

ESER SÖZLEŞMESİNDE İKAME YOLUYLA İFAYA GİDİLMESİ HALİNDE MASRAFLARIN AVANS OLARAK TALEP EDİLEBİLİRLİĞİ

Whether Expenses Can Be Demanded as Advance Payment in Performance by Substitution in Construction Contracts

S. Hülya İMAMOĞLU*

ÖZ

İkame yoluyla ifa, borçlu tarafından ifa edilmeyen borcun alacaklı tarafından borçlunun yerine gerçekleştirilmesini ifade eder. Esas itibarıyla yapma borçları bakımından söz konusu olan ikame yoluyla ifa, eser sözleşmesinde TBK m. 473/II hükmünde düzenlenmiştir. Ancak eksik ve ayıplı işler bakımından bazı hallerde genel hüküm niteliğindeki TBK m. 113/I hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Uygulanma şartları farklı olmakla birlikte, her iki hükme bağlanan hukuki sonuç aynıdır. Buna göre ikame yoluyla ifa, borçlunun hesabına gerçekleşir. Eser sözleşmesi yönünden bu durum, ikame yoluyla ifanın masraflarının borcunu ifa etmeyen yüklenici tarafından karşılanmasını ifade eder. Bu yönde ikame yoluyla ifaya giden işsahibi, ikame yoluyla ifa gerçekleştikten sonra ortaya çıkan masrafları yükleniciden talep edebilir. Ancak işsahibinin ikame yoluyla ifanın öncesinde masrafları avans olarak talep edebilip edemeyeceği hususunda ilgili hükümlerde açıklık yoktur. Bununla birlikte özellikle hakkaniyet düşüncesinden hareketle, borcunu ifa etmeyen yüklenici karşısında işsahibine masraf avansı talebi tanınmalıdır. Burada işsahibinin ikame yoluyla ifanın finansal yönden güvenceye alınmasındaki menfaati de göz önünde tutulmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İkame yoluyla ifa, eser sözleşmesi, masraf avansı, yapma borcu, hakkaniyet

Makalenin Geliş Tarihi: 31.01.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 22.03.2022.

* Doktor Öğretim Üyesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, e-posta: imamoglu@law.ankara.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6065-6795.

ABSTRACT

Performance by substitution refers to the performance of an obligation not performed by the obligor, by the obligee on behalf of the obligor. Performance by substitution, which is essentially valid for obligations to perform, is regulated in construction contracts in art. 473/II of TCO. Art. 113/I of TCO, which is of a general provision nature, however, can also be applicable in some cases in terms of deficient and defective works. Although the terms of application are different, legal result of both provisions is the same. Accordingly, performance by substitution takes place on the account of the obligor. In terms of construction contracts, this means that the expenses of performance by substitution are covered by the contractor that does not perform its obligation. Client that performs by substitution can claim from the contractor, the expenses incurred after such performance occurs. There is, however, no clarity in the relevant provisions as to whether client can claim the expenses as advance before performance by substitution. However, especially with the consideration of equity, client should be granted a request for expense advance against the contractor that does not perform its obligation. Client's interest in financially securing performance by substitution should also be considered here.

Keywords: Performance by substitution, construction contract, expense advance, obligation to take an action, equity

I. GİRİŞ

Bu çalışmada Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde eser sözleşmesinde ikame yoluyla ifaya gidilmesi halinde, ikame yoluyla ifanın gerektirdiği masrafların avans olarak talep edilebilirliği konusu ele alınmıştır. İkame yoluyla ifa, terim olarak borçlu tarafından ifa edilmeyen borcun alacaklı tarafından borçlunun yerine gerçekleştirilmesini ifade eder¹. Alacaklı, borcu kendisi ifa edebileceği gibi, bir üçüncü kişiye de ifa ettirebilir. Borçlar Kanunu, özel hükümlerin dışında², genel hükümler kısmında TBK m. 113/I

¹ Jörg Schmid, "Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht", Festschrift für Wolfgang Wiegand, Bern 2005, s. 606. Öğretide ikame yoluyla ifa terimi yerine nama ifa terimi de kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. Şirin Aydınçık, Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa, Vedat Yayınları, İstanbul 2013, s. 73 vd.

² TBK m. 473/II ve TBK m. 306/I.

hükmünde ikame yoluyla ifaya yer vermiştir. İkame yoluyla ifa, esas itibarıyla yapma borçlarında, özellikle hizmet sözleşmesinden, eser sözleşmesinden ve vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan işgörme edimleri bakımından söz konusu olur³. Çalışmada konu, uygulamada sık rastlanılması ve mahkeme kararlarında ağırlıklı olarak yer verilmesi sebebiyle, eser sözleşmesi bağlamında incelenmiştir.

Eser sözleşmesinde ikame yoluyla ifa, TBK m. 473/II hükmünde düzenlenmiştir. Ancak eksik ve ayıplı işler bakımından bazı hallerde genel hüküm niteliğindeki TBK m. 113/I hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. Her iki hükmün uygulanma şartları farklıdır, ancak her iki hükme bağlanan hukuki sonuç aynıdır: Buna göre ikame yoluyla ifa, borçlunun hesabına gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle ikame yoluyla ifanın gerektirdiği masraflar, borçlu tarafından karşılanmalıdır. Bu bağlamda alacaklı, ikame yoluyla ifa gerçekleştikten sonra ortaya çıkan masrafları borçludan talep edebilir. Buna karşılık alacaklının ikame yoluyla ifa gerçekleşmeden önce masrafları avans olarak talep edip edemeyeceği bir başka meseledir ve bu husus hakkında sözü edilen hükümlerde bir açıklık yoktur⁴. Alacaklının ikame yoluyla ifanın finansal yönden güvenceye alınmasındaki menfaati açısından masrafları avans olarak talep edebilmesi önemlidir⁵.

Aşağıda önce TBK m. 473/II ve TBK m. 113/I hükümlerinin uygulanma şartları hakkında kısaca bilgi verilecek, daha sonra ikame yoluyla ifanın masraflarının avans olarak talep edilebilirliği üzerinde durulacaktır. Konu, yararlı olacağı düşüncesiyle anılan hükümlerin kaynak İsviçre Borçlar Kanununda karşılığını oluşturan Art. 366 Abs. 2 OR ve Art. 98 Abs. 1 OR hükümlerine ilişkin İsviçre hukukundaki görüş ve tartışmalarla birlikte ele alınmıştır.

³ Schmid, s. 609. Maddi edimler (verme borçları) bakımından ikame yoluyla ifanın mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Schmid, s. 610 vd. İkame yoluyla ifa, kiracının kiralananadaki ayıbın giderilmesine yönelik talebinde olduğu gibi kira sözleşmesinden veya diğer bir sözleşmeden doğan işgörme edimleri bakımından da söz konusu olabilir. Bu konuda bkz. Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 98 N. 4. Ayrıca bkz. TBK m. 306/I.

⁴ Krş. Peter Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2019, N. 871b.

⁵ Krş. BGE 128 III 416, E. 4.2.2.

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE İKAME YOLUYLA İFAYA GİDİLMESİ

A. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde ikame yoluyla ifaya gidilmesi, esas itibarıyla TBK m. 473/II hükmünde düzenlenmiş olmakla birlikte, daha önce de belirtildiği gibi, bazı hallerde TBK m. 113/I hükmünün uygulanması da söz konusu olabilir. TBK m. 113/I hükmüne göre özel hüküm niteliğindeki TBK m. 473/II hükmünde öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, doğrudan ikame yoluyla ifaya gidebilir. Buna karşılık TBK m. 113/I hükmü uyarınca iş sahibinin ikame yoluyla ifaya gidebilmesi için hâkim tarafından bu yönde yetkili kılınması (izin verilmesi) gerekir.

B. TBK m. 473/II Hükmü Uyarınca İkame Yoluyla İfaya Gidilmesi

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

TBK m. 473/II hükmünün amacına göre iş sahibi, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesini, ikame yoluyla ifaya gitmek suretiyle bizzat önleyebilmelidir⁶. Bu yönde iş sahibi, TBK m. 473/II hükmünde öngörülen şartlar altında, hasar ve masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin onarımını veya esere devamı bir üçüncü kişiye vermeye yetkilidir⁷. Ancak ikame yoluyla ifa, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önemli olduğu eserler bakımından söz konusu olmaz⁸.

⁶ Gauch, N. 868; Gaudenz G. Zindel/Bertrand G. Schott, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529, 7. Auflage, Helbing Lichtenhahn Verlag, Basel 2020, Art. 366 N. 31. Öğretide savunulan bir görüşe göre TBK m. 473/II hükmünün amacı, eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan ve iş sahibinin hukuki (kişi veya malvarlığı) değerlerini zedeleyen veya tehlikeye düşüren bir ayıbı gidermek veya böyle bir olası ayıbı önlemektir (Kırş. Alfred Koller, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363- 366 OR, Stämpfli Verlag, Bern 1998, Art. 366 N. 504).

⁷ Gauch, N. 870. İş sahibi, eserin onarımını veya esere devamı bir üçüncü kişiye verebileceği gibi, kendisi de üstlenebilir; burada TBK m. 113/I hükmü, kıyas yoluyla uygulanır (Gauch, N. 891).

⁸ Zindel/Schott, Art. 366 N. 29.

İş sahibinin TBK m. 473/II hükmüne göre ikame yoluyla ifaya gidebilmesi için aranan üç şart vardır⁹: Öncelikle meydana getirileceği sırasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülebilmelidir. TBK m. 473/II hükmünün uygulanması için eserin yapılmasına başlanmış olmakla birlikte henüz tamamlanmamış bulunması gerekir¹⁰. Meydana getirilmesi sırasında eserin ayıplı olacağının açıkça görülmesinden maksat, eserin tamamlandıktan sonra teslimi sırasında ayıplı olacağının kuvvetle muhtemel bulunmasıdır¹¹. Özellikle eserin yapılırken belirli bir aşamada sahip olması gereken bir niteliğinin bulunmaması halinde böyle bir durum söz konusudur¹². Öğretide bazı yazarlara göre TBK m. 473/II hükmü, meydana getirilmesi sırasında eserin oluşumu ile ilgisi olan her türlü sözleşmeye aykırılığı kapsar¹³. Bu yönde örneğin eserin sözleşmeye aykırı bir yöntemle veya caiz olmayan bir alt yüklenici tarafından yapılması da TBK m. 473/II kapsamında değerlendirilir. Buna karşılık bazı yazarlara göre de TBK m. 473/II hükmünde söz konusu olan, eserin ayıplı oluşumudur¹⁴; bu yönde TBK m. 473/II hükmü, eserin meydana getirilmesi sırasındaki bir çeşit ayıptan sorumluluğu düzenlemektedir.

TBK m. 473/II hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidilebilmesi için aranan ikinci şart, yüklenicinin kusurudur. Buna göre eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesi, yüklenicinin kusuruna dayanmalıdır¹⁵. Burada kusur şartı, eserin ayıplı oluşumu söz konusu olduğu

⁹ Gauch, N. 872; Zindel/Schott, Art. 366 N. 31; Fahrettin Aral/Hasan Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2020, s. 396; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 1005; Aydın Zevkliler/K. Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2016, s. 534. Ayrıca bkz. Güler Gümüşsoy Karakurt, Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2017, s. 219 vd.

¹⁰ Gauch, N. 873, N. 874; Aral/Ayrancı, s. 396.

¹¹ Gauch, N. 875.

¹² Gauch, N. 875; Zindel/Schott, Art. 366 N. 32; Aral/Ayrancı, s. 397.

¹³ Gauch, N. 877; krş. Zindel/Schott, Art. 366 N. 33.

¹⁴ Koller, Art. 366 N. 511.

¹⁵ Gauch, N. 879; Zindel/Schott, Art. 366 N. 35; Aral/Ayrancı, s. 397; Yavuz/Acar/Özen, s. 1006; Zevkliler/Gökyayla, s. 534. Yüklenicinin TBK m. 116 uyarınca sorumlu olduğu yardımcı kişinin eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesine yol açan davranışı, yüklenicinin kusuruna eş tutulur (Gauch, N. 879).

ölçüde geniş bir anlamda anlaşılır¹⁶. Böyle bir halde ayıbın doğmasında iş sahibinin TBK m. 476 anlamında kendi kusurunun bulunmaması yeterlidir.

Nihayet iş sahibi, TBK m. 473/II hükmüne göre ikame yoluyla ifaya gidebilmek için yükleniciye eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesini önlemek üzere gereğini yapması (örneğin halihazırda ortaya çıkmış bulunan bir ayıbı gidermesi veya olası bir ayıbı engellemesi) için uygun bir süre vermeli¹⁷ ve süre verirken gereği yapılmadığı takdirde ikame yoluyla ifayı ihtar etmelidir^{18 19}.

İş sahibi, süre yüklenici tarafından gerekli tedbir alınmaksızın geçirildikten sonra ikame yoluyla ifa hakkına sahiptir²⁰. İş sahibinin, TBK m. 113/I hükmünden farklı olarak, ikame yoluyla ifa için hâkim tarafından yetkili kılınmasına gerek yoktur^{21 22}. Öğretide savunulan bir görüşe göre iş sahibinin

¹⁶ Zindel/Schott, Art. 366 N. 35; Gauch, N. 880. Koller'e göre TBK m. 473/II hükmüyle teknik anlamda kusur kastedilmiş değildir. Burada kusur, sözleşmeye aykırılık (eserin ayıplı meydana getirilmesi, dar anlamda kötü ifa) anlamındadır (Alfred Koller, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Dike Verlag, Zürich 2015, N. 401). Bühler'e göre ise TBK m. 473/II hükmünde öngörülen kusur, sadece eserin (ayıp dışında) sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesine ilişkin olup, ayıplı olarak meydana getirilmesine ilişkin değildir (Krş. Theodor Bühler, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR, Schulthess Verlag, Zürich 1998, Art. 366 N. 65).

¹⁷ Süre, iş sahibi tarafından veya mahkeme aracılığıyla verilebilir (Gauch, N. 883; Zevkliler/Gökyayla, s. 535). Süre, normalde tecrübeli bir yüklenici için mevcut şartlar altında gerekli tedbiri almak için yeterli ise uygun kabul edilir (Gauch, N. 884).

¹⁸ Zindel/Schott, Art. 366 N. 36; Gauch, N. 882; Aral/Ayrancı, s. 398; Yavuz/Acar/Özen, s. 1006; Zevkliler/Gökyayla, s. 535.

¹⁹ Ancak yüklenicinin içinde bulunduğu durumdan veya tutumundan (örneğin yeteneksizliği veya eseri sözleşmeye uygun yapmayı kesin olarak reddetmesi sebebiyle) süre verilmesinin etkisiz olacağı anlaşılıyorsa hem süre verilmeyebilir hem de ikame yoluyla ifa ihtarında bulunulmayabilir (TBK m. 124/b. 1) (Zindel/Schott, Art. 366 N. 36; Gauch, N. 892a; ayrıca bkz. Aral/Ayrancı, s. 398; Zevkliler/Gökyayla, s. 535; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 7. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 2155).

²⁰ Gauch, N. 883.

²¹ Zindel/Schott, Art. 366 N. 37; Gauch, N. 887.

²² TBK m. 113/I hükmünden farklı olarak TBK m. 473/II hükmünün ikame yoluyla ifa için hâkimin iznini aramaması, TBK m. 473/II hükmünün amacıyla açıklanır. İş sahibinin eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesini önleyebilmesi için önce izin (yetki) almak üzere hâkime başvurmak zorunda kalmaksızın hızlı hareket edebilmesi gerekir (Krş. Gauch, N. 887; Aral/Ayrancı, s. 398). Öğretide TBK m. 473/II hükmünün, eserin meydana getirilmesi sırasındaki bir çeşit ayıptan sorumluluğu düzenlediğini savunan görüşe göre TBK m. 473/II hükmüyle hâkimin izni olmaksızın ikame yoluyla ifaya gidilmesinin dayandığı düşünce şudur: Eserdeki her ayıp için söz konusu olmasa da eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan bir ayıbın giderilmesi veya olası bir ayıbın önlenmesi çoğu

ikame yoluyla ifaya gidebilmesi için yüklenicinin ediminden vazgeçmesi gerekir²³. Diğer bir ifadeyle işsahibi, verilen süre kullanılmaksızın geçirildikten sonra eserin yüklenici tarafından onarılmasından veya esere yüklenici tarafından devam edilmesinden kesin olarak vazgeçmelidir. Anılan görüşe göre edimden vazgeçmeden ikame yoluyla ifa olmaz²⁴. İşsahibi, bir üçüncü kişiyi ikame yoluyla ifayla görevlendirip, aynı zamanda yüklenicinin ediminde ısrar edemez; bu yönde örneğin ikame yoluyla ifanın başarısızlığa uğraması halinde tekrar yükleniciye başvuramaz. Yüklenicinin edimi, artık ikame yoluyla ifanın masraflarını karşılamaktan ibarettir. İsviçre Federal Mahkemesi de konuya ilişkin kararlarında bu görüşü benimsemiş görünmektedir²⁵. Ancak anılan görüş, öğretilerde bazı yazarlarca eleştirilmiştir²⁶. Şöyle ki ikame yoluyla ifa, ifa ikamesi olarak, işsahibinin ifa talebinin bir çeşit zorla yerine getirilmesine hizmet eder. Dolayısıyla ikame yoluyla ifa, işsahibinin ifa talebi var olduğu sürece ve ölçüde başvurulabilen bir tedbir niteliğindedir. Bu sebeple işsahibinin yüklenicinin ediminden vazgeçmesi, ikame yoluyla ifayı temelinden (aynen ifa talebinden) yoksun kılar²⁷. Buna göre yüklenicinin aynen ifa borcu, işsahibinin ikame yoluyla ifayı üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirmeye çalıştığı sürece ertelenmiş sayılmalıdır. Burada işsahibi, ikame yoluyla ifa başarısızlığa uğradığı takdirde, yükleniciye karşı diğer icra tedbirlerine başvurabilir²⁸.

Öğretilerde meydana getirilmesi sırasında eserde bir ayıbın ortaya çıkması halinde ikame yoluyla ifaya sadece onarım işleri için gidilebileceği ifade edilmektedir²⁹. Ancak bu suretle eserin gereği gibi ve zamanında yapılması tehlikeye düştüğü takdirde eserin devamı için de ikame yoluyla ifa mümkündür³⁰.

kez acildir; zira ayıp, örneğin su geçiren bir çatıda olduğu gibi, işsahibinin diğer hukuki varlıklarını zedelemektedir veya tehlikeye düşürmektedir (Koller, Art. 366 N. 504, N. 505).

²³ Koller, Art. 366 N. 10, 470, 494, 595 vd.; Werkvertrag, N. 391; Fatih Gündoğdu, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2), On İki Levha Yayınları, İstanbul 2019, s. 181 vd.

²⁴ Koller, Art. 366 N. 10.

²⁵ BGE 126 III 230 E. 7a/aa; BGE 142 III 321 E. 4.4.2.

²⁶ Jörg Schmid, "Ersatzvornahme: Voraussetzungen, Vorschuss, Durchführung", Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2017, Freiburg 2017, s. 128; Gauch, N. 886a.

²⁷ Schmid, 2017, s. 128; Gauch, N. 886a.

²⁸ Schmid, 2017, s. 128; Schmid, s. 618.

²⁹ Gauch, N. 889; Zindel/Schott, Art. 366 N. 38; Bühler, Art. 366 N. 71.

³⁰ Diğer taraftan öğretilerde TBK m. 473/II hükmünde açıkça düzenlenmemiş olmakla birlikte, meydana getirilmesi sırasında eserde yüklenicinin gidermek zorunda olmadığı bir ayıbın ortaya çıkması halinde (örneğin ayıbı giderme masraflarının aşırı olması veya eserde ortaya

İşşahibi, ikame yoluyla ifa hakkını kullanırsa, yüklenici karşısında ikame yoluyla ifanın masraflarının karşılanmasına yönelik bir talep elde eder; diğer bir ifadeyle yüklenici, ikame yoluyla ifanın masraflarını işşahibine ödemekle yükümlenir³¹ ³². Diğer taraftan ikame yoluyla ifanın hasarı da yükleniciye aittir. Buna göre ikame yoluyla ifa sonucu, kısmen veya tamamen gerçekleşmezse dahi yüklenici, masrafları karşılamakla yükümlüdür³³. Ancak sonucun başarısızlığından işşahibi sorumlu tutulmamalıdır³⁴.

TBK m. 473/II hükmü, daha önce de belirtildiği gibi, eserin tesliminden önceki aşamaya ilişkin bir hüküm olup, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana gelmesini önlemeye yönelmiştir. Bununla birlikte anılan hükmün eserin tesliminden sonra ortaya çıkan ayıpların giderilmesi yönünden de kıyas yoluyla uygulanabileceği İsviçre Federal Mahkemesi ve öğretide bazı yazarlar tarafından kabul edilmektedir³⁵. Buna göre ayıplı bir eserin teslimi halinde işşahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanması üzerine yüklenici ayıbın giderilmesinde temerrüde düştüğü ve kendisine verilen ek süreyi kullanmaksızın geçirdiği takdirde işşahibi, hâkim tarafından izin (yetki) verilmesine gerek olmadan, ikame yoluyla ifaya gidebilir³⁶.

C. TBK m. 113/I Hükmü Uyarınca İkame Yoluyla İfaya Gidilmesi

Borçlar Kanununun genel hükümler kısmında yer alan TBK m. 113/I hükmü, şu düzenlemeyi içermektedir: “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi

çıkın ayıba işşahibinin kendi kusuruyla sebep olması durumunda) ikame yoluyla ifaya gidilemeyeceği ifade edilmiştir (TBK m. 475/I, b. 3 kıyas yoluyla; TBK m. 476; Zindel/Schott, Art. 366 N. 30; Gauch, N. 2426- 2428).

³¹ Gauch, N. 870.

³² Buna karşılık işşahibinin yüklenici karşısında eser sözleşmesinden kaynaklanan bedel ödeme yükümü, eser yüklenici tarafından onarılmış veya devam ettirilmiş gibi aynı kapsamda var olmaya devam eder (Gauch, N. 870).

³³ Gauch, N. 870.

³⁴ İşşahibi, ikame yoluyla ifayı gerçekleştirecek yükleniciyi seçmede veya ona talimat vermede özensiz davranmış olabilir. Böyle bir halde işşahibi, ikame yoluyla ifanın başarısızlıkla sonuçlanmasından sorumlu olur (Gauch, N. 870).

³⁵ BGE 107 II 50 E. 3; BGE 136 III 273 E. 2.4 = Pra 99 (2010) Nr. 129; 141 III 257 E. 3.3; Koller, Art. 366 N. 621; Roger Brändli, Die Nachbesserung im Werkvertrag, Dike Verlag, Zürich 2007, N. 886 vd. Ayıbın giderilmesinin acil olduğu hallerle sınırlı olarak uygulanması yönünde Gauch, N. 1822; Zindel/Schott, Art. 366 N. 28.

³⁶ BGE 107 II 50 E. 3; krş. Koller, Art. 366 N. 623 vd. TBK m. 473/II hükmünün bir temerrüt hükmü olmadığına işaret eden Gauch, kıyas yoluyla uygulamada da TBK m. 473/II'deki süre ve ihtar şartına uyulması gerektiğini ifade etmektedir (Gauch, N. 1826, N. 1828).

veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.” TBK m. 113/I hükmünde ifade edilmiş olmamakla birlikte, ikame yoluyla ifa, TBK m. 473/II hükmünde öngörüldüğü gibi, aynı zamanda borçlunun hasarına gerçekleşir³⁷. Bu bakımdan borçlu, ikame yoluyla ifanın gerektirdiği masrafları, ifa sonucu gerçekleşmezse dahi karşılamak zorundadır; ancak burada da alacaklı, ifa sonucunun başarısızlığından sorumlu tutulmamalıdır^{38 39}. TBK m. 113/I hükmünde⁴⁰

³⁷ Schmid, s. 626; Wiegand, Art. 98 N. 7; Rolf H. Weber/Susan Emmenegger, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97- 109 OR, 2. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2020, Art. 98 N. 95; Peter Gauch, “Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung- Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts”, recht, (1), 1987, s. 26, dn. 14; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II, Schulthess Verlag, Zürich 1974, s. 91.

³⁸ Schmid, 2017, s. 125.

³⁹ TBK m. 113/I hükmü, alacaklının borçludan tazminat isteme hakkını saklı tutmuştur. Buna göre alacaklı, borçlunun kusurlu olması halinde ifa etmeden doğan ve ikame yoluyla ifaya rağmen giderilmeyen zararının karşılanmasını genel hükümler uyarınca (TBK m. 112, 118, 125/I) isteyebilir. Bu konuda bkz. Schmid, s. 625- 626; von Tuhr/Escher, s. 92.

⁴⁰ TBK m. 113/I hükmünün maddi hukuka ilişkin bir ifa kuralı mı olduğu, yoksa usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı mı olduğu öğretide tartışmalıdır. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. S. Hülya İmamoğlu, “Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 113/I Hükmünün Hukuki Niteliği Ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (2), 2021, s. 811 vd. Anılan görüşlerin arasındaki temel fark, ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkim tarafından alacaklıya izin verilmesinden önce borçlunun ediminin bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olmasının gerekip gerekmediğidir. TBK m. 113/I hükmünün maddi hukuka ilişkin bir ifa kuralı olduğunu savunan görüşe göre alacaklı, doğrudan TBK m. 113/I hükmüne dayanarak ikame yoluyla ifaya izin verilmesi için hâkime başvurabilir. Bu yönde borçlunun ediminin önceden bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olmasına gerek yoktur. Alacaklının ikame yoluyla ifaya yetkili kılınması, ifa talebinin sonucudur (Walter Fellmann, “Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR- “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”, recht, (4), 1993, s. 116 vd.; konu hakkında İmamoğlu, s. 811 vd.). TBK m. 113/I hükmünün usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı olduğunu savunan görüşe göre ise TBK m. 113/I hükmü çerçevesinde ikame yoluyla ifa suretiyle yapma borcunun bir çeşit zorla yerine getirilmesi sağlanır. Bu görüşe göre de ikame yoluyla ifa hakkı, alacağın bir sonucudur. Ancak ifa davası açılmak suretiyle borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmü alınmadan ikame yoluyla ifaya gidilmesi yerinde değildir. Zira ikame yoluyla ifa için hâkim tarafından verilen yetki ile alacaklı, borçlanılan edimi masrafı (ve hasarı) borçluya ait olmak üzere yerine getirme imkânını elde eder. Dolayısıyla borçlu bakımından bu kadar önemli sonuçlar doğuran yetkinin verilebilmesi için borçlunun edim yükümünün bir mahkeme kararıyla hüküm altına alınmış olması gerekir. Diğer taraftan TBK m. 113/I hükmü, alacaklının ikame yoluyla ifaya başvurmasını ne borçludan talepte bulunulmasına ne de borçlunun temerrüdüne bağlı tutmuştur. Bu yüzden Kanunun borçluyu ifaya mahkûm eden bir edim hükmünün alınmış olmasını şart kıldığı kabul edilmelidir (Schmid, 2017, s. 128; Gauch, 1987, s. 26 vd.; von Tuhr/Escher, s. 90 vd.; konu hakkında İmamoğlu, s. 814 vd.). İsviçre Federal Mahkemesi,

ikame yoluyla ifaya gidebilmek için TBK m. 473/II hükmünde aranan süre ve ihtar şartına yer verilmemiştir; buna karşılık TBK m. 113/I hükmü, ikame yoluyla ifaya hâkim tarafından izin (yetki) verilmesi şartını getirmiştir^{41 42}.

TBK m. 113/I hükmü uyarınca yapma borcu, TBK m. 473/II hükmünde olduğu gibi, borçlunun dışında başkası tarafından da ifa edilebilir nitelikte olmalıdır⁴³. Bu bakımdan borçlunun kişiliğine bağlı edimlerin yerine getirilmesi için ikame yoluyla ifaya başvurulamaz⁴⁴.

TBK m. 113/I hükmünün uygulanabilmesi için yapma borcunun muaccel olmasına rağmen borçlu tarafından ifa edilmemiş olması gerekir⁴⁵. Burada alacaklının borçludan ifayı talep etmesi veya borçluyu temerrüde düşürmesi ya da TBK m. 123 uyarınca borçluya ek süre vermesi aranmamıştır⁴⁶. Diğer taraftan TBK m. 113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için yapma borcunun ifasının objektif olarak mümkün olması da gerekir⁴⁷. Zira ikame yoluyla ifa hakkı, ifa talebinin yerine getirilmesine hizmet eder⁴⁸. İfa talebinin mevcut olmadığı yerde ikame yoluyla ifaya gidilemez⁴⁹. Dolayısıyla

TBK m. 113/I hükmünün usul hukukuna ilişkin bir icra kuralı olduğu yönündeki görüşü ikna edici bulmuştur (BGE 142 III 321 E. 4.4.2). Yargıtay'a göre TBK m. 113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifa (nama ifa), TBK m. 125/I kapsamında aynen ifa niteliğindedir (Y. 23. HD, E. 2016/6308, K. 2017/967, K. T. 28.03.2017; www.legalbank.net, erişim tarihi 19.01.2022). Türk hukukunda TBK m. 113/I hükmü değerlendirilirken İİK m. 30 hükmü de dikkate alınmalıdır. Konu hakkında İmamoğlu, s. 820 vd.

⁴¹ BGE 142 III 321 E. 4.4.2; Schmid, 2017, s. 120 vd.

⁴² TBK m. 113/I hükmünde ikame yoluyla ifaya izin (yetki) kararının hangi makam tarafından verileceği belirtilmemiş olmakla birlikte, öğretide iznin (yetkinin) prensipte hâkim tarafından verilmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, N. 3240; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. Bası, Turhan Yayınları, Ankara 2019, s. 810; Selâhattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Halûk Burcuoğlu/Atillâ Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Yayınları, İstanbul 1993, s. 922- 923; Aydınçık, s. 216; İmamoğlu, s. 820.

⁴³ Schmid, 2017, s. 120; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Susan Emmenegger, OR AT Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 11. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2020, N. 2511; Weber/Emmenegger, Art. 98 N. 86; Wiegand, Art. 98 N. 4; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2017, N. 44.33; Eren, N. 3243; İmamoğlu, s. 818.

⁴⁴ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2511; von Tuhr/Escher, s. 92; Eren, N. 3243.

⁴⁵ Schmid, 2017, s. 119; İmamoğlu, s. 818.

⁴⁶ Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2512; Weber/Emmenegger, Art. 98 N. 90; von Tuhr/Escher, s. 90- 91; Wiegand, Art. 98 N. 5; İmamoğlu, s. 818.

⁴⁷ Schmid, 2017, s. 120.

⁴⁸ Krş. Gauch, 1987, s. 26; İmamoğlu, s. 818.

⁴⁹ Schmid, 2017, s. 120.

ifa talebinin konusunu oluşturan yapma borcu, sonraki objektif imkânsızlık sebebiyle sona ermiş olmamalıdır^{50 51}.

TBK m. 113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya gidebilmek için borçlunun ifa etmemede kusurlu olması aranmamıştır⁵².

TBK m. 113/I hükmü, daha önce de ifade edildiği gibi, ikame yoluyla ifaya hâkim tarafından izin (yetki) verilmesi şartını getirmiştir. Hâkim tarafından verilen izinle alacaklı, borçlanılan edimi masrafı ve (hasarı) borçluya ait olmak üzere kendisi veya bir üçüncü kişi aracılığıyla ifa etme hakkını elde eder⁵³.

TBK m. 113/I hükmünün eser sözleşmesinde uygulanması, özellikle eksik ve ayıplı işler bakımından söz konusu olabilir. Eksik iş, eserin tamamlanmamış olmasıyla ilgilidir⁵⁴. İlke olarak eserin teslim edilebilmesi için tamamlanmış olması gerekir^{55 56}. Eserin tamamlanmış olması, sözleşmeyle kararlaştırılan bütün işlerin yapılmış olmasını ifade eder⁵⁷. Eser tamamlanmamış olduğu sürece ilke olarak teslim edilemez ve işsahibi, eksik

⁵⁰ Schmid, 2017, s. 120. Sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifaya gidilip gidilemeyeceği, kabul edilen imkânsızlık görüşüne bağlı olarak farklı sonuç verir. Sübjektif imkânsızlığı objektif imkânsızlık ile bir tutan baskın imkânsızlık görüşü çerçevesinde sübjektif imkânsızlık halinde ikame yoluyla ifaya yer yoktur. Ancak sübjektif imkânsızlık, borcu sona erdiren bir imkânsızlık hali olarak kabul edilmediği takdirde ikame yoluyla ifa mümkündür. Konu hakkında bkz. Gauch, 1987, s. 27- 28; Weber/Emmenegger, Art. 98 N. 88; Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 2573, N. 2575; İmamoğlu, s. 819.

⁵¹ Koller'e göre TBK m. 113/I hükmünün uygulanabilmesi için alacaklı, TBK m. 125/II hükmü uyarınca borcun ifasından vazgeçmiş olmalıdır. İkame yoluyla ifa, ancak bu halde mümkündür (Koller, N. 44.43; İmamoğlu, s. 814).

⁵² Schmid, 2017, s. 119- 120; Gauch, 1987, s. 26; Gauch, N. 879, dn. 692; Wiegand, Art. 98 N. 5; von Tuhr/Escher, s. 91- 92; Koller, N. 44.37; Eren, N. 3240; İmamoğlu, s. 819.

⁵³ Weber/Emmenegger, Art. 98 N. 92; İmamoğlu, s. 819.

⁵⁴ Eksik iş kavramı konusunda bkz. Cevdet Salih Şahin, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Yayınları, İstanbul 2014, s. 37 vd.

⁵⁵ Gauch, N. 101, N. 103; Zindel/Schott, Art. 367 N. 3.

⁵⁶ Ancak eser tamamlanmamış olmasına rağmen, münferit halde (örneğin ifa amacıyla sunulan böyle bir eserin işsahibi tarafından bedelinin ödenmesi veya kullanılması gibi) dürüstlük kuralı gereği, teslim edilmiş sayılabilir (Zindel/Schott, Art. 367 N. 3; Gauch, N. 104; Zarife Şenocak, Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Yayınları, Ankara 2002, s. 89). Böyle bir halde, aksi yönde görüşler bulunmakla birlikte, eksik iş, eserdeki ayıp gibi işlem görür ve yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin kurallar uygulanır (Krş. Gauch, N. 105). Öğretide savunulan daha yeni bir görüşe göre prensipte tamamlanmamış eserlerin de teslimi mümkün olmalıdır; bu görüş uyarınca eserdeki eksiklik yönünden ayıptan doğan sorumluluk hakkındaki hükümler uygulanır (Koller, Art. 363 N. 315, N. 373; Şenocak, s. 90).

⁵⁷ Krş. Zindel/Schott, Art. 367 N. 3; Şenocak, s. 88.

işlerin yapılmasını talep edebilir. Burada yüklenici tarafından eksik işlerin yapılmaması halinde, işsahibi, TBK m. 113/I hükmü uyarınca hâkimden eksik işi gerçekleştirmek üzere masrafı yükleniciye ait olmak üzere ikame yoluyla ifaya izin (yetki) verilmesini isteyebilir⁵⁸. İşsahibinin yükleniciyi eseri teslimde temerrüde düşürüp aynen ifayı talep etmesi halinde de TBK m. 113/I hükmünün uygulanması mümkündür⁵⁹.

Eserin ayıplı teslimi halinde de TBK m. 113/I hükmü uygulanabilir. Şöyle ki burada işsahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkını kullanması üzerine yüklenici, ayıbı giderme borcunu yerine getirmediği takdirde işsahibi, TBK m. 113/I hükmü uyarınca hâkimden izin alarak ikame yoluyla ayıbı giderme borcunun yerine getirilmesini sağlayabilir⁶⁰.

III. İKAME YOLUYLA İFANIN GEREKTİRDİĞİ MASRAFLARIN KARŞILANMASI TALEBİ

A. Masrafların Karşılanması Talebinin Hukuki Niteliği

İşsahibi, ikame yoluyla ifa için ilgili hükümlerde (TBK m. 473/II / TBK m. 113/I) öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, yüklenicinin yerine getirmediği edimi, masrafları (ve hasarı) yükleniciye ait olmak üzere ifa etme hakkını elde eder⁶¹. Buna göre ikame yoluyla ifaya giden işsahibi, ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesi için yapılan masrafların karşılanmasını yükleniciden isteyebilir.

Masrafların karşılanması talebi, ikame yoluyla ifanın gerektirdiği harcamaların yüklenici tarafından giderilmesine yönelik olup, ifa etmemeden

⁵⁸ Gauch, N. 1447; krş. Şenocak, s. 88.

⁵⁹ Krş. Gauch, N. 660.

⁶⁰ Gauch, N. 1803- 1804, N. 1805 vd. Ancak daha önce de belirtildiği gibi, ayıplı olarak teslim edilen eser yönünden ayıbın giderilmesini isteme hakkının kullanılması üzerine ayıbı giderme borcunun yerine getirilmemesi halinde Federal Mahkeme tarafından ve öğretilde ağırlıklı olarak TBK m. 473/II hükmünün kıyas yoluyla uygulanması savunulmaktadır. Bu suretle hâkimin izin vermesine gerek kalmaksızın ikame yoluyla ifaya gidilebilir. Bu konuda bkz. BGE 107 II 50 E. 3; BGE 136 III 273 E. 2.4 = Pra 99 (2010) Nr. 129; 141 III 257 E. 3.3; Brändli, N. 886 vd.; Bühler, Art. 368 N. 151; Roland Hürlimann/Thomas Siegenthaler, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2016, Art. 366 N. 12; Koller, Art. 366 N. 621 vd.; Martha Niquille- Eberle, "Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten", Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht, St. Gallen 2004, N. 7.

⁶¹ Krş. Brändli, N. 901, N. 902.

doğan zararın tazminine yönelik tazminat talebi niteliğinde değildir⁶². Zira ikame yoluyla ifa, iş sahibinin ifa talebinin aynen gerçekleştirilmesine hizmet eder, bu yönde ikame yoluyla ifanın masrafları da aynen ifanın gerçekleştirilmesinin aracını oluşturur⁶³. Bu bakımdan ikame yoluyla ifanın gerektirdiği masraf alacağının, asli edimin yerine geçen tali nitelikteki tazminat alacağı ile ilgisi yoktur⁶⁴. Öğretide iş sahibinin ikame yoluyla ifaya gidebilmek için yüklenicinin (yerine getirmediği) ediminden vazgeçmesi gerektiğini savunan görüş çerçevesinde de masrafların karşılanması talebi, harcamaların giderilmesine yöneliktir⁶⁵. Zira vazgeçmeyle birlikte yüklenicinin başlangıçtaki edim yükümü, artık ikame yoluyla ifanın masraflarını karşılama yükümüne dönüşür⁶⁶. Dolayısıyla masrafların karşılanması talebi, değiştirilmiş bir ifa talebi olup, ifa etmemeden doğan talep değildir; bu yüzden tazminat talebi de değildir⁶⁷.

B. Karşılanaası Gereken Masrafların Belirlenmesi

Masrafların karşılanması talebi, esas itibarıyla ikame yoluyla ifanın fiilen gerçekleştirilmesini veya en azından bu yönde girişimde bulunulmasını gerektirir⁶⁸. Diğer taraftan yüklenicinin masrafları karşılama yükümünün kapsamı da kural olarak ikame yoluyla ifanın fiilen gerçekleştirilmesinden sonra belirlenir⁶⁹. Bu bakımdan ikame yoluyla ifanın masrafları, sonradan yükleniciden talep edilmek üzere geçici olarak iş sahibi tarafından karşılanır⁷⁰. Öğretide masrafların varlığına ve miktarına ilişkin ispat yükünün prensipte iş sahibinde olduğu ifade edilmektedir⁷¹.

İş sahibi, ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesi için dürüstlük kuralına uygun biçimde gereksiz harcamadan kaçınarak makul ve ekonomik davranan kişi olarak yaptığı bütün masrafların karşılanmasını isteyebilir⁷². Bununla birlikte öğretide makul ve ekonomik davranışın değerlendirilmesinde

⁶² Gauch, N. 871, N. 1809; Schmid, s. 619- 620; Schmid, 2017, s. 123; Koller, Werkvertrag, N. 436; Koller, N. 44.43.

⁶³ Schmid, s. 620.

⁶⁴ Krş. Schmid, s. 620.

⁶⁵ Koller, Werkvertrag, N. 436.

⁶⁶ Krş. BGE 142 III 321 E. 4.4.2.

⁶⁷ Koller, Werkvertrag, N. 436; ayrıca bkz. BGE 141 III 257 E. 3.3; Aydınçık, s. 267.

⁶⁸ Schmid, 2017, s. 124.

⁶⁹ Schmid, s. 621.

⁷⁰ Schmid, 2017, s. 124.

⁷¹ Gauch, N. 1809; Aydınçık, s. 269.

⁷² Schmid, 2017, s. 124; Gauch, N. 871; krş. Aydınçık, s. 270.

iş sahibine belirli bir takdir alanının tanınması gerektiğine işaret edilmektedir⁷³. Bu yönde iş sahibi, ikame yoluyla ifayı üçüncü kişi aracılığıyla gerçekleştirmek istediği takdirde, daha ucuza mâl olacak bir üçüncü kişi yerine güvendiği bir üçüncü kişiyi seçebilir⁷⁴. Aynı şekilde iş sahibi, ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesi sırasında doğrudan en ucuz yöntemi seçmek zorunda değildir⁷⁵. Ancak iş sahibi, yüklenicinin hesabına lüks davranamaz⁷⁶. Buna göre çok pahalı bir yöntemi seçen iş sahibi, ikame yoluyla ifanın masraflarına katılmak zorundadır⁷⁷. İkame yoluyla ifanın üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi halinde ana masraf kalemini, iş sahibinin üçüncü kişiye ödeyeceği bedel oluşturur⁷⁸. Bu bağlamda daha fazla masraf riski, yüklenicinin hesabına gerçekleşir⁷⁹. Özellikle iş sahibinin özenle seçmesine rağmen, ikame yoluyla ifayı gerçekleştiren üçüncü kişinin çok pahalı iş görmesi ve idaresiz tutumu halinde, bunun riskini yüklenici taşır⁸⁰. İkame yoluyla ifa, iş sahibi tarafından da gerçekleştirilebilir. Bu halde öğretide savunulan bir görüşe göre iş sahibinin iş görme edimi de masrafların hesabında göz önünde bulundurulmalıdır^{81 82}. Diğer taraftan ikame yoluyla ifa için gerekli olduğu takdirde bir uzmandan görüş alınması halinde danışma giderleri de masraf kapsamında değerlendirilir^{83 84}.

⁷³ Krş. Gauch, N. 871; Brändli, N. 905.

⁷⁴ Gauch, N. 871, N. 1812.

⁷⁵ Gauch, N. 1812; Koller, Werkvertrag, N. 440.

⁷⁶ Koller, Werkvertrag, N. 440; Brändli, N. 905; Gauch, N. 1812.

⁷⁷ Koller, Werkvertrag, N. 440.

⁷⁸ Jürg Niklaus, Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Paul Haupt Verlag, Bern 1999, N. 1.84, N. 3.18; Gauch, N. 871. Koller'e göre masrafların karşılanmasına yönelik talep, iş sahibinin üçüncü kişiye ödemek zorunda olduğu eser bedeliyle sınırlıdır (Art. 366 N. 555; ayrıca bkz. Koller, Werkvertrag, N. 437). Türk hukukunda bu yönde Şenocak, s. 205.

⁷⁹ Krş. Gauch, N. 1814, N. 871; Bühler, Art. 366 N. 73; ayrıca bkz. Gündoğdu, s. 279.

⁸⁰ Gauch, N. 1814.

⁸¹ Gauch, N. 1811; Brändli, N. 907; Gündoğdu, s. 281; aksi yönde Koller, Art. 366 N. 617; Aydınçık, s. 277.

⁸² İş kendisi yapan, örneğin ayıbı bizzat gideren iş sahibi için takdir edilecek bedelin belirlenmesinde, iş sahibinin gerçekleştirdiği iş görme edimi için bir işçiye ödenmesi gereken ücret, tutamak noktası olarak kabul edilir (Brändli, N. 907; ayrıca bkz. Gauch, N. 1811).

⁸³ Gauch, N. 871.

⁸⁴ İkame yoluyla ifanın iş sahibine sağladığı avantajlar (örneğin eserdeki bir değer artışı), masraflardan indirilir (Niklaus, N. 3.27; Koller, Werkvertrag, N. 442). Ayrıca edim başlangıçta yüklenici tarafından borca uygun ifa edilseydi bile, zaten iş sahibinin karşılamak zorunda olduğu masraflar, ikame yoluyla ifanın masraflarından indirilir (Niklaus, N. 3.20; Koller, Art. 366 N. 563). Diğer taraftan iş sahibinin TBK m. 473/II anlamında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı oluşumunda ortak kusuru veya ikame yoluyla ifanın başarısızlığa

C. Masraf Avansı Talebi

1. Masraf Avansının Talep Edilebilirliği

İkame yoluyla ifa fiilen gerçekleştirilmeden önce, ikame yoluyla ifanın beklenen masraflarının avans olarak talep edilip edilemeyeceği hususunda TBK m. 473/II ve TBK m. 113/I hükümlerinde açıklık yoktur⁸⁵. Anılan hükümlerde sadece ikame yoluyla ifanın, borçlunun hesabına gerçekleşeceği öngörülmüştür. Öğretide bundan masrafların, sadece ikame yoluyla ifanın sonrasında ödenebileceği düşüncesine varılmasının isabetli olmadığı ifade edilmiştir⁸⁶. Bilakis masraf avansına yönelik bir talep, hem TBK m. 473/II hem de TBK m. 113/I yönünden kabul edilmelidir⁸⁷. İş sahibinin ikame yoluyla ifanın masraflarını önceden karşılamak zorunda kalmaması, hakkaniyetin gereğidir⁸⁸. Zira her şeyden önce borcunu ifa etmeyen taraf, yüklenicidir⁸⁹. Keza dürüstlük kuralına göre iş sahibinden, sözleşmeye bağlı kalmayan yüklenicinin borçlandığı işi, kendi imkânlarıyla önceden finanse etmesi beklenemez⁹⁰. Diğer taraftan masraf avansı talebi, iş sahibine, yüklenicinin ödeme gücünü kontrol etme imkânını verir⁹¹. Bu yönde iş sahibi, yüklenicinin ödeme gücünün olmaması halinde borçlunun temerrüdü hükümlerine göre hareket edebilir, örneğin sözleşmeden dönebilir⁹².

İsviçre Federal Mahkemesi, ilk kez 2002 yılında, eser sözleşmesiyle ilgili bir kararında yüklenicinin avans ödeme yükümünü ilke olarak kabul etmiştir⁹³. Federal Mahkeme, anılan kararında avans ödeme yükümünü, başlıca üç sebeple gerekçelendirmiştir⁹⁴: İlk olarak literatürde isabetle tespit edildiği gibi, ikame yoluyla ifanın önceden finanse edilmesi, dürüstlük

uğramasında ortak sorumluluğu bulunuyorsa, ikame yoluyla ifanın masraflarına katılması gerekir (Koller, *Werkvertrag*, N. 442; Brändli, N. 908; Gündoğdu, s. 280).

⁸⁵ Krş. Koller, Art. 366 N. 571; Luca Angstmann/ Hans Caspar von der Crone, "Ersatzvornahme nach Art. 98 OR", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2016, s. 427; Schmid, s. 621.

⁸⁶ TBK m. 473/II yönünden Koller, Art. 366 N. 571.

⁸⁷ Koller, Art. 366 N. 571.

⁸⁸ Koller, Art. 366 N. 571; Brändli, N. 911; Schmid, 2017, s. 124; ayrıca bkz. Alfred Koller, "Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme", *Haftung für Werkmängel*, St. Gallen 1998, s. 19.

⁸⁹ Schmid, 2017, s. 124.

⁹⁰ Gauch, N. 1816.

⁹¹ Schmid, 2017, s. 124.

⁹² Schmid, 2017, s. 124.

⁹³ BGE 128 III 416 (Karar tarihi: 05.09.2002). Ayrıca bkz. BGE 130 III 302 E. 3.4 = Pra 93 (2004) Nr. 130.

⁹⁴ BGE 128 III 416 E. 4.2.2.

kuralına göre sözleşmeye bağlı kalmayan taraf olarak yükleniciden beklenebilir. İkinci olarak ifa etmeyen yüklenicinin avans ödeme yükümü ile bu yüklenicinin, yükümlülüklerini derhal ifa eden yükleniciye göre daha iyi bir durumda olmaması sağlanabilir. Üçüncü olarak iş sahibinin ikame yoluyla ifanın finansal yönden güvenceye alınmasında açık bir menfaati vardır, buna karşılık yükleniciye sadece daha sonra zaten ifa etmek zorunda olduğu bir yüküm yüklenmektedir.

İş sahibinin masraf avansı talebi, bu bağlamda yüklenicinin masraf avansı ödeme yükümü, öğretide ağırlıklı olarak kabul edilmektedir⁹⁵. Yargıtay da özellikle TBK m. 113/I hükmüne ilişkin olarak ikame yoluyla ifada masraf avansının talep edilebileceği yönünde karar vermektedir⁹⁶.

Masraf avansı, ikame yoluyla ifanın masrafları için önceden gerçekleştirilen bir harcama giderimi oluşturur⁹⁷. Burada ikame yoluyla ifa için fiilen yapılması gereken masrafların miktarı henüz belirli olmayıp, tahmini masrafların ödenmesi söz konusu olduğu için öğretide masraf avansı talebi takdir edilirken kapsamının geniş tutulması uygun görülmektedir⁹⁸. Diğer taraftan masraf avansı hesaplanırken masrafların içerik yönünden tam olarak belirlenmesi aranmaz⁹⁹.

Masraf avansı talebi, ikame yoluyla ifa hakkının doğmasını şart kılar¹⁰⁰. Buna ek olarak masraf avansının talep edilebilmesi için iş sahibi, ikame

⁹⁵ Koller, Art. 366 N. 571; Werkvertrag, N. 443; Niklaus, N. 1.87, N. 3.36; Brändli, N. 911; Şenocak, s. 206; Aydınçık, s. 288; Gümüşsoy Karakurt, s. 261; Köksal Kocağa, "Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağına Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1 (2004), s. 194. Öğretide bazı yazarlara göre yüklenicinin masraf avansı ödeme yükümü, iş sahibiyle arasındaki uyumsuzluğa temel oluşturan somut sözleşme ilişkisi uyarınca öncelikle ifa ile yükümlü olmasını gerektirir. Bkz. Schmid, s. 623; Gauch, N. 871b.

⁹⁶ Bu yönde bkz. Y. 23. HD, E. 2013/90, K. 2013/2267, K. T. 09.04.2013; Y. 15. HD, E. 2018/4148, K. 2019/3556, K. T. 19.09.2019; Y. 15. HD, E. 2019/1194, K. 2019/3658, K. T. 26.09.2019; Y. 15. HD, E. 2019/2801, K. 2019/3981, K. T. 17.10.2019; Y. 15. HD, E. 2019/3966, K. 2020/1611, K. T. 16.06.2020; Y. 15. HD, E. 2019/3093, K. 2020/2026, K. T. 02.07.2020 (www.legalbank.net, erişim tarihi 19.01.2022).

⁹⁷ Schmid, 2017, s. 125; Gauch, N. 1818; Niquille-Eberle, N. 22; BGE 141 III 257 E. 3.3.

⁹⁸ Schmid, 2017, s. 125; Gauch, N. 1818. Koller'e göre böyle bir halde, yükleniciye, gerekirse çok fazla ödenen avans miktarının güvenceye bağlanmasına yönelik bir talep tanınmalıdır (Werkvertrag, N. 447).

⁹⁹ Krş. Koller, Werkvertrag, N. 445. Masrafların miktarını iş sahibi ispat etmek zorundadır (Koller, Werkvertrag, N. 445; Aydınçık, s. 297).

¹⁰⁰ Brändli, N. 912; Aydınçık, s. 291.

yoluyla ifanın gerçekleştirilmesini ciddi olarak hedeflediğini inanılır kılmak zorundadır¹⁰¹. Zira avans, sadece ikame yoluyla ifa için ödenmektedir¹⁰². Bu bakımdan yüklenici, iş sahibinin ikame yoluyla ifaya gerçekten niyetli olmadığını ortaya koyabilirse, avans edimiyle hiçbir şekilde yükümlü olmaz¹⁰³.

2. Masraf Avansının Kullanılması

Öğretide ve İsviçre Federal Mahkemesinin yukarıda anılan kararında masraf avansının kullanılması, belirli şartlara bağlanmıştır¹⁰⁴. Bu suretle yüklenicinin menfaatleri de uygun biçimde dikkate alınmak istenmiştir¹⁰⁵. Buna göre avans olarak yapılan ödeme, amaca bağlıdır. Bu yönde iş sahibi, avansı serbestçe kullanamaz, bilakis sadece ikame yoluyla ifanın finanse edilmesi için kullanılabilir¹⁰⁶. Nitekim avansın bu amaca bağlılığı dolayısıyla öğretide savunulan bir görüşe göre avans alacağı takas edilemez¹⁰⁷. Şöyle ki yüklenici tarafından borçlanılan avans edimi, ikame yoluyla ifanın finansmanı için belirlendiğinden, fiilen ifa edilmelidir. Diğer taraftan iş sahibi de avans alacağını ikame yoluyla ifanın finansmanından başka bir amaç için kullanamaz. O halde gerek yüklenici gerek iş sahibi, avans alacağını, karşı tarafın iradesinin aksine, yüklenicinin bedel veya bir diğer alacağı ile takas edemez¹⁰⁸.

¹⁰¹ Schmid, 2017, s. 124; Brändli, N. 912; Koller, Werkvertrag, N. 443; Niklaus, N. 3.39; Niquille- Eberle, N. 32; Aydınçık, s. 291.

¹⁰² Krş. Koller, Werkvertrag, N. 443; Niquille- Eberle, N. 30.

¹⁰³ Gauch, N. 871d.

¹⁰⁴ Gauch, N. 871c; Schmid, 2017, s. 124- 125; BGE 128 III 416 E. 4.2.2. Konuyla ilgili olarak incelenen Yargıtay kararlarında masraf avansının hangi şartlar dâhilinde kullanılması gerektiği hususu üzerinde durulmamıştır. Bkz. dn. 96. Ayrıca bkz. Aydınçık, s. 295, dn. 160. Bununla birlikte Yargıtay, bir kararında avansın eksik bırakılan işlerde kullanılması ve avanstan artakalanın yükleniciye geri ödenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bkz. Y. 23. HD, 2014/7263, K. 2015/7714, K. T. 30.11.2015 (www.legalbank.net, erişim tarihi 28.01.2022).

¹⁰⁵ BGE 128 III 416 E. 4.2.2; Schmid, 2017, s. 124.

¹⁰⁶ BGE 128 III 416 E. 4.2.2; Schmid, 2017, s. 124; Gauch, N. 871c.

¹⁰⁷ Gauch, N. 871d, N. 1817; aksi yönde Koller, Werkvertrag, N. 454; Brändli, N. 918, N. 919; yüklenici tarafından takas edilemeyeceği yönünde Niquille- Eberle, N. 48.

¹⁰⁸ Gauch, N. 871d, N. 1817.

Diğer taraftan işşahibi, ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesinden sonra masraflar hakkında hesap vermek ve avanstan olası bir artakalanı yükleniciye geri ödemek zorundadır^{109 110}.

Nihayet ikame yoluyla ifa, uygun bir süre içinde gerçekleştirilmediği takdirde avans miktarı bütünüyle geri ödenmelidir¹¹¹. Uygun süre, masraf avansı talebi hakkında karar verilirken belirlenebilir¹¹². İkame yoluyla ifanın hangi sebeple gerçekleşmediği önemli değildir¹¹³.

İşşahibi, masraf avansını amaca aykırı kullandığı takdirde de geri ödeme yükümü vardır¹¹⁴. Öğretide savunulan bir görüşe göre avansın geri ödenmemesi ihtimaline karşı, yüklenicinin istemesi halinde, olası geri ödeme talebi, işşahibi tarafından güvenceye bağlanmalıdır¹¹⁵.

3. Avansla Karşılanamayan Masrafların Sonradan Talep Edilebilirliği

Masraf avansı, ikame yoluyla ifanın finansmanı için yeterli olmayabilir. Böyle bir halde ilk olarak ek bir masraf avansının istenip istenemeyeceği meselesi üzerinde durmak gerekir. Öğretide savunulan bir görüşe göre masraf avansının geçici niteliği dolayısıyla ödenen masraf avansı yetmediği takdirde bir diğeri istenebilir¹¹⁶. Karşı yöndeki görüşe göre ise ek bir masraf avansı istenemez¹¹⁷. Zira avans talebinin ileri sürüldüğü davada avans miktarı

¹⁰⁹ BGE 128 III 416 E. 4.2.2; Schmid, 2017, s. 125; Gauch, N. 871c.

¹¹⁰ Yüklenicinin masraf avansı ödeme yükümü, bir para borcudur. Bu sebeple yüklenici, masraf avansını ödemediği takdirde düşerse, temerrüt faizi ödemekle yükümlü olur (TBK m. 120; Schmid, s. 624; Gauch, N. 871d, N. 1817). Masraf avansı, işşahibinin ikame yoluyla ifa harcamalarına denk veya harcamalarından daha az olduğu takdirde, masraf avansı için ödenen temerrüt faizi, ikame yoluyla ifanın sonrasında işşahibine kalır; buna karşılık masraf avansı, işşahibinin harcamalarını aştığı takdirde işşahibi artan miktarı, buna isabet eden temerrüt faiziyle birlikte yükleniciye geri vermelidir (Schmid, s. 624). Yargıtay, bir kararında hüküm altına alınan avans bedeline faiz yürütülmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Y. 23. HD, E. 2013/90, K. 2013/2267, K. T. 09.04.2013 (www.legalbank.net, erişim tarihi 19.01.2022). Diğer taraftan Koller'e göre işşahibi, ödenen masraf avansından yarar (faiz) sağladığı ölçüde bu da masrafların tasfiyesi sırasında göz önünde tutulmalıdır (Art. 366 N. 582; Şenocak, s. 207; aksi yönde Niquille- Eberle, N. 85; Aydıncık, s. 305).

¹¹¹ BGE 128 III 416 E. 4.2.2; Schmid, 2017, s. 125; Gauch, N. 871c.

¹¹² Brändli, N. 935.

¹¹³ Brändli, N. 935.

¹¹⁴ Koller, Werkvertrag, N. 422, N. 443.

¹¹⁵ Koller, Werkvertrag, N. 422, N. 443.

¹¹⁶ Koller, Werkvertrag, N. 450; Art. 366 N. 580; Niklaus, N. 3.44; Şenocak, s. 207; konu hakkında ayrıca bkz. Brändli, N. 932.

¹¹⁷ Brändli, N. 933; Niquille- Eberle, N. 63.

hakkında kesin olarak karar verilir. Bu suretle masraf avansı talebi, kesin hükme bağlanmış olur¹¹⁸. İsviçre Federal Mahkemesi, 2015 yılında, masraf avansını ele aldığı bir kararında ödenmesi gereken avans hakkında kesin karar verildikten sonra, halihazırda hükme bağlanmış olguya dayanarak ek bir masraf avansının istenemeyeceğini ifade etmiştir¹¹⁹.

Avansla karşılanamayan masrafların sonradan talep edilebilmesi mümkündür¹²⁰. Şöyle ki ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesinden sonra masrafların tasfiyesine gidilir. Bu süreçte, daha önce belirtildiği gibi, iş sahibi, masraflar hakkında hesap vermek ve avanstaki olası bir artakalanı yükleniciye geri ödemekle yükümlüdür. Ancak iş sahibi de ikame yoluyla ifanın ortaya çıkardığı masrafların avans miktarından fazla olması halinde, avansla karşılanamayan masrafların giderilmesini talep edebilir¹²¹. Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesi, daha önce de anılan 05.09.2002 tarihli kararında, avans talebinin ileri sürüldüğü davada ikame yoluyla ifanın (somut olayda onarım işlerinin) kapsamı hakkında ayrıntılı olarak karar verildiği ve bu bakımdan kesin hüküm (res iudicata) bulunduğu takdirde, (masrafların tasfiyesine yönelik davada) sonraki bir talebin imkânsız olduğunu ifade etmiştir¹²². Federal Mahkemenin bu yaklaşımı, avans ödeme yükümü hakkındaki kararın kesin hüküm etkisinin kapsamına ilişkin olarak tartışma yaratmıştır¹²³. Bu yönde öğretilerde avans talebinin ileri sürüldüğü davada ikame yoluyla ifanın yöntemi ve buna bağlı olarak tahmini masraflar belirlendiği takdirde, yöntem ve tahmini masraflara itiraz etmeyen iş sahibinin daha sonra tasfiye davasında avansla karşılanamayan masrafların giderilmesi için talepte bulunamayacağı ifade edilmiştir¹²⁴.

Federal Mahkeme, yukarıda yer verilen masraf avansına ilişkin kararında konuya açıklık getirmiştir¹²⁵. Federal Mahkemeye göre masraf avansının değerlendirilmesinin ayrıntılı açıklamalara, örneğin uygun bir bilirkişi raporuna dayanması, bağlayıcı etki yaratmaz. Avans belirlenirken bir rezervin hesaplanmış olması da önemli değildir. Avansın ödenmesine yönelik davanın asıl meselesi, ikame yoluyla ifa talebinin var olup olmadığı ve böylelikle

¹¹⁸ Krş. Brändli, N. 933; Niquille- Eberle, N. 64.

¹¹⁹ BGE 141 III 257 E. 3.3 (Karar tarihi: 25.06.2015).

¹²⁰ Brändli, N. 936; Niquille- Eberle, N. 62.

¹²¹ Brändli, N. 933, N. 936.

¹²² BGE 128 III 416 E. 4.2.2.

¹²³ Bu konuda bkz. Niquille- Eberle, N. 53 vd.

¹²⁴ Brändli, N. 934.

¹²⁵ BGE 141 III 257 E. 3.3.

avans talebinin varlığıdır. Dolayısıyla dava sonunda avans ödeme yükümü hakkında verilen karar, ikame yoluyla ifa talebinin ve avans talebinin varlığı bakımından kesin hüküm oluşturur. Buna karşılık avans ödeme yükümü hakkındaki karar, henüz gerçekleşmemiş ve ikame yoluyla ifanın sonrasında ödenmesi gereken fiili masrafların miktarına ilişkin olarak kesin hüküm oluşturmaz. Federal Mahkemeye göre avanslar, tanım gereği masrafların kesin tasfiyesi kaydıyla yapılan akont ödemelerdir. Bu sebeple işsahibi, ikame yoluyla ifanın gerçekleştirilmesinden sonra masrafların tasfiyesine yönelik davada avansla karşılanamayan masrafları talep edebilir.

Yargıtay'ın eser sözleşmesinde TBK m. 113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin verilmesiyle birlikte masraf avansı ödenmesine ilişkin kararlarında ikame yoluyla ifanın kapsamının ve tahmini masrafların ayrıntılı olarak belirlenmesini istediği görülmektedir. Nitekim bu yönde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, yerleşik içtihat ve uygulamalarında “nama ifaya (ikame yoluyla ifaya) izin verilirken giderilmesi gereken eksikler, ayıpların nelerden ibaret olduğu ve bunların avans niteliğindeki giderim bedellerinin hüküm fıkrasında infazı mümkün olacak şekilde gösterilmesi gerektiği” hususunun kabul edildiğini belirtmiştir¹²⁶. Bununla birlikte ikame yoluyla ifanın kapsamının ve tahmini masrafların ayrıntılı bir biçimde belirlenmesine bağlı olarak avans miktarının saptanması halinde, avansla karşılanamayan masrafların giderilmesinin talep edilip edilemeyeceği hususunda bir tartışma tespit edilememiştir¹²⁷. Ancak Yargıtay'ın masraf avansı hesaplanırken masrafların içerik yönünden tam olarak belirlenmesini aramayan görüşün¹²⁸ aksine bir tutum içinde bulunduğu ifade edilebilir.

IV. SONUÇ

İkame yoluyla ifa, borçlu tarafından ifa edilmeyen borcun alacaklı tarafından borçlunun yerine gerçekleştirilmesini ifade eder. Türk Borçlar Kanunu, genel hükümler kısmında TBK m. 113/I hükmünde ikame yoluyla

¹²⁶ Y. 15. HD, E. 2019/1194, K. 2019/3658, K. T. 26.09.2019. Anılan karara göre hâkim, ikame yoluyla ifaya izin talebi üzerine “konusunda uzman bilirkişi yardımı ile keşif yaparak eksik bırakılan ve ayıplı yapılmış olan iş kalemlerini ve bunların tamamlanması ile giderilmesi masraflarını, imalâtın metraj, yöntem ve takribi bedellerini...saptayarak izin verir.” (www.legalbank.net, erişim tarihi 19.01.2022).

¹²⁷ Yargıtay'ın bazı kararlarında avans hesaplamasının nihai bir hesaplama olmadığını ifade ettiği yönünde bkz. Aydınçık, s. 300 ve dn. 190'da atıf yapılan kararlar. Ayrıca konu bağlamında bkz. Aydınçık, s. 304, dn. 203.

¹²⁸ Krş. Koller, Werkvertrag, N. 445.

ifayı düzenlemiştir. Yapma borçlarında, özellikle işgörme edimleri yönünden söz konusu olan ikame yoluyla ifa, eser sözleşmesinde, TBK 473/II hükmü uyarınca eserin yapılması sırasında ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceğinin açıkça görülmesi halinde bunu önlemek üzere iş sahibine bir imkân olarak tanınmıştır. Ancak eser sözleşmesinde eksik ve ayıplı işler bakımından bazı hallerde ikame yoluyla ifaya gidebilmek için hâkimin iznini arayan TBK 113/I hükmünün uygulanması da mümkündür. Her iki hüküm uyarınca da ikame yoluyla ifa, borçlunun hesabına gerçekleşir. Diğer bir ifadeyle ikame yoluyla ifanın gerektirdiği masraflar, yüklenici tarafından karşılanır.

İkame yoluyla ifaya giden iş sahibi, yüklenici karşısında masrafların karşılanmasına yönelik bir talebe sahip olur. Bu yönde iş sahibi, ikame yoluyla ifa gerçekleştirildikten sonra, ortaya çıkan masrafların karşılanmasını isteyebilir. Ancak iş sahibinin ikame yoluyla ifanın öncesinde masrafları avans olarak talep edip edemeyeceği hususunda ilgili hükümlerde açıklık yoktur. Öğretide özellikle hakkaniyet düşüncesinden hareketle, borcunu ifa etmeyen yüklenici karşısında iş sahibine masraf avansı talebinin tanınması uygun görülmektedir. Biz de bu görüşe katılıyoruz. Burada iş sahibinin ikame yoluyla ifanın finansal yönden güvenceye alınmasındaki menfaati de göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak masraf avansı, yüklenicinin de menfaatlerinin gözetilmesi bakımından belirli şartlar dâhilinde kullanılmalıdır. Esas itibarıyla İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ortaya konulan bu şartlar çerçevesinde masraf avansı, amaca bağlı bir alacak olarak sadece ikame yoluyla ifanın finansmanı için kullanılmalı, ikame yoluyla ifa gerçekleştikten sonra iş sahibi masraflar hakkında hesap vermeli ve olası bir artakalanı yükleniciye geri ödemelidir.

Avans, ikame yoluyla ifanın masraflarını karşılamayabilir. Böyle bir halde Federal Mahkemeye göre ödenmesi gereken avans hakkında kesin karar verildikten sonra, halihazırda hükme bağlanmış olguya dayanarak ek bir masraf avansı istenemez. Buna karşılık ikame yoluyla ifa gerçekleştirildikten sonra alınan avansın ikame yoluyla ifanın masraflarını karşılamaya yetmediği ortaya çıkarsa, iş sahibi, kesinleşmiş avans kararına rağmen, ödenen masraf avansı ile karşılanamayan masrafların giderilmesini isteyebilir. Burada avansın değerlendirilmesinin ayrıntılı açıklamalara dayanması, bağlayıcı etki yaratmaz. Bu yaklaşım, Türk hukuku yönünden de kabul edilebilir.

Yargıtay, TBK m. 113/I hükmü uyarınca ikame yoluyla ifaya izin verilmesine ilişkin kararlarında masraf avansının ödenmesini kabul

etmektedir. Ancak ikame yoluyla ifa ile birlikte masraf avansı hakkındaki hükmün yerine getirilmesi yönünden ikame yoluyla ifanın kapsamının ve tahmini masrafların ayrıntılı olarak belirlenmesini aramaktadır. Bununla birlikte ayrıntılı açıklamalara bağlı olarak avans miktarının saptanması halinde, avansla karşılanamayan masrafların giderilmesinin talep edilip edilemeyeceği hususunda bir tartışma tespit edilememiştir. Diğer taraftan bazı yönlerden değinilse de masraf avansının hangi şartlar dâhilinde kullanılması gerektiği hususu üzerinde kapsamlı olarak durulmamıştır.

Sonuç olarak, daha önce ifade ettiğimiz gibi, kanaatimizce de iş sahibine, borcunu yerine getirmeyen yüklenici karşısında masraf avansı talebi tanınmalıdır. Avans hakkında kesin karar verildikten sonra, halihazırda hükme bağlanmış olguya dayanılarak ek bir masraf avansı istenemese de ikame yoluyla ifanın sonrasında avansın fiilen gerçekleşmiş masrafları karşılamaya yetmediği ortaya çıkarsa avansla karşılanamayan masrafların giderilmesi de mümkün olmalıdır. Aslında bu konuların ve avansın kullanılmasına ilişkin şartların uygulamaya yön vermesi bakımından Yargıtay tarafından bir ilke kararında açıklığa kavuşturulması yararlı olur.

KAYNAKÇA

- Angstmann, L. ve von der Crone, H. C. (2016). Ersatzvornahme nach Art. 98 OR. Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 418- 430.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2020). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (13. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Aydıncık, Ş. (2013). Yapma Borçlarının İfa Edilmemesi ve Sonuçları, Özellikle TBK m. 113/I Kapsamında Nama İfa. İstanbul: Vedat Yayınları.
- Brändli, R. (2007). Die Nachbesserung im Werkvertrag. Zürich: Dike Verlag.
- Bühler, T. (1998). Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Der Werkvertrag, Art. 363- 379 OR. Zürich: Schulthess Verlag.
- Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (24. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Eren, F. (2019). Borçlar Hukuku Özel Hükümler (7. Bası). Ankara: Yetkin Yayınları.
- Fellmann, W. (1993). Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR- “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”. recht, (4), 109- 118.
- Gauch, P. (1987). Die Ersatzvornahme nach OR 98 I und viele Fragen zur Nichterfüllung- Ein Entscheid des Luzerner Obergerichts. recht, (1), 24- 28.
- Gauch, P. (2019). Der Werkvertrag (6. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag.
- Gauch, P., Schlupe, W. R. ve Emmenegger, S. (2020). OR AT Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II (11. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag.
- Gümüşsoy Karakurt, G. (2017). Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması. İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Gündoğdu, F. (2019). Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f. 2). İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- Hürlimann, R. ve Siegenthaler, T. (2016). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (3. Auflage). Zürich: Schulthess Verlag.
- İmamoğlu, S. H. (2021). Yapma Borcunun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 113/I Hükümünün Hukuki Niteliği Ve Uygulanma Şartları Üzerine Bir Değerlendirme. İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 12 (2), 808- 823.
- Kılıçoğlu, A. (2019). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (23. Bası). Ankara: Turhan Yayınları.
- Kocaağa, K. (2004). Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı Veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 6 (1), 177- 201.

- Koller, A. (1998). Berner Kommentar, Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Der Werkvertrag, Art. 363- 366 OR. Bern: Stämpfli Verlag.
- Koller, A. (1998). Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme. Haftung für Werkmängel. St. Gallen, 1- 31.
- Koller, A. (2015). Schweizerisches Werkvertragsrecht. Zürich: Dike Verlag.
- Koller, A. (2017). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (4. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Niklaus, J. (1999). Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR. Bern: Paul Haupt Verlag.
- Niquille- Eberle, M. (2004). Probleme rund um die Ersatzvornahme, insbesondere die Bevorschussung der Kosten. Neue und alte Fragen zum privaten Baurecht. St. Gallen, 63- 116.
- Schmid, J. (2005). Die Ersatzvornahme im allgemeinen Schuldrecht. Festschrift für Wolfgang Wiegand. Bern, 605- 632.
- Schmid, J. (2017). Ersatzvornahme: Voraussetzungen, Vorschuss, Durchführung. Schweizerische Baurechtstagung (BRT) 2017. Freiburg, 117- 130.
- Şahiniz, C. S. (2014). Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu. İstanbul: Vedat Yayınları.
- Şenocak, Z. (2002). Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı. Ankara: Turhan Yayınları.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler (7. Bası). İstanbul: Filiz Yayınları.
- von Tuhr, A. ve Escher, A. (1974). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band II. Zürich: Schulthess Verlag.
- Weber, R. H. ve Emmenegger, S. (2020). Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97- 109 OR (2. Auflage). Bern: Stämpfli Verlag.
- Wiegand, W. (2020). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 OR (7. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (10. Bası). İstanbul: Beta Yayınları.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2016). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (16. Bası). Ankara: Turhan Yayınları.
- Zindel, G. G. ve Schott, B. G. (2020). Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1- 529 (7. Auflage). Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag.