranışı yerine getirebileceği sürenin geçmesiyle birlikte, süre uzatımının kabul edilmesi gerekir¹³⁶³. Örneğin, işsahibinin evinde tadilat yapacak yüklenicinin, işsahibinin hastalığı sebebiyle hastanede yatmak zorunda kalması durumunda, yapılan anlaşma gereği yüklenici süre uzatımına o anda hak kazanamasa da işsahibini uyarması ve evin bir şekilde açılabilmesi sürenin geçmesiyle birlikte artık yüklenicinin süre uzatımına hak kazandığı kabul edilmelidir. Kural olarak işsahibine yükletilebilen sebeplerle gecikmenin meydana geldiği hallerde, işi hızlandırma yükümlülüğü olmayan yükleniciye hızlanma zorunluluğu yükleyen anlaşmalar da süre uzatımını dolaylı olarak ortadan kaldıran düzenlemelerdir. Gerçekten de, böyle bir taahhülle, yüklenici, meydana gelen gecikmeye rağmen kararlaştırılan sürelerle ve teslim vadesine uygun şekilde işi yapma borcunu üstlenir. Bu tip anlaşmalarda hızlanma giderlerine kimin katlanacağı kararlaştırılmamışsa, işsahibinin TBK m. 481'e göre belirlenecek bedeli ödemesi gerekir. İşsahibinin herhangi bir ödeme yapmayacağını kararlaştırıldığı durumlar ise, süre uzatımının tamamen ortadan kaldırılması anlamına geleceğinden TBK m. 115 kıyasıyla yalnız hafif ihmal bakımından kabul edilmelidir.

Tarafların süre uzamasıyla ilgili yapabilecekleri anlaşmalardan bir diğeri de, süre uzamasını gerektiren durumun işsahibine bildirilmesi ve onun tarafından kabul edilmesi şartına bağlanan hallerdir. Tarafların sözleşme ile getirdikleri bildirim yükümlülüğü, yalnız süre uzatımı sonucunun meydana geleceği hakkında işsahibinin bilgilendirilmesi olarak anlaşılmalıdır¹³⁶⁴. Buna karşılık, süre uzatımının işsahibinin kabulüne bağlandığı durumlarda ise, işsahibinin temerrüde düşmüş olmasına rağmen süre uzatımını kabul etmemesinin süre uzatımı bakımından herhangi bir etkisi yoktur. İşsahibinin bu noktada süre uzatımını kabul etmemesi, ancak yeni vadenin belirlenmesinde taraflar arasındaki uyuşmazlık olarak

¹³⁶² **Kurt**, *Süre Uzatımı*, s. 161; **Ayan**, s. 152 (Bununla birlikte, yazar, yüklenicinin süre uzatım talebini kısmen veya tamamen ortadan kaldıran anlaşmaların geçerli olduğunu bunun tek istisnasının işsahibinin alacaklı temerrüdü olduğunu belirtmektedir. Bkz. **a.g.e.**, s. 153. Kanaatimizce, işsahibinin alacaklı temerrüdü durumu için yapılan anlaşmalar da TBK m. 115 kapsamında değerlendirilmelidir.).

¹³⁶³ **Kurt**, *Süre Uzatımı*, s. 172; **Arpacı**, s. 274.

¹³⁶⁴ Süre uzatımının bildirilme külfetinin belirli bir süreyle sınırlandırılabilmesi hususunda bkz. **Ayan**, s. 152.

yorumlanmalıdır. Bu sebeple, yüklenicinin hâkime başvurarak uzayan süreyi tespit ettirme imkânı kabul edilmelidir¹³⁶⁵.

¹³⁶⁵ **Ayan**, s. 153.

SONUÇ

I. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin asli edim yükümlülüğü eseri meydana getirmek ve işsahibine teslim etmektedir. Yüklenici, bu borcunu yerine getirene kadar edim ve bedel hasarına katlanacağı gibi karşı edim alacağı olan bedele de kavuşamaz. Ancak, yüklenicinin eseri kendisinin yerine getiremeyeceği haller bu borcun sınırını oluşturur. Başka bir deyişle, yüklenicinin borcunu ifa edebilmek için işsahibinin de katılımına ihtiyaç duyduğu durumlarda, sonucun meydana getirilememesinin sorumluluğu yükleniciye yükletilemez. İşsahibinin yerine getirmediği takdirde yüklenicinin borcunu ifa edemediği bu hallerde, TBK m. 106 ve devamı hükümlerinde düzenlenen alacaklı temerrüdüne başvurulur. Hükümde, alacaklının davranışları, hazırlık fiilleri ve kabul şeklinde tasnif edilmiştir. Doktrinde ise, bu davranışlar veya davranışlarla borçluya sağlanacak sonuç için işbirliği veya birlikte hareket etme davranışları (yükümlülükleri) ya da ifaya katılım ifadeleri kullanılmaktadır.

II. Çalışma kapsamında öncelikle genel hükümlerde düzenlenen alacaklı temerrüdü müessesesi incelenmiştir. Borcun ifası için gerekli olan alacaklının davranışlarının ve bunların yerine getirilmediği hallerde uygulanacak alacaklı temerrüdünün hukuki niteliği tespit edilmiştir. Alacaklının davranışlardan kaçınması bakımından doktrinde, külfet, yükümlülük, hak ve karma olmak üzere dört farklı görüş ileri sürüldüğü tespit edilmiştir. Çalışmada, borçlunun edimini ifa edebilmesi için gerekli olan davranışlardan kaçınmanın külfete aykırılık oluşturduğu fikri benimsenmiştir. Bu bağlamda, oldukça tartışmalı olan külfet kavramı da incelenmiş ve her iki tarafın da menfaatini ilgilendiren ancak ihlal edilmesi halinde külfeti yerine getirecek tarafın aynen ifaya veya tazminata zorlanamayacağı davranışların külfet olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Alacaklı temerrüdünün tarihi gelişimi, temerrüdün hüküm ve sonuçlarında borçlunun karşı edimine ve tazminat talebine ilişkin düzenleme olmaması, temerrüdün TBK’da düzenlendiği yer, alacaklının borçlunun edimini almaya zorlanamaması gibi sebepler bu görüşün benimsenmesinde etkili olmuştur. Bununla birlikte, Türk-İsviçre ve Alman doktrininde de baskın görüş külfet fikrini benimsemekle birlikte, somut olayın özelliklerine göre alacaklının işbirliği davranışları bakımından yükümlülüğün de meydana gelebileceğini kabul etmektedir. Dolayısıyla, aksine açık veya zımni bir anlaşma olmadığı müddetçe alacaklının davranışları ve temerrüt bakımından külfet fikri benimsenmelidir.

Çalışmanın birinci bölümünde alacaklı temerrüdünün şartları incelenmiştir. Alacaklının hazırlık fiillerinden veya kabulden kaçınmasıyla meydana gelen alacaklı temerrüdünde, 818 sayılı eBK’den farklı olarak, 6098 sayılı TBK m. 106’da yer alan kaçınma ifadesinin anlamı tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu noktada, alacaklının davranışları hiç yerine

getirmemesi ile geç yerine getirmesinin temerrüdün kapsamına gireceği buna karşılık kötü işbirliği olarak adlandırılabilen hallerin ise, kural olarak temerrüt kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

III. Çalışmanın ikinci bölümünde, eser sözleşmesinde işsahibinin alacaklı temerrüdünün gerçekleşmesi için gerekli şartlar üzerinde durulmuştur. Bu kapsamda, işsahibinin davranışları bakımından çeşitli sınıflandırmalar yapılmakla birlikte TBK'nın sistematüğinden ayrılmamak adına hazırlık fiilleri ve kabul ayırımına bağılı kalarak inceleme yapılmıştır. İşsahibinin alacaklı temerrüdüne neden olan davranışlarının tespitinde önem arz eden husus bu davranışlar olmadan yüklenicinin borcunu gereğı gibi ifa edememesidir. Gerçekten de, ifa için gerekli hazırlık fiili yerine getirilmedikçe, yüklenicinin ifaya başlayabilmesi veya devam edebilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde, işsahibinin eseri kabulden kaçındığı durumlarda da yüklenici borcunu ifa edebilmek için ifa ikamelerine başvurabilir.

İşsahibinin davranışlarının ve dolayısıyla davranışların ihlal edilmesinin hukuki niteliğı de bu kısımda incelenmiştir. Bu noktada, özellikle inşaat sözleşmesinde olduğu gibi eser sözleşmesinin uzun süreli ve karmaşık olduğu hallerde, işsahibinin işbirliğinin yükümlölük niteliğinde olduğu fikri birçok yazar tarafından savunulmaktadır. Çalışmada, bu görüşler değerlendirilmiş ve genel hükümlerde olduğu gibi sözleşmenin türüne göre ayırım yapılmaksızın külfet fikri benimsenmiştir. Kanaatimizce, aksine açık veya zımni bir anlaşma olmadıkça işsahibinin elde edeceği karşı edime doğrudan veya dolaylı olarak zorlanmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Nitekim, kanun koyucu getirdiğı düzenlemeler ile yüklenicinin eseri meydana getirmeye olan menfaatini değil, karşı edim olan bedel menfaatini dikkate almıştır. Bu hususta, işsahibinin, sözleşmeyi istediğı zaman feshedebileceğini düzenleyen TBK m. 484 hükmü bu durumun en önemli örneğidir. Bu düzenlemede yükleniciye karşı edim bedeliyle sınırlı ve kusur şartının aranmadığı bir tazminatın sağlanması, TBK m. 483/II ve m. 485/II'te yer alan kusur ve tazminat ifadelerinin teknik anlamda anlaşılınması, alacaklı temerrüdü hükümlerinde tazminata yer verilmemesi gibi sebepler de bu görüşü destekler niteliktedir. Başka bir deyişle, işsahibinin hazırlık fiilleri veya kabulden kaçınmasının, kural olarak külfete aykırılık oluşturacağı ve bu halde aynen ifa veya tazminata hükmedilmemesi gerektiğı benimsenmiştir. Ancak, tarafların açık veya zımni anlaşma ile katılım faaliyetlerini yükümlölük niteliğinde düzenlemeleri de mümkündür. Yüklenici bakımından referans iş teşkil eden haller, TBK m. 484'ün aksinin kararlaştırıldığı durumlar, işsahibinin yerine getirmediğı takdirde ceza koşulu ödeneceğinin düzenlendiğı

sözleşmeler veya eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin de menfaatinin bulunduğu işsahibi tarafından bilindiği veya bilinebilir olduğu haller buna örnektir.

İşsahibinin alacaklı temerrüdünün şartları kapsamında, TBK m. 106'da yer alan kaçınma ifadesi belirlenmeye çalışılmıştır. Genel hükümlerde olduğu gibi işsahibinin davranışları hiç yerine getirmediği veya geç yerine getirdiği hallerde, kural olarak alacaklı temerrüdü ortaya çıkar. Buna karşılık, kötü işbirliği olarak adlandırılacak davranışların ayıplı veya yüklenicinin borcunu ifasına uygun olmadığı durumlar ise, istisnai olarak alacaklı temerrüdünün kapsamındadır. Kötü işbirliği durumunda ise, bunun ifaya olan etkisine göre karar verilmelidir. Başka bir deyişle, kötü işbirliği nedeniyle eserin, ayıplı olduğu hallerde TBK m. 476, kısmi veya tam yok olduğu durumlarda TBK m. 483, tamamlanmasının imkânsızlaştığı hallerde TBK m. 485 kapsamında değerlendirme yapılmalıdır. Dolayısıyla, işsahibinin eksik veya ayıplı bir arazi, malzeme, plan teslim etmesi halleri, işsahibinin hukuki egemenlik alanına ilişkin olması ve süre uzaması, ek maliyetlerin ortaya çıkması vb. sonuçlar bakımından alacaklı temerrüdüyle ortak özelliklere sahip olsa da, istisnai durumlar dışında, alacaklı temerrüdüne yol açmaz.

Hazırlık fiillerinin hiç yerine getirilmediği durumlar ise, kural olarak geçici imkânsızlığa yol açar. Ancak, işsahibinin davranışı gerçekleştirmesiyle, yüklenicinin ifasına devam edebileceği hallerde, alacaklı temerrüdü hükümlerinin uygulanması gerekir. İşsahibinin kaçınmasının kesin ve sürekli olduğu durumlarda ise, TBK m. 484 hükmünün göz önünde bulundurulması gerekir. İşsahibinin hazırlık fiillerini geç yerine getirdiği durumlarda, gecikilen süre boyunca alacaklı temerrüdü kabul edilmelidir. Buna ek olarak, işsahibinin herhangi bir davranış veya sağlaması gereken sonuçtan kaçınmadığı ancak yüklenicinin ifasının engellendiği durumlarda ise, ileride gerçekleştirilecek davranıştan kaçınma sayılabiliyorsa, öncelenmiş alacaklı temerrüdü veya TBK m. 484 ya da yüklenicinin alanına müdahale söz konusu ise TBK m. 112'ye göre değerlendirme yapılmalıdır.

İşsahibinin alacaklı temerrüdünün şartları kapsamında, teslim ve kabul kavramları da incelenmiştir. Bu hususta, 818 sayılı eBK'dan farklı olarak, TBK m. 106'da yer alan kabul ifadesinden ne anlaşılması gerektiği belirlenmeye çalışılmıştır. Doktrinde de belirtildiği üzere, TBK m. 106'da yer alan kabul ifadesi, alacaklının borçlunun edimini ifa olarak kabul etmesi anlamına gelmektedir. Ancak, bu kabul, TBK m. 477'de düzenlenen ve yüklenicinin ayıp sorumluluğunu ortadan kaldıran kabul kavramı ile karıştırılmamalıdır. Zira TBK m. 106 anlamında kabulde, borçlu yalnız asli edim yükümlülüğünden kurtulmaktadır. Eser sözleşmesinde ise, yükleniciyi asli edim yükümlülüğünden kurtaran hal, eserin teslim

edilmesidir. Bu sebeple, TBK m. 106'da yer alan kabul ifadesinin eser sözleşmesinde teslim karşılık geldiği sonucuna ulaşılmıştır.

Eser sözleşmesinde teslim kavramına ilişkin olarak çeşitli fikirler ileri sürülmektedir. Çalışmada, teslim hususunda doktrindeki azınlık görüş benimsenmiştir. Bu görüşe göre, teslim, iş sahibinin eseri fiili hâkimiyetine almasının yanı sıra ifa olarak kabul etmesiyle gerçekleşir. İş sahibinin bunlardan herhangi birinden kaçınması ise, TBK m. 106 anlamında kabulden kaçınma oluşturur ve alacaklı temerrüdüne yol açar.

Çalışmada kabulden kaçınma, eserin hangi tarafın hâkimiyetinde bulunduğuna göre incelenmiştir. Yüklenicinin hâkimiyetindeki eserlerde, iş sahibinin eseri teslim almaktan veya ifa olarak kabul etmekten kaçınmasıyla alacaklı temerrüdü meydana gelir. Buna karşılık iş sahibinin hâkimiyetindeki eserlerde, fiili hâkimiyet iş sahibinde olduğundan teslim almaktan kaçınma mümkün olmasa da ifa olarak kabulden kaçınılarak alacaklı temerrüdü ortaya çıkabilir. Böylece, teslim borcundan kurtulamadığını düşünen yüklenicinin yaptığı masrafları iş sahibinden talep edebilmesinin önü açılmış olur.

IV. Çalışmanın üçüncü bölümünde iş sahibinin alacaklı temerrüdünün hüküm ve sonuçları tespit edilmiştir. İlk olarak, alacaklı temerrüdünün yüklenicinin edim yükümlülüğüne etkisi üzerinde durulmuştur. Alacaklı temerrüdünün genel hükümlerinde, borçlunun borcundan kurtulabilmesi için düzenlenen haklar, eser sözleşmesi özelinde incelenmiştir. Eserin teslim hazır olduğu hallerde, yüklenici, verme borcu söz konusu olduğundan tevdi ve satma hakkını kullanabilir. Bu noktada, sözleşme konusu taşınmaz eser ise, TBK'da yer alan tevdi hakkı mümkün değildir. Satma hakkı ise, kimi hallerde menfaat durumuna uygun düşmeyeceğinden, yüklenicinin taşınmazı terk ederek zilyetliği sonlandırma hakkına sahip olması gerektiği tespit edilmiştir. Bu noktada, yasal düzenlemenin yapılması uygundur. Yüklenicinin satma hakkının ise, iş sahibine ait eserlerde de kullanılabileceği kabul edilmelidir.

İş sahibinin hazırlık fiillerinden kaçındığı durumlarda, yüklenici TBK m. 110 kapsamında sözleşmeyi sona erdirebilir. Çalışmada, eser sözleşmesinin ani edimli niteliği kabul edilmiş olmakla birlikte yüklenicinin TBK m. 110'dan doğan hakkının fesih olarak anlaşılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece, yüklenici, sözleşmenin sona erdirildiği ana kadar yaptığı harcamaların karşılığını elde edebilir. Nitekim, kanun koyucu teslim kadar karşı edimi elde edemeyen yükleniciye, iş sahibi yüzünden sözleşmenin sona erdiği durumlarda bu hakkı tanımıştır. Eserin iş sahibi yüzünden yok olduğu (TBK m. 483/II) veya imkânsızlaştığı (TBK m. 485/I) hallerde, yüklenicinin, yaptığı işin değeri ile bu değere girmeyen giderleri talep edebilmesi de buna örnektir. Aynı şekilde, iş sahibinin eserin

tamamlanmasından önce sözleşmeyi sona erdirdiği durum da TBK m. 484'te fesih olarak nitelendirilmiştir.

İş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle yüklenicinin sözleşmeyi feshettiği hallerde hangi hüküm ve sonuçların doğacağına ilişkin TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmada, yüklenicinin eserin ifasına başlamış olup olmadığına bakılmaksızın, TBK m. 485 hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Böylece, yüklenici, fesih anına kadar yaptığı işin değeri ile bu değere girmeyen giderleri talep edebilir. Alacaklı temerrüdünün iş sahibine yükletilebilir olduğu durumlarda ise, TBK m. 485/II gereği "tazminat" talebinin mümkün olduğu kabul edilmiştir. Ancak, bu tazminat talebi, çalışmada benimsenen külfet niteliğine de uygun olarak, teknik anlamda meydana gelen zararların karşılanacağı bir tazminatı ifade etmemektedir. Doktrinde de kabul gören bu fikre göre, yüklenicinin TBK m. 485/II kıyasıyla sahip olacağı tazminat TBK m. 484'te düzenlenen kusur şartının aranmadığı, müspet zararlara ilişkin ve üst sınırını sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesi halinde iş sahibinin ödeyeceği bedelin oluşturduğu tazminattır.

Alacaklı temerrüdü sonucunda meydana gelen malvarlığı eksilmeleri de temerrüdün hüküm ve sonuçları kapsamında incelenmiştir. Bu noktada, iş sahibinin alacaklı temerrüdünün borca aykırılık niteliğinde olmaması sebebiyle borçlunun uğramış olduğu zararların alacaklı temerrüdü kapsamında karşılanamayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Ancak, temerrüt nedeniyle borçlunun yapmak zorunda kaldığı belirli şartları taşıyan harcamalarının ve maliyet artışlarının ise zarar değil gider niteliğinde olduğu tespit edilmiştir. Temerrüt nedeniyle ortaya çıkan bu giderlerle ilgili TBK'nın alacaklı temerrüdüne ilişkin genel hükümlerinde düzenleme yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Bu talep, alacaklı temerrüdüne dayalı ve borçlunun yapmak zorunda kaldığı fiili giderlere ilişkindir. Borçlunun sözleşmeye devam etmek isteyip istemediğinden bağımsız olarak kanundan doğan bu talep ile borçlu yapmak zorunda kaldığı giderlerin tamamını alacaklıdan talep edebilir. Alacaklı temerrüdü borca aykırılık oluşturmadığından borçlunun ek gider talebinde alacaklının kusuru aranmamalıdır. Bu sonuç, çalışmada benimsenen külfet fikriyle de uyum içersindedir.

Yüklenici, iş sahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle ek gider talebini haiz olsa da eser sözleşmesi bakımından ayrıca bir talebe sahip olup olmayacağı da değerlendirilmiştir. Bu durum özellikle alacaklı temerrüdüne rağmen sözleşmeye devam etmek isteyen yüklenici bakımından değerlendirilmelidir. Zira yüklenici sözleşmeyi feshettiği takdirde, yaptığı işin değeri ile bu değere girmeyen giderleri talep edebilirken; sözleşmeyi feshetmediğinde iş sahibinden neleri talep edebileceğine ilişkin TBK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu bağlamda, bedelin TBK m. 481'e göre belirleneceği hallerde

yüklenicinin alacaklı temerrüdü nedeniyle ortaya çıkan giderlerin, bedelin belirlenmesinde dikkate alınacağı açıktır. Başka bir deyişle, yüklenici, ek gider talebine bile gerek kalmaksızın yaptığı bu giderleri ve bunlara ilişkin kâr payını işsahibinden talep edebilir. Buna karşılık, bedelin götürü belirlendiği hallerde ise, yüklenici, yalnız ek gider talebine sahiptir.

Eser sözleşmesinde, işsahibinin sözleşmenin ifası için yerine getirmesi gereken işbirliği davranışlarının onun hukuki egemenlik alanına ait olduğu ve bunlardan kaçınması sebebiyle meydana gelen giderlerden sorumlu olacağı hususunda tereddüt yoktur. Sözleşmede götürü bedelin kararlaştırılmış olması işsahibinin sorumlu olduğu hallerde dahi yüklenicinin belirlenen bedel ile bağlı kalacağı şeklinde yorumlanamaz. Dolayısıyla yükleniciye, meydana gelen maliyet artışları ve yapmak zorunda kaldığı giderlere kâr payının da eklenmesi suretiyle ek bedel talebi tanınmalıdır. Bu talep, ek gider talebinden farklı olarak yükleniciye kâr payı ve genel işletme giderlerini de tazmin ettirme olanağı sağlar. Çalışmada, ek bedel talebi hususunda da TBK'da boşluk bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır. Hâkimin, bu boşluğu TMK m. 1/II kapsamında yükleniciye ek bedel talebi tanıyarak doldurması gerekmektedir. Ek bedel talebi de ek gider talebi gibi işsahibinin kusurundan bağımsızdır. Çalışmada, yükleniciye sağlanması gereken ek bedel talebi için, bedelin götürü belirlenmesi, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüdü, sözleşmede aksine açık veya zımni bir anlaşmanın olmaması ve yüklenicinin bu talebin oluşmasında sorumluluğunun bulunmaması şartlarının aranması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Söz konusu talebin bedel niteliği sebebiyle yüklenicinin bu kapsamdaki harcamalarının gerekli ve özen borcuna uygun olması da zorunlu bir şart olarak aranmalıdır.

Çalışmada, işsahibinin alacaklı temerrüdü nedeniyle yüklenicinin meydana gelen zararlarını talebi de incelenmiştir. İşsahibinin alacaklı temerrüdü kural olarak külfete aykırılık oluşturduğundan müessesenin hüküm ve sonuçları kapsamında tazminat talebi düzenlenmemiştir. Ancak, somut olayın özellikleri değerlendirilmeli ve işsahibinin katılımının yükümlülük niteliğinin kabul edilebileceği hallerde ayrıca borca aykırılık imkânlarının yükleniciye sağlanması gerekir. Ancak, bu noktada yükümlülüğün niteliğinin tespit edilmesi önemlidir. Yan yükümlülüğün kabul edildiği hallerde yüklenici, TBK m. 112 kapsamında tazminat imkânına sahipken, asli veya yan edim yükümlülüğü kabul edilebilen durumlarda, TBK m. 117 vd. kapsamında borçlu temerrüdü hükümleri cari olur.

İşsahibinin alacaklı temerrüdünün eser sözleşmesinin ifasında sıraya, işsahibinin bedel ödeme yükümlülüğüne ve ödemezlik def'i ileri sürülmesine etkilerine de yer verilmiştir. Eser sözleşmesinde, kural olarak, yüklenicinin meydana getirme borcu bakımından önce ifa yükümlülüğü vardır. Teslim borcu ise, işsahibinin bedel ödeme borcuyla aynı anda ifa

edilmelidir. Çalışmada, işsahibinin hazırlık fiillerinde temerrüde düştüğü hallerin yüklenicinin önce ifa yükümlülüğüne herhangi bir etkisinin olmayacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu hususta, işsahibinin ödemezlik def'i değil, borcunun muaccel olmadığı savunması yeterlidir. Yüklenicinin, böyle bir durumda sözleşmeyi feshetmek (TBK m. 110) veya işsahibinin davranışı yerine getirmesi için beklemekten başka çaresi yoktur. Ancak, yükleniciye, her durumda, temerrüt süresince yapılan harcamalarla ilgili ek bedel talebi sağlanabileceği gibi sözleşmeyi feshettiği takdirde, yaptığı işin değerine ve bu değere girmeyen giderlere de ulaşabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Ayrıca, alacaklı temerrüdünün işsahibine yükletilebildiği veya borcun muaccel olmadığına ilişkin savunmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu hallerde TBK m. 484 kapsamında tazminat talebi de sağlanabilir. İşsahibinin kabul temerrüdünde ise, ifa teklifiyle birlikte işsahibinin ödemezlik def'i ileri sürmesi mümkün değildir. Ancak bu durum, alacaklı temerrüdünün değil, yüklenicinin teslim teklifinde bulunmasının bir sonucudur.

Son olarak, işsahibinin alacaklı temerrüdünün sözleşme süresine olan etkisi incelenmiştir. İşsahibinin kabulden kaçınmasının sözleşme süresini etkilemediği; hazırlık fiillerinde temerrüdünün ise, kural olarak sözleşme süresi uzatacağı sonucuna ulaşılmıştır. Bu uzamanın, ara vadelere mi teslim vadesine mi ilişkin olduğunun ve süre uzunluğunun somut olayın özelliklerine göre tespit edilmesi gerekir. Çalışmada, bu durum taraf anlaşmasının bulunup bulunmadığına göre incelenmiş olup böyle bir anlaşmanın olmadığı durumlarda uzatılacak sürenin, işsahibinin temerrüt süresi ile işin yapılması için gereken sürenin dikkate alınarak belirleneceği sonucu kabul edilmiştir.

KAYNAKÇA

- Acar, Faruk : “Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri”, www.e-akademi.org (**Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**), S. 134, Aralık 2013, s. 1-24 (Kısaltılmışı: Acar, Eser).
- Acar, Faruk : **Türk-İsviçre Medeni Hukukunda Alacaklılar Arası Teselsül**, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Acar, Teselsül).
- Aday, Nejat : **Özel Hukukta Yüklenti Kavramı ve Sonuçları**, İstanbul 2000.
- Addorissio De Feo, Raniero : **Die Fälligkeit von Vertragsforderungen**, Zürich 2001.
- Akıncı, Şahin : “Alacaklının Temerrüdü”, **SÜHFD**, Y. 1999, C. 7, S. 1 – 2, s. 97-113 (Kısaltılmışı: Akıncı, Temerrüt).
- Akıncı, Şahin : **Borçlar Hukuku Bilgisi**, 11. Baskı, Konya 2019 (Kısaltılmışı: Akıncı, Borçlar).
- Akıncı, Şahin : “Kötü İfa- Eksik İfa- Ayıplı İfa Ayrımı Ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu 17-20 Şubat 2016** (Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, 1926’dan Günümüze Türk – İsviçre Medenî Hukuku, 17 18-19-20 Şubat 2016, Ankara 2017, s. 1391-1421 (Kısaltılmışı: Akıncı, Eksik İfa).
- Akıncı, Şahin : **Roma Borçlar Hukuku**, 11. Baskı, Konya 2020 (Kısaltılmışı: Akıncı, Roma Borçlar).
- Akipek, Jale G./Akıntürk, Turgut : **Eşya Hukuku**, İstanbul 2009.
- Akkanat, Halil : **Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi**, İstanbul 2000 (Kısaltılmışı: Akkanat, Taşeronluk).
- Akkanat, Halil : **Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçlar**, İstanbul 1996 (Kısaltılmışı: Akkanat, Temerrüt).
- Akkanat, Halil : “İnşaat Sözleşmesi’nde İş Sahibinden Kaynaklanan Ek Masrafların Durumu”, **Ord. Prof. Dr. Ali Fuad**

- BAŞGİL'in Anısına Armağan**, İstanbul 2019, s. 139-163 (Kısaltılmışı: AKKANAT, Ek Masrafların Durumu).
- Aksoy Dursun, Sanem : “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları”, **LHD**, C. 9, S. 101 Y. 2011, s. 1845-1860.
- Aksoy, Sami : **Deniz Taşımalarında Gönderilenin Eşyayı Tesellümden Kaçınmasının Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2019.
- Altaş, Hüseyin : **Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)**, Ankara 2002.
- Altınok Ormancı, Pınar : **Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi**, İstanbul 2011.
- Altunkaya, Mehmet : **Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı**, Ankara 2005.
- Antalya, O. Gökhan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. V/1,3**, Genişletilmiş 2. Baskı, Ankara 2019.
- Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa**, Ankara 2011 (Kısaltılmışı: Aral, Kötü İfa).
- Aral, Fahrettin : **Türk Borçlar Hukukunda Takas**, 2. Baskı, Ankara 2010 (Kısaltılmışı: Aral, Takas).
- Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 12. Baskı, Ankara 2019.
- Ardıç, Azmi : **Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Birlikte Hareket Etme Yükümlülüğü**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2016.
- Arpacı, Özge : **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı**, Ankara 2019.
- Arter, Oliver/Kleiner, Jan : **Der Zuschauer im Sport/1.-2., Sportrecht B. II**, Hrsg.: Arter,O./Kleiner, J./Baddeley, M., Bern 2018.
- Atamulu, İsmail : **Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi**, Ankara 2014.
- Ayan, Serkan : **İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü**, Ankara 2008.
- Aybay, Memet Erdem : **Boşuna Yapılmış Masrafların Tazmini**, İstanbul 2013.
- Aydıncık, Şirin : **Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Hukuki**

Sonuçları-Nama İfa, İstanbul 2013.

- Aydoğdu, Murat/Kahveci, : **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri** (Sözleşmeler Hukuku), 4. Baskı, Ankara 2019.
- Nalan
- Bamberger, Heinz : **Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, Bd. 1, §1-480**, Georg/Roth, Herbert/Hau, 4. Aufl., 2019 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Wolfgang/Poseck Roman Bamberger/Roth/Hau/Poseck BGB).
- Barlas, Nami : **Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri**, 4. Baskı, İstanbul 2016.
- Basedow, Jürgen/Hopt, J. : **Max Planck Encyclopedia of European Private Law**, Klaus/Zimmermann, Bd. 1-2, Oxford 2012 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Reinhard Encyclopedia).
- Başoğlu, Başak “Öncelenmiş Borca Aykırılığın Sonuçları”, **İÜHFM**, C. LXVI, S. 2, 2018, ss. 287-310.
- Baygın, Cem : **Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler**, İstanbul 1999.
- Beale, Hugh : **Chitty on Contracts**, Vol. I General Principles, London 2018.
- Beatson, Jack/Burrows, : **ANSON’s Law Of Contract**, 29th ed., Oxford New Andrew/Cartwright, John York 2010.
- Becker, Hermann : **İsviçre Medeni Kanunu Şerhi/Borçlar Hukuku, II. Bölüm-Çeşitli Sözleşme İlişkileri Madde:184-551**, Ankara 1993, Çev.: Dura, S. (Kısaltılmışı: Becker, İMK Şerhi).
- Becker, Hermann : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR**, Bern 1945 (Kısaltılmışı: Becker, BK OR).
- Biedermann, Jacob R. : **Die Hinterlegung als Erfüllungssurrogat**, Aarau 1944.
- Bilge, Necip : **Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri**, Ankara 1971.
- Birinci Uzun, Tuba : “Alacaklının Temerrüdü Mü Haksız Elatma Mı? Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 31.3.2015 Tarihli ve E.2015/983 K.2015/1638 Sayılı Kararının İncelenmesi”, **İÜHFM**, C. LLXIV, S. 2, s. 611-628 (Kısaltılmışı: Birinci Uzun, Temerrüt).
- Birinci Uzun, Tuba : “Eser Sözleşmesinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif

- Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, **THD**, C. 9, S. 100, 2014, s. 85-98 (Kısaltılmışı: Birinci Uzun, Eser).
- Bitter, Georg/Rauhut, Tilman : “Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers?”, **JZ**, Jahrgang 62 (2007), H. 20, ss. 964-970.
- Bloeck, Oliver : **Das Werkvertragsrecht nach dem französischen Code civil**, Kiel 1999.
- Bögli, Roman : **Der Übergang von der unternehmerischen Leistungspflicht zur Mängelhaftung beim Werkvertrag**, Bern/ Stuttgart/ Wien 1996.
- Brändli, Roger : **Die Nachbesserung im Werkvertrag**, Dissertation der Universität St. Gallen, Zürich/St. Gallen 2007.
- Bucher, Eugen : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht**, 2. Neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Zürich 1988 (Kısaltılmışı: Bucher, OR AT).
- Bucher, Eugen : **Obligationenrecht Besonderer Teil**, 3. erweiterte Aufl., Zürich 1988 (Kısaltılmışı: Bucher, OR BT).
- Busche, Jan : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, BGB, §§ 631-651 BGB**, 7. Aufl., München 2018 (Kısaltılmışı: Busche, MüKo BGB).
- Buz, Vedat : **Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme**, Ankara 1998 (Kısaltılmışı: Buz, Dönme).
- Buz, Vedat : **Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar**, Ankara 2005 (Kısaltılmışı: Buz, Yenilik Doğuran).
- Buz, Vedat : “İş Sahibinin BK m. 369’a Göre Eser Sözleşmesini Feshi”, **BATİDER** C. XXI S. 2, 2001, s. 209-263 (Kısaltılmışı: Buz, BK m. 369).
- Buz, Vedat : “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması”, **AÜSBFD** 1994, C. 49 S. 1-2, s. 23-40 (Kısaltılmışı: Buz, İmkânsızlaşma).
- Buz, Vedat : “Ödemezlik Def’inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi”, **BATİDER**, C. 29, S. 4, Eylül 2013, s. 83-110 (Kısaltılmışı: BUZ, Ödemezlik Def’i).
- Bühler, Theodor : **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationsrecht, Werkvertrag, Zürcher Kommentar, Bd. V, Nr. 2d**, Zürich 1998 (Kısaltılmışı:

- Bühler, ZK OR).
- Bühler, Theodor : **Vertragsrecht im Maschinenbau und Industrieanlagenbau**, Zürich 1987 (Kısaltılmışı: Bühler, Maschinenbau).
- Büyükcay, Yusuf : **Eser Sözleşmesi**, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Büyüksağış, Erdem : **Maddi Zarar Kavramı**, İstanbul 2007.
- Canaris, C. Wilhelm : “Gläubigerverzug und Unmöglichkeit”, **Recht Genau: Liber Amicorum für Jürgen Prölss zum 70. Geburtstag**, 2009, ss. 21-45.
- Canbolat, Ferhat : **İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları**, Ankara 2009 (Kısaltılmışı: Canbolat, İstisna).
- Canbolat, Ferhat : **Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi - Çökmesi ve Boşa Çıkması**, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Canbolat, Amacın Gerçekleşmesi).
- Çetiner, Bilgehan : “İnşaat Sözleşmesinde Geçici Hakedişlerle Yapılan Fazla Ödemelerin İadesi”, **Prof. Dr. Hasan ERMAN’a Armağan**, C. I, İstanbul 2015, s. 293-310.
- Çilenti Konuralp, Ayşen : **Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme**, İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi, Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2020.
- Dağdelen, Ahmet Hakan : “Avusturya İfa Aksaklıkları Hukuku’nun Temel Yapısı”, **AÜHFD**, C. 66 S. 4, Ankara 2017, ss. 659-676.
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner : **Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Bd. 2/1: §§ 241-610**, 3. Aufl., 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, NK BGB).
- Dauner-Lieb, Barbara/Langen, Werner : **Nomos Kommentar BGB Schuldrecht, Bd. 2/2: §§ 611-853**, 3. Aufl., 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, NK BGB).
- Davran, Bülent : “Medeni Hukukta Masraf ve Sarfiyat”, **İÜHFM**, Y. 1945 C. 11, S. 1-2, ss. 288-310.
- Dayınlarlı, Kemal : **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdü**, 4. Baskı, Ankara 2008 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Temerrüt).
- Dayınlarlı, Kemal : **İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi**, Ankara 1998 (Kısaltılmışı: Dayınlarlı, Mühendislik).

- Demirbaş, Feride : **Kısmi İfa**, Ankara 2018.
- Demirsatan, Barış : **Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi**, İstanbul 2019.
- Devellioğlu, Ferit : **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Yayına Hazırlayan: Güneyçal, A.S., 25. Baskı, Ankara 2008.
- Dorer, Max : **Die Elemente des Gläubigerverzugs**, Grenchen 1906.
- Dötterl, Sebastian : **Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich?**, Baden-Baden 2008.
- Dural, Mustafa : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık**, İstanbul 1976.
- Durr, Carl : **Werkvertrag und Auftrag**, Vira 1983.
- Edis, Seyfullah : **Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, Gözden Geçirilmiş 3. Bası, Ankara 1987.
- Ehrensperger, Thomas : **Strukturen und Verletzungen von Obliegenheiten im Schweizerischen Privatrecht**, Dissertation der Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Zürich, Zürich 2004.
- Emmerich, Volker : **Das Recht der Leistungsstörungen**, 5. Aufl., München 2003.
- Erdin, Reto : **Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR**, St. Gallen/Bern 1997.
- Erdoğan, İhsan : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 3. Baskı, Ankara 2017.
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Eren, Özel).
- Eren, Fikret : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 24. Baskı, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Eren, Genel).
- Eren, Fikret : “Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001, s. 45-58 (Kısaltılmışı: Eren, İnşaat).
- Eren, Fikret : “İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, (Ankara, 18-29 Mart

- 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001, s. 87-103 (Kısaltılmışı: Eren, Sona Erme).
- Eren, Fikret : **Mülkiyet Hukuku**, 4. Baskı, Ankara 2016 (Kısaltılmışı: Eren, Mülkiyet).
- Eren, Fikret : **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyyet Bağ Teorisi**, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: Eren, İlliyyet Bağ).
- Ergezen, Muaz : **İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı**, Ankara 2007.
- Ergüne, Mehmet Serkan : **Olumsuz Zarar**, İstanbul 2008.
- Erişen, Muhammet : **Alt Müteahhitlik Sözleşmesi**, Ankara 2011.
- Erman, Hasan : **İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)**, İstanbul 1979 (Kısaltılmışı: Erman, Beklenilmeyen Haller).
- Erman, Hasan : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi**, Gözden Geçirilmiş 3. Basım, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı: Erman, Arsa Payı).
- Ernst, Wolfgang : “Die Zurückweisung der Ware”, **NJW** 1997, H. 14, ss. 896-905.
- Esser, Josef : “Besprechung von Reimer Schmidt”, **Die Obliegenheiten**, **AcP** 154, H. 1, 1955, ss. 49-52.
- Fellmann, Walter : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 2. Abteilung, 4. Teilbd., Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR**, Bern 1992 (Kısaltılmışı: Fellmann, BK OR).
- Feyzioğlu, N. Feyzi : **Borçlar Hukuku Umumi Hükümler**, C.II, İstanbul 1969.
- Fuchs, Heiko : **Kooperationspflichten der Bauvertragsparteien**, Köln München 2004.
- Furrer, Andreas/Schnyder, Anton K. : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183**, 3. Aufl., Zürich 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, CHK OR).
- Gauch, Peter : **Der Werkvertrag**, 5. Aufl., Zürich 2011 (Kısaltılmışı: Gauch, Werk).
- Gauch, Peter : **Der Werkvertrag**, 6. Aufl., Zürich 2019 (Kısaltılmışı:

- Gauch, Peter : “Der Rücktritt des Bestellers vom Werkvertrag – Gedanken zu Art. 377 des Schweizerischen Obligationenrechts”, **Festschrift für Horst Locher**, Düsseldorf 1990, ss. 35-51 (Kısaltılmışı: Gauch, FS Locher).
- Gauch, Peter : “Fristen und Termine- Die Bauzeit im Werkvertrag, Seminar für schweizerisches Baurecht”, **BRT 1995**, Freiburg 1995 (Kısaltılmışı: Gauch, BRT 1995).
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan : **Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht**, Bd. I, 10. Aufl., Zürich Basel Genf 2014.
- Gauch, Peter/Schmid, Jörg : **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Teilbd. 1, Art. 1-7 ZGB**, 3. Aufl., Zürich 1998 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, ZK OR).
- Gauch, Peter/Stöckli, Hubert : **Kommentar zur SIA-Norm 118**, 2. Aufl., Zürich 2017 (Kısaltılmışı: Yazar soyadı, Komm-SIA-118).
- Gautschi, Georg G. : **Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd./Nr. VI/2/3**, Bern 1967 (Kısaltılmışı: Gautschi, BK OR)
- Gehrer, Leo R. : “Vom Recht des Unternehmers, den Werkvertrag aufzulösen”, **Melanges Assista, Coordination François Antoniazzi**, Geneve, Touring Club Suisse et Assista SA, 1989, ss. 171-184.
- Gernhuber, Joachim : **Das Schuldverhältnis, Handbuch des Schuldrechts**, Bd. 8, Tübingen 1989.
- Giger, Marcel : **Die vom Gläubiger verschuldete Leistungsunmöglichkeit**, Bern 1992.
- Gleichmann, Peter : **Der Anspruch des Werkunternehmers auf einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und den Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffen Auslagen gemäß §645 Absatz 1 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuches**, Hamburg 1991.
- Gökyayla, K. Emre : **Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği**, İstanbul

2009.

- Gönen, Doruk : **İnşaat Sözleşmesinde Bedel**, İstanbul 2016.
- Gsell, Beate : **Beckonline.GROSSKOMMENTAR BGB, §§ 186-304**, Sürüm: 01.10.2018 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Beck OGK BGB).
- Gursyk, Karl Heinz : “Schuldnerverzug trotz fehlender Annahmefähigkeit des Gläubigers?”, **AcP** 173, H. 5, 1973, ss. 450-459.
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. I**, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı:Gümüş, I).
- Gümüş, Mustafa Alper : **Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. II**, İstanbul 2012 (Kısaltılmışı:Gümüş, II).
- Gündoğdu, Fatih : **Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2)**, İstanbul 2019 (Kısaltılmışı: Gündoğdu, Eser).
- Gündoğdu, Fatih : **Kusurlu İfa İmkânsızlığı ve Hukuki Sonuçları**, İstanbul 2014 (Kısaltılmışı: Gündoğdu, İmkânsızlık).
- Gür, Mustafa : **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları**, Ankara 2017.
- Gürpınar, Damla : **Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi**, İzmir 2006.
- Hähnchen, Susanne : **Obliegenheiten und Nebenpflichten**, Tübingen 2010.
- Hanau, Peter : “Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung: Ein Beitrag zur Kritik der stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen”, **AcP** 165. Bd., H. 3/4, 1965, ss. 220-284.
- Harke, Jan Dirk : **Mora Debitoris und Mora Creditoris im klassischen römischen Recht**, Berlin 2005.
- Harke, Jan Dirk/Riesenhuber, Karl : **OR 2020-Die schweizerische Schuldrechtsreform aus vergleichender Sicht**, Tübingen 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, OR 2020).
- Hartmann, Christian : **Die unterlassene Mitwirkung des Gläubigers**, Berlin 1997.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm**, 3. Bası, İstanbul 2015.
- Hauck, Bernd/Rebmann, : “Auswirkungen von Bauablaufstörungen auf den

- Tobias : werkvertraglichen Vergütungsanspruch”, **AJP** 2018, ss. 424-437.
- Havutçu, Ayşe : **Tam İki Tarafa Borç Yükleen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müsbet Zararın Tazmini**, İzmir 1995.
- Henninger, Anton : “Bauverzögerung und ihre Folgen”, **BRT** 2005 (Kısaltılmışı: Henninger, BRT 2005).
- Henninger, Anton : “Anzeige- und Abmahnungspflicht des Unternehmers/I-II.”, **BRT** 2009 (Kısaltılmışı: Henninger, BRT 2009).
- Henss, Olaf : **Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht**, Frankfurt am Main 1988.
- Honsell, Heinrich : **Römisches Recht**, 8. Aufl., Berlin Heidelberg 2015 (Kısaltılmışı: Honsell, Römisches Recht).
- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang : **Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR**, 6. Aufl., Basel 2015 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı BSK OR).
- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen, I. Bd. Handbuch des Schuldrechts Bd. 9/1**, Tübingen 1999, s. 204 (Kısaltılmışı: Huber, I).
- Huber, Ulrich : **Leistungsstörungen, Bd. II, Handbuch des Schuldrechts, Bd. 9/2**, Tübingen 1999 (Kısaltılmışı: Huber, II).
- 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, Gauchs Welt, Recht, Vertragsrecht und Baurecht”, **Festschrift für Peter Gauch zum 65. Geburtstag**, Zürich 2004.
- İnal, H. Tamer : **Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih**, 7. Baskı, Ankara 2018.
- İpek, Eyüp : **Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlaline Bağlanan Hukuki Sonuçlar**, İstanbul 2016.
- Jauernig, Othmar : **Bürgerliches Gesetzbuch**, 17. Aufl., München 2018 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Jauernig BGB).
- Kabaklıoğlu Arslanyürek, : “Öncelenmiş Borca Aykırılık Kavramı ve Alacağı

- Yasemin : Tehlikeye Düşen Alacaklının Diğer Hukuki İmkânları ile Karşılaştırılması”, **BÜHFD**, C. 14, Sayı: 175, Mart 2019, ss. 887-916.
- Kaniti, Salamon : **Akdin İfa Edilmediği Def'i**, İstanbul 1962.
- Kapellmann, Klaus Dieter : “Die erforderliche Mitwirkung nach § 642 BGB, §6 VI VOB/B Vertragspflichten und keine Obliegenheiten”, **NZBau** 2011, ss. 193-198 (Kısaltılmışı: Kapellmann, NZBau 2011).
- Kapellmann, Klaus Dieter : “Die BGH-Entscheidung zu §642 BGB: Konsequenzen für §6 VI VOB/B”, **NZBau** 2018, ss. 338-340 (Kısaltılmışı: Kapellmann, NZBau 2018).
- Kapellmann, Klaus/Messerschmidt, Burkhard : **VOB Teile A und B Kommentar**, 6. Aufl., München 2018 (Yazar soyadı, Kapellmann/Messerschmidt VOB Kommentar Teil).
- Kaplan, İbrahim : **Türk-İsviçre Hukukunda Mimarlık Sözleşmesi ve Mimarın Sorumluluğu**, Ankara 1983 (Kısaltılmışı: Kaplan, Mimarlık).
- Kaplan, İbrahim : “İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları”, **İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer**, (Ankara, 18-29 Mart 1996), 2. Tıpkı Basım, BTHAE., Ankara 2001 (Kısaltılmışı: Kaplan, Ücret).
- Kaplan, İbrahim : **İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri**, Ankara 2019 (Kısaltılmışı: Kaplan, İnşaat).
- Kaser, Max : **Das römische Privatrecht, Erster Abschnitt, Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht**, München 1955.
- Keller, Max/Schöbi, Christian : **Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. 1, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts**, 3. Aufl., Basel/Frankfurt 1988.
- Keskin, Ayşe Dilşad : “Kesin Vadeli İşlemlerde İfa Etmeme: Temerrüt ve İmkânsızlık”, **GÜHFD**, C. XI, S. 1-2 Y. 2007, ss. 209-231.
- Kılıçoğlu, Ahmet : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Bası, Ankara

2017.

- Kizir, Mahmut : **Borçlu Temerrüdünün Sona Ermesi**, Ankara 2012.
- Klauser, Peter : **Die Werkvertragliche Mängelhaftung und ihr Verhältnis zu den allgemeinen Nichterfüllungsfolgen**, Zürich 1973.
- Klees, Edgar : **La Demeure, Eine rechtsvergleichende Studie zum Verzugsrecht**, Münster 1968.
- Kniffka, Rolf : **Bauvertragsrecht Kommentar**, 3. Aufl., 2018 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Kniffka Bauvertragsrecht).
- Kocaağa, Köksal : **İnşaat Sözleşmesi**, Ankara 2014 (Kısaltılmışı: Kocaağa, İnşaat).
- Kocaağa, Köksal : Ceza Koşulu, Ankara 2018 (Kısaltılmışı: Kocaağa, Ceza).
- Kocabaş, Gediz : “Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı”, **MÜHF-HAD Özel Sayı** Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, Y. 2016, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, ss. 1797-1822.
- Kocaçimen, Cemre : “Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri”, **THD**, Yıl. 2, S. 15, 2007, s. 105-117.
- Koch, Christian Friedrich : **Das Recht der Forderungen nach gemeinem und nach preußischem Rechte**, Breslau 1836.
- Koç, Nevzat : **İsviçre-Türk Hukukunda Alacaklının Temerrüdü, Şartları ve Sonuçları**, Ankara 1992.
- Kohler, Josef : “Annahme und Annahmeverzug”, **Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, herausgegeben von Dr. Rudolf von Jhering, C. 17, Jena 1879, ss. 261-424 (Kısaltılmışı: Kohler, Annahme).
- Kohler, Josef : “Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Der Gläubigerverzug,” **Archiv für Bürgerliches Recht**, Bd. 13, 1897, ss. 149-295 (Kısaltılmışı: Kohler, Gläubigerverzug).
- Koller, Alfred : **Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berner Kommentar Bd./Nr.**

VI/2/3/1, Bern 1998. (Kısaltılmışı: Koller, BK OR).

- Koller, Alfred : Durchbrechung des Festpreischarakters von Pauschalpreisverträgen, **AJP** 2014, ss. 764-772 (Kısaltılmışı: Koller, Festpreis).
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Werkvertragsrecht**, Zürich/St. Gallen 2015 (Kısaltılmışı: Koller, Werk).
- Koller, Alfred : **Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR**, Zürich 1980 (Kısaltılmışı: Koller, Erfüllungsgehilfen).
- Koller, Alfred : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, 4. Aufl., Bern 2017 (Kısaltılmışı: Koller, OR AT).
- Koller, Alfred : **Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag**, Zürich 1995 (Kısaltılmışı: Koller, Nachbesserung).
- Koller, Jo : **Der “Untergang des Werkes” nach Art. 376 OR**, Dissertation der Universität Freiburg, Winterthur 1983 (Kısaltılmışı: Koller, J.).
- Koziol, Helmut/Welser, Rudolf : **Grundriss des Bürgerlichen Rechts, Bd. II**, 13. Neubearbeitete Aufl., Wien 2007.
- Kramer, Ernst A./Schmidlin, Bruno : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, 1. Abteilung, 1. Teilbd., Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR**, Bern 1986.
- Krauskopf, Frédéric : “Die Kündigung von Bauverträgen und die Folgen”, **BRT** 2007 (Kısaltılmışı: Krauskopf, BRT 2007).
- Krauskopf, Patrick : **Der Vertrag zugunsten Dritter**, Freiburg 2000.
- Krebs, Thomas : “Entschädigungsansprüche des Unternehmers aus §642 BGB bei Bauablaufstörungen im Covid-19-Pandemiefall”, **ZfBR** 2020, ss. 434-437.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta : **OR Kommentar Schweizerische Obligationenrecht**, Orell Füssli Kommentar, 3. Aufl., 2016.
- Kren Kostkiewicz, Jolanta/ Wolf, Stephan/ Amstutz, Marc/ Fankhauser, Roland : **OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, OFK-Orell Füssli Kommentar**, Zürich 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, OFK OR).
- Krüger, Wolfgang (Red.) : **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen**

- Gesetzbuch: BGB, Bd. 2: Schuldrecht Allgemeiner Teil I (§§ 241-310)**, 8. Aufl., München 2019 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, MüKo BGB).
- Kurt, Leyla Müjde : **Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık** (TBK m. 136), Ankara 2016 (Kısaltılmışı: Kurt, İmkânsızlık).
- Kurt, Leyla Müjde : **Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü**, Ankara 2012 (Kısaltılmışı: Kurt, Temerrüt).
- Kurt, Leyla Müjde : “Eser Sözleşmesinde Süre Uzatımı”, **BATİDER C. XXVII S. 1**, 2011, s. 157-205 (Kısaltılmışı: Kurt, Süre Uzatımı).
- Kürşat, Zekeriya : “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü”, **İÜHFM C. LXVII, S. 1-2**, s. 143-166, İstanbul 2009 (Kısaltılmışı: Kürşat, Eser).
- Kürşat, Zekeriya : **İnşaat Sözleşmesi**, İstanbul 2017 (Kısaltılmışı: Kürşat, İnşaat).
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Bd. Allgemeiner Teil**, 14. Neubearb. Aufl., München 1987 (Kısaltılmışı: Larenz, I).
- Larenz, Karl : **Lehrbuch des Schuldrechts, II. Bd.: Besonderer Teil**, 1.Halbbd., München 1986. (Kısaltılmışı: Larenz, II).
- Lenzlinger Gadiant, Annette : **Mängel- und Sicherungsrechte des Bauherrn im Werkvertrag: ein Vergleich zwischen dem Schweizerischen Obligationenrecht und der Norm 118 (1977/1991) des Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins**, Dissertation, Der Universität Zürich 1993.
- Leupertz, Stefan : “Mitwirkung und Obliegenheit im Bauvertragsrecht”, **Festschrift für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, München 2010, ss. 139-152.
- Löwisch, Manfred : **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 255-304 (Leistungsstörungenrecht 1)**, 15. Neubearbeitete Aufl.,

2014 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Staudinger BGB).

- Mackeldey, Ferdinand : **Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Bd. II Besonderer Teil**, 12. Aufl., Gießen 1842.
- Matz, Christoph : **Die Konkretisierung des Werks durch den Besteller**, Tübingen 2012.
- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan : **Schuldrecht II Besonderer Teil**, 18. neu bearbeitete Aufl., München 2018.
- Meier-Hayoz, Arthur : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, Einleitung und Personenrecht**, Bern 1966 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, BK ZGB).
- Meral, Nevin : “Türk Borçlar Kanunu Ve Ole Lando İlkeleri’nde Sözleşmenin Devri”, **İÜHFD**, C. 5 S. 1 Y. 2014, ss. 327-352.
- Merz, Hans : **Einleitung und die Obligation, Schweizerisches Privatrecht, Bd. VI, 1. Teilbd.**, Basel/Frankfurt a.M. 1984.
- Messerschmidt, Burkhard/Voit, Wolfgang : **Privates Baurecht**, 3. Aufl., München 2018 (Kısaltılmışı: Yazar soyadı, Messerschmidt/Voit).
- Mommsen, Friedrich : **Die Lehre von der Mora nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa**, Braunschweig 1855.
- Mörthl Fabian : **Die Preisgefahr bei Leistungsunmöglichkeit des Unternehmers**, Zürich/St. Gallen 2015.
- Müller-Chen, Marcus/Huguenin, Claire : **Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht -Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184 - 318 OR**, 3. Aufl., Zürich 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, CHK OR).
- Müller-Foell, Christoph : **Die Mitwirkung des Bestellers**, Berlin 1982.
- Müller, Christoph : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht**, Bern 2018.
- Nicklisch, Fritz : “Mitwirkungspflichten des Bestellers beim Werkvertrag, insbesondere beim Bau- und Industrieanlagenvertrag”, **BB** 1979, ss. 533-544.

- Nicklisch, Fritz/Weick, : **VOB/B Teil B: VOB/B**, 5. Aufl., München 2019
 Günter/Jansen, (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı,
 Günther/Seibel, Mark Nicklisch/Weick/Jansen/Seibel).
- Nomer, Haluk Nami : **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, İstanbul 1996.
- Oberhauser, Iris : “Mitwirkungshandlungen des Auftraggebers auch nach Abnahme?”, **FS für Wolfgang Koeble zum 65. Geburtstag**, Münih 2010, ss. 167-176.
- Oğuz, Arzu : “Sözleşmeler Hukuku Alanında Hukukun Birleştirilmesi”, **AÜHFD**, C. 49, S.1-4, Ankara 2000, ss. 31-65.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I**, 17. Bası, Turgut İstanbul 2019 (Kısaltılmışı:Oğuzman/Öz, I).
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II**, 14. Bası, Turgut İstanbul 2018 (Kısaltılmışı:Oğuzman/Öz, II).
- Oser, Hugo/Schönenberger, : **Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 2. Teil (Halbband): Art. 184-418**, 2. Aufl., Zürich 1936 Wilhelm (Kısaltılmışı: Oser/Schönenberger, ZK OR).
- Oser, Hugo/Schönenberger, : **Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, 1. Teil (Halbband): Art. 1-183**, Zweite umgearbeitete Aufl., Zürich 1929 (Kısaltılmışı: Oser/Schönenberger, ZK OR) Wilhelm.
- Ozanoğlu, Hasan Seçkin : “İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin) Eseri Teslim Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şart (Gecikme Cezası) Kayıtları”, **GÜHFD** C. III, S. 1-2, Ankara 1999, ss. 60-117.
- Öz, Turgut : **İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat**, İstanbul 2013 (Kısaltılmışı: Öz, İnşaat).
- Öz, M. Turgut : **Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme**, İstanbul 1990 (Kısaltılmışı: Öz, Sebepsiz Zenginleşme).
- Öz, M. Turgut : **İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul 1989 (Kısaltılmışı: Öz, Dönme).
- Özçelik, Ş. Barış : “Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu’na Göre Mücbir Sebepler ve Sonuçları”, **TBB** 2016 (123), ss. 303-324 (Kısaltılmışı: Özçelik, Mücbir Sebep).

- Özçelik, Ş. Barış : “Sözleşmeden Doğan Borçların İfasında Hukuki İmkânsızlık ve Sonuçları”, **AÜHFD**, C. 63, S. 3, 2014, ss. 569-622 (Kısaltılmışı: Özçelik, İmkânsızlık).
- Özmen, Etem Saba/Ürem, Müge : “Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi”, **İBD** C. 90 S. 2016/3, İstanbul 2016, ss. 193-218.
- Paket, Sabure : **Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul**, Ankara 2020.
- Palandt, Otto : **Bürgerliches Gesetzbuch**, 78. neubearbeitete Aufl., München 2019 (Yazar Soyadı, Palandt BGB).
- Pedrazzini, Mario M. : **Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, SPR, Siebenter Band, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, Erster Halbband**, Basel und Stuttgart 1977.
- Pekcanıtez, Hakan/Özekes, Muhammet/Akkan, Mine/Taş Korkmaz, Hülya : **Medeni Usul Hukuku**, 15. Bası, İstanbul 2017 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Pekcanıtez Usul).
- Pekmez, Cüneyt : **Borcun İfa Edilmediği Defi** (Ödemezlik Defi), İstanbul 2019.
- Peters, Frank : “Die Mitwirkung des Bestellers bei der Durchführung eines Bauvertrags”, **NZBau** 2011, ss. 641-645.
- Peters, Frank/Jacoby, Florian : **J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 631-651 (Werkvertragsrecht)**, Neubearbeitung 2008, Berlin 2008 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Staudinger BGB).
- Preussner, Mathias : “Die Pflicht zur Kooperation-und ihre Grenzen”, **FS für Reinhold Thode**, Münih 2005, ss. 77-97.
- Prütting, Hans/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd : **Bürgerliches Gezetzbuch Kommentar**, 14. Aufl., 2019 (Yazar Soyadı, PWW BGB).
- Reetz, Peter : **Schneller, schneller!-Baubeschleunigung und ihre Kosten, ansprüche des Unternehmers und des Bauherrn, Schweizerische Baurechtstagung** 2013 (Kısaltılmışı:Reetz, BRT 2013).
- Reetz, Pia : “Mora Creditoris im römischen Recht”, **The Legal**

- History Review** Vol. 83, Issue 3-4, Y. 2015, ss. 392-420 (Kısaltılmışı:Reetz, P.).
- Reiter, Harald : **Beckonline.GROSSKOMMENTAR BGB, Werkvertrag, §§ 631-651**, München 2018 (Kısaltılmışı:Yazar Soyadı, Beck OGK BGB).
- Rey, Pascal : “Concurrent Delay im Bauwerkvertrag-was ist gemeint?”, **BR** 2019, ss. 263-266 (Kısaltılmışı:Rey, Delay).
- Rey, Pascal : **Mitwirkung und Mitwirkungsversäumnis des Bauherrn**, Zürich/Basel/Genf 2019 (Kısaltılmışı:Rey, Mitwirkung).
- Riehm, Thomas : **Der Grundsatz der Naturalerfüllung**, Tübingen 2015.
- Rummel, Peter : **Kommentar zum ABGB**, Bd. 2, 1. Teilbd., Wien 2002 (Kısaltılmışı:Yazar Soyadı, Rummel ABGB).
- Rummel, Peter : **Kommentar zum ABGB**, Bd. 1, §§ 1 bis 1174 ABGB, 3. Neubearbeitete und erw. Aufl., Wien 2000 (Kısaltılmışı:Yazar Soyadı, Rummel ABGB).
- Rusch, Arnold F. : “Aliud beim Werkvertrag”, **BR** 2018, ss. 89-92 (Kısaltılmışı:RUSCH, BR 2018).
- Rusch, Arnold F. : “Erfolgsbezug bei Werkvertrag und Auftrag”, **BJM** 2013, ss. 285-304 (Kısaltılmışı:Rusch, BJM 2013)
- Rütten, Thomas : **Die Bestellermitwirkung zwischen Obliegenheit und Pflicht**, Frankfurt am Main 2009.
- Saraçoğlu, Simge : **Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yapı Malikinin Sorumluluğu (TBK m. 69)**, İstanbul 2019.
- Sarıkaya, Murat : **Sözleşmenin Yorumu**, İstanbul 2019.
- Schenker, Ernst : “Erfüllungsbereitschaft und Erfüllungsangebot, zum Lehre vom Glaubigerverzug”, **Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts**, 79. Bd., 1929, s. 141-196 (Kısaltılmışı:Schenker, E.).
- Schenker, Franz : **Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen Obligationenrecht**, Dissertation der Universität Freiburg 1988.
- Scherrer, Erwin : **Nebenunternehmer beim Bauen**, Freiburg 1994.

- Scheube, Jan : **Die Auftraggebermitwirkung im VOB/B-Bauvertrag-Obliegenheit oder Pflicht?**, Berlin 2003.
- Schilder, Hendrik : **Der Anspruch aus §642 BGB Grundlagen und Berechnung der zusätzlichen Vergütung**, Frankfurt am Main 2006.
- Schmidt, Reimer : **Die Obliegenheiten, Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts**, Karlsruhe 1953.
- Schmoeckel,
Mathias/Rückert,
Joachim/Zimmermann,
Reinhard : **Historisch-Kritischer Kommentar zum BGB**, Bd. II **Schuldrecht: Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 1. Teilbd.**, Tübingen 2007 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, HKK BGB).
- Schneider, Marco : **Der Finanzielle Ausgleich unterlassener Gläubigermitwirkung im Werkvertragsrecht**, Baden-Baden 2018.
- Schönenberger,
Wilhelm/Jäggi, Peter : **Zürcher Kommentar; Obligationenrecht**, Teilbd. V 1 a (Art. 1–17), 3. Aufl., Zürich 1973 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, ZK OR).
- Schraner, Marius : **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V (Obligationenrecht), Teilbd. 1e (Die Erfüllung der Obligationen)**, 3. Aufl., Zürich 2000 (Kısaltılmışı: Schraner, ZK OR).
- Schulin, Hermann : “Schuldnerrechte bei vertragswidrigem Verhalten des Gläubigers, insbesondere bei Dienstleistungsobligationen”, **Haftung aus Vertrag**, Hrsg.: KOLLER, A., St. Gallen 1998, ss. 77-98.
- Schumacher, Rainer/ König,
Roger : **Die Vergütung im Werkvertrag, Grundvergütung – Mehrvergütung**, BR - Beiträge aus dem Institut für Schweizerisches und Internationales Baurecht, Universität Freiburg Bd./ Nr. 34, 2. Aufl., Freiburg 2017.
- Schwarze, Torsten : **Das Kooperationsprinzip des Bauvertragsrechts**, Berlin 2003.
- Schwimann, Micheal/Kodek
Georg E. : **ABGB Praxiskommentar, Bd. 6, §§1293-1503**, 4. Aufl., Wien 2016 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, ABGB

- PraxisKo)
- Schwimann, Micheal/Kodek : **ABGB Praxiskommentar, Bd. 5, §§1090-1292, 4. Aufl., Wien 2014** (Kısaltılmışı:Yazar Soyadı, ABGB PraxisKo).
- Seçer, Öz : **Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi (TBK m. 484), 2. Baskı, Ankara 2020** (Kısaltılmışı: Seçer, Fesih).
- Seçer, Öz : “İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu”, **İnşaat Hukuku ve Uygulaması**, Editörler: İnal, E./Baysal, B., İstanbul 2017, ss. 521-569 (Kısaltılmışı:Seçer, Gecikme).
- Seiler, Philippe : “Die Rechtsnatur des Nachbesserungsrechts beim Werkvertrag”, **AJP** 2009, ss. 987-992.
- Seliçi, Özer : **Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi**, İstanbul 1977 (Kısaltılmışı:Seliçi, Sürekli Borç).
- Seliçi, Özer : **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul 1978 (Kısaltılmışı:Seliçi, İnşaat).
- Seliçi, Özer : “Kesin Vadeli İşlemler”, **İÜMHAD**, Y. 1968, C. 2, S. 3, ss. 92-107 (Kısaltılmaşı:Seliçi, Vade).
- Seliçi, Özer : “Seçimlik Borçların İfası”, **İÜHFM**, C. 34, S. 1-4, 1968, ss. 375-399 (Kısaltılmaşı:Seliçi, Seçimlik).
- Serozan, Rona : **Sözleşmeden Dönme, Gözden Geçirilmiş**, 2. Bası, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı:Serozan, Dönme).
- Serozan, Rona : **Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme**, Gözden Geçirilip Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul 2014 (Kısaltılmışı:Serozan, İfa).
- Serozan, Rona : “Culpa in Contrahendo, Akdin Müsbet İhlali ve Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kurumlarının Temeli: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi”, **İÜMHAD**, C. 2 S. 3, 1968, ss. 108-129 (Kısaltılmışı:Serozan, Edim Yükümünden Bağımsız).
- Sert Canpolat, Selin : “Borçlar Kanununa Göre Alacaklının Temerrüdü”, **Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ’ye Armağan**, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 475-502.

- Simmen, Robert : **Die Einrede des nicht erfüllten Vertrags** (OR 82), Bern 1981.
- Siegenthaler, Thomas : “Der Suchmaschinenoptimierungsvertrag und die Unschärfen bei der Abgrenzung des Werkvertrags vom Auftrag”, **BR** 2016, ss. 328-329 (Kısaltılmışı: Siegenthaler, BR 2016).
- Siegenthaler, Thomas : **Die Mängelhaftung bei der Lieferung von Maschinen**, Dissertation der Universität Freiburg, Zürich 2000 (Kısaltılmışı: Siegenthaler, Die Mängelhaftung).
- Sirmen, Lale : **Türk Özel Hukukunda Şart**, Ankara 1992.
- Soergel, Hans Theodor : **Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer-Kommentar, Bd. 2, Schuldrecht I (§§ 241-432)**, Zwölfte neubearbeitete Aufl., Stuttgart Berlin Köln 1990 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Soergel BGB).
- Somer, Pervin : **Roma Hukukunda İstisna Sözleşmesi (Locatio Conductio Operis)**, İstanbul 2008.
- Spiess, Hans Rudolf : **Bauablaufstörungen im schweizerischen Werkvertragsrecht**, Recht 2012.
- Spiess, Hans Rudolf/Huser, Marie-Theres : **Der Bau-Werkvertrag in der Praxis, Unter Einbezug der Norm SIA 118**, Zürich/St. Gallen 2016.
- Staehelin, Adrian/Vischer, Frank : **Zürcher Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. V, Teilbd. 2c, Der Arbeitsvertrag, Art. 319-362 OR**, Dritte völlig neubearbeitete Aufl., Zürich 1996 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, ZK OR).
- Stathopoulos, Micheal/Karampatzos, Antonios G. : **Contract Law in Greece**, 3. Ed., Alphen aan den Rijn 2014.
- Stauber, Demian : **Die Rechtsfolgen des Gläubigerverzuges**, Bern 2009.
- Stöckli, Hubert : “Schaden und Schadenersatz beim Bauen, Schweizerische Baurechtstagung”, **BRT** 2003 (Kısaltılmışı: Stöckli, BRT 2003).
- Stöckli, Hubert : **Das Synallagma im Vertragsrecht**, Zürich 2008 (Kısaltılmışı: Stöckli, Synallagma).
- Stöckli, Hubert : “Was ist mit der Vergütung los- ein Arbeitspapier, Schweizerische Baurechtstagung”, **BRT** 2015

- (Kısaltılmışı:Stöckli, BRT 2015).
- Stöckli, Hubert/Rey, Pascal : Mehrvergütung wegen Mitwirkungsverzugs des Bestellers, **BR** 2016, ss. 332-335.
- 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.
- Stürner, Rolf : **Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar**, 17. Aufl., München 2018 (Kısaltılmışı:Yazar Soyadı, Jauernig BGB).
- Suluk, Cahit/Karasu, Raif/Nal, Temel : **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Güncellenmiş 2. Baskı, Ankara 2018.
- Sungurbey, İsmet : “Müteahhidin, Teslim Gününde Yapıyı Bitiremeyerek Temerrüde Düşmüş Olmakla Birlikte, Özellikle Yapının Büyük Bir Bölümünü Bitirmiş Bulunması Durumunda, Kendisine Yapımını Bitirdiği Bölümüyle Orantılı Ücret Ödenmesi Gerekir (Sayın Prof. Dr. Haluk Tandoğan’a Zorunlu Bir Yanıt)”, **YHD**, Şubat 1982, ss. 173-194.
- Şahin, Turan : **Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü**, Ankara 2012.
- Şahiniz, Cevdet Salih : **Teoride ve Uygulamada Eser Sözleşmelerinde Yüklenicilerin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfalardan Sorumluluğu**, İstanbul 2014.
- Şen, Elif : **Kısmi İfa**, Ankara 2018.
- Şenocak, Kemal : “Mal Sigortalarında Sigorta Ettirenin Zararı Önleme ve Azaltma Vecibesi”, **AÜHFD** C. 44, S. 1-4, Y. 1995, Ankara 1995, s. 365-424 (Kısaltılmışı:Şenocak, K.).
- Şenocak, Zarife : **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara 2002 (Kısaltılmışı:Şenocak, Ayıbın Giderilmesi).
- Şenocak, Zarife : **Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu**, Ankara 1995 (Kısaltılmışı:Şenocak, İfa Yardımcıları).
- Şenocak, Zarife : Borçlar Kanunu’nun 96. vd. ve 194 vd. Maddeleri Açısından Aliud’un (Başka Şeyin) Teslimi”, **BATİDER**, C. XV, S. 1, 1989, ss. 113-135

- (Kısaltılmışı:Şenocak, Aliud).
- Tamer, Diler : “Mora Creditoris”, **Annales de la Faculté de Droit, C. XXXV**, S. 52, ss. 443-453, İstanbul 2011.
- Tandoğan Haluk : “İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırtedilmesi”, **İmran Öktem’e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1970, ss. 311-332 (Kısaltılmışı:Tandoğan, İstisna).
- Tandoğan, Haluk : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C.II**, İstanbul 2010 (Kısaltılmışı:Tandoğan, II).
- Tandoğan, Haluk : “Arsa Üzerine İnşaat Yapma Sözleşmelerinde İş Tamamlamadan Bırakan Müteahhidin Yapılan Kısımla Orantılı Ücret Alması Sorunu Üzerine Görüşler”, **BATIDER C. 11, S. 1 Y. 1981, s. 1-49** (Kısaltılmışı:Tandoğan, BATIDER 1981).
- Tekben, Tuğçe : “Alacaklı Temerrüdünün Hukuki Sonuçları”, **MHAD, C. 22, S. 3, Y. 2016, ss. 2597-2621**.
- Tekinay, Selahattin : **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla
- Tiryaki, Betül : **Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk**, Ankara 2007.
- Trachsel, Heribert : **Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln**, Dissertation der Universität St. Gallen, Bern Stuttgart Wien 2000.
- Trümpy, Daniel : “Abnahme und Genehmigung von Bauwerken”, **Das Private Baurecht des Schweiz**, Hrsg.: Lendi, M./Nef, U. Ch./Trümpy, D., Zürich 1994, ss. 103-117.
- Tschüscher, Klaus : **Die Verjährung der Mängelrechte bei unbeweglichen Bauwerken**, Bern/ Stuttgart/ Wien 1996.
- Tunçomağ, Kenan : **Borçlar Hukuku, II. Cilt Özel Borç İlişkileri**, İstanbul 1977 (Kısaltılmışı:Tunçomağ, Özel)
- Tunçomağ, Kenan : **Türk Borçlar Hukuku, I. Cilt Genel Hükümler**, 6. Bası, İstanbul 1976 (Kısaltılmışı:Tunçomağ, Genel).
- Twerenbold, Thomas : **Der “unverbindliche” Kostenvoranschlag beim Werkvertrag- zur rechtlichen Tragweite von Artikel 375 OR**, St. Gallen 2000.

- Uçar, Ayhan : “İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları”, **AÜEHFD**, C. V, S. 1-4, 2001, ss. 513-553.
- Uluslan, M. İlhan : **İyiniyetli Sebepsiz Zenginleşenin İade Borcunun Sınırlanması Sorunu**, İstanbul 1984.
- Üçer, Mehmet : **Roma Hukukunda ve Karşılaştırmalı Hukukta Alacaklının Temerrüdü**, Ankara 2007.
- Ünal, Akın : “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İşbirliği Yapma Ödevi”, **ERÜHFD**, C. XIV, S. 2, 2019, ss. 441-456.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel : **Şekli Eşya Hukuku**, 7. Baskı, Ankara 2015.
- Ürem, Müge : **Eser Sözleşmesinde Erken Dönme**, İstanbul 2017.
- Vaquer Antoni : “Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common) Principles of European Contract Law”, **Tulane European & Civil Law Forum**, Vol. 17, 2002, ss. 83-112.
- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah : “Öne Alınmış Sözleşmeye Aykırılık Kavramı”, **BÜHFD**, C. 13, S. 169, Eylül 2018, ss. 203-256.
- Voit, Wolfgang : **Kommentar zu §§ 631-651 BGB**, in: H.G. Bamberger/H. Roth/W. Hau/R. Poseck, Beck’scher Online-Kommentar BeckOK BGB, 49. Edition, München 2019 (Kısaltılmışı: Voit, Beck OK BGB).
- Von Bernstorff, Christoph Graf : Einführung in das englische Recht, 5. Aufl., München 2018.
- Von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil**, Zürich 1964 (Kısaltılmışı: Von Büren, OR AT).
- Von Büren, Bruno : **Schweizerisches Obligationenrecht Besonderer Teil (Art. 184-551)**, Zürich 1972 (Kısaltılmışı: Von Büren, OR BT).
- Von Madaı, Carl Otto : **Die Lehre von der Mora: Dargestellt nach Grundsätzen des Römischen Rechts**, Halle 1837.
- Von Schey, Josef : **Begriff und Wesen der Mora Creditoris im österreichischen und im gemeinen Rechte**, Wien 1884.
- Von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

- Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans : **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.
- Wahl, Matthias C. : **Die Haftung des Auftraggebers im Bauwerkvertrag bei verzögerter, unterlassener und fehlerhafter Mitwirkung nach BGB und VOB/B**, Tübingen 2004.
- Wassermann, Rudolf : **Reihe Alternativkommentare, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2: §§ 241-432**, Luchterhand, Neuwied und Darmstadt 1980 (Kürzungsform: Yazar Soyadı, AK BGB).
- Weber, Rolf H. : “Schutzpflichten-Ein Sozialstaatsgedanke?”, **Freiheit und Zwang Festschrift für Hans Giger**, Bern 1989, ss. 735-760 (Kürzungsform: Weber, FS Giger).
- Weber, Rolf H. : **Kommentar zu Art. 97-109 OR, in: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 5. Teilbd. (Die Folgen der Nichterfüllung)**, Bern 2000, (Kürzungsform: Weber, BK OR)
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 4. Teilbd. (Die Erfüllung der Obligationen)**, 2. Aufl., Bern 2005 (Kürzungsform: Weber, BK OR).
- Weber, Rolf H. : **Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI (Das Obligationenrecht), 1. Abteilung (Allgemeine Bestimmungen), 6. Teilbd. (Beziehungen zu dritten Personen)**, Bern 2002 (Kürzungsform: Weber, BK OR).
- Weller, Marc Philippe : **Die Vertragstreue**, Tübingen 2009.
- Wertheimer, Frank : “Gläubigerverzug im System der Leistungsstörungen”, **JuS** 1993, Heft 8, ss. 646-651.
- Werz, Jean-Claude : **Delay in Construction Contracts**, Freiburg 1994.
- Westermann, Harm : **Erman BGB**, B.I, 15. neu bearbeitete Aufl., 2017 (Kürzungsform: Yazar Soyadı, Erman BGB).
- Peter/Grünewald, Barbara/Maier-Reimer,

Georg

- Wieling, Hans Josef : “Venire contra factum proprium und Verschulden gegen sich selbst”, **AcP** 176, H. 4, 1976, ss. 334-355.
- Windscheid, Bernhard : **Lehrbuch des Pandektenrechts**, 6. Aufl., Bd. 2, Frankfurt a.M. 1887.
- Wolff, Carl Wilhelm : **Zur Lehre von der Mora**, Göttingen 1841.
- Yağcıoğlu, Burcu : **Türk ve İsviçre Hukukunda Ceza Koşulu (Cezai Şart)**, Ankara 2019.
- Yakuppur, Sendi : **Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları**, İstanbul 2009.
- Yalçınduran, Türker : **Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri**, Ankara 2000 (Kısaltılmışı: Yalçınduran, Taşeronluk).
- Yalçınduran, Türker : **Vekalet Sözleşmesinde Ücret**, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2007 (Kısaltılmışı: Yalçınduran, Ücret).
- Yavuz, Cevdet : **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul 2014.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak : **Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)**, 16. Baskı, İstanbul 2019.
- Yılmaz, Halil : **Borçların İfasında İhtirazi Kayıt (Çekince) İleri Sürülmesi ve Uygulaması**, 3. Baskı, Ankara 2015.
- Yılmaz, Süleyman : **Sözleşmenin İhlali Halinde Alıcının Hakları**, Ankara 2013.
- Yüce, Melek Bilgin : **Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı**, İstanbul 2015.
- Zeltner, Urs : **Die Mitwirkung des Bauherrn bei der Erstellung des Bauwerkes**, Freiburg 1993.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, K. Emre : **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, 19. Baskı, Ankara 2019.
- Zimmermann, Reinhard : **The Law of Obligations- Roman Foundations of The Civilian Tradition**, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1992 (Kısaltılmışı: Zimmermann, The Law of Obligations).
- Zimmermann, Reinhard/Jansen, Nils : **Commentaries on European Contract Law**, 2018 (Kısaltılmışı: Yazar Soyadı, Commentaries on European

Contract Law).

- Zimmermann, Peter : **Der Geist-Werkvertrag**, Basel und Frankfurt am Main 1984.
- Zitelmann, Ernst : **Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs Bd. 1: Allgemeiner Teil** , Leipzig 1900.

İnternet Kaynakları

<https://hwb-eup2009.mpipriv.de/>, (erişim tarihi: 19.02.2019)

<https://sozluk.gov.tr>, (erişim tarihi: 05.06.2019)

www.swisslex.com, (erişim tarihi: 03.08.2019)

www.lexpera.com, (erişim tarihi: 21.08.2019)

www.kazanci.com, (erişim tarihi: 13.04.2019)

<https://beck-online.beck.de>, (erişim tarihi: 09.12.2019)

<http://dlib-pr.mpier.mpg.de>, (erişim tarihi: 08.09.2019)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Osman Levent ÖZAY
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Söke Hilmi Fırat Anadolu Lisesi, Aydın, 2008
Lisans Diploması	Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Hukuk Bölümü, Ankara, 2012
Yüksek Lisans Diploması	Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı, Antalya, 2014
Tez Konusu	Tarım İşletmelerinin ve Arazilerinin Miras Yoluyla İntikali
Yabancı Diller	Almanca, İngilizce
İŞ DENEYİMİ	
Çalıştığı Kurumlar	Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi (2013-Devam Ediyor)
E-Posta	levent.ozay@hotmail.com