

**MÜTEAHHİDİN İŞİN DEVAMI ESNASINDA  
ÖZEN YÜKÜMÜNÜ İHLÂL EDEREK ESERİ AYIPLI VEYA  
SÖZLEŞMEYE AYKIRI ŞEKİLDE YAPACAĞININ  
ANLAŞILMASI HÂLİNDE İŞ SAHİBİNİN  
BK. m. 358/II UYARINCA SAHİP OLDUĞU HAKLAR**

*Dr. Köksal KOCAĞA\**

**I. GENEL OLARAK**

Eser sözleşmesinde müteahhidin yükümlerinden biri de özen yüküdür. Özen yükümü, diğer yükümlerden farklı olarak, genel bir niteliğe sahip olup, müteahhit sözleşmeden doğan diğer yükümlerini yerine getirirken de özen yükümüne uymak zorundadır. Başka bir ifadeyle, müteahhit, sözleşmenin her aşamasında ve yerine getirmesi gereken borçların tamamında işini özenle yapmalıdır. Özen yükümüne aykırı davranarak, işinde gerekli özeni göstermeyen müteahhit sorumlu olur (BK. m. 356/I).

Eser sözleşmesinde müteahhidin genel özen yükümünü düzenleyen BK. m. 356/I'e göre, "müteahhidin mes'uliyeti, umumi surette işçinin hizmet akdindeki mes'uliyetine dair olan hükümlere tabidir". Bu hüküm, kaynak İsviçre Borçlar Kanunundaki ifade biçimi gözönünde tutularak, müteahhidin işi yaparken, genellikle, hizmet sözleşmesinde işçiden beklenen derecede özen göstermekle yükümlü olduğu şeklinde anlaşılmalıdır. Görüldüğü üzere, kanunkoyucu, eser sözleşmesinde müteahhidin özen yükümü hakkında, hizmet sözleşmesinde işçinin göstereceği özen yükümüne yollama yapmıştır. İşçinin hizmet sözleşmesinde göstermesi gereken özenin derecesi sözleşmeye, o iş için gerekli mesleki bilgi ve becerisine, işveren tarafından bilinen veya bilinmesi gereken özelliklerine göre belirlenir (BK. m. 321/II).

Müteahhidin özen yükümü konusunda işçinin özen yükümüne ilişkin hükümlere yollama yapılmasının isabetli olmadığı ifade edilmektedir. Zira bu iki sözleşme arasında, gerek taahhüt edilen edimler gerek iş sahibi ile ilişkiler yönünden önemli farklar vardır. Müteahhit mesleki açıdan belirli bir uzman-

---

\* Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

lığa sahip olup, işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatlarıyla bağlı değildir<sup>1</sup>. Bundan dolayı, işçiye oranla, müteahhitten daha fazla özen beklenir<sup>2</sup>. Müteahhit, benzer işi taahhüt eden bir müteahhitten, işlerde geçerli anlayışa göre beklenen her türlü özeni göstermekle yükümlüdür<sup>3</sup>.

BK. m. 321/II uyarınca, hizmet sözleşmesinde iş sahibi, yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği hâlde işçiyi çalıştırıyorsa, bunun sonuçlarına da kendisi katlanır. Oysa eser sözleşmesinde müteahhit, iş sahibinin kendisinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse bile, yine sorumlu olur. Zira müteahhidin, gerekli uzmanlığa sahip olmadığı bir işi yüklenmesi veya işin yerine getirilmesi için uzmanlardan yararlanmaması onun için bir kusur teşkil eder<sup>4</sup>.

Müteahhidin özen derecesinin tayininde, tecrübeli ve uzman bir kimse- nin teknik ve sanat kurallarına uygun hareket tarzı ölçü olarak alınır<sup>5</sup>. Buna

<sup>1</sup> Aral, Fahrettin, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 4. Bası, Ankara 2002, s. 348; Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 3. Bası, Ankara 1987, s. 54; Yavuz, Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 459; Gökyayla, Emre, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, Y.1, S. 1, İstanbul 2002, s. 790.

<sup>2</sup> Gauch, Peter, *Der Werkvertrag*, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 840; Aral, s. 348; Bühler, Theodor, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd., V2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, 3. Aufl., Zürich 1998, Art. 364 OR, N. 37; Zindel, Gaudenz G./Pulver, Urs, *Kommentar zu Art. 363-379, Basler Kurzkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 364 OR, N. 4; Tandoğan, s. 54; Yalçınduran, Türker, *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara 2000, s. 64; Gökyayla, s. 790.

<sup>3</sup> Aral, s. 348; Bühler, Art. 364 OR, N. 37; Tandoğan, s. 55; Yalçınduran, s. 64; Gökyayla, s. 790.

<sup>4</sup> Tandoğan, s. 54-55; Yavuz, s. 461; Yalçınduran, s. 64.

<sup>5</sup> Bu husus, 04.01.2002 tarih ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (RG. 22.01.2002/24648) 53. maddesine dayanılarak, iş sahibi idareler tarafından 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na (RG. 22.01.2002/24648) göre sözleşmeye bağlanan her türlü yapım işinin yürütülmesinde uygulanacak genel esasları tespit etmek amacıyla hazırlanan Yapım İşleri Genel Şartnamesi'nin 15/III. maddesinde açıkça belirtilmektedir: "Yüklenici, üstlenmiş olduğu işleri, sorumlu bir meslek adamı olarak fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapmayı kabul etmiş olduğundan, kendisine verilen projeye ve/veya teknik belgelere göre işi yapmakla, bu projenin ve/veya teknik belgelerin iş yerinin gereklerine, fen ve sanat kurallarına uygun olduğunu, ayrıca işin yapılacağı yere, kullanılacak her türlü malzemenin nitelik bakımından yeterliliğini incelemiş, kabul etmiş ve bu suretle işin teknik sorumluluğunu üstlenmiş sayılır."

göre müteahhit, eseri meydana getirirken, yapılan işte egemen olan anlayışa göre, benzer bir eserin meydana getirilmesinde makul ve dürüst bir müteahhidin göstermesi gereken tüm dikkat ve çabayı göstermek ve teknik kurallara uymak zorundadır<sup>6</sup>. Ayrıca, müteahhidin tacir sıfatını taşıması hâlinde, TTK m. 20 uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etme zorunluluğu vardır.

“Özen borcunun derecesi genellikle objektiftir. Bununla birlikte, bazı eserlerin meydana getirilmesi bakımından, subjektif birtakım kıstasların da dikkate alınması zorunludur. Örneğin bir inşaatın yapılmasında ölçü alınacak özenin derecesi, özellikle teknik kurallar ve sözleşme çerçevesinde objektif biçimde tespit edilebilir. Buna karşılık, ressamın hazırlayacağı portre bakımından özen borcunun ölçüsü objektif olmaktan çok subjektiftir. Çünkü, ressamın yeteneğinin de portrenin çiziminde önemli bir rolü vardır”<sup>7</sup>.

Müteahhidin özen yükümü, yalnızca işin başında bazı tedbirlerin alınmasına yönelik olmayıp, eserin tamamlanıp teslim edilmesine kadar devam eder<sup>8</sup>.

Müteahhidin özen yükümünü ihlâl etmesinin çeşitli hukukî sonuçları vardır. Özen yükümünün ihlâli eserin ayıplı olmasına yol açmayıp, iş sahibinin başka bir zarara uğramasına yol açmışsa, müteahhit, BK. m. 96 vd. hükümlerine göre sorumlu olur<sup>9</sup>. Müteahhit, ancak özen yükümünün ihlâlinde herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir<sup>10</sup>. Aynı şekilde, müteahhit, yardımcılarının veya işi devrettiği alt müteahhidin verdiği zararlardan da BK. m. 100 gereğince sorumlu olur<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> **Tandoğan**, s. 55; **Gökyayla**, s. 790. Bu kuralların mutlaka bilimsel olması zorunluluğu bulunmayıp, pratik tecrübeler sonucu elde edilmiş ve ilgili uzman çevrelerce benimsenerek başarıyla uygulanmış olmaları yeterlidir. Bkz. **Tandoğan**, s. 55.

<sup>7</sup> **Gökyayla**, s. 790.

<sup>8</sup> **Yalçınduran**, s. 66. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 3.4.1996 tarih ve E. 1996/1531, K. 1996/1892 sayılı kararından: “...Yüklenici, üstlendiği işi ‘özen’le yapmak zorundadır. BK’nun 356. maddesinde ifadesini bulan bu özen borcu, sözleşmenin yapıldığı andan başlar, işin eksiksiz ve ayıpsız tamamlanmasına kadar sürer. Aksine davranış, yüklenicinin kusurunu oluşturur...” (**Yalçınduran**, s. 66, dn. 174).

<sup>9</sup> **Gauch**, Nr. 853; **Zindel/Pulver**, Art. 364 OR, N. 46; **Bühler**, Art. 364 OR, N. 40; **Aral**, s. 350; **Seliçi**, Özer, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 110; **Yavuz**, s. 461; **Gökyayla**, s. 798-799.

<sup>10</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 12.10.1994 tarih ve E. 1994/15-265, K. 1994/600 sayılı kararından: “...İş sahibinin zarara uğramasına neden olmaktan kaçınması yüklenicinin ‘özen borcu’ gereğidir. Özen borcu Borçlar Kanunu’nun 96. maddesinde yerini bulan sorumluluğun özel şeklidir. Yasa koyucu istisna akdinde sorumluluğu akdin sonucuna

Eserin iş sahibine teslim edilmesinden sonra müteahhit, eserdeki mevcut ayıplardan, ayıba karşı tekeffül hükümlerine göre (BK. m. 359-362) sorumlu olur. Bu durumda ayıbın özen yükümünün ihlâlinden doğmuş olup olmaması önemli değildir; burada özen yükümünün ihlâlinden doğan sorumluluk, özel nitelikteki ayıba karşı tekeffül sorumluluğu içinde erimiş olur<sup>12</sup>. Bununla birlikte, ayıbı takip eden zararlardan sorumluluk bakımından özen yükümü önem taşır; bu durumda müteahhidin kusuru, onun özen yükümüne aykırı davranışından çıkartılır<sup>13</sup>.

Buna karşılık, müteahhidin işin devamı esnasında özen yükümünü ihlâl ederek eseri ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapacağı anlaşılıyorsa, bu durumda BK. m. 358/II, iş sahibine, eserin tesliminden önce bazı hukukî imkânlar tanımaktadır. Gerçekten, BK. m. 358/II'ye göre, "imal sırasında işin müteahhidin kusuru sebebiyle ayıplı veya mukaveleye muhalif bir surette yapılacağını kat'iyetle tahmin etmek mümkün olursa, iş sahibi, bunlara mani olmak için müteahhide münasip bir mühlet tayin ederek veya ettirerek bu mühlet içinde icabını icra etmediği hâlde hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere tamiratın veya imalâta devamın üçüncü bir şahsa tevdi olunacağını ihtar edebilir"<sup>14</sup>. Bu makalede, söz konusu özel düzenlemeyle iş sahibine tanınan hukukî imkânlar incelenecektir.

---

bırakmamış, özel hüküm getirmiş olmakla özen borcuna ne denli önem verildiğini göstermiştir. Bu itibarla aksine davranış hâlinde iş sahibi, sadece zararın varlığını ve miktarını ispatlamakla yükümlüdür. Zararın doğmasında kastı olmadığını, kusur ve dikkatsizliği bulunmadığını, her türlü önlemi aldığını, beklenen özeni gösterdiğini ispat külfeti yükleniciye aittir." (Yalçınduran, s. 67).

<sup>11</sup> **Bühler**, Art. 364 OR, N. 40; **Gauch**, Nr. 853; **Zindel/Pulver**, Art. 364 OR, N. 46; **Aral**, s. 350-351.

<sup>12</sup> **Gautschi**, Georg, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR*, Bern 1967, Art. 364 OR, N. 5e; **Bühler**, Art. 364 OR, N. 40; **Gauch**, Nr. 853; **Zindel/Pulver**, Art. 364 OR, N. 47; **Aral**, s. 351; **Gökyayla**, s. 788.

<sup>13</sup> **Gauch**, Nr. 853 ve 1887; **Aral**, s. 351.

<sup>14</sup> Bu maddeye tekabül eden kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 366/II. maddesinin düzenlenmesinde İsviçre Federal Kanunkoyucu, Fransız Medeni Kanununun (CC) 1144. maddesini model almıştır (**Bühler**, Art. 366 OR, N. 60; **Zindel/Pulver**, Art. 366 OR, N. 45; **Gautschi**, Art. 366 OR, N. 2d). CC art. 1144'e göre: "Borçların ifa edilmemesi hâlinde alacaklı, masrafları borçluya ait olmak üzere borcu bizzat ifa etmeye yetkilidir. Borçlu, gerekli meblağı avans olarak ödemeye de mahkum edilebilir".

## II. BK. M. 358/II'NİN UYGULANABİLMESİNİN ŞARTLARI

### 1. İşin devamı esnasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesin olarak tahmin edilebilmelidir.

#### a) Eserin “ayıplı” veya “sözleşmeye aykırı” şekilde yapılacağı tahmin edilmesi.

BK. m. 358/II, eserin ayıplı şekilde yapılması ile sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasını birbirinden farklı hâller olarak öngörmüştür<sup>15</sup>. Bununla birlikte bazı yazarlar, kanunda “eserin ayıplı yapılması” yanında, ayrıca “sözleşmeye aykırı yapılması”ndan söz edilmesinin gereksiz olduğu; bu hükümde yalnızca eserin ayıplı yapılması hâlinin düzenlendiği görüşündedirler<sup>16</sup>. Müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcuna ilişkin BK. m. 360/I'de de eserin ayıplı olması<sup>17</sup> yanında, sözleşme şartlarına aykırı olmasından söz edilmektedir. Ancak doktrinde, BK. m. 360/I'de yer alan “ayıp veya sözleşme şartlarına aykırılık” ayırımının hukuken herhangi bir önem taşımadığı, bunun ayıp kavramının birliğini zedelediği ve aynı kavramı ifade ettiği belirtilmektedir<sup>18</sup>. Aynı görüşte olan *Tandoğan*'a göre, “ayıplı olan her eserde, sözleşmeye göre bulunması gereken bir vasıf eksiktir; bu yüzden ayıp, eserin sözleşmeye aykırı bir durumunu oluşturur (BK. m. 366). Böylece ayıplı bir eserin imali ve teslimi sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediğini gösterir”<sup>19</sup>.

Ayıp, eserin sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenen nitelikleri taşımasıdır. Başka bir ifadeyle, ayıp, eserde sözleşme veya dürüstlük kuralı gereğince olması gereken nitelik ile

<sup>15</sup> **Gauch**, Nr. 877; **Bühler**, Art. 366 OR, N. 64; **Aral**, s. 352; **Tandoğan**, s. 64; **Seliçi**, s. 111.

<sup>16</sup> **Koller**, Alfred, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR*, 3. Aufl., Bern 1998, Art. 366 OR, N. 511; **Şenocak**, Zariife, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara 2002, s. 190.

<sup>17</sup> BK. m. 360'ın kenar başlığında ve metninde “kusur” kavramı yer almaktaysa da, bunun, kaynak İsviçre Borçlar Kanununun 368. maddesinin kenar başlığı ve metni dikkate alınarak “ayıp” (Mängel) şeklinde anlaşılması gerekir.

<sup>18</sup> Bkz. **Aral**, s. 365 ve orada anılan yazarlar. Ayrıca bkz. **Uçar**, Ayhan, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Ankara 2003, s. 124; BGE 104 II 355.

<sup>19</sup> **Tandoğan**, s. 162. Aynı yönde bkz. **Yavuz**, s. 474.

fiilen var olan nitelik arasındaki farktır<sup>20</sup>. Eserin ayıplı olması, somut eser sözleşmesinin içeriğine bağlı nisbi bir kavram olup, bunun tespiti için sözleşmede öngörülen nitelikler ile eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması gerekir. Bu karşılaştırma yapılırken, iş sahibinin sözleşmenin içeriğine ve dürüstlük kuralına göre nasıl bir eser beklemekte haklı sayılabileceği esas alınmalıdır<sup>21</sup>. O hâlde, eser tamamlandığında, onun sözleşmede kararlaştırılan veya dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenen nitelikleri taşımayacağı, örneğin çatının su geçireceği, makinenin istenen kapasitede çalışmayacağı<sup>22</sup> vs. anlaşılıyorsa, BK. m. 358/II'de öngörülen eserin ayıplı şekilde yapılacağı tahmin edilmesi şartı gerçekleşmiş olur.

Doktrinde eserin sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasına örnek olarak, caiz olmayan alt müteahhide başvurma veya sözleşmeye aykırı üretim yöntemlerini uygulama hâlleri gösterilmektedir<sup>23</sup>.

Eserin tesliminde gecikme, BK. m. 358/I'de ayrıca düzenlenmiş olduğundan, BK. m. 358/II'nin kapsamına girmez. Aynı şekilde, müteahhidin eserin yapımıyla ilgili olmayan sözleşmeye aykırı davranışları, BK. m. 358/II'nin kapsamı dışında kalır<sup>24</sup>.

***b) Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasının “kesin olarak” tahmin edilebilmesi.***

BK. m. 358/II, işin devamı esnasında, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılıp teslim edileceğinin kesin olarak tahmin edilebildiği durumlarda iş sahibine eserin teslimini beklemeden müdahâlede bulunma hakkı vermektedir. Bu hükmün uygulanabilmesi için, iş sahibinin müdahâlede bulunmaması hâlinde eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılıp teslim edileceğinin kesin olarak tahmin edilebilmesi gerekir. İşin yapılması sırasında eserde belirli niteliklerin bulunmaması, eser tamamlandığında onun ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağını açıkça gösteriyorsa, BK. m. 358/II'de

<sup>20</sup> Aral, s. 365; Gauch, Nr. 1352 vd.; Zindel/Pulver, Art. 368 OR, N. 9; Gautschi, Art. 367 OR, N. 14c; Yavuz, s. 474; Tandoğan, s. 161; Uçar, s. 124.

<sup>21</sup> Tandoğan, s. 162; Yavuz, s. 474; Uçar, s. 125.

<sup>22</sup> Tandoğan, s. 162; Uçar, s. 125.

<sup>23</sup> Gauch, Nr. 877; Bühler, Art. 366 OR, N. 64; Aral, s. 352; Tandoğan, s. 64.

<sup>24</sup> Tandoğan, s. 64; Yalçınduran, s. 69. Aksi görüşte Gautschi, Art. 366 OR, N. 8a.

yer alan “ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın kesin olarak tahmin edilebilmesi” şartı gerçekleşmiş olur<sup>25</sup>.

**c) Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıın “işin devamı esnasında” tahmin edilebilmesi.**

BK. m. 358/II’de geçen “imal sırasında” (während der Ausführung) deyiminden, yapımına başlanmış eserin, henüz tamamlanmamış olması gerektiği anlaşılmaktadır<sup>26</sup>. Bu nedenle, eser tamamlandıktan veya teslim edildikten sonra ayıplı olduğu ortaya çıkarsa, BK. m. 358/II uygulanmaz. Ancak, İsviçre Federal Mahkemesi herhangi bir gerekçe göstermeden, böyle bir hâlde BK. m. 358/II’nin kıyasen uygulanacağına karar vermiştir<sup>27</sup>. Federal Mahkeme’nin bu kararını eleştiren *Gauch*’a göre, BK. m. 358/II’de, iş sahibine hâkimin iznine gerek olmadan ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini başkasına yaptırma hakkı tanınmasının amacı, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesini engellemek için, iş sahibine olabildiğince hızlı davranabilme imkânı sağlamaktır. Oysa eser tamamlandığında, bu amaç ortadan kalkar ve bu durumda artık, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirilmesinin engellenmesi bakımından âcilen müdahâleyi gerektiren bir ihtiyaçtan söz edilemez. Bununla birlikte *Gauch*, istisnaen, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinde acele edilmesi gereken durumlarda, BK. m. 358/II’nin kıyasen uygulanabileceğini belirtmektedir. Yazar, ayıbın giderilmesinin âcil olmasına örnek olarak, eserdeki ayıbın başka zararlara yol açmasını veya üçüncü kişilere zarar verme tehlikesinin bulunmasını göstermektedir. Yazara göre, bu durumlarda âcil müdahâleyi gerektiren ihtiyaç, eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinin engellenmesi değil, başka bir tehlikenin, yani ayıbın başka zararlara yol açmasının engellenmesidir<sup>28</sup>.

Buna karşılık bazı yazarlar, eserin tesliminden sonra, müteahhidin ayıplı veya sözleşmeye aykırılığı giderme borcunda temerrüde düşmesi hâlinde, BK. m. 358/II’nin kıyasen uygulanabileceği görüşündedirler<sup>29</sup>. Bu yazarlardan

<sup>25</sup> Zindel/Pulver, Art. 366 OR, N. 32; Aral, s. 352; Gauch, Nr. 875; Tandoğan, s. 64.

<sup>26</sup> Bühler, Art. 366 OR, N. 62; Gauch, Nr. 874; Aral, s. 352; Tandoğan, s. 63; Yavuz, s. 461.

<sup>27</sup> BGE 107 II 56.

<sup>28</sup> Gauch, Nr. 1821 vd.

<sup>29</sup> Koller, Art. 366 OR, N. 504 vd.; Koller, Alfred, *Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme*, in: Haftung für Werkmängel, Hrsg. Alfred Koller, St. Gallen 1998, s. 12

*Koller*'e göre, BK. m. 358/II'de iş sahibine hâkimden izin almadan ayıbı giderme işini üçüncü kişiye yaptırma imkânı tanınmasının amacı, olayların çoğunda ayıbın giderilmesinin veya eserin ayıplı yapılmasının engellenmesinin âcil bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmasıdır. Kanunkoyucu, hukukî ilişkilerde güvenliği sağlamak ve ispat zorluklarından kaçınmak amacıyla, ayıbın giderilmesinin âcil bulunmasını, BK. m. 358/II hükmünün bir unsuru olarak değil, bir varsayım olarak öngörmüştür<sup>30</sup>. Bu itibarla, eserin tesliminden önceki ayıpların giderilmesinde olduğu gibi, tesliminden sonraki ayıpların giderilmesi borcunda temerrüt hâlinde de, BK. m. 97/I<sup>31</sup> değil, BK. m. 358/II kıyas yoluyla uygulanmalıdır<sup>32</sup>.

vd.; **Niklaus**, Jürg, *Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR*, Diss. St. Gallen 1999, s. 158 vd.

<sup>30</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 504 vd.; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 12.

<sup>31</sup> BK. m. 97/I'e göre, bir şeyin yapılmasına ilişkin borç borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde, alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere, borcun kendisi tarafından ifasına izin verilmesini hâkimden isteyebilir. Maddede, borcun konusunu oluşturan işin alacaklı tarafından yapılmasından söz edilmekte ise de, alacaklı işi bir üçüncü kişiye de yaptırabilir (**Eren**, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 2001, s. 1023; **Kılıçoğlu**, Ahmet M., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 2. Bası, Ankara 2002, s. 428; **Tekinay**, S. Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Altıp**, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul 1993, s. 923). Diğer taraftan, bu hüküm esas itibarıyla yapma edimlerinin ifasına ilişkin olmakla birlikte, bunun verme edimlerine de uygulanabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Niklaus**, s. 31; **Von Tuhr**, Andreas/**Escher**, Arnold, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, s. 92; **Oser**, Hugo/**Schönenberger**, Wilhelm, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183 OR*, 2. Aufl., Zürich 1929, Art. 98 OR, N. 3; **Eren**, s. 1023. Aksi görüşte **Gauch**, Peter/**Schlupe**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. I-II, 7. Aufl., Zürich 1998, Nr. 2586; **Becker**, Hermann, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR*, 2. Aufl., Bern 1941, Art. 98 OR, N. 1; **Kılıçoğlu**, s. 427. BK. m. 358/II'ye oranla genel bir hüküm olan BK. m. 97/I'e göre işin masrafları borçluya ait olmak üzere alacaklı tarafından yapılması veya üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için, hâkimden önceden izin alınması şart olduğu hâlde, BK. m. 358/II uyarınca, iş sahibinin işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için, hâkimden izin almasına gerek yoktur.

<sup>32</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 504 vd., N. 621 vd.; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 12 vd.; **Niklaus**, s. 158 vd. (Yazara göre, müteahhidin teslim öncesi eserin ayıplı olmasını engelleme yükümlülüğü (BK. m. 358/II) ile teslim sonrası ayıbı giderme yükümlülüğü esas itibarıyla aynı niteliktedir. Birincisinde eserin tesliminden önce ortaya çıkan ayıpların giderilmesi ve eserin ayıplı olarak meydana getirilmesinin engellenmesi söz konusu iken, ikincisinde teslim sonrası mevcut ayıpların giderilmesi söz konusudur. Her iki yükümlülük de, esas itibarıyla eserin ayıpsız olarak meydana getirilmesi ve teslimi amacına yöneliktir).



Yapımına henüz başlanmamış olsa bile, yapılacak eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olacağı kesinlikle öngörülebiliyorsa, BK. m. 358/II hükmü, lâfzına rağmen, uygulanabilir<sup>33</sup>. Örneğin, yapı için elverişli olmayan malzemenin işyerine depo edilmesi hâlinde, iş sahibi, söz konusu elverişsiz malzemenin oradan götürülmesini isteyebilir<sup>34</sup>.

## 2. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılması müteahhidin kusuruna dayanmalıdır.

BK. m. 358/II'ye göre, işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılması müteahhidin kusuruna dayanmalıdır. Ancak, maddenin bu ifadesine rağmen, masrafları müteahhide ait olmak üzere, işin üçüncü kişiye yaptırılabilmesi için müteahhidin kusurunun aranıp aranmayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Hâkim gibi görünen görüşe göre, iş sahibinin, masrafları müteahhide ait olmak üzere, işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için, eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması müteahhidin kusuruna dayanmalıdır. Eserdeki ayıp veya sözleşmeye aykırılık yardımcı kişilerin (örneğin alt müteahhitlerin) davranışlarından ileri geliyorsa, bu kişilerin davranışlarının da BK. m. 100 uyarınca müteahhide isnat edilebilmesi gerekir<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Bühler, Art. 366 OR, N. 62; Gauch, Nr. 874; Aral, s. 352; Tandoğan, s. 63.

<sup>34</sup> Aral, s. 352; Tandoğan, s. 63. Bu husus, YİGŞ. m. 16/V'te şu şekilde ifade edilmiştir: "Yüklenicinin işyerine getirdiği malzemenin, teknik şartnamesine veya daha önce alınmış mühürlü örneğine uygun ve işe elverişli olmadığı anlaşıldığı takdirde yüklenici, yapı denetim görevlisinin bu husustaki yazılı tebliğ tarihinden başlamak üzere on gün içinde bu malzemeyi işyerinden kaldırıp uzaklaştırmak zorundadır. Bunu yapmadığı takdirde yapı denetim görevlisi bu malzemeyi, bütün zarar ve giderleri yükleniciye ait olmak üzere, işyeri çevresi dışına çıkarmaya yetkilidir".

<sup>35</sup> Becker, Hermann, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, 2. Aufl.*, Bern 1934, Art. 366 OR, N. 6; Oser, Hugo/ Schönenberger, Wilhelm, *Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 2. Teil, Art. 184-418 OR, 2. Aufl.*, Zürich 1936, Art. 366 OR, N. 5a; Koller, Art. 366 OR, N. 539 vd.; Honsell, Heinrich, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl.*, Bern 1997, s. 253; Niklaus, s. 101 vd.; Pedrazzini, Mario M., *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*, in: *Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbbd.*, Basel/Stuttgart 1977, s. 524; Şenocak, s. 200; Tandoğan, s. 64; Yavuz, s. 461. Koller'e göre, işin üçüncü kişiye yaptırılması hâlinde, masrafların müteahhitten istenebilmesinin onun kusurlu olması şartına bağlı tutulmasının, iş sahibini eserin bitirilip teslim edilmesini beklemek zorunda bırakacağı endişesi

Buna karşılık, üstün tutulması gereken diğer bir görüşe göre, BK. m. 358/II'de eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılmasının müteahhidin kusuruna dayanması gerektiği ifade edilmekte ise de, bunu, ayıbın doğumunda iş sahibinin BK. m. 361 anlamında kendi kusurunun bulunmaması şeklinde yorumlamak gerekir. Zira, teslim edilen eserin ayıplı olması hâlinde müteahhidin sorumluluğu -ayıbı takip eden zararlar hariç- kusura dayanmayan bir sorumluluktur ve bunun için iş sahibinin kendi kusuruyla ayıba sebep olmaması yeterlidir. İşin üçüncü kişiye yaptırılması için müteahhidin kusuru aranır, iş sahibi, kendi kusurunun bulunmadığı hâllerde, eserin bitirilip teslim edilmesini beklemek zorunda kalır ki, bu sonuç, BK. m. 358/II'nin amacına ters düşer<sup>36</sup>.

Bu konuda ileri sürülen üçüncü bir görüş ise, eserin ayıplı olması ile ayıp dışındaki sözleşmeye aykırılık hâlleri arasında bir ayırım yaparak, eserin ayıplı olması hâlinde müteahhidin kusurunun aranmayacağını, ayıp dışındaki sözleşmeye aykırılık hâllerinde ise, müteahhidin kusurlu olması gerektiğini ileri sürmektedir<sup>37</sup>.

İşin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarının müteahhitten istenebilmesi için, iş sahibinin BK. m. 361 anlamında kusurunun bulunmaması da gerekir<sup>38</sup>. Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı olması her iki tarafın kusuruna dayanıyorsa, iş sahibi, BK. m. 358/II uyarınca, işi üçüncü kişiye yaptırabilmekle birlikte, onun, işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarına katılması gerekir<sup>39</sup>.

---

yersizdir. Zira müteahhidin kusurunun bulunmaması hâlinde iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektirdiği masrafları isteyemese bile, ayıbın (veya sözleşmeye aykırılığın) giderilmesinden veya işe devam edilmesinden vazgeçip, yalnızca işin yapılan kısmının ücretini ödemekle yetinebilir; yani ücretten indirim yapılmasına ilişkin BK. m. 360/II gereğince indirilmiş ücret miktarını isteyebilir. Bu durumda kusur şartı, işin üçüncü kişiye yaptırılması masraflarının, ücretten indirilecek miktardan fazla olması hâlinde önem taşır (Art. 366 OR, N. 540 vd).

<sup>36</sup> **Zindel/Pulver**, Art. 366 OR, N. 35; **Gauch**, Nr. 880; **Aral**, s. 353.

<sup>37</sup> **Bühler**, Art. 366 OR, N. 65.

<sup>38</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 545; **Zindel/Pulver**, Art. 366 OR, N. 35; **Niklaus**, s. 104-105.

<sup>39</sup> **Niklaus**, s. 104-105; **Koller**, Art. 366 OR, N. 561.

**3. İş sahibi ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi için müteahhide uygun bir süre vermeli ve bu süre içinde ayıp giderilmez veya eser sözleşmeye uygun hâle getirilmezse, işin üçüncü kişiye yaptırılacağı ihtarında bulunmalıdır.**

İş sahibinin, BK. m. 358/II'de öngörülen haklardan yararlanabilmesi için, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermesi amacıyla müteahhide uygun bir süre vermesi gerekir<sup>40</sup>. İş sahibi bu süreyi kendisi verebileceği gibi, hâkime de tayin ettirebilir. Süre verilmesinin amacı, müteahhidin, verilen bu süre içinde eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olarak bitirilmesi için gerekli önlemleri almasını sağlamaktır. Verilen süre, müteahhidin alması gereken önleme uygun olmalıdır. Örneğin, müteahhit kötü malzeme kullanmışsa, verilen süre, bu malzemenin değiştirilmesine imkân verecek nitelikte olmalıdır. Aynı şekilde, iş sahibinin sağladığı çimentoların saklanması için yapılması gereken barakanın yapılmamış olması hâlinde, verilen süre barakanın yapılmasına; üçüncü kişiler için tehlike arzeden inşaat alanının tahta perde ile çevrilmemiş olması hâlinde, verilen süre bu önlemlerin alınmasına yeterli olmalıdır<sup>41</sup>. Kendisine veriler süreyi yeterli bulmayan müteahhit, derhâl itiraz etmek zorundadır; aksi takdirde, sürenin yeterli olmadığını sonradan ileri süremez<sup>42</sup>. Mevcut ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın bizzat müteahhit tarafından giderilmesi mümkün değilse ya da müteahhit ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi önceden reddetmişse, süre vermeye gerek yoktur<sup>43</sup>. Bu hâller dışında, iş sahibi, müteahhide süre vermeden veya verdiği süre dolmadan, işi üçüncü kişiye yaptıramaz. Aksine hareket eden, yani müteahhide süre vermeden veya verdiği süre dolmadan işi üçüncü kişiye yaptıran iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektirdiği masrafları

<sup>40</sup> BK. m. 358/II'ye göre süre verilmesi, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdünde BK. m. 106'ya göre verilecek süreyle aynı nitelikte olup, her ikisinin amacı da, borçluya gereği gibi ifa için son bir imkân tanımaktır. Bkz. **Seliçi**, s. 113.

<sup>41</sup> **Seliçi**, s. 112.

<sup>42</sup> **Gautschi**, Art. 366 OR, N. 7c; **Gauch**, Nr. 885; **Tandoğan**, s. 65; **Seliçi**, s. 112; **Yavuz**, s. 461.

<sup>43</sup> **Gautschi**, Art. 366 OR, N. 7c; **Gauch**, Nr. 885; **Tandoğan**, sh. 65. **Seliçi**'ye göre (s. 112), müteahhidin borca aykırı davranışı eserde büyük bir zarar meydana getirmişse, bu durumda ona süre vermeye gerek olmadan, ihtar yapılarak zararın tazmini istenebilir. Zira, müteahhide süre verilmesinin amacı, onun borca aykırı davranışının sonuçlarını engellemek olup, bu davranış bir zarar doğurmadan önce, henüz tehlike aşamasındayken süre verilmesi bir anlam taşır.

müteahhitten isteyemez<sup>44</sup>. Bu durumda iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarını ancak BK. m. 106'ya göre müsbet zarar kapsamında talep edebilir<sup>45</sup>.

Müteahhit, ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı verilen süre içinde giderse bile, iş sahibi ondan, işteki gecikme dolayısıyla tazminat isteyebilir. Ancak iş sahibi, çekince (ihtirazî kayıt) ileri sürmeksizin eseri teslim almış veya müteahhidin ücretini ödemişse, gecikme dolayısıyla tazminat isteyemez<sup>46</sup>.

BK. m. 358/II'de öngörülen hakları ileri sürebilmesi için, iş sahibinin verilen süre içinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde, işin üçüncü kişiye yaptırılacağını müteahhide "ihtar" etmesi gerekir. Buna göre iş sahibi, en geç süre tayini esnasında, müteahhide, verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermediği takdirde, masrafları ona ait olmak üzere, işi üçüncü kişiye yaptıracağını ihtar etmiş olmalıdır<sup>47</sup>. Verilen sürenin geçmesinden sonra yapılan ihtar geçerli değildir. İş sahibi, müteahhide ihtarda bulunmadan, işi üçüncü kişiye yaptıramaz. Müteahhide ihtarda bulunmadan işi üçüncü kişiye yaptıran iş sahibi, bunun masraflarını müteahhitten isteyemez<sup>48</sup>. Bu durumda iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının masraflarını, ancak BK. m. 106'ya göre olumlu (müsbet) zarar kapsamında talep edebilir<sup>49</sup>. İş sahibi, müteahhide süre verirken, işi üçüncü kişiye yaptıracağını ihtar etmek yerine, bu hakkını saklı tutmakla da yetinebilir<sup>50</sup>. Bu hakkını saklı tutarak müteahhide süre vermişse, verilen süre içinde ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmemesi hâlinde, iş sahibi, sürenin bitiminde, masrafları müteahhide ait olmak üzere işi üçüncü kişiye yaptırabilmek için, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın müteahhit tarafından

<sup>44</sup> Tandoğan, s. 65.

<sup>45</sup> Bkz. ve karşı. Niklaus, s. 107; Şenocak, s. 202.

<sup>46</sup> Gautschi, Art. 366 OR, N. 7c; Tandoğan, s. 65.

<sup>47</sup> Koller, Art. 366 OR, N. 528; Niklaus, s. 106; Şenocak, s. 201-202.; Koller, müteahhidin ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermeyi reddetmesi hâlinde, ihtarda bulunmaya gerek olmadığı görüşündedir (Ersatzvornahme, s. 18). Buna karşılık Niklaus, ihtarın, aynı zamanda, müteahhidin dikkatini işin başkasına yaptırılmasının masraflarını karşılama yükümlülüğüne çekme amacı taşıdığı ileri sürerek, müteahhide BK. m. 107 uyarınca süre verilmesine gerek olmasa bile, ihtar şartının yerine getirilmesi gerektiğini ifade etmektedir (s. 108-109).

<sup>48</sup> Tandoğan, s. 65; Şenocak, s. 202.

<sup>49</sup> Niklaus, s. 107; Şenocak, s. 202.

<sup>50</sup> Koller, Art. 366 OR, N. 528; Şenocak, s. 202.

giderilmesinden vazgeçtiğini derhâl ona bildirmek zorundadır<sup>51</sup>. Buna karşılık, iş sahibi, kesin olarak işi üçüncü kişiye yaptıracağını ihtar etmişse, verilen sürenin sonuçsuz kalması hâlinde, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesinden vazgeçtiğini müteahhide bildirmeye gerek yoktur; bu durumda, sürenin dolmasıyla birlikte, işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı kendiliğinden doğar<sup>52</sup>.

### III. BK. M. 358/II'NİN SONUÇLARI

#### 1. İş Sahibinin İş Üçüncü Kişiye Yaptırma Hakkı

##### *a Genel olarak*

Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi ve müteahhide verilen sürenin sonuçsuz kalması hâlinde, iş sahibi, hasar ve masrafları müteahhide ait olmak üzere, ayıbın (veya sözleşmeye aykırılığın) giderilmesini veya işin devamını üçüncü kişiye yaptırabilir (BK. m. 358/II)<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 547; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 18; **Niklaus**, s. 108. Ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın müteahhit tarafından giderilmesinden vazgeçtiğini bildiren iş sahibi, işi başkasına yaptırarak bunun masraflarını istemek yerine, müsbet zararının tazminini isteme yoluna da gidebilir. Bu durumda iş sahibinin, işi başkasına yaptırarak bunun masraflarını mı, yoksa müsbet zararının tazminini mi istediği hususunda derhâl bir seçim beyanında bulunması gerekmez. Bkz. **Koller**, Art. 366 OR, N. 600; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 18.

<sup>52</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 547; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 18; **Niklaus**, s. 108.

<sup>53</sup> İş sahibinin, işin devamı esnasında gördüğü ayıpları verdiği süre içinde müteahhide tamir ettirebileceği ve gerekirse işi üçüncü kişiye yaptırabileceği, YİGŞ. m. 16/VI, 26/I-IV ve 42/VI'da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. YİGŞ. m. 16/VI'ya göre: "Yüklenici tarafından fen ve sanat kurallarına aykırı olarak kusurlu yapıldıkları anlaşılan iş kısımlarını yıktırıp yükleniciye yeniden yaptırmak hususunda yapı denetim görevlisi yetkilidir. Yüklenici, bu konuda kendisine yazılı olarak verilen talimat üzerine, belirlenen süre içinde söz konusu iş kısımlarını ayrıca bir bedel istemeksizin yıkıp yeniden yapmak zorundadır. Bu hususta bir gecikme olursa, sorumluluğu yükleniciye aittir." Yine, YİGŞ. m. 26/I-IV uyarınca, "Taahhüt konusu yapım işinin her türlü sorumluluğu, kesin kabul işlemlerinin idarece onaylanacağı tarihe kadar tamamen yükleniciye aittir. Yüklenici, gerek malzemenin şartnameye uygun olmamasından ve gerekse yapım işlerinin kusur ve eksiklerinden dolayı, idarece gerekli görülecek bütün onarım ve düzeltmeler ile sürekli bakım işlerini kendi hesabına derhâl yapmak zorundadır.

Yüklenici bu zorunluluğa uymadığı takdirde, idare, kendisinden bir yazı ile yükümlülüklerini yerine getirmesini isteyecektir. Bu talimatın yükleniciye tebliği tarihinden başlamak üzere işin özelliğine göre, talimat yazısında idarece daha uzun bir süre verilmemişse,

İşin üçüncü kişiye bırakılması hâlinde, iş sahibi ile ikame müteahhit olarak adlandırılan bu kişi arasında, iş sahibi ile ilk müteahhit arasındaki sözleşmeden bağımsız bir eser sözleşmesi meydana gelir. İş sahibi, ikame müteahhide karşı bu sözleşmeden doğan tüm haklara sahip olduğu gibi, ona karşı ücret ödeme borcu altındadır<sup>54</sup>. İş sahibi ile ilk müteahhit arasında ise, tasfiye ilişkisi söz konusu olur. Burada, ilk müteahhidin eser sözleşmesinden doğan borcunun yerini, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının gerektirdiği masrafları ödeme borcu alır. Buna karşılık iş sahibi, eser sözleşmesinde kararlaştırılan ücretin tamamını -henüz ödememişse- ilk müteahhide ödemekle yükümlüdür<sup>55</sup>.

İşin üçüncü kişiye bırakılabilmesi bakımından, eserin yapımının müteahhidin şahsına bağlı bir edim olup olmamasının herhangi bir öneminin bulunup bulunmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, iş sahibinin BK. m. 358/II uyarınca işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi bakımından, söz

---

yüklenici on gün içinde yükümlülüklerini yerine getirmeye fiilen başlamadığı veya başlayıp da belirlenen süre içinde teknik gereklerine göre işi bitirmediği takdirde idare, söz konusu onarım, düzeltme ve bakım işlerini, bütün giderleri yükleniciye ait olmak üzere, 4734 sayılı Kanunda gösterilen usullerden biri ile yaptırabilir. İdare, bu işler için yüklenicinin teminatından veya varsa diğer alacaklarından ödeme yapmaya yetkilidir.

İdare, yüklenicinin yaptığı işlerde kesin kabul tarihine kadar geçen zaman içinde, herhangi bir aksaklık gördüğü takdirde, bu aksaklıkları yukarıda belirtildiği şekilde düzelttirip onarmakla birlikte, işin niteliğine göre aksaklığı tespit edilen yapım işlerinin kesin kabul işlemlerini uygun bir tarihte erteleyebilir. Bu takdirde, kabulü ertelenen kısım için, idarenin uygun göreceği bir miktarda teminat alıkonur.

Yapılan işlerde yüklenicinin kusurundan kaynaklanan ve âcilen ele alınması gereken aksaklıklar meydana geldiğinde, yüklenicinin o anda işle ilgilenip konuyu ele alması imkânı yoksa, bu takdirde idare, yazılı olarak haber vermek suretiyle, yüklenici adına bu aksaklığı giderir. Yüklenicinin tebligat adresinde bulunamaması veya işe ilgi göstermemesi hâlinde idare, yüklenici hesabına aksaklığı giderip gerekli tedbirleri alır ve yüklenicinin bu uygulamaya itiraz hakkı olmaz.”

Diğer taraftan, YİGŞ. m. 42/VI gereğince, geçici kabulde, “Kabul komisyonunun tespit ettiği eksiklikler, belirlenen sürede yüklenici tarafından giderilmezse bu sürenin bitiminden sonra eksikliklerin giderilmesine kadar geçecek her gün için, giderilecek eksikliklerin durumuna göre sözleşmesinde günlük gecikme cezası olarak yazılan miktarın belli bir oranında günlük ceza uygulanır ve geçici kabul tarihi kusur ve eksikliklerin giderilmesi tarihine ertelenir. Ancak, bu gecikme otuz günü geçtiği takdirde idare, yüklenici hesabına eksiklerin giderilmesini kendisi yaptırabilir. Bu takdirde de, eksikler tamamlanıncaya kadar ceza uygulaması devam eder ve kabul tarihi ertelenir.”

<sup>54</sup> Şenocak, s. 204; Koller, Art. 366 OR, N. 549; Niklaus, s. 111.

<sup>55</sup> Şenocak, s. 204; Niklaus, s. 115 vd.; Koller, Art. 366 OR, N. 550; BGE 126 III 233.

konusu işin müteahhidin şahsına bağlı bir edim olup olmaması önemli değildir. Zira, edimin müteahhidin şahsına bağlı olması alacaklı yararına bir durum olup, alacaklı bu yarardan feragat ederek, işi üçüncü kişiye yaptırabilir<sup>56</sup>. Diğer bir görüşe göre ise, işi üçüncü kişiye yaptırabilmesi için, bu işin müteahhidin şahsına bağlı bir edim olmaması gerekir. Müteahhidin sanatsal veya bilimsel yeteneğinin ağır bastığı bir eserin meydana getirilmesi söz konusu olduğu takdirde, bu eserdeki ayıbın (veya sözleşmeye aykırılığın) giderilmesi veya işin kalan kısmının tamamlanması üçüncü kişiye bırakılmaz<sup>57</sup>. Zira, müteahhidin sanatsal veya bilimsel yeteneğinin ağır bastığı edimlerde, BK. m. 358/II uyarınca, işin bir üçüncü kişiye bırakılması yine müteahhit namına olacağı için, üçüncü kişinin eserin meydana getirilmesine katılması nedeniyle, orjinalliği açısından eserde bir değer kaybı meydana gelebilir. Bu değer kaybı, yalnızca iş sahibinin değil, dolaylı da olsa, müteahhidin de ekonomik ve manevî menfaatlerini etkiler. Bu nedenle, müteahhidin onayı olmaksızın, iş sahibine tek tarafı olarak bu hukukî durumu değiştirme imkânının tanınmaması gerekir<sup>58</sup>.

BK. m. 97'den farklı olarak, işi üçüncü kişiye yaptırmak için, burada iş sahibinin hâkimden izin almasına gerek yoktur<sup>59</sup>. Bu sonuç, BK. m. 358/II'nin acele tedbir alınmasını sağlama amacından çıkartılmaktadır<sup>60</sup>. Bununla birlikte, ileride BK. m. 358/II'nin şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği ve verilen sürenin uygun olup olmadığı hususunda ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkları önlemek için hâkimden izin alınmasında yarar vardır<sup>61</sup>.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, iş sahibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ile işin kalan kısmının üçüncü kişiye yaptırılması

<sup>56</sup> Bkz. **Becker**, Art. 98 OR, N. 1.

<sup>57</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 92; **Şenocak**, s. 199; **Gauch**, Nr. 893; **Niklaus**, s. 100; **Wiegand**, Wolfgang, *Kommentar zu Art. 97-109 und 119 OR, Basler Kurzkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR*, 2. Aufl., Basel 1996, Art. 98 OR, N. 4; **Fellmann**, Walter, *Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR- "Vollstreckungstheorie" oder "Erfüllungstheorie"*, in: recht 1993, s. 118.

<sup>58</sup> **Niklaus**, s. 100; **Şenocak**, s. 199-200.

<sup>59</sup> **Gauch**, Nr. 887; **Bühler**, Art. 366 OR, N. 70; **Zindel/Pulver**, Art. 366 OR, N. 37; **Koller**, Art. 366 OR, N. 504; **Tandoğan**, s. 65; **Seliçi**, s. 114; **Yavuz**, s. 461. Karş. **Becker**, Art. 366 OR, N. 7; **Oser/Schönenberger**, Art. 366 OR, N. 5; **Pedrazzini**, s. 524; BGE 126 III 232; 107 II 56.

<sup>60</sup> **Gauch**, Nr. 887; **Aral**, s. 353; **Tandoğan**, s. 65.

<sup>61</sup> **Tandoğan**, s. 65; **Seliçi**, s. 114; **Yavuz**, s. 461-462.

arasında serbest bir seçim yapamaz. İşin yapılması esnasında ortaya çıkan ayıp veya sözleşmeye aykırılık hâllerinde, iş sahibi ilke olarak yalnızca ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini üçüncü kişiye yaptırabilir; işin kalan kısmını üçüncü kişiye yaptırabilmesi için, iş sahibinin yetkisinin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle sınırlandırılmasının, eserin zamanında ve gereği gibi ifasını tehlikeye düşürmesi gerekir<sup>62</sup>. Ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ve işin tamamlanması çalışmalarının birbiriyle sıkı bağlantı içinde olduğu ve müteahhit ile üçüncü kişi (ikame müteahhit) arasındaki ilişkinin koordine edilemeyeceği hâllerde böyle bir tehlikenin varlığı kabul edilmektedir<sup>63</sup>.

Kanaatimce böyle bir sınırlandırma yapmamak gerekir. Müteahhit verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı giderirse, bu durumda zaten işi sürdürme niyetini ortaya koymuş olur. Buna karşılık, müteahhit verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermezse, iş sahibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesini üçüncü kişiye yaptırabileceği gibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte, işin devamını da üçüncü kişiye yaptırabilir. İş sahibinden, özen yükümlülüğünü ihlâl ederek eserin yapımını ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak sürdüren, verilen süre içinde de eseri düzeltmeyen müteahhide güvenmesi ve ayıp ya da sözleşmeye aykırılık üçüncü kişi tarafından giderildikten sonra işin devamını müteahhide yaptırması beklenemez<sup>64</sup>. Bu nedenle, işin kalan kısmının müteahhide yaptırılması eserin zamanında ve gereği gibi ifasını tehlikeye düşürmese bile, iş sahibi, ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesiyle birlikte, işin kalan kısmını da üçüncü kişiye yaptırabilir.

<sup>62</sup> Zindel/Pulver, Art. 366 OR, Nr. 38; Gauch, N. 889; Aral, s. 353; Tandoğan, s. 64. Ayrıca bkz. ve karşı. Bühler, Art. 366 OR, N. 71.

<sup>63</sup> Bühler, Art. 366 OR, N. 71; Gauch, Nr. 889; Aral, s. 354.

<sup>64</sup> Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 27.6.1996 tarih ve E. 2484, K. 3691 sayılı kararından: "...Esasen sözleşmenin taraflarının vecibelerini ifa ederlerken, kendilerinden beklenmesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermeleri gerekir. Davalının olayda inşaatı yaparken gerekli dikkat ve itina gösterdiğinden söz edilemez. İşin başında taşıyıcı sistemlerini çürük imal eden, projeyi tasdik ettirmeyen, proje dışı işler yapan (ki bu işler iskân izni alınmasına engel olacak biçimdedir.) müteahhide güven duygusunun yok olacağı açıktır. Hele, ayıplı işleri ikmal etmeyi reddeden bir kişiyle (müteahhit) sözleşmeyi devam davacıyı (iş sahibini) zorlamak, hakkaniyet kurallarına ve hayatın olağan akışına tamamen ters düşer..." (Uygur, Turgut, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003, s. 7818).



BK. m. 358/II, işin ikame müteahhit tarafından yapılması esnasında meydana gelen hasarın ilk müteahhide ait olduğunu hükme bağlamıştır. Bu nedenle, eserin ikame müteahhit tarafından yapılması esnasında kazaen meydana gelen zarardan ve ikame müteahhit tarafından karşılanmayan sonuçlarından ilk müteahhit sorumlu olur<sup>65</sup>. Buna karşılık, iş sahibine yüklenebilecek, yani onun sorumlu olması gereken bir sebeple eserde bir zarar meydana gelirse, ilk müteahhit bundan sorumlu tutulamaz. Özellikle iş sahibi, ikame müteahhidin seçilmesinde veya ona talimat verilmesindeki kusurundan ileri gelen zarara kendisi katlanmalıdır<sup>66</sup>.

İş sahibi, işi mutlaka üçüncü kişiye yaptırmak zorunda olmayıp, bizzat kendisi de yapabilir<sup>67</sup>.

İşin ikame müteahhide bırakılması hâlinde, ilk müteahhit ile ikame müteahhit arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi meydana gelmez<sup>68</sup>. Bununla birlikte, ikame müteahhit, ayıplı veya sözleşmeye aykırı ifade bulunur ve iş sahibi bunlardan birine başvurursa, her ikisi arasında BK. m. 51 anlamında bir rücu ilişkisi ortaya çıkar. Böylece, ayıplı veya sözleşmeye aykırı ifadan dolayı kendisine başvuru ilk veya ikame müteahhit, kusuru oranında diğerine rücu edebilir<sup>69</sup>.

#### ***b. İşin Üçüncü Kişiye Yaptırılmasının Masrafları***

BK. m. 358/II'ye göre, işin üçüncü kişiye (ikame müteahhide) yaptırılmasının masrafları ilk müteahhide aittir. İlk müteahhidin bu masrafları ödeme yükümlülüğü, iş sahibinin ikame müteahhitle sözleşme yaptığı anda doğar<sup>70</sup>. İlk müteahhidin ödemekle yükümlü olduğu masraf miktarı, işin ikame müteahhide yaptırılmasından doğan masraf miktarıyla sınırlıdır<sup>71</sup>. Ayrıca, bu masrafların dürüstlük kuralına uygun olarak yapılmış olması da gerekir. İş sahibi en ucuz yöntemi veya en ucuza yapacak müteahhidi seçmek zorunda

<sup>65</sup> Oser/Schönenberger, Art. 366 OR, N. 5; Tandoğan, s. 62; Seliçi, s. 113. Ayrıca bkz. ve karşı. Koller, Art. 366 OR, N. 591; Koller, (Ersatzvornahme), s. 23.

<sup>66</sup> Oser/Schönenberger, Art. 366 OR, N. 5; Becker, Art. 366 OR, N. 7; Seliçi İ, s. 113; Tandoğan, s. 63.

<sup>67</sup> Zindel/Pulver, Art. 366 OR, N. 38; Gauch, Nr. 891; Aral, s. 354; Şenocak, s. 191.

<sup>68</sup> Koller, Art. 366 OR, N. 551; Niklaus, s. 112; Şenocak, s. 205.

<sup>69</sup> Niklaus, s. 112; Koller R, Art. 366 OR, N. 593; Koller, (Ersatzvornahme), s. 24.

<sup>70</sup> Niklaus, s. 118; Şenocak, s. 205.

<sup>71</sup> Koller, Art. 366 OR, N. 555; Koller, (Ersatzvornahme), s. 20.

olmadığı gibi; en pahalı yöntemi veya en yüksek fiyata yapan müteahhidi seçme yetkisi de yoktur<sup>72</sup>. İş sahibi, ikame müteahhidi seçerken, onun güvenilir olması, işi hızlı yapması gibi özelliklerini göz önüne alabilir<sup>73</sup>. Ancak iş sahibi, ikame müteahhitle, ilk müteahhitle kararlaştırmış olduğundan daha lüks ve pahalı bir yöntem kararlaştırmışsa, bu masrafları ilk müteahhitten isteyemez; bunları kendisi karşılamak zorundadır<sup>74</sup>. Aynı şekilde iş sahibi, eser sözleşmeye uygun olarak meydana getirilseydi zaten karşılamak zorunda kalacağı masrafları bizzat ödemek zorundadır<sup>75</sup>. Buna karşılık, işin ikame müteahhit tarafından yapılması sonucunda, eser ilk müteahhitle yapılan sözleşmeye oranla daha fazla değer kazanmışsa, bu değer, ilk müteahhidin ödeyeceği masraflardan düşülmelidir<sup>76</sup>.

Genellikle kabul edildiğine göre, iş sahibi, işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğacak masrafları karşılamak amacıyla, ilk müteahhitten avans isteyebilir<sup>77</sup>. İş sahibinin avans isteyebilmesi, onun üçüncü kişiyle (ikame müteahhitle) hâlihazırda sözleşme yapmış olması şartına bağlı değildir; sözleşme görüşmelerine başlamış olması yeterlidir<sup>78</sup>. Avans en erken, iş sahibinin ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın ilk müteahhit tarafından giderilmesinden vazgeçtiği anda istenir<sup>79</sup>. Avans olarak istenecek miktar, işin üçüncü kişiye yaptırılmasının muhtemel masraflarına bağlıdır<sup>80</sup>. İlk müteahhitten alınan bu avans, daha sonra onun ödeyeceği masraflardan indirilir. İş sahibi-

<sup>72</sup> **Gauch**, N. 871; **Niklaus**, s. 122; **Koller**, Art. 366 OR, N. 559; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 21.

<sup>73</sup> **Gauch**, Nr. 1813; **Zindel/Pulver**, Art. 368 OR, N. 60; **Şenocak**, s. 205; **Tandoğan**, s. 202.

<sup>74</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 559; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 21; **Niklaus**, s. 119.

<sup>75</sup> **Niklaus**, s. 120; **Koller**, Art. 366 OR, N. 563; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 21; **Gauch**, Nr. 1811.

<sup>76</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 563; **Şenocak**, s. 206; **Niklaus**, s. 123.

<sup>77</sup> **Koller R**, Art. 366 OR, N. 571; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 19; **Niklaus**, s. 127 vd. İsviçre Federal Mahkemesi, BK. m. 358/II'nin uygulanmasıyla ilgili olarak önüne gelen bir olayda, iş sahibinin avans isteme hakkına sahip olup olmadığı konusunda çözümsüz bırakmıştır. Bkz. BGE 126 III 236. **Koller**'e göre (Ersatzvornahme, s. 19, dn. 39), iş sahibinin avans isteme hakkı kabul edilmese bile, ilk müteahhide ücretin henüz tamamını ödemiş olan iş sahibine, bu ücretin işin başkasına yaptırılması için gerekli olan kısmını BK. m. 81'e dayanarak ödemekten kaçınma hakkı tanınmalıdır.

<sup>78</sup> **Niklaus**, s. 130; **Koller**, Art. 366 OR, N. 573; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 20; **Şenocak**, s. 207.

<sup>79</sup> **Niklaus**, s. 130; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 19.

<sup>80</sup> **Niklaus**, s. 132; **Koller**, Art. 366 OR, N. 576; **Şenocak**, s. 207.

nin avans isteyebilmesi için, onun işi üçüncü kişiye yaptırma amacının bulunması gerekir. İş sahibinin böyle bir amacının bulunmadığını ispat yükü, ilk müteahhide aittir<sup>81</sup>.

Alınan avans ayıbın veya sözleşmeye aykırılığın giderilmesi ya da işin kalan kısmının tamamlanması için yetmezse, iş sahibi, yeniden avans isteyebilir. Buna karşılık, alınan avans işin üçüncü kişiye yaptırılmasından doğan masraflardan fazla olursa, iş sahibi bu fazlalığı ilk müteahhide iade etmek zorundadır<sup>82</sup>. Ayrıca, avansın peşin ödenmesi nedeniyle, iş sahibi bundan faiz gibi bir yarar elde etmişse, bu yararın da ileride tasfiye sırasında göz önüne alınması, yani zarardan indirilmesi gerekir<sup>83</sup>.

İlk müteahhit, iş sahibinden olan ücret alacağı muaccel olduğu sürece, iş sahibinin talep ettiği avansı bununla takas edebilir<sup>84</sup>.

## 2. İş Sahibinin BK. M. 106'da Öngörülen Diğer Seçimlik Haklardan Yararlanması

### a. Genel Olarak

Eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağıın anlaşılması hâlinde, müteahhit, verilen süre içinde ayıbı veya sözleşmeye aykırılığı gidermezse, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, BK. m. 106'da öngörülen diğer seçimlik haklardan yararlanabilir mi? Bu hususta BK. m. 358/II'de herhangi bir açıklık bulunmamaktadır. Bununla birlikte, söz konusu durumda iş sahibinin, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, müteahhide yeniden süre vermek zorunda kalmadan, BK. m. 106'da yer alan seçimlik haklardan birini kullanabileceği kabul edilmektedir<sup>85</sup>. *Gautschi*'ye göre, işin üçüncü kişiye

<sup>81</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 573; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 20; **Niklaus**, s. 130; **Gauch**, Nr. 1817.

<sup>82</sup> **Şenocak**, s. 207; **Niklaus**, s. 133; **Koller**, Art. 366 OR, N. 580-581.

<sup>83</sup> Bkz. ve karşı. **Koller**, Art. 366 OR, N. 582; **Niklaus**, s. 134.

<sup>84</sup> **Koller**, Art. 366 OR, N. 577; **Koller**, (Ersatzvornahme), s. 22; **Şenocak**, s. 207. BGE 126 III 233. Aksi görüşteki **Gauch II**'a göre (Nr. 1817), iş sahibinin avans talebi BK. m. 123/2'nin kapsamına giren özel nitelikte bir alacak olup, ilk müteahhidin ücret alacağıyla takas edilemez.

<sup>85</sup> **Gautschi**, Art. 366 OR, N. 7d; **Koller**, Art. 366 OR, N. 477; **Niklaus**, s. 42; **Bucher**, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 3. Aufl., Zürich 1998, s. 214; **Tandoğan**, s. 65; **Yavuz**, s. 462; **Seliçi**, s. 113. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararından: "...İşe zamanında başlamayan veya haksız olarak geciktiren müteahhidin

yaptırılacağı ihtarı, iş sahibinin BK. m. 106'daki seçimlik haklardan vazgeçtiği anlamına gelmeyecek, iş sahibi müsbet zararının tazmini yolunu seçecekse, bunu parayla tazmin yerine, üçüncü kişiye başvurarak "aynen tazmin" ettireceği anlamına gelir. Yazara göre, işin üçüncü kişiye yaptırılarak masraflarının müteahhitten alınması, müsbet zararın somut yöntemle hesaplanmasından başka bir şey değildir. O hâlde iş sahibi, verilen süre içerisinde ayıp veya sözleşmeye aykırılık giderilmezse, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, sözleşmenin aynen ifasını isteyebileceği gibi, bundan vazgeçtiğini derhâl bildirerek müsbet zararının "para olarak" tazminini veya sözleşmeden dönerek menfi zararının tazminini isteyebilir<sup>86</sup>.

#### **b. Sözleşmeden Dönme Hakkı**

Müteahhidin eseri ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapacağını anlaşılması hâlinde, müteahhit, verilen süre içinde ayıbı gidermez veya işi sözleşmeye uygun hâle getirmezse, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının bulunup bulunmadığı, BK. m. 358/II'de açıkça düzenlenmemiştir.

Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği üzere, müteahhit verilen süre içinde ayıbı gidermez veya işi sözleşmeye uygun hâle getirmezse, iş sahibi, yeniden süre vermeksizin BK. m. 106'daki seçimlik hakları kullanabilir. Şu

---

durumunda olduğu gibi, eserin ayıplı olarak ifası ihtimalini gidermek için gerekli tedbirleri almayan müteahhit, mütemerrit bir borçlu olarak muameleye tabi tutulmalıdır. Zira bu konuda gerekli tedbirleri alması, genel olarak eseri ifa borcuna dahil sayılmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, BK. m. 358/II, BK. m. 358/I'de öngörülen hususlara girmektedir (Niklaus, yukarıda anılan yer). Savunulan çözüm tarzının teorik temelleri, sonuç itibarıyla çok önemli değildir. Zira bu çözüm, kanun metni tarafından reddedilmemekte, benzer durumların aynı şekilde değerlendirilmesini amaçlamaktadır. BK. m. 358/II'yi ileri süren ve ikame yoluyla ifayı temenni etmeyen iş sahibi, BK. m. 358/I'de öngörülen temerrüt hâlinde olduğu gibi, BK. m. 106/II'de alıcıya tanınan imkânları kullanabilmelidir. Bu imkânı kabul etmeyen yazarlar, ikame yoluyla ifa kuralına çok sayıda istisna getirmek veya hukukî güvenliği güçlendirecek nitelikte olmayan özel durumları göz önünde tutmak zorunda kalmışlardır. Savunulan çözüm tarzı, temerrüde ilişkin genel hükümlerle ve münferit olarak BK. m. 97/I ile uyum içerisindedir. Zira, genel olarak kabul edildiği üzere, bir yapma borcunun alacaklısı, masrafi borçluya ait olmak üzere, borcun ifa edilmesini sağlamak amacıyla hâkime başvurmaktan çok, BK. m. 106 vd.na dayanabilir (Weber, Art. 98 OR, N. 91; Wiegand, Art. 98 OR, N. 8; Bucher, Allgemeiner Teil, s. 332; Von Tuhr/Escher, s. 92; Gauch/Schluep/Schmid/Rey, 7. Bası, Nr. 2590; Schwenzler, s. 354, N. 61.07; Guhl/Merz/Koller, 8. Bası, s. 38)...” (BGE 126 III 235).

<sup>86</sup> Gautschi, Art. 366 OR, N. 7 d. Aynı görüşte Tandoğan, s. 65-66; Seliçi, s. 113-114; Yavuz, s. 462.

hâlde, borçlunun temerrüdünde, dönmeye ilişkin BK. m. 106 vd., BK. m. 358/II'de öngörülen durumlarda da uygulanabilir; yani müteahhit verilen süre içinde ayıbı gidermez veya işi sözleşmeye uygun hâle getirmezse, iş sahibi, işi üçüncü kişiye yaptırmak yerine, sözleşmeden dönebilir<sup>87, 88</sup>. Nitekim BK. m. 358/I'de, müteahhidin eseri meydana getirme borcunda gecikmesi hâlinde, iş sahibinin teslim için kararlaştırılan tarihten önce sözleşmeden dönebileceği açıkça hükme bağlanmıştır. BK. m. 358/II'nin amacı, iş sahibini, müteahhidin eseri meydana getirme borcunda gecikmesinde olduğundan (BK. m. 358/I) daha kötü bir konuma sokmak olmayıp, aksine, BK. m. 106'daki seçimlik haklara ilâveten, işi üçüncü kişiye yaptırma hakkı tanımak suretiyle, ona daha elverişli bir konum sağlamaktır<sup>89</sup>.

<sup>87</sup> **Gautschi I**, Art. 366 OR, N. 7d; **Koller**, Art. 366 OR, N. 477 vd.; **Niklaus**, s. 42; **Bucher**, s. 214; **Tandoğan**, s. 69; **Seliçi**, s. 114; **Yavuz**, s. 462. Karş. **Gauch**, Nr. 893; **Bühler**, Art. 366 OR, N. 71; **Zindel/Pulver**, Art. 366 OR, N. 41; **Oser/Schönenberger**, Art. 366 OR, N. 6; **Aral**, s. 354. Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 30.5.1996 tarih ve E. 1303, K. 3035 sayılı kararından: "...davalının, BK'nun 106. maddesinin sağladığı sonuçlardan yararlanmak üzere, aynı yasanın 358/II. maddesi uyarınca akdi feshedebileceğine ve oluşa göre de davacıya verilecek bir mehilden de sonuç alınamayacağına (BK. m. 107) anlaşılması bulunmasına göre, davalı kooperatifin fesihte haklı olduğunun kabulü gerekir..." (**Uygur**, s. 7820). Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 11.4.1990 tarih ve E. 3936, K. 1735 sayılı kararından: "... Olayda, işin devamında inşaatın ayıplı olduğu kesin biçimde anlaşılması, taşıyıcı sistemin takviyesinin gerekli olduğu sabit görülmüştür. Bunun dışında, özellikle 2. bodrum katın projeye aykırı yapılması nedeniyle iskân ruhsatının alınmasının mümkün olmadığı anlaşılmalıdır. Bu durumda, davacı iş sahibinin Borçlar Kanununun 358. maddesine dayanarak inşaatın sağlamlaştırılmasını istemeye hakkı bulunmaktadır. Bunun için davalıya durumu bildirip mehil verecektir. Bu şekildeki bir ayıp ihbarının yapıldığı ve mehilin verildiği konusunda, ispat için yazılı bir belgeye lüzum yoktur. Ayıp ihbarının yapıldığının şahitle ispatı mümkündür. Dosyada mevcut şahit ifadelerinden ve özellikle H.K.'ın beyanından, inşaattaki ayıbın davalıya bildirildiği ve usulüne uygun yapılmasının istendiği, buna rağmen davalının anlaşmaya yanaşmadığı ve takviye işlerini kesinlikle reddettiği görülmektedir. Bu durumda, davacı Borçlar Kanununun 358. maddesindeki koşulları yerine getirmiş, ihtarı semeresiz kalmış olmakla, akdi feshetmekte haklı olduğunun kabulü gerekir. Davalının sonradan ayıpları gidereceğini bildirmesi sonucu değiştirmez..." (**Uygur**, s. 7818).

<sup>88</sup> 05.01.2002 tarih ve 4735 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun (RG. 22.01.2002/24648) 20 ve 25. maddeleri uyarınca da, yüklenicinin taahhüdünü sözleşme hükümlerine uygun olarak yerine getirmemesi veya işin yapılması veya teslimi sırasında fen ve sanat kurallarına aykırı, eksik, hatalı veya kusurlu imalât yapması hâllerinde idare sözleşmeyi feshedebilir. Aynı hüküm YİĞŞ. m. 48/II-II'te de yer almaktadır.

<sup>89</sup> **Şenocak**, s. 192; **Koller**, Art. 366 OR, N. 477.

Buna karşılık bazı yazarlar, ancak işin üçüncü kişiye yaptırılmasının uygun olmayan sonuçlar doğuracağı, özellikle eserin ayıpsız veya sözleşmeye uygun olarak yapılmasının imkânsız olduğu veya üçüncü şahsın eseri zamanında bitiremeyeceği hâllerde, BK. m. 358/I'in kıyasen uygulanması suretiyle, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceğini kabul etmektedirler. Aynı şekilde, müteahhit işi şahsen ifa ile yükümlü olup, yerine başka birisi konulamayacaksa veya mevcut duruma göre, iş sahibinden onun yerine geçecek bir müteahhidin konulması istenemeyecekse, iş sahibinin sözleşmeden dönebileceği kabul edilmektedir<sup>90</sup>. *Gauch*'a göre, iş sahibi işi üçüncü kişiye yaptırabilecek durumdaysa sözleşmeden dönemez<sup>91</sup>.

İş sahibinin sözleşmeden dönmesi, ister BK. m. 106-108'e ister BK. m. 358/I'in kıyasen uygulanmasına dayandırılınsın, bu dönme ilke olarak geçmişe etkili (ex tunc) sonuç doğurur<sup>92</sup>. Bu kuralın bazı istisnaları olup olmadığı, yani bazı hâllerde geçmişe etkili dönme yerine, ileriye etkili fesih uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmalar, özellikle işin zamanında bitirilemeyeceğinin önceden belli olması hâlinde sözleşmeden dönmeyi öngören BK. m. 358/I'in ve eserin kararlaştırılan tarihte tamamlanamaması yüzünden müteahhidin temerrüde düşmesi hâlinde BK. m. 106-108'in uygulanması dolayısıyla ortaya çıkmıştır.

Belirtmek gerekir ki, iş sahibinin BK. m. 358/I uyarınca sözleşmeden dönmesi, esas itibarıyla BK. m. 108'de öngörülen genel hükümlere uygun sonuçlar doğurur. Buna göre, dönmeyle sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer<sup>93</sup>. Bu durumda iş sahibi, ücret ödemeyi reddedebileceği gibi, daha önce ödediği ücretin iadesini de isteyebilir; buna karşılık, eserin daha önce yerine getirilmiş kısmını iade eder<sup>94</sup>.

<sup>90</sup> *Gauch*, Nr. 893; *Bühler*, Art. 366 OR, N. 71 *Zindel/Pulver*, Art. 366 OR, N. 41; *Oser/Schönenberger*, Art. 366 OR, N. 6; *Aral*, s. 354.

<sup>91</sup> *Gauch*, Nr. 867, 869 ve 893.

<sup>92</sup> *Bühler*, Art. 366 OR, N. 48; *Gauch*, Nr. 683; *Aral*, s. 361; *Tandoğan*, s. 70, 121, 141; *Yavuz*, s. 471.

<sup>93</sup> *Aral*, s. 361; *Bühler*, Art. 366 OR, N. 48; *Gauch*, Nr. 683; *Yavuz*, s. 471; *Tandoğan*, s. 121, 141.

<sup>94</sup> *Zindel/Pulver*, Art. 366 OR, N. 20; *Gauch*, Nr. 683; *Aral*, s. 356; *Tandoğan*, s. 141.

Son yıllarda savunulan görüşe göre ise, daha önce yapımına başlanan işlerde, iş sahibi, işin yapılan kısmını alıkoymak ve bu kısmın bedelini ödemek suretiyle, sözleşmeyi ileriye etkili olarak (ex nunc) sona erdirebilir<sup>95</sup>.

### SONUÇ

Eser sözleşmesinde müteahhit, esas itibarıyla üstlendiği eseri noksansız ve işin niteliğine uygun şekilde yapıp teslim etmekle yükümlüdür. Burada müteahhidin borcu, edim fiiline değil, edim sonucuna yöneliktir. Bu nedenle, müteahhidin edim sonucunu sözleşmede öngörülen şekilde yerine getirmemesi hâlinde, iş sahibi, ayıba karşı tekeffül hükümlerine (BK. m. 359-363) dayanabilir. Ancak, ayıba karşı tekeffül hükümlerine dayanılması, eserin teslimi şartına bağlı olup, eser henüz teslim edilmemişse, bu hükümlerden yararlanılamaz. Bundan dolayı kanunkoyucu, müteahhidin edim sonucundan sorumlu tutulmasını sağlayan ayıba karşı tekeffül hükümleri yanında, ayrıca onun işinde gerekli özeni göstermemesi nedeniyle sorumluluğunu hükme bağlamıştır (BK. m. 356/I).

Müteahhidin özen yükümlülüğü, gerek sözleşmenin kurulması aşamasında, gerek eserin yapımı esnasında, gerekse eserin yapılmasından sonra söz konusudur. Bu nedenle müteahhit, sözleşmenin her aşamasında ve yerine getirmekle yükümlü olduğu borçların tamamında işini özenle yapmalıdır. Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, işinde gerekli özeni göstermeyen müteahhit sorumlu olur. Özen yükümlülüğünü ihlâlin sonuçları çeşitli olup, bunlardan biri de BK. m. 358/II'de hükme bağlanmıştır. Bu hükme göre, işin devamı esnasında eserin ayıplı veya sözleşmeye aykırı şekilde yapılacağı kesin olarak tahmin edilebiliyorsa, iş sahibi, masrafları müteahhide ait olmak üzere, işi üçüncü bir kişiye yaptırabilir. Ayrıca iş sahibi, BK. m. 106'da öngörülen seçimlik haklardan da yararlanabilir.

<sup>95</sup> Aral, s. 356; Zindel/Pulver, Art. 366 OR, N. 21; Gauch, Nr. 685 vd.

**B i b l i o g r a f y a**

- Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Ankara 2002.
- Becker**, Hermann: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern 1941; II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551 OR, 2. Aufl., Bern 1934.
- Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988.
- Bühler**, Theodor: Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Obligationenrecht, Teilbd. V2d, Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998.
- Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001.
- Fellmann**, Walter: Die Ersatzvornahme nach Art. 98 Abs. 1 OR – “Vollstreckungstheorie” oder “Erfüllungstheorie”, in: recht 1993, s. 109 vd.
- Gauch**, Peter: Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996.
- Gauch**, Peter/**Schluep**, Walter R./**Schmid**, Jörg/**Rey**, Heinz: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I-II, 7. Aufl., Zürich 1998.
- Gautschi**, Georg: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-379 OR, Bern 1967.
- Gökyayla**, Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Y.1, S.1, İstanbul 2002, s. 785 vd.
- Honsell**, Heinrich: Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 4. Aufl., Bern 1997.
- Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, Ankara 2002.
- Koller**, Alfred: Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI, Das Obligationenrecht, 2. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilbd., I. Unterteilbd., Der Werkvertrag, Art. 363-366 OR, 3. Aufl., Bern 1998.
- Koller**, Alfred: Mängelbeseitigung durch Ersatzvornahme, in: Haftung für Werkmängel, Hrsg. Alfred Koller, St. Gallen 1998, sh. 1 vd. (Ersatzvornahme).
- Niklaus**, Jürg: Das Recht auf Ersatzvornahme gemäss Art. 366 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen 1999.



- Oser, Hugo/Schönenberger, Wilhelm:** Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V, Das Obligationenrecht, 1. Teil, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Zürich 1929; 2. Teil, Art. 184-418 OR, 2. Aufl., Zürich 1936.
- Pedrazzini, Mario M.:** Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag, in: Schweizerisches Privatrecht, Bd. VII, Obligationenrecht-Besondere Vertragsverhältnisse, 1. Halbbd., Basel/Stuttgart 1977.
- Seliçi, Özer:** İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- Şenocak, Zariye:** Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- Tandoğan, Haluk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C. II, 3. Bası, Ankara 1987.
- Tekinay, S. Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla :** Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Uçar, Ayhan :** İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- Uygur, Turgut :** Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 2003.
- VON Tuhr, Andreas/Escher, Arnold:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Wiegand, Wolfgang:** Kommentar zu Art. 97-109 und 119 OR, Basler Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996.
- Yalçınduran, Türker:** Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara 2000.
- Yavuz, Cevdet:** Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2002.
- Zindel, Gaudenz G./Pulver, Urs:** Kommentar zu Art. 363-379, Basler Kurzkomentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996.

