

BORÇLAR KANUNU 358/1 HÜKMÜNE GÖRE YÜKLENİCİNİN İŞE ZAMANINDA BAŞLAMA VE İŞİ SÜRDÜRME BORCU

*The Obligation of Starting Work and Continuing of the Contractor
According To the Article 358/1 of Law of Obligations*

Arş. Gör. Özge YÜCEL*

Giriş, I. BK 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, A. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu, B. Yüklenicinin İş Sürdürme Borcu, C. Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması, II. BK 358/1 Hükmüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Koşulları, III. BK 358/1 Hükmüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Sonuçları, IV. BK 358/1 Hükmünün Tamamlayıcı Niteliği, **V. Sonuç**

ÖZET

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu yüklenicinin asli edim yükümlülükleri arasında yer alır. Yasa ile açıkça öngörülen bu borç aynı zamanda özen borcunun gereğidir. Borçlar Kanununun 358/1 hükmü kanımızca bir erken temerrüt halini düzenlemektedir. İşe zamanında başlanmaması veya işin sözleşmeye aykırı olarak ertelenmesi veya süresinde tamamlanamayacak derecede gecikmiş olması halinde iş sahibi vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir. Teslim süresinin belirli olmadığı sözleşmelerde de kanımızca yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya işi sürdürmemesi durumunda ihtar ve süre koşulları yerine getirilmek kaydıyla sözleşmeden dönülebilir veya temerrütten doğan diğer seçimlik haklar kullanılabilir. Teslim süresinin

* Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

belirli olduğu sözleşmelerde işin zamanında tamamlanamayacak kadar gecikmesi durumunda ise diğerlerinden farklı olarak süre vermeye gerek yoktur.

Anahtar Sözcükler: İşe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu, eser sözleşmesi, yüklenici, ihtar, mehil

ABSTRACT

The article 358/1 of Law of Obligations regulates a kind of early default. When the work is not started in time or delayed contrary to contract or delayed as it can not be certainly completed in time, the other contractor can repeal the contract without waiting due time. Also in the contracts which is not fixed due date when the contractor does not start work in time or does not continue provided that the contractor is noticed and grace is granted, the optional rights rising from default can be enjoyed. In the contracts which is fixed due date, if the work delayed as it can not be completed certainly in time, unlike from the others, grace is not necessary.

Keywords: The obligation of starting the work in time and continue, work contract, contractor, notice, grace

Giriş

İstisna sözleşmesinde yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu yüklenicinin sözleşmeden doğan asli edim yükümleri arasında yer alır¹. Yine bu borcun yüklenicinin eseri sadakat ve özenle yerine getirme borcunun gereği olduğu belirtilmektedir². Yüklenicinin işe zamanında başlama ve sürdürme borcu, Borçlar Kanununun özel borç ilişkilerini düzenleyen hükümleri arasında 358. madde ile düzenleme bulmuştur. Yüklenici bu madde gereğince işe sözleşmede kararlaştırılan zamanda veya kararlaştırılmamışsa hemen başlayacak ve sözleşmeye uygun olarak işi yapmaya devam edip eseri meydana getirecektir. Borçlar Kanunu 358/1'e göre "*Müteahhit, işe zamanında başlamaz veya mukavele şartlarına muhalif olarak işi tehir eder yahut iş sahibinin kusuru olmaksızın vaki olan tehhür bütün tahminlere nazaran müteahhidin işi muayyen zamanda bitirmesine imkân vermiyecek derecede olursa iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeğe mecbur olmaksızın akdi feshedebilir.*" Kanunla getirilen bu düzenleme, yüklenicinin borcunun sadece edim sonucuna ilişkin

¹ Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002, s. 25; Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. B., Ankara, 2003, s. 354; Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Ankara, 1987, s. 113; Seliçi, Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978, s. 79.

² Karataş, İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2004, s. 108.

olmadığını, aynı zamanda eseri meydana getirirken uyması gereken yükümlülükleri olduğunu göstermektedir. Eseri meydana getirme sürecindeki davranışların da eser sözleşmesinde hukuken bir öneme sahip olması öğretide eser sözleşmesinin ani edimli nitelikte olmadığına kanıt olarak gösterilmiştir³. Ancak eser sözleşmesi eser meydana getirme borcuna karşılık bedel ödeme borcundan oluşan bir hukuksal ilişkidir ve her ne kadar eserin meydana getirilmesi belli bir zaman alsa da önemli olan eserin tamamlanıp teslim edilmesidir. Eseri meydana getirme sürecinde davranışlara bağlanan hukuksal sonuçlar da aslında eseri meydana getirip teslim etme borcunun gereği gibi ifası amacına yöneliktir. Bazı durumlarda özellikle eserin kısım kısım yapılarak teslim edilmesinin kararlaştırıldığı sözleşmeler süreklilik taşımaktadır⁴ ama eser sözleşmesi kural olarak eserin tamamının meydana getirilip teslim edildiği bir sözleşmedir ve bu nedenle kural olarak ani edimlidir⁵. Çalışmamızda incelenen yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu üç ayrı halde ele alınacak, 358/1'de iş sahibine tanınan yükleniciyi erken temerrüde düşürme ve buna bağlı fesih hakkının kullanılmasının koşulları ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

I. BK 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu

A. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama Borcu

Yüklenici eser sözleşmesi ile üstlendiği eser yapma borcunu sözleşmeye ve yasaya uygun ifa edebilmek için işe zamanında başlamakla yükümlüdür. 358/1'e göre yüklenici işe zamanında başlamaz ise iş sahibi teslim için tayin edilen zamanı beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeden dönebilir. İşe başlama zamanı sözleşmede belirlenmişse bu tarihte işe başlamaması halinde, iş sahibi yükleniciyi teslim tarihini beklemeye gerek olmadan temerrüde düşürebilecektir. Eğer işe başlama zamanı sözleşme ile kararlaştırılmamışsa bu takdirde Borçlar Kanununun 74. maddesine göre yüklenici hemen işe başlamakla yükümlüdür. Hemen işe başlama sözünü şu şekilde anlamak gerekir: İşe başlaması için bir engel veya iş sahibinin yapması gereken bir hazırlık eylemi yoksa vakit kaybetmeden başlamalıdır, eğer makul bir neden olmadığı halde işe başlamıyorsa iş sahibi 358. maddeye göre yükleniciyi temerrüde düşürebilecektir. Öğretide bazı

³ Şenocak, yüklenicinin eser meydana getirme yükümlülüğünün hem iş görme edimini hem de iş görmenin sonucunu içeren karmaşık bir yükümlülük olduğunu ve eser sözleşmesinin ani edimli değil geçici-süreklilik taşıyan bir sözleşme olduğunu ileri sürmektedir. Şenocak, s. 9-12.

⁴ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde edimler zaman içinde ve bölümler halinde ifa edilmektedir, bu nedenle ani edimli nitelikte değildir. Erman, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 2. B., İstanbul, 2007, s. 8.

⁵ İstisna sözleşmesinin kural olarak ani edimli nitelikte olduğu görüşü için Altaş, Hüseyin, **Yayımlanmamış Borçlar Hukuku Lisans Ders Notları**, 2005-2006.

yazarlara göre sözleşmede vade belirli ise işe başlamada gecikme halinde yüklenicinin erken temerrüde düşürülebilmesi için işin vadesinde tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi gerekmektedir⁶. Seliçi'ye göre ise teslim tarihinin kararlaştırıldığı sözleşmelerde işe ne zaman başlayacağına yüklenici karar verir, ne kadar sürede tamamlayacağını hesaplamak yükleniciye düşen bir ödevdir ve bu nedenle işe zamanında başlamadı diye sözleşmeden dönme yoluna gidilmesine ender olarak rastlanacaktır⁷. Ancak bu görüşe katılmıyoruz, kanımızca vadenin belirli olup olmadığı ve işin ne ölçüde geciktiği önemli değildir. İşe zamanında başlanmaması halinde iş sahibi ihtar çekerek mehil vermeli, mehil içinde işe başlarsa dönme hakkını kullanamamalı ve sadece 96. madde gereğince borca aykırı davranış nedeniyle doğan zararının tazminini isteyebilmelidir. Eğer tanınan mehil içinde işe başlamazsa artık vadeyi beklemeye gerek olmadan dönme hakkını kullanabilmelidir⁸.

B. Yüklenicinin İş Sürdürme Borcu

Yüklenici işe zamanında başladığı gibi olması gereken hızda işe devam etmekle de yükümlüdür. Yüklenicinin sözleşmeye aykırı olarak işi bırakması veya ertelemesi borca aykırılık oluşturur. 358. maddede bu durum erken temerrüde düşürme yaptırımına bağlanmıştır.

Öğretide bazı yazarlarca, teslim süresinin belli olduğu eser sözleşmelerinde, işi sürdürme borcuna aykırılık halinde yükleniciyi temerrüde düşürerek dönme hakkını kullanabilmenin kalan sürede işin tamamlanmasının olanaksızlığına bağlı olduğu ileri sürülmektedir⁹. Ancak diğer ve bizim de katıldığımız görüşe göre 358. madde erken temerrüt durumlarını üçe ayırmış ve işin tamamlanamama koşulunu sadece üçüncü

⁶ Altaş, Hüseyin, "İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 358)", Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, 2006, s. 103; Aral, s. 355; Dayınlarlı, Kemal, *İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçları*, İstanbul, 1988, s. 57-58; Öz, Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, İstanbul, 1989, s. 55; Karahasan, Mustafa Reşit, *İnşaat İmar İhale Hukuku*, C. I, İstanbul, 1997, s. 237; Kostakoğlu, Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 5. B., İstanbul, 2006, s. 397.

⁷ Seliçi, s. 83.

⁸ Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. B., İstanbul, 2007, s. 519. Yavuz, vadenin belirli olduğu sözleşmelerde bu yorumu yaparken vadenin belirli olmadığı sözleşmelerde BK 74. ve 106. maddenin uygulanabileceği görüşündedir. Yavuz, s. 518-519.

⁹ Karşılaştığımız Altaş, s. 103; Aral, s. 355; Öz, s. 57; Dayınlarlı, s. 57-58; Karahasan, s. 237; Kostakoğlu, s. 397. Bu görüşteki yazarlar teslim süresinin belli olmadığı sözleşmelerde 358/1'in uygulanıp uygulanmayacağı konusunda farklı düşünmektedir: Öz ve Altaş, 358/1'in uygulanabileceği görüşündedir, Dayınlarlı, Kostakoğlu ve Karahasan ise sadece 106. maddenin uygulanabileceği görüşündedir.

durumda öngörmüştür. Bu nedenle işin tamamlanabilip tamamlanamayacağı önemli değildir¹⁰.

Yüklenicinin işi bırakması veya geciktirmesi, yavaş bir tempoda yürütmesi halinde 101. madde gereğince ihtar çekilerek yüklenici temerrüde düşürülebilmeli ve dönme hakkı da içinde olmak üzere 106. maddede öngörülen seçimlik hakların kullanılabilmesi için yükleniciye bir mehil tanınmalıdır. Bu mehil Gautschi'ye göre işin tamamlanması için tanınan ve bu nedenle tamamlayabileceği süre hesaba katılarak belirlenen bir süredir¹¹. Ancak diğer ve bizim de katıldığımız görüşe göre bu süre, eserin meydana getirilmesinde normal bir çalışma temposunun elde edilmesine ilişkindir¹². İş sahibinin verdiği mehil içinde yüklenici işe devam etmez veya olması gereken tempoya dönmezse bu takdirde dönme hakkı kullanılabilmeli, eğer işe devam ederse artık dönme hakkı kullanılamamalı ama borca aykırı davranması nedeniyle 96. maddeye dayanarak tazminat istenebilmelidir.

C. Süresinde Tamamlanması Olanaksız Derecede İşin Gecikmiş Olması

İş, süresinde tamamlanamayacak ölçüde gecikmiş ise bu durumda iş sahibi, vadeyi beklemeden yükleniciyi temerrüde düşürme ve bu arada sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Bu durumda diğer durumlardan farklı olarak mehil verilmesine gerek yoktur, çünkü 107. maddeye göre mehil verilmesi faydasız ise mehile gerek olmadan alacaklı seçimlik haklarını kullanabilmektedir. Bu nedenle böyle bir durumda iş sahibi ihtar çekerek temerrüde düşürebilecek ve mehil vermeden sözleşmeden dönebilecektir¹³. İşin yürütülmesindeki gecikmenin işin tamamlanamayacak ölçüde olması biçiminde özel bir temerrüt durumunun öngörülmesinin nedeni mehil verilmesine gerek olmayan bu hali diğerlerinden ayırmaktır. Öğretide ve Yargıtay kararlarında işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi üç durumda da erken temerrüde düşürebilmenin koşulu olarak görülmüştür¹⁴. Ancak diğer ve bizim de katıldığımız görüşe göre yasa üç durumu birbirinden ayrı

¹⁰ Yavuz, s. 519.

¹¹ Tandoğan, s. 118'den Gautschi, Art. 366, Nr. 4, b.

¹² Seliçi, s. 84. Ancak Seliçi bu mehilin teslim süresinin belirli olmadığı sözleşmeler için verileceğini belirtmektedir. Teslim süresi belirli sözleşmelerde eserin tamamlanması için verileceğini ileri sürmektedir.

¹³ Bu durumda süre vermenin gerekli olmadığına ilişkin bakınız: Tandoğan, s. 118; Öz, s. 62; Altaş, s. 105; Seliçi, s. 85.

¹⁴ Aral, s. 355; Kostakoğlu, teslim süresi belli ise süresinde bitirilmesinin imkânsız olmasını aramaktadır, teslim süresi belli değilse ifa zamanının tayin edilerek süresinde ifa edilmemesi halinde temerrüde düşürüleceğini kabul etmektedir, dolayısıyla vade belli değil ise erken temerrüdün uygulanmasını kabul etmemektedir. Kostakoğlu, s. 397-400. Bu yönde Yargıtay kararlarına örnek olarak 15. HD 28.09.1977 T. 1977/1619-1738 S. Kararı, 15. HD 07.02.1984 T. 1983/3616-01984/281 S. Kararı için Kostakoğlu, s. 410-412; 15. HD 18.09.1973 T. 15 E. 54 K., 15. HD 12.06.1974 T. 425 E. 554 K. için Karahasan, s. 240-241.

tutmuş ve işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesini özel bir durum olarak öngörmüştür, diğer iki durumda bu ölçüde bir gecikmeye gerek yoktur, diğerlerinde dönme hakkının kullanılması için mehil verilmesi gerekirken bu seçenekte mehil verilmesine gerek yoktur¹⁵.

İşe zamanında başlanmaması veya devam edilmemesi halinde işin tamamlanamayacak ölçüde gecikmesi aranmadan sözleşmenin feshedilebileceği 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu uyarınca çıkarılan Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 47. maddesi ile 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu uyarınca çıkarılan Yapım İşleri Genel Şartnamesinin 48. maddesinde açıkça kabul edilmektedir. BİGŞ'nin 47. maddesine göre sözleşme yapıldıktan sonra müteahhidin taahhüdünden vazgeçmesi veya taahhüdünü, şartname ve sözleşme hükümlerine göre yerine getirmemesi halinde, idarenin noter aracılığı ile göndereceği bir uyarı yazısı ile ve nedenleri açıkça belirtilerek gereğinin yapılması için kendisine belirli bir süre verilir. Bu süre ivedi durumlar dışında on günden aşağı olamaz. Verilen bu süre sözleşme süresini etkilemeyeceği gibi gecikme cezasının uygulanmasını da engelleyemez. Bu süre içinde müteahhit, uyarı yazısındaki talimata uymazsa ayrıca protesto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın idare, sözleşmeyi bozmak hak ve yetkisine sahip olur. YİGŞ'nin 48. maddesine göre ise yüklenicinin taahhüdünü ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işi süresinde bitirmemesi üzerine, ihale dokümanında belirlenen oranda gecikme cezası uygulanmak üzere, idarenin en az yirmi gün süreli ve nedenleri açıkça belirtilen ihtarına rağmen aynı durumun devam etmesi halinde idare sözleşmeyi feshedebilir. İdarenin iş sahibi olduğu sözleşmelerde işe zamanında başlanmaması veya devam edilmemesi halinde ihtar ve mehil şartları yerine getirilerek sözleşmeden dönülebildiği halde diğer ilişkilerde dönülemeyeceğini kabul etmek anlamsızdır. Kanımızca sözü edilen şartnameler Borçlar Kanununun 358/1 hükmünün ihalelerde uygulanışını gösterir niteliktedir ve yasa da sözüne uygun olarak yani süresinde tamamlanamama ölçütü aranmadan dönülebileceği biçiminde yorumlanmalıdır.

II. BK 358/1 Hükümüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Koşulları

Temerrüde düşürme borçlunun borcunu ifada gecikmesi demek olduğuna göre temerrüt, borçlunun sözleşmeye uymadığını, borca aykırı davrandığını gösterir. Bu nedenle borca aykırılığın koşulları 358. maddede düzenlenen erken temerrüt bakımından da aranacaktır.

Temerrüdün gerçekleşmesi için borçlunun kusurlu olması gerekmez, kusuru aranmaz. Ancak işe zamanında başlanmaması veya işin sürdürülmemesi nesnel anlamda borca aykırı olmalıdır¹⁶. Eğer iş sahibine

¹⁵ Yavuz, s. 519.

¹⁶ Aral, s. 355; Dayınlarlı, s. 58; Tandoğan, s. 115; Öz, s. 52; Seliçi, s. 82.

yüklenilebilir bir durum varsa, örneğin iş sahibi yapması gereken bir hazırlık eylemini yapmamış ise veya zorlayıcı bir neden söz konusu ise, yüklenicinin borca aykırı davrandığından söz edilemez¹⁷. İş sahibine yüklenilebilir nedenlere örnek olarak planların hazırlanmaması, malzemenin geç verilmesi, inşaat yerinin zamanında teslim edilmemesi, inşaat sahibinin istekleri veya inşaatın yürütülmesi sırasında verilen talimatlar gösterilebilir¹⁸. Ancak iş sahibine isnat edilebilecek bir durumun büyük bir gecikmeye yol açacağı anlaşılıyorsa yüklenici özen borcu gereği bu durumu iş sahibine bildirmelidir¹⁹. Ayrıca sözleşmeye aykırı davranış ile gecikme arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır²⁰.

Temerrüde düşürmek için 101. maddede öngörüldüğü üzere alacaklının ihtar çekmesi gereklidir²¹. 101. maddeye göre belirli bir vade söz konusu ise vadenin dolması halinde ihtarla gerek kalmaz ama erken temerrütte vadeyi beklemeden temerrüde düşürüldüğüne göre ihtar gereklidir. Ayrıca dönme hakkı da içinde olmak üzere 106. maddeye göre iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüde düşüren alacaklının seçimlik haklarını kullanabilmesi için borçluya uygun bir mehil tanınması gereklidir. Eğer mehil içinde borçlu gereğini yapmazsa alacaklı seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ancak 107. maddede öngörülen durumlardan biri gerçekleşirse ve özellikle işin süresinde tamamlanması olanaksız ise mehil vermeye gerek kalmadan iş sahibi seçimlik haklarını kullanabilir.

III. BK 358/1 Hükmüne Göre Erken Temerrüde Düşürmenin Sonuçları

358/1'e göre iş sahibi vadeyi beklemeye mecbur olmaksızın sözleşmeyi feshedebilir. Fesih sözcüğünün teknik anlamda dönmeye işaret ettiği kabul edilmektedir. Ayrıca iş sahibi olan alacaklı 358. maddede açıkça öngörülme de 106. maddeye göre aynen ifayla birlikte gecikme tazminatı isteyebileceği gibi aynen ifadan vazgeçerek müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilecektir. Çünkü öğretide çoğu yazarın kabul ettiği gibi 358. madde 106. maddenin özel bir

¹⁷ Tandoğan, s. 115-117; Öz, s. 52-53; Seliçi, s. 82; Karahasan, s. 235-236. Tandoğan, zorlayıcı nedenin varlığı halinde süre uzatımının gerektiğini belirtmektedir. Altaş ise zorlayıcı nedenin illiyet bağı kesmesi nedeniyle yükleniciye isnat edilemeyeceğini savunmaktadır. Altaş, s. 99.

¹⁸ Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri**, Ankara, 1958, s. 180-181; Seliçi, s. 81.

¹⁹ Seliçi, s. 81.

²⁰ İşe zamanında başlanmaması veya işin geciktirilmesine neden olan olgular tamamen yüklenicinin dışında gerçekleşiyorsa iş sahibi ifa zamanından önce dönme hakkını kullanamaz. Altaş, s. 99.

²¹ Bir görüşe göre 107. maddedeki hallerden birinin varlığı söz konusu ise ihtarla gerek yoktur. Dayınlarlı, s. 60. Bu yönde bir Yargıtay kararı da vardır: TD., 7.10.1968 T., 415 E., 5015 K. Kostakoğlu, s. 241.

hükmüdür, 106. madde 358. maddenin tamamlayıcısıdır²². Dönme, temerrüt halinde alacaklının sahip olduğu seçimlik haklardan biri olduğuna göre alacaklı, dönmeden daha hafif sonuçları olan diğer seçimlik haklara haydi haydi sahiptir.

Erken temerrüde düşüren iş sahibi 106. maddede kendisine tanınan seçimlik hakların yanında 97. maddeye göre kalan işi gideri yükleniciye ait olmak üzere kendisi tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir²³. Bu sonuca 358/2'nin örneksene yoluyla uygulanması halinde de varılır, 358/2'nin örneksenerek uygulanması durumunda hâkimden izin alınmasına dahi gerek yoktur. 358/2'ye göre iş sahibi ayıplı iş yapan yükleniciye mehil vererek mehil içinde gereğini yapmadığı takdirde hasar ve masraflar yükleniciye ait olmak üzere işin başkasına tevdi edilerek tamamlanacağını ihtar edebilir. İş yapmakta temerrüde düşen yükleniciye de aynı şekilde mehil tanınarak mehilde gereğini yapmazsa bir başkasına yaptırılacağı ihtar edilebilir. Dolayısıyla iş sahibi, işe zamanında başlamayan veya sürdürmeyen yükleniciye ihtar çekerek temerrüde düşürüp mehil verdiği ihtarında işi bir başkasına tevdi edeceğini de bildirebilmelidir.

İş sahibinin dönme hakkını kullanması halinde dönme açıklamasının varmasıyla sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer. Geçmişe etkili sona ermenin sonucu ifa edilmiş edimlerin geri verilmesi, ifa edilmeyen borçların ise son bulmasıdır. Dönme hakkının kullanılması halinde taraflarca önceden kararlaştırılmış ceza koşulu iş sahibi tarafından istenemez. Sözleşme ilişkisinin tasfiyesinde geri verme alacağının hukuksal dayanağının ne olduğu öğretide tartışmalı olmakla birlikte²⁴ kanımıza göre dayanağı sebepsiz zenginleşmedir ve geri verme alacağı bu nedenle bir yıllık zamanaşımına bağlıdır.

Dönme halinde iş sahibi ifa ettiği edimin iadesi yanında menfi zararının tazminini de isteyebilir. Menfi zarar sözleşmenin kurulmasına olan güvenin boşa çıkmasından doğan zarardır, sözleşme geçerli olarak kurulsaydı uğramayacağı zararlar menfi zararını oluşturur. İş sahibinin menfi zararının

²² Tandoğan, s. 119; Dayınlarlı, s. 62; Altaş, s. 98; Aral, s. 357; Seliçi, s. 79–80; Yavuz, s. 519; Karahasan, s. 237. Karşı görüş için bakınız: Öz, s. 49–50. Öz, bu maddenin erken temerrüdü düzenlemediği, 106. maddenin uygulanamayacağı ve bu nedenle diğer seçimlik hakların da kullanılmayacağı görüşündedir. Gautschi ise yüklenici işe hiç başlamamışsa BK 106. maddedeki seçimlik haklara başvurabileceğini, işe başlamış fakat devamında gecikmişse sadece sözleşmeden dönülebileceğini ileri sürmektedir. Öz, s. 49'dan naklen G. Gautschi, Art. 366 N.2, a.

²³ Tandoğan, s. 120; Dayınlarlı, s. 64; Altaş, s. 108; Seliçi, s. 81; Yavuz, s. 519; Karahasan, s. 238–239. Karşı görüş için bakınız: Öz, s. 51.

²⁴ Bu konudaki görüşlerin karşılaştırılması için bakınız Buz, Vedat, “İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1989), s. 65 vd.

tazminini isteme hakkı da 358. maddede açıkça öngörülmesi de 106. maddeden doğan bir haktır. Yüklenici temerrüde düşmekte kusuru olmadığını kanıtlayarak iş sahibinin menfi zararını tazmin etmekten kurtulabilir. Ayrıca gecikme, hiçbir şekilde yükleniciye yüklenemiyorsa, iş sahibi haklı bir neden olmadan sözleşmeyi sona erdirdiği için Borçlar Kanununun 369. maddesine göre yapılmış kısmın bedelini vermek ve yüklenicinin zararını tazmin etmek zorunda kalır.

IV. BK 358/1 Hükmünün Tamamlayıcı Niteliği

Borçlar Kanununun eser sözleşmesini düzenleyen hükümleri genel olarak düzenleyici ve tamamlayıcı niteliktedir, dolayısıyla taraflarca aksi kararlaştırılabilir. Bu bağlamda taraflar 358. maddede öngörülen erken temerrüt ve dönme hakkını sözleşmede bertaraf edebilirler. Ancak işe başlama ve eserin teslim tarihinin belirlenmemiş olması, iş sahibinin 358. madde ile kendisine tanınan haklarından vazgeçtiği, tarafların sözleşme ile erken temerrüdü bertaraf ettikleri anlamına gelmez. Başlama ve teslim tarihi sözleşmede kararlaştırılmasa da sözleşme geçerli olarak kurulur ve ayrıca bu durum yüklenicinin işe istediği zaman başlayabileceği veya eseri teslim edeceği anlamına gelmez. Başlama tarihi belirlenmemişse yüklenici hemen işe başlamakla yükümlüdür ve olağan koşullarda böyle bir eser ne kadar sürede tamamlanırsa o sürede tamamlayıp teslim etmekle yükümlüdür. Bu nedenle işe başlama ve teslim tarihi belli olmasa da iş sahibi yükleniciyi 358/1'e göre erken temerrüde düşürerek seçimlik haklarını kullanabilir.

V. Sonuç

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin işe zamanında başlama ve işi sürdürme borcu yüklenicinin asli edim yükümlülükleri arasında yer alır. Yasa ile açıkça öngörülen bu borç aynı zamanda özen borcunun gereğidir. İşe zamanında başlama ve sürdürme borcuna bu açıdan bakıldığında bu borcun sözleşmeyi tek başına ani edimli olmaktan çıkarmadığı kanısındayız. Teslimden önceki işi meydana getirme sürecine hukuksal sonuç bağlanmasının nedeni edimin gereği gibi ifasını sağlamaktır.

Yüklenici, sözleşmede işe başlama zamanı kararlaştırılmışsa bu zamanda, kararlaştırılmamışsa hemen işe başlamakla yükümlüdür. Ayrıca yüklenici nesnel ve öznel koşullar göz önüne alınarak olması gereken tempoda işi yürütmekle yükümlüdür, işi geciktirmesi veya yavaşlatması sözleşmeye aykırı bir davranış ve temerrüde düşme nedenidir. Sözleşmeye aykırı davranış ile gecikme arasında uygun nedensellik bağı bulunuyorsa ayrıca yüklenicinin bir kusuru aranmadan iş sahibi, sözleşmeden dönebilir veya 106. maddede öngörülen diğer seçimlik haklarını kullanabilir.

Borçlar Kanununun 358/1 hükmü kanımızca yukarıda da değinildiği gibi bir erken temerrüt halini düzenlemektedir. İşe zamanında başlanmaması veya işin sözleşmeye aykırı olarak ertelenmesi veya süresinde

tamamlanamayacak derecede gecikmiş olması halinde iş sahibi vadeyi beklemeden sözleşmeden dönebilir. Kanımızca yasa burada üç ayrı durumu öngörmüştür ve ilk iki durumda yükleniciyi temerrüde düşürebilmek için işin süresinde tamamlanamayacak derecede gecikmesi gerekmez. Verilen süre içinde işe başlanmaz veya devam edilmezse sözleşmeden dönülebilmelidir. Son durumda ise iş sahibi yükleniciye mehil vermeden sözleşmeden dönebilir; çünkü 107. madde gereği mehil faydasız kalacaktır ve böyle bir durumda iş sahibi mehil vermeden 106. maddedeki seçimlik haklarını kullanabilir. Yine ilk iki halde dönme hakkının kullanılabilmesi için teslim süresinin belli olması gerekli değildir, belli olmasa dahi sözleşmeye aykırı olarak işe geç başlanması veya devam edilmemesi halinde iş sahibi dönme hakkına sahiptir.

Sözleşmeden dönme halinde daha önce kararlaştırılmış ceza koşulu istenemez. Dönme ile birlikte borçlar sona erer, ifa edilen edimler iade edilir. Tarafların iade alacağına hukusal dayanağı kanımızca sebepsiz zenginleşmedir ve bu nedenle alacak bir yıllık zamanaşımına tabidir. İş sahibi dönme nedeniyle doğan menfi zararının tazminini yükleniciden isteyebilir, yüklenici bu sorumluluktan ancak gecikmede kusuru bulunmadığını kanıtlayarak kurtulabilir. Ayrıca gecikme, yükleniciye hiçbir şekilde yüklenemiyorsa BK 369. maddeye göre iş sahibi yüklenicinin zararını tazminle yükümlü olur.

KISALTMALAR DİZELGESİ

B.	Baskı
BİGŞ	Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
BK	Borçlar Kanunu
C.	Cilt
E.	Esas
HD	Hukuk Dairesi
K.	Karar
s.	Sayfa
S.	Sayı
T.	Tarih
TD	Ticaret Dairesi
vd.	ve devamı
YİGŞ	Yapı İşleri Genel Şartnamesi

KAYNAKÇA

- Altaş, Hüseyin, “İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (BK mad. 358)”, **Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan**, Ankara, 2006, s. 97–110.
- Altaş, Hüseyin, Yayınlanmamış Borçlar Hukuku Lisans Ders Notları, 2005–2006.
- Aral, Fahrettin, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 5. B., Ankara, 2003.
- Bilge, Necip, **Borçlar Hukuku Dersleri Hususi Borç Münasebetleri**, Ankara, 1958.
- Buz, Vedat, “İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Borçlunun Temerrüdünün Sonuçları”, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, T.C. Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, 1989).
- Dayınlarlı, Kemal, **İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş Sahibinin Temerrüdünün Hüküm ve Sonuçları**, İstanbul, 1988.
- Erman, Hasan, **Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 2. B., İstanbul, 2007.
- Karahasan, Mustafa Reşit, **İnşaat İmar İhale Hukuku**, C. I, İstanbul, 1997.
- Karataş, İzzet, **Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri**, Ankara, 2004.
- Kostakoğlu, Cengiz, **İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri**, 5. B., İstanbul, 2006.
- Öz, Turgut, **İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi**, İstanbul, 1989.
- Seliçi, Özer, **İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu**, İstanbul, 1978.
- Şenocak, Zarife, **Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı**, Ankara, 2002.
- Tandoğan, Haluk, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, C. II, Ankara, 1987.
- Yavuz, Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, 7. B., İstanbul, 2007.