

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

EKİM SU KÜFTEOĞLU

İSTANBUL, 2020

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

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE
AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

Yüksek Lisans Tezi

EKİM SU KÜFTEOĞLU

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

İSTANBUL, 2020

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Tezin Adı : İnşaat Sözleşmesinde Ayıbm İş Sahibinden Kaynaklanması

Öğrencinin Adı Soyadı : Ekim Su KÜFTEOĞLU

Tez Savunma Tarihi : 26.04.2020

Bu tezin yüksek lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu enstitümüz tarafından onaylanmıştır.

Enstitü Müdürü
Doç. Dr. Burak KÜNTAY

Bu tezin yüksek lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğunu onaylarım.

Program Koordinatörü
Prof. Dr. Fatma ÖZKUL

Bu tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir yüksek lisans tezi olarak yeterli görülmüş ve oy çokluğuyla/oy birliğiyle kabul edilmiştir/kabul edilmemiştir.

Jüri Üyeleri

İmzalar

Doç. Dr. Öz SEÇER

Doç. Dr. Zafer KAHRAMAN

Dr. Öğr. Üyesi Müge ÜREM

ÖZET

İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASI

Ekim Su KÜFTEOĞLU

Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Öz SEÇER

Nisan, 2020

Çalışmamızın amacı; hukuki niteliği itibariyle bir eser sözleşmesi olan inşaat sözleşmelerinde TBK m. 476 hükmü uyarınca ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının koşulları ve bu durumun doğuracağı sonuçları değerlendirmektir. Çalışmamız, temel olarak iki ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde inşaat sözleşmesi, ayıplı inşaatın tanımı ve ayıbın türleri gibi temel kavramlar tanımlanarak inşaat sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu ve buna bağlanan hukuki sonuçlar açıklanmıştır. Çalışmanın esas konusunu oluşturan ikinci bölümde ise inşaat sözleşmelerinde hangi koşullarda ayıbın iş sahibinden kaynaklanacağı, şartları ve buna bağlanan hukuki sonuçlar incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İnşaat sözleşmesi, Yüklenici, Ayıplı İnşaat, Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Sorumluluğu, Ayıbın İş Sahibinden Kaynaklanması

ABSTRACT

THE LIABILITY OF THE BUSINESS OWNER FROM DEFAULT IN CONSTRUCTION CONTRACT

Ekim Su KÜFTEOĞLU

INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES
PRIVATE LAW MASTER PROGRAM

Thesis Advisor: Asst. Professor Öz Seer

April, 2020

The purpose of our study is to evaluate the liability of the business owner from default, its conditions and the consequences of this situation in construction contracts according to Turkish Code of Obligations article 476. Our study consists of two main parts. In the first part of our study, fundamental terms such as construction contract, defective construction and types of defect are defined and the contractor's responsibility arising from the defect and legal consequences are explained in the construction contract. In the second part, which constitutes the main subject of the study, the conditions under which the defect will originate from the business owner in the construction contracts, the conditions and the legal consequences related to it are examined. Moreover, the subject of the study has been enriched by legal doctrine of Turkish, Swiss and German and national court decisions.

Key Words: Construction Law, Contractor, Contractor's liability for the defect, The Liability Of The Customer From Default

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	I
ABSTRACT	II
İÇİNDEKİLER	III
KISALTMALAR	VI
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM İNŞAAT SÖZLEŞMESİ, AYIPLI İNŞAAT VE YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ	4
A. İnşaat Sözleşmesine Dair Genel Açıklamalar	4
1. Tanımı... ..	4
2. Unsurları... ..	6
a. Bir Yapının İnşa Edilmesi.....	6
b. Bedel Ödenmesi.....	7
c. Tarafların Anlaşması	10
3. Hukuki Niteliği ve Şekli.....	10
4. Tarafları... ..	16
a. İş Sahibi	16
b. Yüklenici	17
II. YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU.....	20
A. Genel olarak	20
B. Ayıba karşı tekeffül borcunun şartları.....	21
1. Maddi Şartlar	21
a. İnşaatın Ayıplı olması	21
aa. Hukuki tanımı	21
bb. Ayıplı ifa ve eksik ifa ayrımı.....	24
cc. Ayıplı ifa ve aliud ifa ayrımı.....	28
dd. Ayıbın türleri	25
d1. Hukuki Ayıp – Fiili (Maddi) Ayıp.....	29
d2. Gizli Ayıp - Açık Ayıp.....	29
d3. Önemli - Daha Az Önemli Ayıp.....	31
d4. Asli – Tali (İkincil) Ayıp	34
b. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması.....	36
c. Ayıbın İş Sahibine Yüklenememesi	39

d. İnşaatın İş Sahibince Kabul Edilmemesi.....	39
2. Şekli Şartlar	40
a. İş Sahibinin İnşaatı Gözden Geçirmesi ve Ayıbı Yükleniciye Bildirmesi.....	40
b. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olması.....	42
c. Zamaşımına Uğramamış Olması	43
C. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar	45
1. Genel Olarak.....	45
2. Sözleşmeden Dönme	50
3. İnşaatın (Eserin) Ücretsiz Onarılmasını İsteme	55
4. Bedelden İndirim	57
5. Ayıp Nedeniyle Oluşan Zararların Tazmini.....	61
a. Genel Olarak	61
b. İş Sahibinin Tazminat Talebinin Şartları... ..	62
aa. İnşaat Ayıplı Olmalıdır... ..	62
bb. İş Sahibi Zarara Uğramış Olmalıdır.....	62
cc. Ayıp ve Zarar Arasında Uygun Bir İliyet Bağı Olmalıdır... ..	63
dd. Yüklenici kusurlu olmalıdır... ..	63
c. Maddi Tazminat	64
d. Manevi Tazminat	65

İKİNCİ BÖLÜM

AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENİLEBİLMESİNİN HÜKÜM VE ŞARTLARI... ..	68
A. Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilmesine Dair Genel Açıklamalar	
B. Şekli Şartı Olarak Yüklenicinin Bildirimde Bulunması	68
1. Genel Olarak.....	72
2. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünün Şartları	75
3. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünün İçeriği	77

a. Yüklenicinin İnşaatın Yapılması İçin Gösterilen Yeri İncelemesi...	78
b. Yüklenicinin Malzemeyi İncelemesi...	79
c. Yüklenicinin Plan ve Projeleri İncelemesi...	82
4. Bildirimin Yapılması	85
5. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünü İhlal Etmesinin Sonuçları	88
B. Maddi Şartı olarak Ayıbın Yükleniciye Yüklenebilen Bir Sebepten Doğmaması	91
1. Genel Olarak	
2. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Kaynaklanması	92
3. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Davranışından Kaynaklanması.....	98
4. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemedan Kaynaklanması	100
5. Ayıbın İnşaatın Yapılması İçin Gösterilen Yerden Kaynaklanması... ..	104
6. Ayıbın Plan ve Projelerdeki Yanlışlıklardan Kaynaklanması	108
7. Ayıbın Alt Yüklenicinin Ayıplı İfasından Kaynaklanması	110
8. Ayıbın Önceki Yüklenicinin Ayıplı İfasından Kaynaklanması.....	112
II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENİLEBİLMESİNİN SONUÇLARI... ..	116
A. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kaybedilmesi.....	116
B. Ceza Koşulunun Hükümsüzlüğü	117
C. Zararın Birlikte Üstlenilmesi.....	118
SONUÇ	123
KAYNAKÇA	126

KISALTMALAR

AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BAUHFD	: Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BİGŞ	: Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DİK	: 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu
E.	: Esas
BK	: 818 Sayılı (eski) Borçlar Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EÜHFD	: Erzurum Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FÜHFD	: Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FIDIC	: Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HKÜHFD	: Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMHAD	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
K.	: Karar

KİK	: 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	: Madde
MÜHFAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırmaları Dergisi
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİĞŞ	: Yapım İşleri Genel Şartnamesi

GİRİŞ

Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 470'te yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmıştır¹. Bu sözleşme uyarınca, yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan nitelikteki eseri belirlenen ifa zamanında teslim etmekle; iş sahibi ise yüklenicinin ediminin karşılığı olarak belirlenen ücreti ödemekle yükümlüdür². Yüklenicinin eseri belirlenen zamanda ve ayıpsız olarak teslim etme yükümlülüğünün yanı sıra, iş sahibinin edimin ifasına yönelik olarak eseri gözden geçirme ve bildirimde bulunma, yan yükleniciler arasında koordinasyonu sağlama gibi çeşitli katılım yükümlülüklerinin olması nedeniyle menfaat dengesinin korunması önem arz etmektedir.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan inşaat sözleşmesi, eser sözleşmesinin özel bir görünümü olmasının yanı sıra ülkemizde oldukça geniş bir uygulama alanı olan, toplumun sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarının karşılanmasına hizmet eden bir sözleşme türüdür. Bu nedenle, iş sahipleri ve yükleniciler tarafından sıklıkla başvurulmaktadır. İnşaat sözleşmesinin tam iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerden olması nedeniyle, çoğunlukla tarafların edimleri iç içe geçmekte ve uyuşmazlık halinde tarafların sözleşme akdetmekteki faydalarının korunması sorunuyla karşılaşmaktadır.

¹ Aral, F./Ayrancı, H., 2019. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Baskı, Ankara, s. 359; Eren, F., 2019. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, Ankara, s. 19, s. Kılıçoğlu, M. A., 1975. *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, s. 187; Seliçi, Ö., 1978. *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul 1978, s. 23-24; Tandoğan, H., 2010. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. II, 5. Baskı, İstanbul, s. 70-71; Zevkliler, A./ Gökyayla, E., 2019. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Ankara, s. 508-509; Yavuz, C., 2000. *Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri*, Ankara, s. 1007; Seçer, Ö., 2020. *Eser Sözleşmesinin Tam Tazminatla Feshi*, s. 27; Ürem, M., 2017. *Eser Sözleşmesinde Erken Dönme*, 1. Baskı, İstanbul, s. 3; Yakuppur, S., 2009. *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, 1. Baskı, İstanbul, s. 26; Kahraman, Z., 2015. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, s. 426; Karahasan M. R., 1997. *İnşaat İmar İhale Hukuku*, Cilt 1, İstanbul, s. 207; Önen, T., 1999. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, s. 304; Gürpınar, D., 2006. *Eser sözleşmesinde ücretin artırılması ve eksiltilmesi*, 1. Baskı. İzmir, s. 17; Kırmızı, M., 2018. *Açıklamalı-İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 2. Baskı, Ankara, s. 61; Eser Güleç, Ş., 2009. *Eser sözleşmesinin beklenilmeyen haller nedeniyle feshi*. 1. Baskı. Ankara, s. 23; Gönen, D., 2016. *İnşaat sözleşmesinde bedel*, 1. Baskı, İstanbul, s. 5; Arpacı, Ö., 2019. *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı*, 1. Baskı, Ankara, s. 20; Gümüşsoy Karakurt, G., 2017. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, Eylül 2017, s. 23.

² Eren, F., 1996. *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, *İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer)*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 4; Zevkliler, A./ Gökyayla, E., *Özel Hükümler*, s. 509; Erman, H., 2010. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, s. 2; Kostakoğlu, C., 2006. *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, İstanbul, s. 19; Kürşat, Z., 2017. *İnşaat Sözleşmesi*, İstanbul, s. 7; Ruhi, C./ Ruhi A. C., 2018. *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, 2018, s. 22-23; Seçer, Ö., 2020. *Tam Tazminatla Fesih*, s. 27; Ürem, s. 4; Yakuppur, s. 26; Güleç Şafak, s. 23; Gönen, s. 6; Gümüşsoy Karakurt, s. 24.

İnşaatın, TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına göre taraflarca kararlaştırılan nitelikleri haiz olmaması veya olmaması gereken özelliklerin bulunması halinde ayıplı olduğu kabul edilmektedir³.

İnşaatın ayıplı olması, vade tarihinde teslim edilememesi veya tamamlanmasının imkânsızlaşması gibi hukuki problemler, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu ve ayıptan iş sahibinin sorumlu olması kavramlarını gündeme getirmektedir. Uygulamada pek fazla bilinmeyen TBK m. 476 hükmü uyarınca, inşaatın ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacaktır⁴. Ancak bu durum, yüklenicinin TBK m. 472’de düzenlenen bildirim yükümlülüğünü derhal yerine getirmiş olması koşuluyla mümkündür⁵.

İnşaatın ayıplı olması halinde iş sahibinin ve onun mimar ya da mühendis gibi ifa yardımcılarının kusuru, sağladıkları malzeme, hazırlattıkları plan ve projelerin hatalı olması, yanlış talimat vermeleri, inşaat yapılması için gösterilen yerin ayıplı olması gibi hususlar değerlendirilmeksizin tarafların sorumluluklarının hukuka uygun şekilde belirlenmesi mümkün değildir⁶. Uygulamada sıklıkla düşülen bir hata olarak inşaatın ayıplı olmasının doğrudan yükleniciden kaynaklandığı yönündeki yanlış kanaat, TBK m. 476 hükmünün ayrıntılı olarak incelenmesinin ne denli gerekli olduğunu göstermektedir.

³ Acun, s. 38; Aral/Ayrancı, s. 400; Büyükay, s. 97; Canbolat, s. 38; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78-79; Ergezen, s. 70-71; Erman, Arsa Payı, s. 121; Gümüş, *Özel hükümler*, C. 2, s. 119; Karahasan, s. 259; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 136; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 138; Şahiniz, s. 101; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 93; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 160; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 124; Uygur, s. 528; Yavuz, s. 1024; Zevkliler/Gökyayla, s. 523, Öz, M. T., 1989, *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi* (bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte), 1. Baskı. İstanbul, s. 101; Uçar, A. 2003, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 1.Baskı, Ankara, s. 126; Canbolat F., 2009. *İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları*, Ankara, s. 57; Kırmızı, s. 183-185; Ürem, s. 43; Gümüşsoy Karakurt, s. 31.

⁴ Şenocak Z., 2002, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara s. 137; Aral/Ayrancı, s. 400; Eren, *Özel Hükümler*, s.639; Selimoğlu, Y. E., 2016. *Eser Sözleşmesi*, s. 128; Duman, İ. H., 2018. *İnşaat Hukuku*, 9. Baskı, Ankara, s. 854.

⁵ Gökyayla, K. E., 2002. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, s. 800; Seçer, Ö., 2016. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu*. Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, C.11, S.145-146, 750; Gündoğdu, F., 2014. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f.2)*, 1. Baskı. İstanbul, s. 195;

⁶ Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137; Selimoğlu, s. 128; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 729; Ürem, s. 44-46; Arpacı, s. 255; Gündoğdu, *İş Başkasına Yaptırma Hakkı*, s. 202 vd.

Özelikle geniş çaplı inşaat projelerinde karşılaşılan yüklenicinin alt yükleniciyi görevlendirmesi veya önceden bir yüklenicinin görevlendirilmiş olması da ayıbın varlığı halinde sözleşmenin hangi tarafının, hangi koşulların varlığı halinde sorumlu tutulabileceği sorunlarını da beraberinde getirmektedir. Bugüne dek inşaat sözleşmesinde ayıptan iş sahibinin sorumlu olması konusunun müstakilen ve somut örnekler ile ayrıntılı olarak incelenmemiş olması bizi bu konuda tez çalışması yapmaya sevk etmiştir. Çalışmamız, konunun açıklığa kavuşturulabilmesi için yer yer mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu ile karşılaştırma yapılarak ve izah edilen hususlar hakkında uygulamadan örneklerle yer verilerek zenginleştirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmamız, giriş, iki ana bölüm ve sonuç kısımlarından oluşmakta olup, inşaat sözleşmesi, ayıplı inşaat kavramı ve ayıptan iş sahibinin sorumlu olması belirli bir sistematik altında incelenmiş; uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorunlar, doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları eşliğinde açıklanmaya çalışılmıştır.

Birinci bölümde, inşaat sözleşmesinin eser sözleşmesinin özel bir görünümü olması nedeniyle inşaat sözleşmesinin tanımı yapılacak ardından ayıbın hukuki tanımına, türlerine, benzer kavramlardan farkına ve yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcunun hüküm ve şartlarına yer verilecektir. Çalışmamızın ikinci ve esas kısmının temelini oluşturması nedeniyle, ayıbın tanımı ve türleri hakkında doktrinde yer alan hukuki tartışmalar ve vardığımız kanaatler de bu kapsamda belirtilecektir. Bu şartlar incelendikten sonra, iş sahibinin eserdeki ayıp nedeniyle sahip olduğu haklar doktrinsel görüşler ile Yargıtay içtihatları irdelenerek ve somut örnekler verilerek değerlendirilecektir.

İkinci bölümde, çalışmamızın esas konusunu oluşturan inşaat sözleşmesinde ayıptan iş sahibinin sorumlu olması (TBK m. 476) kavramı, şartları hüküm ve koşulları; inşaatteki ayıbın iş sahibinin kusuru, sağladığı malzeme, verdiği talimat, plan ve projelerdeki yanlışlıklar ve inşaat yapılması için gösterilen yerin ayıplı olmasından kaynaklanması halleri ayrı ayrı incelenecektir. Benzer şekilde, ifayı tehlikeye düşüren durumun varlığını öğrenen yüklenicinin iş sahibine derhal bildirimde bulunmasının gerekliliği de plan ve projeleri, malzemeyi ve inşaat yapılması için gösterilen yeri inceleme yükümlülüğü başlıkları altında açıklanacaktır. Çalışmamız, çalışma boyunca açıklanan hukuki görüşlerden yola çıkılarak varılan sonuçların değerlendirildiği sonuç bölümü ile noktalandırılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İNŞAAT SÖZLEŞMESİ, AYIPLI İNŞAAT VE YÜKLENİCİNİN

AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNİN TANIMI, UNSURLARI, TARAFLARI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE ŞEKLİ

A. İnşaat Sözleşmesine Dair Genel Açıklamalar

1. Tanımı

İnşaat sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda bağımsız olarak düzenlenmemiş olup, kanunda inşaat sözleşmesinin tanımına da yer verilmemiştir⁷. İnşaat sözleşmeleri de hukuki niteliği itibarıyla bir eser sözleşmesi olduğundan, çalışmamızda öncelikle eser sözleşmesi hakkında genel bilgilere yer vermekte fayda görmekteyiz.

Eski (818) sayılı Borçlar Kanunu'nun 355-371. maddeleri arasında istisna akdi adıyla düzenlenen eser sözleşmesi TBK 470 - 486. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁸. Eser sözleşmesinin tanımı TBK m. 470'te "*eser sözleşmesi yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde yapılmıştır⁹. Bu tanıma göre yüklenici bir eser meydana getirmeyi ve bunu iş sahibine teslim etmeyi, iş sahibi ise bunun karşılığında bir bedel ödemeyi borçlanmaktadır¹⁰. Eser sözleşmesinin konusunu oluşturan bir edimden söz edebilmek için edimin gerçek veya tüzel bir kişi tarafından gerçekleştirilebilmesi ve meydana gelen sonucun bir insan emeğinin

⁷ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 4; Kocağa, K., 2014. *İnşaat Sözleşmesi*, s. 14; Kaplan, İ. 2019. *İnşaat sözleşmeleri hukuku ve endüstri yatırım sözleşmeleri*, 2. Baskı, Ankara, s. 43; Gönen, D., s. 5.

⁸ İstisna kelime anlamı olarak bir kimseyi veya bir şeyi benzerlerinden ayrı tutma, kural dışılık anlamına gelmekte olup (Bkz. [www.http://sozluk.gov.tr/](http://sozluk.gov.tr/)); İstisna sözleşmesinin, kural dışılık anlamına felen istisna sözcüğü ile karıştırıldığına dair eleştiri için bkz. Hatemi, H. / Serozan, R. / Arpacı A., 1992. *Borçlar Hukuku: Özel Bölüm*, İstanbul: Filiz Yayınevi, s. 347; Selimoğlu, Y. E., 2017. *Eser Sözleşmesi*, 4. Bası, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 2.

⁹ Gökyayla, K. Emre, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinin Değerlendirilmesi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 578-579; Şenocak, s. 5; Zevkililer A./Gökyayla E., 2019. *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, 19. Baskı. Ankara, s. 461; Yavuz, C., 2019. *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)*. 16. Baskı. İstanbul, s. 543; Eren F., 2019, *Borçlar hukuku özel hükümler*. 24. Baskı, Ankara(özel hükümler), s. 583; Aral, F./Ayrancı, H., 2019. *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, 12. Baskı. Ankara, s. 359; Şenocak Z., 2002, *Eser sözleşmesinde ayıbın giderilmesini isteme hakkı*, Ankara (Ayıbın Giderilmesi), s. 12; Gümüş, M. A., 2013, *Borçlar hukuku özel hükümler*, C. 2, 3. Baskı. İstanbul, s. 1; Altaş, H., 2002. *Eserin teslimden önce telef olması*, 1. Baskı. Ankara, s. 41; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 43; Arpacı, Ö., 2019. Eser sözleşmesinde iş sahibinin edimin ifasına katılımı, 1. Baskı. Ankara, s. 40; Gönen, s. 5; Gümüşsoy Karakurt, G., 2011. Eser sözleşmesinde yüklenicinin borca aykırılığının önceden belli olması, 1. Baskı. İstanbul, s. 3.

¹⁰ Yavuz, C., 2019. *Borçlar hukuku dersleri (özel hükümler)*. 16. Baskı. İstanbul, s.544; Özdemir, H., 2018. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*. 1. Bası, İstanbul: Aristo Yayınevi, s. 15-17; Dayınlarlı, K., 2004, *İstisna Akdinde Müteahhidin Ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Ankara, s. 5.

ürünü olması gerekmektedir¹¹. Dolayısıyla, insan emeğinin ürünü olmayan, kendiliğinden gerçekleşen ya da doğal oluşumların sonucunda oluşan varlıklar eser sözleşmesinin konusu olamaz¹². Yüklenicinin gerçek kişi olduğu eser sözleşmeleri genellikle inşaat sözleşmeleri gibi daha geniş çaplı ve spesifik alanlarda değil; bir terziye takım elbise diktirilmesi gibi konusu taşınır olan eserler hakkında karşımıza çıkmaktadır. Eser sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşme ile önemli olan, iş görme eyleminin kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi mümkün olan sonuçtur¹³.

Çalışmamızın konusu inşaat sözleşmesinde ayıbın iş sahibinden kaynaklanması olup, özellikle inşaat alanındaki uyuşmazlıklara değinileceğinden ¹⁴ , inşaatın hukuki tanımını yapmakta fayda görmekteyiz. TBK’da “inşaat” kavramına ilişkin bir tanım yer almamakta¹⁵ ancak, “zamanaşımı” başlıklı m. 478’de taşınmaz yapıların inşasından bahsedilmektedir. İnşaat kavramı tanımına 3194 sayılı İmar Kanunu’nun 5. maddesinde yer verilmiştir. Bu tanıma göre yapı (inşaat): “*karada ve suda, daimi veya muvakkat, resmi ve hususi yeraltı ve yerüstü inşaatı ile bunların ilave, değişiklik ve tamirlerini içine alan sabit ve müteharrik tesislerdir.*”. Eren’e göre ise, bir inşaatın varlığından bahsedebilmek için yapının az veya çok, doğrudan doğruya veya dolaylı olarak toprağa bağlı olması gerekmektedir¹⁶.

¹¹ Bu husus 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda bahsedilen eser kelimesi ile TBK’da düzenlenen eser sözleşmesinin ayırımının yapılmasında önem arz etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öztrak, İ., 2005, *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, 1. Bası, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınevi, s. 15 vd.; Tekinalp, Ü., 2012, *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Yayınevi, s. 97 vd.; , İstanbul 2005, s. 8 vd.; Kılıçoğlu, A. M., 2006, *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, Ankara; Tandoğan H., 1970, İstisna akdi kavramı, unsurları ve benzeri akitlerden ayırılması, İmran Öktem’e armağan, Ankara.

¹² Kürşat, Z., *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü*. 2009. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXVII, S. 1-2, s. 147-148; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 27; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 26; Gönen, s. 7; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 27; Tutkun, C., 2019, *İnşaat hukukunda alt yüklenicilik sözleşmeleri*. 1. Baskı. İstanbul, s. 33.

¹³ Aral/Ayrancı, s. 335; Kürşat, Z., *Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü*, s. 150-151; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 5; Yakuppur, s.6. ;Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 28-31.

¹⁴ Uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak hukuk kuralları bakımından özel hukuk kişileri hakkında TBK’nın 470 – 486. maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmelerine ilişkin hükümleri uygulama alanı bulmakta iken iş sahibinin kamu tüzel kişisi olduğu hallerde 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümleri öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır. Bu husus çalışmamızın esas konusunu oluşturmadığından ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaca, M., 2009, *Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahhitten Kaynaklanan Sebepler Sona Ermesi*, Seçkin Yayınevi, s. 31; Ruhi, C. / Ruhi A. C., 2018, *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, Ankara:Seçkin Yayıncılık, s. 21; Kaplan, İ., *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*. Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara 18 – 26 Mart 1996, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 120.

¹⁵ Erman, H., 2010, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul 2010 s. 1; Özmen E. S. / Ürem, M., 2016, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan Avans Tapu Kavramına Yönelik Eleştiriler*. Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.15, S. 1, s. 14.

¹⁶ Eren, F., 1996, *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri*, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No: 381, s. 53.

Eser sözleşmesinin tanımı göz önünde bulundurulduğunda, inşaat sözleşmesinin yüklenicinin bir yapı meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanması mümkündür. Doktrinde ise inşaat sözleşmesi, yüklenicinin kendisine ödenecek bir bedel karşılığında, riski kendisine ait olmak üzere bir yapının tamamını veya bir kısmını inşa ederek teslim etmeyi üstlendiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır¹⁷. Bu tanımdan hareketle, inşaat sözleşmesinin bir yapının tamamen ya da kısmen inşa edilip teslim edilmesi ve karşılığında bir bedel ödenmesi ya da ödenmesi taahhüdü ve tarafların anlaşması olmak üzere üç ana unsuru olduğu görülmektedir.

2. Unsurları

a. Bir Yapının İnşa Edilmesi

İnşaat sözleşmesinin karakteristik edimi, yüklenicinin iş sahibinin ödeyeceği ücret karşılığında bir yapı inşa etmeyi borçlanmasıdır¹⁸. Bir diğer ifadeyle, inşaat sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran en önemli unsur yüklenicinin belirli bir faaliyet gerçekleştirmeyi yani iş görmeyi değil, bu işgörmenin sonucunu borçlanmasıdır¹⁹. Dolayısıyla yüklenici ancak inşaatı tamamlayıp iş sahibine teslim etmekle edimini ifa etmiş olmaktadır²⁰.

İnşaat sözleşmesinin konusunu oluşturabilecek bir yapının varlığından bahsedebilmek için yüklenici tarafından meydana getirilen yapının maddi yani fiziki bir varlığa sahip olması, insan eliyle yaratılmış olması ve toprak ile bağlantılı olması gerekmektedir²¹. Bir yapının inşası kavramından yalnızca bir yapının sıfırdan yapılması değil, var olan yapının tadil edilmesi veya yeni bir bölüm eklenmesi ve yıkılması da anlaşılmalıdır²². Örneğin; bir binanın

¹⁷ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 4; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 27; Ayan, s. 24; Gönen, s. 5; Güleç, s. 23-24.

¹⁸ Büyükay, s. 31; Eren, *Özel Hükümler*, s. 588; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 53; Gönen, s. 7; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 53; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 4; Yakuppur, s. 4.

¹⁹ Altaş, H., 2002. *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Ankara, s. 51; Baygın, C., 1999. *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret Ve Tabi Olduğu Hükümler*, 11. Baskı. İstanbul, s. 12; Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 5; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 6; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 29; Ürem, s. 11; Kırmızı, s.63; Gönen, s. 7-9.

²⁰ Erman, H., 2017. *Açılış Tebliği: İnşaat Hukukunun Genel Esasları, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul, s. 3; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 56; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 5; Kırmızı, s.62.

²¹ Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 26; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Tutkun, s. 5.

²² Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 52; Aral/Ayrancı, s. 359; Avcı, M. Ö., 2016., *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, S.22, s. 305; Baygın, s. 13; Büyükay, s. 35; Eren, *Özel hükümler*, s. 594; Erman, *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK. 365/2)*, İstanbul 1979, s. 13; Gümüş, s. 4; Karahasan, s. 69; Kürşat, *İnşaat sözleşmesi*, s. 60; Ruhi, s. 23; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 3; Öz, *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi*, İstanbul 1989, s. 8-9; Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 6; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 13-14; Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 23; Uygur, s. 257; Yakuppur, s. 9-10; Zevkliler/Gökayla, s. 470; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 29. Gönen, s. 8.

çatısının tadil edilmesi veya balkonunun yıkılması, baraj yapımı, kuyu sondajı, tünel kazısı ve yol genişletilmesi inşa etme kavramını ifade eder²³.

b. Bedel Ödenmesi

TBK m. 470 hükmünde eser sözleşmesinin tanımı yapılırken iş sahibinin eser karşılığında bir bedel ödemeyi üstlenmesi gerektiği belirtilmektedir²⁴. Eser sözleşmesinin bir görünümü olan inşaat sözleşmesinin bir diğer asli unsuru da iş sahibinin bedel ödeme vaadidir²⁵. Dolayısıyla bedel ödenmeyen veya bedel ödeme taahhüdünün olmadığı bir sözleşme de inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecektir²⁶.

Yüklenicinin bir yapı inşa edip iş sahibine teslim etmesine rağmen, iş sahibinin bedel ödememesi halinde bir görüşe göre²⁷ bu sözleşme inşaat sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi niteliği taşımakta; bir diğer görüşe göre²⁸ ise eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) sözleşme niteliği taşımaktadır.

Kanaatimizce, iş sahibinin ücret ödemediği veya ücret ödeme taahhüdünün bulunmadığı ancak yüklenicinin bir inşaat meydana getirdiği halde bu sözleşme karma sözleşme niteliği taşınmalı ve somut olayın koşulları da değerlendirilmek suretiyle sözleşme yapısına uygun hükümler hâkim tarafından tarafların sözleşme yapmaktaki amaçları ve menfaatleri de değerlendirilerek kıyas veya kural yaratma yoluyla uygulanmalıdır. Bu durumun uygulamada en sık arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi şeklinde görülmektedir. Zira arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibi arsasının kararlaştırılan payının

²³ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 41; Baygın, s. 12-13; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Gönen, s. 8-9; Karadaş, s. 41; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 60; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 60; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 32; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 4-6; Ürem, s. 10; Yalçınduran, s. 46; Yavuz, s. 991.

²⁴ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 43; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Aral/Ayrancı, s. 366; Büyükay, s. 35-36; Erman, *İnşaat Hukukunun Genel Esasları*, s. 3; s. 19; Gökyayla, E., 2009. *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul 2009, s. 10; Kırmızı, s. 79; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 31; Akıncı, E., 2018. *İnşaat Sözleşmelerinde Götürü Bedelin Uyarlanması*, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.3, S.2, s. 60; Gönen, s. 13;

²⁵ Yarg. 15. HD., 25.01.2005 T., 2004/2914 E., 2005/159 K.:

“..Eser sözleşmelerinde ücret borcu iş sahibinin asli edimidir. Kural olarak da iş sözleşmede kararlaştırılan bedelle yapılacaktır.” www.kazanci.com, (e.t.:02.08.2019)

²⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 470; Kırmızı, s. 79; Gökyayla, *Ek İş*, s. 11; Gürpınar, D., 2006. *Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir 2006, s. 41; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 53; Karadaş, s. 41; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 92; Özdemir, H., 2018. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, 1. Baskı, İstanbul, s.17; Yakuppur, s.12; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 31.

²⁷ Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 15; Duman, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, s. 29; Erman, *Beklenmeyen Haller*, s. 19; Karadaş, s. 41; Yakuppur, s. 12.

²⁸ Aral/Ayrancı, s. 366; Baygın, s. 14-15; Büyükay, s. 36; Eren, *Özel Hükümler*, s. 586; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 52; Gökyayla, *Ek İş*, s. 10-11; Gönen, s. 208; Karahasan, s. 71; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 63-64; Kurt, L. M., 2012. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, 1. Baskı. Ankara. s. 37; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 92; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 24; Uygur, s. 258; Yalçınduran, s. 47; Zevkliler/Gökyayla, s. 472.

mülkiyetini yükleniciye devretme, yüklenici de buna karşılık olarak arsa üzerine bina inşa etme ve binanın belirlenen kısımlarının mülkiyetini arsa sahibine devretmeyi borçlanmaktadır²⁹. Bu durumda, iş sahibi yani arsa sahibi yükleniciye para ödemek yerine binadan bağımsız bölümlerin mülkiyetini devrederek bedel ödeme borcunu ifa etmektedir³⁰.

İş sahibinin yükleniciye ödeyeceği ücret parasal bir edim yükümlülüğü olup taraflar sözleşme bedelini serbestçe kararlaştırabilir³¹. Sözleşme bedelinin para olarak kararlaştırılması halinde, TBK m. 99 hükmü uyarınca bu bedel ülke parası olarak ödenebileceği gibi yabancı para olarak da ödenebilir³². Ayrıca, taraflar iş sahibinin, inşaatın meydana getirilmesinin karşılığı olarak para ödemek yerine inşaatın belli bir oranda arsa payını devretmesi ya da bir taşınır veya taşınmazını devretmesini kararlaştırabilir³³. Bu durumda, iş sahibi başka bir sözleşmenin asli edimini borçlanmakta, dolayısıyla inşaat sözleşmesi de karma sözleşme niteliğini haiz hale gelmektedir³⁴.

Bir inşaat sözleşmesinin varlığından bahsedebilmek için ücretin ödenmiş olmasına gerek yoktur, ücret ödeme taahhüdünün olması yeterlidir³⁵. Ücret miktarının önceden belirlenmesi dahi şart değildir³⁶. TBK m. 481 hükmü uyarınca, inşaatın bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenecektir³⁷. Sözleşmenin asli unsuru ücret ödeme taahhüdünün bulunması olup, bu miktarın belirlenmesi sözleşmenin tali unsuru

²⁹ Erman, *Arsa Payı*, s. 1; Gönen, s. 27; Gümüşsoy Karakurt, 2017. Ara Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2; s. 772; Özmen E. S./Ürem, M., 2016. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan "Avans Tapu" Kavramına Yönelik Eleştiriler*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 13; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 40.

³⁰ Erman, *Arsa Payı*, s. 4-5; Gökyayla, *Ek İş*, s. 10; Gönen, s. 15; Karahasan, s. 71; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 53; Özdemir, s. 18; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 7-8; Uygur, s. 239 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 471.

³¹ Altaş, H., 2002. *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, Büyükay, s. 36; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 32; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 64; Gönen, s. 13-14.

³² Ürem, s. 18.

³³ Tandoğan, *İstisna Akdi Kavramı*, s. 325; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 32; Gürpınar, s. 41; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 65; Ürem, s. 18.

³⁴ Aral/Ayrancı, s. 366; Baygın, s. 14-15; Büyükay, s. 36; Eren, *Özel Hükümler*, s. 586; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 52; Gökyayla, *Ek İş*, s. 10-11; Gönen, s. 13; Karahasan, s. 71; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 63-64; Kurt, *Temerrüt*, s. 37; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 92; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 24; Uygur, s. 258; Yalçınduran, s. 47; Zevkliler/Gökyayla, s. 472.

³⁵ Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 52; Gönen, s. 13; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 53; Karadaş, s. 41; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 7; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 6; Uygur, s. 258; Yakuppur, s. 12; Zevkliler/Gökyayla, s. 470 Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 31; Kırmızı, s. 79.

³⁶ Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 31; Kırmızı, s. 79.

³⁷ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 44; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 52; Karadaş, s. 41; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 7; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, s. 6; Uygur, s. 258; Yakuppur, s. 12; Zevkliler/Gökyayla, s. 470 Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 53; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 31; Kırmızı, s. 79; Gönen, s. 14.

olduğundan iş sahibinin ödeyeceği ücretin sözleşmede açıkça kararlaştırılmamış olması, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmemektedir³⁸. Sözleşmede iş sahibinin ücret ödeyeceği belirtilmiş olmasına karşın ücretin götürü bedel şeklinde³⁹ mi yoksa yaklaşık bedel⁴⁰ şeklinde mi belirleneceğinin kararlaştırılmadığı takdirde, doktrinde⁴¹ de Yargıtay içtihatlarında⁴² da ücretin götürü ücret olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

TBK m. 479/1 hükmü uyarınca, iş sahibi sözleşme bedelini yüklenicinin inşaatı teslim etmesi ile ödeyecektir. Ancak, bu kural emredici niteliği haiz değildir ve taraflar aksini kararlaştırabilirler⁴³. Örneğin, taraflar sözleşme bedelinin yarısının sözleşmenin kurulduğu tarihte kalan yarısının ise inşaatın tamamlanıp teslim edildiği tarihte ödenmesini kararlaştırabilirler.

³⁸ Büyükcay, s. 37-38; Esener/Gündoğdu, s. 36; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku, C. 1, s. 68; Hatemi/Gökyayla, s. 31; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 56-57; Kocağa, *Sözleşmenin Kurulması*, s. 75-76; Kocayusufoğlu, s. 173; Oğuzman/Öz, C. 1, s.73; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 32; Kırmızı, s. 79; Ürem, s. 18; Tutkun, s. 9. Yarg. 15. HD, 08.04.1991 T., 1990/4450 E., 1991/1798 K.:

Eser sözleşmesinde yüklenici imal ve teslim borcunu yerine getirdiğinde ücretin ödenmesi lazımdır. Şüphesiz taraflar bu genel kuralı bir yana bırakabilirler. Ücretin her zaman para olması, miktarın başlangıçta belirlenmesi, defaten ödenmesi, teslimle muacceliyet kazanması gerekmez". www.kazanci.com, (e.t.:02.08.2019)

³⁹ Götürü bedel yöntemi ile hazırlanan inşaat sözleşmelerinde taraflar sözleşme ile işin bedelini kararlaştırmaktadır ve yüklenici de eseri bu meblağa tamamlamakla yükümlüdür. Öngörülenden fazla çalışma yapıldığı ya da malzemenin de kararlaştırılan bedele dâhil edildiği ve daha fazla malzeme kullanılması gerektiği durumlarda dahi yüklenicinin bedelde herhangi bir artırma isteyemeyeceği kabul edilmektedir. Dolayısıyla, yüklenicinin inşaatın sözleşmede belirlenen meblağdan daha fazla masraf yapılarak tamamlanacağını bildirme yükümlülüğü bulunmamaktadır çünkü ücrete ilişkin tüm risklere katlanmakla yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gönen, s. 48 vd.; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 287.

⁴⁰ Yaklaşık bedel yöntemi ile hazırlanan inşaat sözleşmelerinde bedel, inşaatın yapıldığı dönemde ve yerde inşaatın değerine, yüklenicinin çalışma temposu ve kullandığı malzemeler gibi giderleri göz önünde bulundurularak belirlenir. Zira, taraflar sözleşmenin kurulması aşamasında yaklaşık yani takribi bir bedel üzerinde anlaşsalar da yükleniciye ödenecek nihai miktar inşaatın tamamlanmasından sonra netleşerek kesinlik kazanmaktadır. İnşaat faaliyetlerinde başlangıçta öngörülemeyen masraflarla karşılaşılması yapılan işin mahiyeti gereği doğal olduğundan tahmin edilen bedelin biraz üzerine çıkılması taraflarca hesaba katılmalıdır. Bu durumda, yüklenicinin bildirim yükümlülüğü olmamalıdır. Ancak, başlangıçta öngörülen masraflar önemli oranda artmaksızın inşaatın tamamlanamayacağı halde yüklenicinin bu durumu iş sahibine bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır. Öngörülen masrafların ne zaman artabileceği inşaatın büyüklüğü, arsanın durumu ve çalışma hızı gibi birçok farklı koşula göre değişkenlik gösterebileceğinden bildirim yükümlülüğünün ne zaman yapılması gerektiği somut olayın koşullarına göre değerlendirilmelidir. Yüklenici, iş sahibinin TBK m. 482/1 hükmü uyarınca sözleşmeden dönebileceği ya da koşulları oluştuğu takdirde sözleşmeyi feshedebileceği şekilde bildirimde bulunmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gönen, s. 140 vd.; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 291.

⁴¹ Öz, *İnşaat sözleşmesi*, s. 60; Baygın, s. 14; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 33; Gönen, s. 13.

⁴² Yarg. 15. HD.,18. 03.2015 T., 2014/2841 E., 2015/1321 K.:

"... Taraflar arasındaki sözleşmede bedele dair hüküm bulunmamaktadır. Taraflarca önceden kararlaştırılmamış veya yaklaşık olarak kararlaştırılmış olan eser bedelinin, yapıldığı tarihteki serbest piyasa fiyatlarına göre, bilirkişi ya da bilirkişi kurulu aracılığıyla yapılacak inceleme sonucu belirlenmesi gerekir." www.kazanci.com, (e.t.:02.08.2019) Benzer yöndeki kararlar için bkz. Yarg. 15. HD.,25.06.2013 T., 2013/2643 E., 2013/4143 K.; Yarg. 15. HD.,01.12.2015 T., 2015/1716 E., 2015/6092 K.

⁴³ Uçar, *İnşaat sözleşmesinde teslim kavramı*, s. 542; Kocağa, s. 65; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 33; Bayrak, B., 2019., *İnşaat sözleşmesi ve sözleşmedeki ceza koşulu*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, İstanbul, s. 10.

İş sahibinin inşaatın meydana getirilmesine karşılık olarak ücret ödeyeceğini ispatlama yükümlülüğü TMK m. 6 uyarınca yükleniciye aittir zira bu iddiadan fayda sağlayacak olan yüklenicidir⁴⁴. Yargıtay içtihatları da yüklenicinin iş sahibinin ücret ödemeyi borçlandığını ispatlamakla yükümlü olduğu yönündedir⁴⁵.

c. Tarafların Anlaşması

İnşaat sözleşmesi, kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi olmayan, rızai bir sözleşmedir⁴⁶. Sözleşmenin nasıl kurulacağı ise TBK m. 1’de düzenlenen “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirini uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir” hükmü ile belirtilmektedir⁴⁷. Dolayısıyla, tarafların inşaat sözleşmesinin esaslı unsurları olan bir yapının inşa edilmesi ve karşılığında ücret ödenmesi hususlarında açık veya örtülü bir anlaşmaya varmış olması sözleşmenin kurulduğu anlamına gelmektedir⁴⁸. Sözleşme bedelinin belirlenmesi dahi sözleşmenin kurulması için şart değildir. Bir diğer ifadeyle, sözleşme bedelinin belirlenebilir olması dahi yeterlidir⁴⁹. Ayrıca, tarafların sözleşme yapma ehliyetine sahip olması gerekmektedir. Bu nedenle, küçük veya kısıtlıların inşaat sözleşmesinin tarafı olabilmesi için TMK m. 16 uyarınca kanuni temsilcilerinin rızası aranmaktadır⁵⁰.

3. Hukuki Niteliği ve Şekli

Hukuki niteliği bakımından, yükleniciye bir inşaat meydana getirme ve teslim etme, iş sahibine ise bunun karşılığında bir bedel ödeme borcu yüklediği için inşaat sözleşmesi tam iki

⁴⁴ Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 33.

⁴⁵ Yarg. 15. HD., 02.11.2010 T., 2010/5301 E., 2010/5914 K.:

“... İleri sürülen hukuki ilişki eser sözleşmesi niteliğindedir. BK’nun 364. maddesi uyarınca eser sözleşmelerinde yüklenici işi yapıp teslim ettiğini, iş sahibi ise iş bedelini ödediğini ispatlamakla yükümlüdür. Ne var ki somut olayda iş sahibi olduğu iddia edilen davalı taraf akdi ilişkiyi inkar etmiş, aracı tamir ettirmek üzere davacıya götürmediğini, onunla bu hususta herhangi bir anlaşma yapmadığını savunmuştur. Bu durumda özellikle takip konusu alacağın tutarı da dikkate alındığında yüklenicinin alacağının ve bu kapsamda öncelikle davalı ile akdi ilişki kurduğunu HUMK’un 288. ve devamı maddeleri gereğince tazili delillerle kanıtlaması zorunludur.” www.kazanci.com, (e.t.:05.08.2019)

⁴⁶ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 47; Aral/Ayrancı, s. 366-367; Baygın, s. 17; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 21; Eren, *Özel Hükümler* s. 595; Gümüş, s. 7; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 50; Karadaş, s. 27; Karahasan, s. 72; Kırmızı, s. 81; Ruhi, s. 23; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 33; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 28; Uygur, s. 258; Ürem, s. 19; Yakuppur, s. 14; Zevkliler/Gökyayla, s. 473.

⁴⁷ Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 33; Ürem, s. 19; Tutkun, s. ; 8-9; Gümüşsoy Karakurt, s. 16.

⁴⁸ Ürem, s. 19; Büyükay, s. 38; Esener/Gündoğdu, s. 40; Hatemi/Gökyayla, s. 31; Kocayusufoğlu, s. 173-174; Kocaağa, *Sözleşmenin Kurulması*, s. 77

⁴⁹ Büyükay, s. 37-38; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 56-57; Kocaağa, *Sözleşmenin Kurulması*, s. 75-76; Kocayusufoğlu, s. 173; Oğuzman/Öz, C. 1, s.73; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 33; Kırmızı, s. 79.

⁴⁹ Öz, *İnşaat sözleşmesi*, s. 60; Baygın, s. 14; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 33; Gönen, s. 13.

⁵⁰ Gümüşsoy karakurt, s. 19.

tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵¹. Bu nedenle, sözleşmede aksine bir hüküm olmadığı sürece tarafların edimlerini aynı anda ifa etmeleri gerekmektedir.

Tarafların karşılıklı irade beyanlarının uygunluğu ile kurulan inşaat sözleşmesi bu niteliği itibarıyla da rızai bir sözleşmedir⁵². Dolayısıyla iş sahibi ve yüklenici bir inşaat sözleşmesi akdetmiş olmalarına karşın bedel belirlenmez ise, sözleşme ayakta tutulacak ve bedel inşaatın yapıldığı yer, zaman, teknolojik koşullar, malzeme bedelleri ve yüklenicinin gideri göz önünde bulundurularak belirlenecektir.

Son olarak, TBK m. 470 tanımında iş sahibinin bedel ödeyeceği belirtilmiş olduğu için inşaat sözleşmesi ivazlı bir sözleşmedir. Ancak, bu bedel her zaman para olmayabilir. Örneğin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde iş sahibi belirlenen arsa payını devretmeyi taahhüt eder⁵³. Böylelikle, arsa sahibi nakit bedel ödemek yerine arsasının belli paylarını yükleniciye devretmek suretiyle yüklenicinin meydana getirdiği binada bağımsız bölümlere sahip olmakta; yüklenici ise nakit bedel ödemeye gücü olmayan veya tercih etmeyen iş sahibinin arsasını değerlendirme imkânına erişmektedir⁵⁴. Yargıtay içtihatlarında da arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, yüklenicinin finansmanını kendisi sağlayarak arsa sahiplerine ait arsa üzerine bina yapımı işini üstlendiği, arsa sahibinin ise bedel olarak binadaki bir kısım bağımsız bölümlerin mülkiyetini yükleniciye geçirmeyi vaat ettiği sözleşme olarak tanımlanmaktadır⁵⁵. Dolayısıyla burada ivaz para değil, arsa payı ya da devredilen bağımsız bölümdür.

Eser sözleşmesinin ani edimli mi yoksa sürekli edimli mi olduğu konusunda doktrinde bir görüş birliği olmasa da baskın olan görüş eser sözleşmesinin ani edimli olduğudur⁵⁶.

⁵¹ Zevkliler/Gökyayla, s. 477; Eren, *Özel Hükümler*, s. 585; Aral/Ayrancı, s. 359-360;

⁵² Eren *Özel Hükümler*, 712 vd.; Yeniocak, U., 2013. *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara, s. 30; Baygın, s. 17; Canbolat, s. 27-28; Gökyayla, s. 19; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 33; Gönen, s. 15; Ürem, s. 21; Gümüşsoy Karakurt, s. 12.

⁵³ Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri TBK’da bağımsız olarak düzenlenmemiş, atipik bir sözleşmedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, s. 1; Aydemir, s. 41; Yener, M. D., 2011. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Ve Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul; Kırmızı, s. 611 vd.

⁵⁴ Gür, M., 2017. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa Ve Ayıplı İfa Kavramları*, 1. Baskı, Ankara, s. 21; Erman, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, s. 15; Kırmızı, s. 611.

⁵⁵ Yarg. 23. HD., 06.02.2019 T., 2016/2611 E., 2019/318 K.:

“... Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 Sayılı Mülga Borçlar Kanunu’nun 355 vd. ile 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 470. vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir.” www.kazanci.com, (e.t.:05.12.2019)

⁵⁶ Eren, F., *Özel hükümler*, s. 587; Yavuz, C., *Özel hükümler*, s. 461.

Eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz. Erman, H., 1984. *Karar İncelemesi: Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*. İÜHF, C.50, S.1-4, s. 505-517. Eser sözleşmesinin bazı yönleriyle

Yargıtay içtihatlarında da inşaat sözleşmesi genellikle ani edimli bir sözleşme olarak görülmektedir⁵⁷.

Kanaatimizce de inşaatın yapımı geniş bir zamana yayılsa da bu durum inşaat sözleşmesinin ani edimli bir sözleşme olma özelliğini ortadan kaldırmayacaktır. İnşaatın teslimi anına kadar geçen süreler hazırlık süresi olup, iş sahibinin ifaya dair menfaati ancak eser teslim edildiğinde gerçekleşmektedir.

Şekil bakımından ise, TBK’da eser sözleşmesinin geçerli olması herhangi bir şekil şartına tabi kılınmadığından, eser sözleşmesinin bir görünümü olan inşaat sözleşmesi de TBK m. 12 hükmü uyarınca şekil şartına tabi olmaksızın kurulabilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla tarafların

ani edimli, bazı yönleriyle sürekli borç doğuran sözleşme olduğu yönündeki görüş için bkz.: Zevkililer A./Gökyayla E., s. 491.

⁵⁷ Yarg. 14 HD., 05.03.2009 T., 2009/1786 E., 2009/2803 K.:

“ ... Davadaki istemin dayanağı biçimine uygun düzenlenmiş 17.07.2003 günlü taşınmaz satış vaadi sözleşmesidir. Bu sözleşmeyle diğer davalı yüklenici B.Ali'nin arsa sahibi ile olan 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yükleniciye bırakılması kararlaştırılan çekişme konusu B bloktaki 25 numaralı bağımsız bölümü davacıya satış vaadinde bulunduğu görülmektedir. Yüklenicinin yaptığı bu işlem hukuken, alacağın temlik işleminden ibarettir. Kısaca bir tanımlama yapmak gerekirse, alacağın temlik, borçlunun rızası gerekmeksizin eski alacaklı (yüklenici) ile yeni alacaklı (davacı üçüncü kişi) arasında Borçlar Kanunu'nun 163. maddesi hükmü gereğince yazılı olarak yapılması zorunlu bir tasarruf işlemidir. Kuşkusuz alacağın temlik ile ancak hak kazanılan (gerçek alacak) temlik edilebilir. Başka bir anlatımla, borçludan kazanılmamış bir hak yoksa salt alacağın temlik işlemi yapılmış olması yeni alacaklıya temlik işlemine dayanarak talep yetkisi vermez. Diğer taraftan, Borçlar Kanunu'nun 167. maddesi uyarınca temlik işleminden sonra ifanın kendisinden talep edilmesi halinde borçlu, temlik işlemi yapılmamış olsa idi eski alacaklıya karşı ne gibi bir itiraz ve defide bulunacak idi ise, aynı itiraz ve defileri yeni alacaklıya karşı da ileri sürebilir. Değişik bir söyleyişle, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanan haklar yeni alacaklıya karşı da ileri sürülebilir hale gelir. Diğer taraftan; belirtilmelidir ki, eser sözleşmeleri iki tarafa hak ve borçlar yükleyen ani edimli sözleşmelerdendir. Bir sözleşmenin iki tarafa hak ve borçlar yüklüyor olması demek, iki tarafın da o sözleşmeden dolayı hem alacaklı ve hem de borçlu olması demektir. Ani edimli sözleşmelerde, eserin tesliminden önceki bütün çalışmalar eseri meydana getirme çalışmalarıdır. Borçlar Kanunu'nun 364. maddesi gereğince de, aksine sözleşme hükmü yoksa eser bedeli (somut olayda bağımız bölüm tescili istemi) ancak eserin teslimiyle istenebilir. Alacağın temlikine ve eser sözleşmesinin niteliklerine ilişkin bu genel açıklamalardan sonra somut olaya gelince; Davalılar arasındaki 29.11.2002 günlü arsa payı karşılığı sözleşmenin konusu 8906 ada 2 parsel sayılı taşınmaz üzerine 5 blok halinde 120 daireli bir bina yapım işidir. Sözleşmeye göre A ve D harfli bloklar arsa sahibine, C harfli blok yükleniciye ait olacak, B harfli blokta arsa sahibinin seçeceği 2 adet bağımsız bölüm dışındaki tüm bağımsız bölümler yükleniciye bırakılacaktır. E bloktaki 13 daire ile 1.5 dükkanın arsa sahibine, 11 bağımsız bölümün de yükleniciye bırakılması kararlaştırılmıştır. Yapılan keşif sonucu sözleşmeyle 30.03.2003 tarihinde teslimi kararlaştırılan A ve B blokların bitirildiği, 29.01.2005 tarihinde teslimi öngörülen D ve E bloklardan D blokun 8. kat tabiiye betonunun döküldüğü, 6. katta tuğla örme imalatının yapıldığı, E blokun da tabiiye betonunun döküldüğü, birinci kat tuğlasının örüldüğü, C blokun ince sıva işlerinin yapılmakta olduğu, keza kapı ve pencerelerinin monte aşamasına geldiği saptanmıştır. Keşfin yapıldığı tarih 21.09.2007'dir. Görülüyor ki, 5 blok halinde yapılması gereken binalarda C, D ve E bloklar sözleşmede kararlaştırılan teslim tarihi geçmesine rağmen bitirilmemiş, kısaca yüklenici temerrüde düşmüştür. Davalılar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde her ne kadar kademeli ferağ hükmü varsa da, yüklenici bu hükümden ancak iş takviminin olağan seyri içinde yürümesi halinde yararlanabilir. Çünkü Borçlar Kanunu'nun 81. maddesi hükmüne göre karşılıklı taahhütleri içeren bir akdin ifasını talep eden kimse, önce kendi borcunu ifa etmelidir. Yüklenicinin yararlanamayacağı bir durumdan alacağın temlik suretiyle davacının yararlanması düşünülemez.” www.kazanci.com, (e.t.:05.08.2019)

⁵⁸ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 47; Aral/Ayrancı, s. 367; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 22; Eren, *Özel Hükümler*, s. 596; Erman, *Arsa Payı*, s. 17; Erişen, s. 41; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2., s. 7; Gönen, s. 25; Gümüşsoy Karakurt, s. 17; Kaplan, *Ücret Ödeme Borcu*, s. 123; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50;

örtülü beyanları dahi inşaat sözleşmesinin kurulması için yeterlidir⁵⁹. Ancak, inşaat faaliyetinin mahiyeti gereği karmaşık olması nedeniyle, karşılaşılması muhtemel sorunları en aza indirmek ve ispat kolaylığı sağlamak açısından inşaat sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasında fayda olduğu kanaatindeyiz⁶⁰. Tarafların, sözleşmenin geçerliliğini herhangi bir şekil şartına bağlı kılmaları halinde ise belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme TBK m. 17 hükmü uyarınca tarafları bağlamayacaktır⁶¹.

İnşaat sözleşmeleri bakımından kanunda şekil şartı öngörülmemiş olmasına karşın, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi belirli bir arsa payının mülkiyetini yükleniciye devretme borcunu da içeren, karma nitelikteki sözleşmelerde diğer sözleşme için aranan şekil şartı karma sözleşme için de geçerli olur⁶². Taşınmaz mülkiyetinin devrini amaçlayan sözleşmelerin geçerliliği resmi yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır⁶³. Dolayısıyla geçerli bir arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden bahsedebilmek için resmi şekil şartına uyulması

Kırmızı, s. 618; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 68; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 47; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 14; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 28; Ürem, s. 21; Yalçınduran, s. 48; Yavuz, s. 993.

⁵⁹ Gökyayla, *Ekik İş*, s. 12; Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 47; Aral/Ayrancı, s. 314; Gönen, s. 27; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 48; Yakuppur, s. 14; Gümüşsoy Karakurt, s. 16-17.

⁶⁰ Davacının iddiasını ispatlamakla yükümlü olması, hak ve taleplerini somut delillere dayandırmasını gerektirmektedir. Bu nedenle, inşaat sözleşmesinin yazılı şekilde yapılmasında fayda bulunmaktadır. Bkz. Yarg. 15. HD., 24.10.2017 T., 2016/4792 E., 2017/3570 K.:

“Davacının yanlar arasında kurulduğunu ileri sürdüğü akdî ilişki, işin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan BK'nın 355. maddesi hükmü gereğince, bir ‘Eser’ sözleşmesi niteliğindedir. Eser sözleşmesi yazılı şekle tabi bir sözleşme olmasa da kural olarak ve HUMK'nın 288 ve izleyen maddeleri hükümleri uyarınca yanlar arasındaki akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu davacı, yasal ve yazılı delillerle kanıtlamakla ödevlidir. HUMK'nın 289. maddesi hükmü uyarınca karşı tarafın açık onayı bulunmadıkça ve aynı Kanun'un 292. maddesi gereğince ‘yazılı delil başlangıcı’ niteliğinde bir belgeye dayanılmış olmadıkça akdî ilişkinin kurulmuş olduğunu tanık delili ile kanıtlanamaz. Varlığı iddia edilen alacağın miktarına göre, davalının açık muvafakati olmadıkça karşı çıkılan akdî ilişkinin tanık beyanı ile ispatı mümkün olmadığı gibi tanıkla ispatı mümkün kılan, yakın akrabalık, örf adet mevcut değildir. Yazılı delil başlangıcı niteliğinde bir bilginin varlığı da iddia edilmemiştir. Açık muvafakat bulunmadan tanık dinlenmesi mümkün olmadığı halde dinlenerek beyanlarının hükmüne esas alınması doğru olmamıştır. Davacı akdî ilişkinin varlığını yazılı delille kanıtlamadığından davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kısmen kabulü, alacak likid olmadığı halde davalının icra inkâr tazminatıyla sorumlu tutulması doğru olmamıştır.” www.kazanci.com, (e.t.: 21.01.2020)

⁶¹ Eren, *Özel hükümler*, s. 598; Kaplan, *İnşaat sözleşmeleri hukuku ve endüstri yatırım sözleşmeleri*, s. 50; Seğer, *Tam tazminatla fesih*, s. 41; Gönen, s. 25; Erman, s. 17-22; Kırmızı, s. 102.

⁶² Yarg. 14. HD., 20.4.2007 T., 2007/247 E., 2007/4636 K.:

“Arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinde bir yandan hiçbir şekle tabi olmayan inşaat yapımına ilişkin hükümler bulunmakta iken diğer yandan arsa sahibinin karşı edimi olan arsadaki bir bölüm mülkiyeti yükleniciye geçirme borcu da bulunur. Mülkiyet nakline ilişkin sözleşmelerin Türk Medeni Kanunu'nun 706 ve Borçlar Kanunu'nun 213. maddeleri hükmüne resmi biçim koşuluna uyularak yapılması zorunlu olduğundan iki tipli karma sözleşme özelliği gösteren arsa payı devri karşılığı inşaat yapım sözleşmelerinin geçerliliği kuşkusuz şekil şartına bağlıdır.” www.kazanci.com, (e.t.: 29.01.2020)

⁶³ TBK'da geçerliliği resmi şekle tabi sözleşmelerin hangi resmi makamca düzenleneceği açıkça düzenlenmemişse de TMK m. 706, TBK m. 237, 1512 sayılı Noterlik Kanunu m. 60. ve 2644 sayılı Tapu Kanunu m. 26. kapsamında mülkiyeti nakil borcu doğuran sözleşmelerin resmi biçimde yapılması gerektiği düzenlenmiştir. Resmi şekil şartına uyulmaksızın düzenlenen bir inşaat sözleşmesinde edimin ifası talep edilemeyecektir. Ayıca sözleşmede ceza koşuluna ilişkin bir hüküm yer alsada dahi sözleşme geçersiz olduğu için ceza koşulu da geçersiz olacak ve talep edilemeyecektir.

gerekmektedir⁶⁴. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin eki niteliğindeki sözleşmenin de arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tabi olduğu şekil şartına uygun şekilde düzenlenmesi gerekmektedir⁶⁵.

Bazı özel düzenlemeler ile inşaat sözleşmesinin şekil şartına tabi kılınması da mümkündür. Örneğin, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nun 57. maddesi uyarınca yüklenicinin idareye vermekle yükümlü olduğu sözleşme, noterlikçe tescil edilmiş bir sözleşme olmalıdır⁶⁶. Dolayısıyla Devlet İhale Kanunu kapsamındaki inşaat sözleşmelerinin noter tarafından onaylanmış olması geçerlilik koşuludur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 46. maddesinde de bu kanun uyarınca düzenlenen inşaat sözleşmelerinin idare tarafından hazırlanan yazılı metnin yüklenici tarafından imzalanması; yüklenicinin bir konsorsiyum yani ortak girişim olması halinde ise sözleşmenin konsorsiyumun bütün ortaklarınca imzalanması koşulu düzenlenmiştir⁶⁷. Devlet İhale Kanunu'nun aksine, Kamu İhale Kanunu'nda resmi şekil şartı yerine adi yazılı şekil şartını yeterli görülmüştür⁶⁸. Ancak ihale dokümanında düzenlenen sözleşmenin noter tarafından tasdik edilmesi koşulu ayrıca belirtilebilir. Bu halde, sözleşme resmi şekil şartına tabi olur⁶⁹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi geçerliliği şekil şartına bağlı sözleşmeler bakımından, tarafların şekil şartına uymaksızın sözleşme kurdukları ve bu sözleşme uyarınca edimlerini yerine getirdikleri takdirde sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır⁷⁰. Bu durumda sözleşme geçerliymiş gibi hareket edilmesi

⁶⁴ Öz, *İnşaat Sözleşesi*, s. 6; Atamulu, *Kat Karşılığı İnşaat sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, s. 41; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Kırmızı, s. 618; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 68; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 39; Erman, s. 17; Gönen, s. 27; Gümüşsoy Karakurt, s. 17.

⁶⁵ Yarg. 15. HD., 15.01.2019 T., 2018/4892 E., 2019/153 K.:

“Somut olayda arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine ek olarak düzenlenen 25.02.2010 tarihli adi yazılı sözleşmede, asıl sözleşmedeki yükümlülükler ek olarak yüklenici tarafından sözleşmeye aykırılık halinde cezai şart ödenmesi kararlaştırılmıştır. Ek sözleşme kapsamında yapılan bu düzenlemenin tamamlayıcı yan hüküm niteliğinde değil, taraflardan birine fazladan ek ve ağır yükümlülükler yükler nitelikte olması nedeniyle, şekil şartına uyulmaksızın yapılan adi yazılı ek sözleşmenin geçerli olduğundan bahsedilemez. Bu durumda, geçersiz sözleşmeye dayalı olarak cezai şart da istenemeyecektir.” www.kazanci.com, (e.t.: 29.01.2020)

⁶⁶ Aral/Ayrancı, s. 347; Avcı, M. Ö., 2015. *Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.6, S. 21, s. 299-300; Bayrak, s. 27; Büyükkay, s. 57-58; Eren, *Özel Hükümler*, s. 598; Gümüşsoy Karakurt, s. 17; Gönen, s. 28; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 69; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 23-24; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 5; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 47.

⁶⁷ Avcı, *Eser Sözleşmesinde Şekil*, s. 300; Bayrak, s. 28; Büyükkay, s. 58; Eren, Gümüşsoy Karakurt, s. 18; Gönen, s. 29; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 69; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 24; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 48.

⁶⁸ Avcı, *Eser Sözleşmesinde Şekil*, s. 302; Bayrak, s. 27; Gümüşsoy Karakurt, s. 18; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 48.

⁶⁹ Bayrak, s. 28; Gümüşsoy Karakurt, s. 18; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 48.

⁷⁰ Yarg. 15. HD., 04.11.2019 T., 2019/396 E., 2019/4314 K.:

“Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekmektedir. Buradaki şekil geçerlilik şartıdır. Emredici kural gereği resmi şekle uyulmadan yapılan sözleşmeler ise geçersizdir. Ancak şekil

gerekmektedir⁷¹. Örneğin, tarafların adi yazılı şekilde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi düzenlemelerine ve arsa sahiplerinin sözleşmede belirlenen arsa payını yükleniciye devretmesine karşın yüklenicinin kararlaştırılan zamanda inşaatı tamamlamaması halinde; yüklenicinin sözleşmenin geçersizliğini savunması dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacak ve geçerli bir sözleşme var gibi hareket edilecektir⁷².

Son olarak, sözleşme şekil şartına tabi olsa dahi TBK m. 132 uyarınca tarafların üstlendiği edim, şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir⁷³. Örneğin, noterde resmi yazılı şekilde düzenlenen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca yüklenicinin bağımsız bölümleri adi yazılı şekilde düzenlenen ibraname ile iş sahibine teslim etmesi halinde, ibranamenin geçersiz olduğundan söz edilemez.

koşuluna uygun olmadığı için geçersiz olan kat karşılığı inşaat yapım sözleşmesinin fiilen hayata geçirildiği, tarafların edimlerini ağırlıkla yerine getirdiğinin anlaşıldığı durumlarda bu sözleşmelerin geçersizliğinin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanımı niteliğindedir. Şekil zorunluluğunun birinci istisnası, sözleşme adi yazılı şekilde olsa bile taraflardan birinin edimini tamamen veya reddolunmayacak oranda yerine getirmiş olması halinde diğer tarafın artık bu sözleşmenin geçersizliğini ileri süremeyeceği kuralıdır. Çünkü böyle bir davranış TMK'nın 2. maddesinde tanımlanan bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni koruma kuralına aykırı düşer." www.kazanci.com, (e.t.: 29.01.2020)

⁷¹ Eren, *Özel hükümler*, s. 605; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 15; Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 68; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 48; Erman, *Arsa Payı*, s. 24.

⁷² Yarg. 23. HD, 18.09.2013 T., 2013/3436 E., 2013/5497 K:

"Somut olayda, uyuşmazlık konusu arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılmış ise de, arsa sahiplerince tapu devri edimi yerine getirilmiş olmakla artık sözleşmenin tarafları bağladığının kabulü gerekir. www.kazanci.com, (e.t.: 01.02.2020)

YHGK, 30.04.1997 T., 1997/15-146 E., 1997/372 K.:

"Ancak geçerli bir sözleşme olmamakla birlikte taraflar karşılıklı olarak edimlerini ifa etmişlerse, yahut yüklenici inşaatı bitirmiş veya çok büyük bir bölümünü yapmış ve arsa sahibi de inşaatın devamı süresince karşı koymamış ve inşaatın yapılmasına rıza göstermiş veya arsa payı yüklenici adına geçirilmiş veyahut taraflar karşılıklı olarak ve kısmen edimlerini ifa etmişlerse bu takdirde sözleşmenin hukuken geçersiz olduğu ileri sürülemez; zira bu, MK'nun 2. maddesi uyarınca iyiniyet kuralları ile bağdaşmaz." www.kazanci.com, (e.t.: 01.02.2020)

⁷³ Yarg. 15. HD., 20.02.2019 T., 2018/2554 E., 2019/707 K.:

"Dosya kapsamına göre taraflar arasında resmi şekilde 22.09.2011 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin düzenlendiği, bu sözleşmede taraflara düşen bağımsız bölümlerin belirlendiği konularında her hangi bir ihtilâf bulunmadığı anlaşılmaktadır. İhtilâf 17.09.2014 tarihli "Teslim Tesellüm Belgesi ve İbraname" başlıklı belgenin geçerli kabul edilip edilmeyeceği konusundadır. Bu belge davacı ile aralarında düzenlenen 22.09.2011 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi ile ilgili olarak davalı tarafından sunulmuş ve taraflarca imzalanmıştır. 6098 sayılı TBK 132. madde de belirtilen "Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir." hükmüne göre 17.09.2014 tarihli "Teslim Tesellüm Belgesi ve İbraname" başlıklı belge taraflar arasında geçerli ve bağlayıcı olduğundan davanın reddi gerekirken bu husus gözden kaçırılarak davanın kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir." www.kazanci.com, (e.t.: 24.01.2020)

4. Tarafları

İnşaat sözleşmesinin tarafları iş sahibi ve yüklenicidir. Bu taraflar gerçek kişiler olabileceği gibi, kamu tüzel kişileri ya da özel hukuk tüzel kişileri de olabilir⁷⁴.

a. İş Sahibi

İş sahibi, inşaat sözleşmesinde bir yapının ya da yapının bir bölümünün inşa edilmesi veya tadil edilmesi için ücret ödemeyi taahhüt eden taraftır⁷⁵. İş sahibinin gerçek kişi, özel hukuk tüzel kişisi veya kamu hukuku tüzel kişisi olması mümkündür⁷⁶. Uygulamada, iş sahibinin genellikle üzerine inşaat yapılacak yerin maliki olduğu görülse de, iş sahibinin malik olması zorunluluk değildir⁷⁷. Ayrıca, iş sahibinin, hak ehliyetine sahip olması gerekmektedir⁷⁸.

İş sahibi, tarafı olduğu inşaat sözleşmesinde kararlaştırılan işlerin yürütülmesini bizzat kendisi sağlayabileceği gibi, mimar veya mühendis gibi kişileri inşaat yapılacak yerdeki işlerin yönetimi için görevlendirebilir⁷⁹. Doktrinde müşavir (danışman) olarak adlandırılan mühendisler, iş sahibi ile yüklenici arasında düzenlenen inşaat sözleşmesinin tarafı değildir⁸⁰. Bu kişiler, iş sahibinin vekili sıfatıyla hareket etmektedir⁸¹. Örneğin, bir tünelin inşa edilmesi sırasında yüklenici ile olan ilişkilerin yönetilmesi ve elde edilecek kârın optimize edilmesi için iş sahibinin mimar veya mühendis ile vekâlet ilişkisi kurup, bu işler için onları görevlendirmesi mümkündür. Aksi kararlaştırılmadığı sürece, bu kişiler iş sahibinin doğrudan

⁷⁴ Eren, *Özel hükümler*, s. 605; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 23,31; Gümüş, s. 7; Karadaş, s. 37; Ruhi, s. 21; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 39; Gönen, s. 29; Yavuz, s. 985; Zevkliler/Gökyayla, s. 476; Kaplan, *İnşaat sözleşmeleri hukuku ve endüstri yatırım sözleşmeleri*, s. 47; Gümüşsoy Karakurt, s. 5.

⁷⁵ Eren, *Özel hükümler*, s. 605; Yavuz, s. 985; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 417; Zevkliler/Gökyayla, s. 476; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 12; Karadaş, s. 37; Ruhi/Ruhi, s. 21; Öztürk/Gözütok, s. 18; Gönen, s. 29; Gümüşsoy Karakurt, s. 6.

⁷⁶ Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 30; Kurt, *Temerrüt*, s. 42; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 13; Baygın, s. 6; Tutkun, s. 12; Ruhi/Ruhi, s. 21; Öztürk/Gözütok, s. 18; Gönen, s. 29; Buz, V., 2007. *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara, s. 69 vd..

⁷⁷ Yarg. 15. HD., 26.06.2015 T., 2014/6528 E., 2015/3730 K.:

“... Davacı yüklenici, davalılardan Vildan’ın tadilat yapılan dubleks evin tapu maliki olduğunu, diğer davalının ise işi yaptıran kimse olduğunu iddia etmiştir. Şu halde davacı dahi, davalılardan Vildan’ın sözleşmenin tarafı olmadığını dava dilekçesinde açıklamıştır. Davalı Vildan’ın tapu maliki olması ya dadına fatura düzenlenmesi onu sözleşmenin tarafı haline getirmez.”

⁷⁸ Gökyayla, *Eksik iş*, s. 13; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 30; Tutkun, s. 12.

⁷⁹ Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 32; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 12; Tutkun, s. 13.

⁸⁰ Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14.

⁸¹ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 12; Kocaağa Dayınlarlı, *Müşavir mühendislik*, s. 128-129; Eren, *Özel hükümler*, s. 605; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 32; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 39; Yavuz, s. 985; Zevkliler/Gökyayla, s. 478; Gönen, s. 30.

temsilcisi⁸² sıfatıyla hareket etmektedir⁸³. Müşavir mühendisler genellikle büyük çaplı inşaat işlerinde veya kamu ihale mevzuatına tabi inşaatlarda bulunmaktadır⁸⁴. Ancak, iş sahibinin 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu veya 4736 sayılı Kamu İhale Kanunu hükümlerine tabi bir kamu hukuku tüzel kişisi olması, -sözleşmedeki hükümler ile Kamu İhale Kanunu, Devlet İhale Kanunu ve sözleşmenin eki durumundaki Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümlerinin uygulanması haricinde- inşaat sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olması niteliğini değiştirmemektedir⁸⁵.

b. Yüklenici

Yüklenici, inşaat sözleşmesinde iş sahibine bir yapının tamamını veya bir kısmını meydana getirerek teslim etmeyi taahhüt eden taraftır⁸⁶. Tarafların, inşaatın tamamının veya yalnızca bir kısmının meydana getirilmesi için anlaşması mümkündür. İnşaat işinin tamamını üstlenen yükleniciye “*genel yüklenici*” denilmektedir⁸⁷. Genel yüklenici, meydana getireceği inşaatın plan ve projelerini de hazırlamakla yükümlüyse “*tam yüklenici*” ya da “*total yüklenici*” olarak adlandırılır⁸⁸. İş sahibinin, inşaatın farklı kısımlarını yapması için birden fazla yüklenici ile anlaşması halinde, iş sahibine karşı, inşaatı belirli kısımlarını yapmayı taahhüt eden yüklenicilere “*kısmi yüklenici*” denilmektedir⁸⁹. Doğrudan doğruya iş sahibine karşı sorumlu olan bu yükleniciler, birbirleriyle sözleşmesel ilişki içerisine girmemekte ve birbirlerine karşı “*yan yüklenici*” şeklinde tanımlanmaktadır⁹⁰. Yüklenicinin, inşaatın tamamının veya bir kısmının meydana getirilmesi işini yine bir inşaat sözleşmesi ile başka bir yükleniciye vermesi halinde, belirlenen işi kendi sorumluluğu altında ifa edecek yüklenici

⁸² TBK m. 40/1 uyarınca hukuki işlemin sonuçlarının temsilcinin adı ve hesabına değil, temsil olunanın adı ve hesabına sonuç doğurmasıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Ş., 2009. Türk medeni hukukunda temsil, 1. Baskı, İstanbul, s. 151; Eren, *Genel Hükümler*, s. 477; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. 1, s. 224.

⁸³ Gönen, s. 30.

⁸⁴ Bu husus, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 4. maddesinde danışmanın, “danışmanlık yapan, ilgi ve deneyimini idarenin yararı için kullanan danışmanlığını yaptığı işin yüklenicileri ile hiçbir organik bağ içinde bulunmayan, idareden danışmanlık hizmeti karşılığı dışında hiçbir kazanç sağlamayan ve danışmanlık hizmetlerini veren hizmet sunucusu” şeklinde tanımlanmasından da anlaşılmaktadır.

⁸⁵ Kaplan, *İnşaat sözleşmeleri hukuku ve endüstri yatırım sözleşmeleri*, s. 51; Gönen, s. 32.

⁸⁶ Eren, *İnşaat sözleşmeleri*, s. 50; Gökyayla, *Ek iş*, s. 12-13; Gönen, s. 33; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 47; Karadaş, s. 37; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 31; Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 18-19; Yavuz, s. 985; Zevkliler/Gökyayla, s. 476; Ruhi/Ruhi, s. 22; Öztürk/Gözütok, s. 18; Gümüşsoy Karakurt, s. 7.

⁸⁷ Eren, *Özel Hükümler*, s. 607; Eren, *İnşaat sözleşmeleri*, s. 50; Gümüş, s. 8; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 31; Ruhi/Ruhi, s. 22; Zevkliler/Gökyayla, s. 477;

⁸⁸ Eren, *Özel Hükümler* s. 607; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 50; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 31; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14; Ruhi/Ruhi, s. 22; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 37.

⁸⁹ Eren, *Özel Hükümler*, s. 607; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 50; Gümüş, s. 8; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 31; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14; Ruhi/Ruhi, s. 22; Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 37.

⁹⁰ Akkanat, *Taşeronluk sözleşmesi*, s. 22; Kocaağa, *İnşaat sözleşmesi*, s. 31-31; Gönen, s. 34;

“alt yüklenici” olarak tanımlanmaktadır⁹¹. Bu durumda, aksi belirtilmediği sürece kural olarak iş sahibi ve alt yüklenici arasında herhangi bir sözleşme bulunmamaktadır⁹².

Yüklenici, gerçek kişi veya 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenen anonim, limited, kolektif, komandit şirketlerden biri ya da kooperatif de olabilir. Ancak yüklenicinin gerçek kişi olması halinde hukuki ehliyeteye sahip olması gerekmektedir. Gerçek kişi yüklenicinin vefatı, kusuru olmaksızın eseri tamamlayabilme yeteneğini ya da hukuki ehliyetini kaybetmesi hallerinde ise TBK m. 486 hükmü uyarınca sözleşmenin kuruluş amacı değerlendirilmelidir. Sözleşme, yüklenicinin kişisel özellikleri dolayısıyla yapılmışsa sona erecek, aksi halde geçerliliğini koruyacaktır. Bu durumda, şirket ortaklarından birinin ölümü iş sahibi ile yüklenici arasındaki sözleşmeyi sona erdirmeyecektir. Ancak sözleşmenin ölen ortağın kişisel özellikleri nedeniyle ölen ortağın bulunduğu yüklenici şirket ile yapıldığı sonucuna ulaşıyor ise sözleşme sona ermelidir⁹³.

İnşaat sözleşmesinin her bir tarafı, tek kişi olabileceği gibi birden fazla kişi de olabilir⁹⁴. Özellikle daha kapsamlı, teknik donanım ve daha büyük bir finansman gerektiren inşaat işlerinde birden fazla yüklenici konsorsiyum⁹⁵ veya joint venture⁹⁶ oluşturarak bir inşaat meydana getirmeyi borçlanabilir⁹⁷. Bu ortaklıklar adi ortaklık kabul edilmekle, adi

⁹¹ Akkanat, *Taşeronluk sözleşmesi*, s. 2-4; Akkanat H./ Çekin M. S, 2017, *Taşeronun Hukuki Durumu*, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 45-61; Aral/Ayrancı, s. 372-373; Büyükcay, s. 83; ; Eren, *Özel hükümler*, s. 610; Erman, *Arsa payı*, s. 45; Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14; Gümüş, s. 12; Karadaş, s. 125; Kılıçoğlu, *Eseri şahsen yapma borcu*, s. 187 vd.; Köksal, s.113; Kurt, *Temerrüt*, s.61; Şenocak Z., 1995, *Borçlunun ifa yardımcılarında dolayı sorumluluğu*, 1. Baskı, Ankara,, s. 59; Gönen, s. 36-41.

⁹² Gökyayla, *Eksik iş*, s. 14; Gönen, s. 36-41.

⁹³ Yavuz, s. 991 vd.; Öz, *İnşaat sözleşmesi*, s. 1; Gümüşsoy Karakurt, s. 8.

⁹⁴ ; Gökyayla, *Ek iş*, s. 14; Tutkun, s. 14;

⁹⁵ Şirketler birliği anlamına gelen konsorsiyum, iki veya çok gerçek ya da tüzel kişiden her birinin belli bir işi yapma amacıyla ortaklaşa taahhüt etmiş oldukları işin bir bölümünün yerine getirilmesinin sorumluluğunu diğerlerinden bağımsız olarak yüklenmek suretiyle katkılarını birleştirmeleridir. Bkz. Tekinalp G. / Tekinalp Ü. *Joint Venture*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın’a 65. Yaş Armağanı, Ankara 1988, s. 162; Korkut, Ö., Nisan 2007. *Türk hukuku bakımından ortak girişim (joint ventur) ve iş ortaklığı*, Legal Hukuk Dergisi, s. 1164;

⁹⁶ Joint Venture TBK’da düzenlenmediği için açık bir tanımı olmamakla birlikte birden çok gerçek ya da tüzel kişi ortağın bir araya gelerek bir işi gerçekleştirmeyi amaçladıkları, ortaklarının her birinin ortaklık işlerinden müteselsilen doğrudan doğruya tüm mal varlığıyla sınırsız olarak sorumlu olduğu ortaklık türü olarak tanımlanmaktadır. Tüzel kişiliği olması için bir engel olmamasına karşın genellikle adi ortaklık şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bkz.:Çakır Çelebi F. B., 2017. *Joint Venture’in Hukuki Niteliği*. Dergipark, C. 2, s. 100; Geisinger E./ Cremades A.C., 2019. Unincorporated Joint Ventures In International Construction Projects: Why?, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler, 1. Baskı, İstanbul 2019, s. 221-231; Tandoğan,H., 1986, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş, Yardımcı Kişilere Alt Müteahhitlere Yaptırması,Başkasına Devretmesi*,Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture).Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S. 3-4, s. 57; Kaplan, İ., 2013. İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture, 3.Baskı, Ankara.

⁹⁷ Aydemir, E., 2016. *Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku*, 3. Bası. Ankara. s. 203; Ruhi/Ruhi, s. 22; Öztürk/Gözütok, s. 19; Gümüşsoy Karakurt, s. 9.

ortaklığa ilişkin TBK m. 620 vd. hükümleri uygulama alanı bulmaktadır⁹⁸. Yargıtay içtihatlarında da konsorsiyumun adi ortaklık olduğuna⁹⁹ işaret edilerek bu nedenle ihtilaf halinde ortaklardan her birinin davacı olması ya da davalı taraf olarak gösterilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁰⁰.

⁹⁸ Şener, O. H., 2008. *Adi ortaklık*, 1. Baskı, Ankara, s. 145; Barlas, N., 2016. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*. 4. Baskı, İstanbul, s. 111.

⁹⁹ Yarg. 3 HD., 28.06.2012 T., 2012/11789 E., 2012/16355 K.:

“...-...- İnşaat Ortak Girişimi, hukukumuzdaki adi ortaklığa benzemekte olup iki veya daha fazla işletmenin, belli bir amaca ulaşmak için katkılarını birleştirdikleri bir ortaklıktır. Tüzel kişilikleri olmadığından taraf ehliyetleri de bulunmamaktadır. Ortaklar, ortaklık borçlarından alacaklılara karşı doğrudan doğruya ve sınırsız olarak tüm mal varlıklarıyla sorumludurlar. Belirtmek gerekir ki, taraflar arasındaki Joint Venture anlaşması mahiyeti itibarıyla yürürlükteki mevzuatımıza göre Borçlar Kanununda düzenlenen adi ortaklık sözleşmesi mahiyetinde olup, bu tür ortaklık ilişkilerinde ortaklar arasında çıkan uyuşmazlıklarda öncelikle sözleşme hükümleri, sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde de, BK.nun 520. vd. maddeleri uygulanmak suretiyle uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması gerekir. Ortaklığın tek başına temsile yetkili olan idarece ortağın ortaklık işlerinin yürütülmesi ve borçlarının ödenmesi konusunda ortak hesaptan para çekme ve bu yolda vekaletname verme yetkisinin olmayacağını ve varsa bir alacağın bunun tasfiyede nazara alınması gerektiğinin kabulü, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve yasa kapsamına açıkça aykırılık teşkil eder.”
www.kazanci.com, (e.t.:30.07.2019)

¹⁰⁰ Yarg. 15 HD., 12.05.2003 T., 2035874 E., 2003/2540 K.:

“...İskenderun-Divriği demiryolu elektrifikasyon projesine ait sözleşme, Societe de Construction de Lignes Electriques (SCLE), GTM Entrepouse Electricite (GTME), Sofrerail, Techniphone ve STFA Enerji Telekomünikasyon Sanayi ve Ticaret A.Ş. (STFA)dan oluşan konsorsiyum ile TCDD Yolları İşletmesi Genel Müdürlüğü arasında 23 Kasım 1988 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konsorsiyum için yüklenicisi, TCDD ise iş sahibidir. Sözleşme konsorsiyumu temsilen Lider (SCLE) adına Mr.Andre Coude du Foresto ve yönetici firma GTME adına MR.Yves Barnouin tarafından imzalanmıştır. Eldeki temyize konu edilen davayı açan (kısaca) STFA şirketi olup bu şirket ile davalı TCDD arasında müstakilen imzalanan bir sözleşme bulunmamaktadır. Yüklenim görevini üstlenenlerin dördü yabancı, birisi ise Türk şirkettir. Türk şirketi (STFA'nın) işin Türkiye'de bulunan bir bölümünü yapacağı anlaşılmakta ise de, iş bir bütün olarak ihale olunmuş ve davalı ile konsorsiyum arasında akit kurulmuştur. Konsorsiyum uyuşmazlık konusu işi yapıp bitirmek amacıyla oluşturulmuştur. Hukuken adi ortaklık olarak nitelendirilmesi zorunludur. Bu nedenle konsorsiyumun hükmi şahsiyeti bulunmamaktadır. BK.nun adi şirkete ilişkin hükümlerinin (BK. Madde 520 v.d) bu ortaklık için de uygulanacağı ortadadır. BK.nun 520/2. maddesi uyarınca bir şirket Ticaret Kanununda tarif edilen şirketlerin mümeyyiz vasıflarını haiz değilse bu bap ahkâmına tabi adi şirket sayılır. Yönetim görevi verilen ortağın diğer ortakların vekili sıfatıyla dava açabilmesi fevkalade işlerden olup, yönetici ortağın dava açma ve genel vekil tayin etme konusunda diğer ortaklardan özel yetki alması gerekir. Özel yetki verilen yönetici ortak, genel vekili tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklık adına değil, ancak temsilcisi bulunduğu diğer ortaklar adına tayin edebilir ve ortaklar adına dava açtırabilir. Adi ortaklığın hükmi şahsiyeti olmadığından adi ortaklıkta dava tüm ortaklar tarafından açılmalıdır. Ortaklar, davada mecburi dava arkadaşı durumundadır. Sözleşmenin, adi ortaklığa (konsorsiyuma) yüklediği vecibelerden adi ortaklığın bütün üyeleri sorumludurlar. Sorumluluğun, adi şirketin sözleşme yaptığı kişi ya da şirkete karşı bölünmesi mümkün değildir. Bir ortak ortaklık sözleşmesi uyarınca kendi şirketine karşı üstlendiği vecibeleri yerine getirmez ise, diğer ortaklar, adi ortaklığın akidene karşı bunları ifayla mükelleftirler. Adi ortaklık adına veya adi ortaklık aleyhine açılacak davalarda tüm ortakların yer almaları yasa gereği olduğu gibi, doktrinde de böyle kabul edilmektedir. Zira adi ortaklık iştirak kurallarına tabidir. Adi ortaklığın tüm ortakları tarafından birlikte bir dava açılması halinde eldeki davanın dinlenmesi veya açılan bu davaya diğer ortaklardan icazet alınarak devam edilebilmesi mümkündür. Bu takdirde dava ya adi ortaklık namına yürüyecek, ya da diğer şirketlerin icazet vermeleri ve adi ortaklığın yaptığı sözleşmeden doğan haklarını davacıya temlik etmeleri halinde, davacı tek başına davayı yürütebilecektir.”
www.kazanci.com, (e.t.:30.07.2019)

II-YÜKLENİCİNİN AYIBA KARŞI TEKEFFÜL BORCU

A. Genel Olarak

Tarafların bir inşaat sözleşmesi oluşturma amacı inşaatın kararlaştırılan şekilde ve zamanında tamamlanması ile iş sahibinin yükleniciye sözleşmede belirlenen ücreti ödemesidir. Bu halde taraflar inşaat sözleşmesinden eşit şekilde fayda sağlayacaktır. Nitekim aslolan inşaatın sözleşme ve eklerinde kararlaştırılan nitelikte meydana getirilmesidir¹⁰¹. Taraflardan birinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ise bu fayda dengesi diğer taraf aleyhine bozulacaktır. Bu nedenle, ayıba karşı tekeffül eseri teslim borcunun uzantısı niteliğindedir¹⁰².

İnşaatın sözleşmede belirtilen vasıfları taşıması yüklenicinin sorumluluğudur. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülü, inşaat sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olmasına rağmen temlik borcunu doğuran satım sözleşmesi ile benzer mahiyettedir¹⁰³.

TBK m. 474 vd. hükümlerinde inşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi ve ayıp sebebiyle sorumluluğun hukuki sonuçları düzenlenmiştir. Çalışmamızın ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için kural olarak inşaatın teslim edilmiş olması gerekse de kanun koyucu TBK m. 473/2 hükmü ile istisnai olarak inşaatın yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibinin bunu önlemek amacıyla uygun bir mehil vermek yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesini; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunma hakkı tanınmıştır. Burada belirtmek gerekir ki, iş sahibinin vade tarihini beklemeksizin TBK m. 473/2 hükmüne göre işlem yapmamış olması vade tarihi gelip eser teslim edildiğinde TBK m. 474 vd. hükümleri uyarınca ayıptan doğan haklarını kullanmasına engel teşkil etmeyecektir.

Son olarak, bir tarafın tüketici olduğu inşaat sözleşmeleri bakımından TKHK TBK'ya göre özel kanun¹⁰⁴ niteliğinde olduğundan öncelikle TKHK hükümlerinin uygulanması gerekecektir¹⁰⁵.

¹⁰¹ Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 54 vd.; Karadaş, s. 193.

¹⁰² Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 166; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 54 vd.; Gümüş, s. 68; Aral/Ayrancı, s. 411.

¹⁰³ Eren, *Özel hükümler*, s. 652; Gümüş, s. 68; Tandoğan, *Özel borç ilişkileri*, s. 204.

¹⁰⁴ Çağa, T. 1991. Özel hüküm genel hükmü daima bertaraf eder mi?, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (3), ss. 370; Özel kanun ve genel kanuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YHGK 05.10.2011T., 2011/466 E., 2011/584 K. www.hukukmedeniyeti.org, (e.t.: 29.08.2019).

Yüklenicinin sözleşmeyi ihlal etmesi halinde ayıba karşı tekeffül borcunun uyarınca iş sahibinin kanunda tanımlanan seçimlik haklarını kullanabilmesi için aşağıda ayrıntılı olarak açıkladığımız inşaatın ayıplı olması, ayıplı olarak teslim edilmesi, ayıbın iş sahibine yüklenememesi ve iş sahibince inşaatın kabul edilmemiş olması şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. TBK m. 476 anlamında iş sahibine yüklenebilen kişisel kusur bulunmadığı takdirde sözleşmeye aykırılık ve ayıp yüklenicinin kusurundan kaynaklanmış sayılır¹⁰⁶. Dolayısıyla, inşaatteki ayıbın iş sahibine yüklenebilen bir nedenden kaynaklanması halinde iş sahibi TBK m. 476 uyarınca ayıptan sorumlu olacak ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kendiliğinden sona erecektir¹⁰⁷.

B. Ayıba Karşı Tekeffül Borcunun Şartları

1. Maddi Şartlar

a. İnşaatın Ayıplı olması

aa. Hukuki Tanımı

Her ne kadar 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ayıbın tanımı yapılmamışsa da TBK m. 475'de iş sahibinin seçimlik hakları düzenlenirken belirtilen “*Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme*” hükmünden eserin yüklenici ve iş sahibince kararlaştırılan niteliklere -dürüstlük kuralı da göz önünde bulundurulduğunda- sahip olmaması anlaşılmaktadır¹⁰⁸.

Bir diğer ifadeyle, bir inşaatın ayıplı olup olmadığı aynı türdeki başka bir inşaatla olması gereken ortalama nitelikler karşılaştırılarak belirlenmekte; eserde olmaması gereken özelliklerin olması ya da dürüstlük kuralına göre olması gereken özelliklerin olmaması halinde eserin ayıplı olduğunun kabulü gerekmektedir. Örneğin, bir apartman inşaatında

¹⁰⁵ Ayıplı mallar bakımından TKHK m.8-12 arasında düzenlenen hükümler, ayıplı hizmetler bakımından m.13-16 arasında düzenlenen hükümler uygulama alanı bulacaktır.

¹⁰⁶ Tandoğan, Özel borç ilişkileri, s. 206; Aral/Ayrancı, s. 400; Ayar Birkin, Z., 2019. *Kat karşılığı inşaat sözleşmesinde taraf değişiklikleri*, 1. Baskı. Ankara, s. 83.

¹⁰⁷ Gümü, Özel hükümler, C. 2, s. 119; Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 237.

¹⁰⁸ Acun, s. 38; Aral/Ayrancı, s. 400; Büyükay, s. 97; Canbolat, s. 38; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78-79; Ergezen, s. 70-71; Erman, Arsa Payı, s. 121; Gümü, Özel hükümler, C. 2, s. 119; Karahasan, s. 259; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 136; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 138; Şahiniz, s. 101; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 93; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 160; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 124; Uygur, s. 528; Yavuz, s. 1024; Zevkliler/Gökyayla, s. 523, Öz, M. T., 1989, *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi* (bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte), 1. Baskı. İstanbul, s. 101; Uçar, A. 2003, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 1.Baskı, Ankara, s. 126; Canbolat F., 2009. *İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları*, Ankara, s. 57; Kırmızı, s. 183-185; Ürem, s. 43; Gümüsoy Karakurt, s. 31.

günümüz teknolojisinden çok eski ve verimsiz bir teknolojinin kullanılmış olması veya çatı izolasyonunun yapılmamış olması halinde inşaatın ayıplı olduğunun kabulü gerekmektedir.

Ayıbın tespiti bakımından öncelikle iş sahibi ve yüklenici arasındaki sözleşme incelenmelidir. Nitekim eserde hangi hususların bulunması gerektiği, hangi kalitedeki hangi malzemenin kullanılacağı kararlaştırılmış ise bu unsurların gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği göz önünde bulundurulmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme serbestisi¹⁰⁹ ilkesi nedeniyle ayıbın varlığı öncelikle taraflar arasındaki sözleşme hükümleri devamında ise TBK m. 470 vd. hükümleri göz önünde bulundurularak irdelenmelidir. Ayıp olgusu, bir vasıf eksikliği anlamına gelmekte olup, ayıbın varlığı öncelikle fenni koşullara ve sözleşme hükümlerine göre çözümlenmeye çalışılmalıdır¹¹⁰.

Taraflar arasında sözleşme düzenlenmiş olmasına karşın inşaatın sahip olması gereken vasıflar açıkça belirlenmemiş ise sözleşmenin kurulma amacı doğrultusunda zımni bir anlaşma olup olmadığı belirlenmelidir.

Zımni bir anlaşma da bulunmadığı hallerde ise TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı gözetilerek ayıbın varlığı belirlenmelidir¹¹¹.

Açıkladığımız hususlar gözetildiğinde ayıplı bir inşaatın bahsedebilmek için; yüklenicinin inşaatı var olacağını taahhüt ettiği niteliklerin mevcut olmaması veya taraflarca inşaatın niteliklerinin önceden belirlenmemesine karşın, dürüstlük kuralı gereği eserin kendisinden beklenen faydayı sağlamaya elverişsiz olması gerekmektedir¹¹². Somut örneklerle açıklamak gerekirse; yüklenicinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde tüm dairelerde ısı yalıtımı olacağını taahhüt etmesine karşın bu taahhüdünü yerine getirmemesi ilk durum için, oldukça sert iklim koşulları olan bir bölgede bu bölgenin koşullarına uygun olmayacak malzemeler kullanarak bir eser meydana getirmesi ise ikinci durum için örnek teşkil etmektedir. Kullanılacak malzemelerin kalitesi bakımından ise, taraflarca aksi

¹⁰⁹ Kişilerin hukuk düzeninin öngördü sınırlar içinde diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilme özgürlüğü, ayrıntılı bilgi için bkz. Şenol Ercoşkun, K., 2016. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ve bunun genel sınırı: TBK m. 27, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. LXXIV, S.(2, s. 710; Ateş, D., 2007. Sözleşme özgürlüğü yönünden dürüstlük kuralları. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 72, s. 74-93.

¹¹⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 521; Yavuz, s. 564; Eren, *Özel Hükümler*, s. 633; Aral/Ayrancı, s. 400; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 95; Kırmızı, s. 183; Kostakoğlu, s. 509.

¹¹¹ Akyol, Ş., 2010. *Sözleşmenin yorumu*. 1. Baskı. İstanbul, s. 90, Zevkliler/Gökyayla, s.522 ; Yavuz, s.564-565; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635.

¹¹² Acun, s. 38; Aral/Ayrancı, s. 400; Büyükay, s. 97; Canbolat, s. 38; Eren, *Özel Hükümler*, s. 34; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78-79; Ergezen, s. 70-71; Erman, *Arsa Payı*, s. 121; Karahasan, s. 259; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 136; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 138; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 93; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 160; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 124; Uygur, s. 528; Yavuz, s. 1024; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

kararlaştırılmadıkça yüklenici en az orta kalitede malzemeler kullanmakla yükümlüdür. Her iki durum bakımından da tarafların kararlaştırdığı niteliklerin olmamasına rağmen inşaat teknik açıdan kusurlu olmasa ya da ekonomik açıdan daha değerli olsa dahi sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımadığı için yine de ayıplıdır¹¹³.

Benzer şekilde, satış sözleşmelerinde satıcının ayıba karşı tekeffül borcu bakımından da satıcı sözleşmede gerçekleştireceğini taahhüt etmemiş olsa dahi yapılan sözleşmenin amacına ulaşılması için TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı uyarınca gerekli olduğu kabul edilen unsurların bulunmaması ayıp olarak nitelendirilmektedir¹¹⁴. Bir diğer deyişle ayıp, vaat edilen vasıflardaki bir eksiklikten veya malın teknik düzenlemesinde belirlenen vasıflardaki eksikliklerden ya da malın mahiyeti gereği sahip olması gereken lüzumlu vasıflardaki bir eksiklikten kaynaklanmış olabilir ¹¹⁵ . Ancak yalnızca inşaatın sözleşmede kararlaştırılandan daha değerli olması hali ayıp olarak nitelendirilemeyecektir¹¹⁶. Bu durumda yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna ilişkin hükümlere başvurulması hakkın kötüye kullanımı kapsamına girmektedir.

Kanaatimizce de inşaatta kararlaştırılan bir takım vasıflar bulunmamasına rağmen inşaatın değerinin tarafların iradesine göre meydana getirilecek inşaattan fazla olması halinde inşaat ayıplı iken; kullanılması gerekenden daha kaliteli malzeme kullanılmış olması halinde – ki bu halde de inşaat tarafların iradesi ile birebir örtüşmemektedir- ayıplı bir inşaattan söz edilemeyecektir. Bu durumda yüklenicinin edimini ayıpsız olarak yerine getirdiği kabul edilmelidir zira çoğun içinde az da vardır.

Yargıtay içtihatlarında da ayıp eserde (inşaatta) sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır ¹¹⁷ .

¹¹³ Öz., M. T., *İnşaat sözleşmesi ve ilgili mevzuat*, s. 191; Zevkliler/Gökyayla, s. 522; Yavuz, s. 564-566; Eren, *Özel Hükümler*, s. 634; Aral/Ayrancı, s. 400; Kostakoğlu, s. 509, Karadaş, s. 184 vd.; Kırmızı, s. 183; Büyükaç, s. 91; Turanboy, s. 158; Yakuppur, s. 53; Canbolat, s. 65; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 225-226; Kahraman, Z., 2014. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 FIDIC Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu, Feridun Yenisey’e Armağan, C. 1, 1. Baskı. İstanbul, s. 2556.

¹¹⁴ Oktay Özdemir, S., 2007. *Yargıtay Kararları Işığında Ticari Satış Sözleşmesinde Ayıp Kavramı Ve Ayıba Bağlı Hakları Kullanmak İçin Uyulması Gereken Külfetler*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul, s. 55.

¹¹⁵ Burcuoğlu, H., 1990. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatrasına Armağan, Ankara, s.284-285; Kostakoğlu, s. 509, Karadaş, s. 184; Kırmızı, s. 183; Aslan, İ. Y., 2014. *Tüketici hukuku dersleri*, 5. Baskı. Bursa, s. 82 vd..

¹¹⁶ Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 225 vd; Kostakoğlu, s. 510; Yakuppur, s. 54; Karadaş, s. 184; Zevkliler/Gökyayla, s. 522; Yavuz, s. 564-566; Eren, *Özel Hükümler*, s. 634; Aral/Ayrancı, s. 400.

¹¹⁷ Yarg. 15. HD. 10.12.2018 T., 2018/2168 E., 2018/4954 K.:

Yüklenici, kural olarak eseri ayıpsız olarak meydana getirmek ve iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür¹¹⁸.

Bir inşaatın ayıplı olduğunun kabulü için tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları niteliklerin inşaatla bulunmaması gereklidir. Dolayısıyla ayıbın varlığı ancak inşaat sözleşmesinin içeriği ve somut olayın koşulları incelenerek belirlenebileceğinden nispi nitelik taşımaktadır¹¹⁹. Son olarak, iş sahibi ile yüklenicinin iradeleri ve meydana getirilecek inşaatın sahip olması gereken nitelikler sözleşmenin tamamı bir bütün olarak değerlendirilmelidir¹²⁰. Zira yorumun görevi tarafların irade açıklamasını aydınlatmaktır¹²¹.

bb. Ayıplı İfa ve Eksik İfa Ayrımı

Eksik ifa ve ayıplı ifa birbirlerinden oldukça farklı kavramlardır. Ayıplı ifa, inşaatla bulunması gereken niteliğin bulunmamasını, eksik ifa ise inşaatla yapılmayan işi ifade etmektedir¹²². Örneğin sözleşmede ahşap olacağı kararlaştırılan kapıların yapılmayışı eksik ifanın, kapıların laminanttan yapılması ise ayıplı ifanın konusunu oluşturur. Eksik ifa

“Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır. Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Borçlar Kanunu’nun 475. maddesinde sayılan seçimlik haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanması için iş sahibi tarafından ayrı bir dava açılabileceği gibi, yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada da bu hususu def’i olarak ileri sürebilir. Sözü edilen Türk Borçlar Kanunu’nun 475. maddesinde yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu veya sözleşme hükümlerine aykırı olursa iş sahibinin o şeyi kabulden kaçınabileceği ve bu hususta yüklenicinin kusuru bulunursa zarar ve ziyan da isteyebileceği, aynı maddenin II. fıkrasında ayıbın eserin reddini gerektirecek nitelikte bulunmaması halinde iş sahibinin işin kıymetinin noksanı nispetinde bedelden indirim ve eğer o işin onarımı büyük bir masrafi gerektirmez ise yükleniciyi onarmaya mecbur edebileceği hükmü getirilmiştir. Bunlar eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin haiz olduğu haklardır.” www.kazanci.com, (e.t.:30.07.2019)

Yarg. 15. HD. 11.10.2011 T., 2011/9068 E., 2011/11860 K.:

Bir tanımlama yapmak gerekirse eserdeki ayıp, sözleşmede üzerinde anlaşılan (yüklenicinin esere ilişkin olarak zikrettiği) niteliklerin veya dürüstlük kuralları gereğince bulunması gereken lüzumlu niteliklerin meydana getirilen eserde bulunmamasıdır. Başka bir ifadeyle, eserde sözleşme ve dürüstlük kurallarına göre olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki fark ayıptır. Açık ayıp, eserin iş sahibine teslimi anında kolaylıkla görülebilen ayıplardır. Buna karşılık gizli ayıp, eserin tesliminden sonra ve kullanımı sırasında kendini gösteren ayıp türüdür. www.kazanci.com, (e.t.:09.08.2019)

¹¹⁸ Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 30; Zevkliler/Gökyayla, s. 522; Yavuz, s. 564-566; Eren, *Özel Hükümler*, s. 634; Aral/Ayrancı, s. 400; Kostakoğlu, s. 509, Karadaş, s. 184 vd.; Kırmızı, s. 183; Büyükcay, s. 91.

¹¹⁹ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 162; Öz, *Dönme*, s. 135; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 565; Ergezen, s. 74; Uçar, s. 126 vd.; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 105.; Kartal, B. 1993. Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara s. 76.

¹²⁰ Yarg. 15 HD., 27.06.2007 T., 2007/1898 E., 2007/2199 K. :

“ ... Sözleşmeden sağlıklı bir şekilde sonuç çıkarılabilmesi için sözleşmenin tamamının göz önünde tutulması gerekir.” www.kararara.com, (e.t.:08.08.2019)

¹²¹ Akyol, Ş., 2010, *Sözleşmenin yorumu*, 1. Baskı. İstanbul, s. 54-58.

¹²² Zevkliler/Gökyayla, s.523; Şahin, C. S., 2014. *Eser sözleşmesinde yüklenicinin eksik ifa ve ayıptan sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul, s. 43; Gökyayla, K. E., 2009, *Eser sözleşmesinde ek iş ve iş değişikliği*, İstanbul, s. 25 vd.; Aksoy D. S., 2011. Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı, *Legal Hukuk Dergisi*, C. 9, S. 101, s. 1850; Gür, M., 2017. Arsa Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa Ve Ayıplı İfa Kavramları. 1. Baskı. Ankara, s. 79-82.

bakımından, ifa zaten yerinde getirilmediği için niteliğinin tarafların iradesine ya da dürüstlük kuralına uygun olup olmadığı değerlendirilemeyecektir. Ayıplı ifa bakımından ise, bir inşaat meydana getirildiğinde olması gereken ile fiilen olan arasında bir fark olup, inşaatın tarafların iradesine, varsa sözleşmeye ve dürüstlük kuralına ne denli uygun olduğu değerlendirilecektir¹²³.

Yargıtay içtihatlarında da ayıp; kanun ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin ya da birkaçının eksikliği veya olmaması gereken vasıfların bulunması hali; eksik ifa ise sözleşme konusu işlerin yapılmaması olarak tanımlanmaktadır¹²⁴.

İnşaatta eksik ifa mı ayıplı ifa mı olduğunun tespit edilmesi bakımından yüklenicinin üstlendiği edimlerin bir kısmını ifa edip bir kısmı ifa etmemesi eksik iş, yapılan işin

¹²³ Acun, s. 25; Atamulu, s. 70-71; Büyükay, s. 108 vd.; Uygur, s. 529; Zevkliler/Gökyayla, s. 524; Gönen, C., 2015. *İnşaat Sözleşmelerinin İfasında Eksik İş – Ayıplı İfa Ayrımı*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, s. 344; Gür, s. 136; Aksoy, s. 1855; Gümüşsoy Karakurt, s. 58; Oral, M., 2020, *Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 110.

¹²⁴ Yarg. HGK., 04.02.2009 T., 2009/15-13 E., 2009/53 K.:

Davacılar, davalı yükleniciden satın aldıkları dairenin bulunduğu sitenin, havuzu da kapsayacak şekilde bahçesinin kamuya ait olduğunu öğrendiklerini ileri sürerek, bu eksikliğin giderilmesi ya da eksik teslim nedeniyle 620.000,00 TL'nin tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Ayıp; yasa ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin veya birkaçının eksikliği ya da olmaması gereken vasıfların bulunması halidir. Eksik iş; sözleşme konusu işlerin yapılmamasıdır. Öteki deyişle, hiç yapılmayan iştir. Eksik ifa ise, kanunlarımızda tanımı yapılmamakla birlikte, 4077 sayılı Kanun'un 4 maddesinde sayılan ayıp kavramı içerisinde mütalaa olunmaktadır. (Ör: üç top kumaş yerine iki top kumaş yollanması hali. Anılan yasa metninde de belirtildiği üzere ayıp; maddi, hukuki ya da ekonomik eksiklik şeklinde ortaya çıkabilir. Maddi ayıp; bir malda madden hata bulunmasıdır (Ör: Malın yırtık, lekeli olması gibi). Hukuki ayıp; malın kullanımının hukuken sınırlandırılmasıdır (Ör: Malın üzerinde tazyitler bulunması gibi). Ekonomik ayıp ise; malın iktisadi vasıflarında eksiklik olmasıdır. Yukarıda da ayrıtısı ile açıklandığı üzere; malın ayıplı olması halinde taraflara ait hak ve yükümlülüklerin nelerden ibaret olduğu, 4822 sayılı Kanun'la değişik 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 4.maddesinde düzenlenmiş; ayıbın gizli ya da açık olması halleri için ayrı başvuru süreleri getirilmiş; hatta ayıbın ağır kusur veya hile ile gizlenmesi halinde zamanaşımı süresinden yararlanılamayacağı, açıkça ifade edilmiştir. Buna göre; satılan maldaki ayıp açık ayıp niteliğinde ise, 4077 sayılı Kanun'un 4.maddesi uyarınca malın teslim tarihinden itibaren 30 gün içinde; gizli ayıp niteliğinde ise, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra derhal (dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede), ihbar edilmesi; ayıbın açık mı, yoksa gizli mi olduğunun tayininde ise, ortalama (vasat) bir tüketicinin bilgisinin dikkate alınması, gerekmektedir. Eğer ayıp, ağır kusur veya hile ile gizlenmişse, zamanaşımı süresinden yararlanılamayacağından, açılan davanın süresinde olduğunun kabulü sonucuna varılacaktır. Aynı maddenin 4. fıkrasında ise, konut satışlarında zaman aşımı süresi beş yıl olarak öngörülmüştür. Hukukumuzda ayıp ihbarı da kural olarak herhangi bir şekle tabi tutulmamıştır. Dava konusu olayda 4077 sayılı yasada düzenlenen "ayıplı ifa" değil "eksik iş" söz konusu olduğu, 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlere göre uyuşmazlığın çözümü gerekli olduğundan, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklikler nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğunun ileri sürülebileceği sonucuna varılmıştır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır. Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD. 01.04.2008 T., 2007/136 E., 2008/2056 K., Yarg. 14. HD. 31.10.2011 T., 2011/11457 E., 2011/13044 K., www.kazanci.com, (e.t.:06.08.2019)

Yarg. 15. HD. 01.03.2012 T., 2011/485 E., 2012/1218 K.:

"... Eser sözleşmesi ilişkilerinde eksik iş, işin sözleşme ve ekleri ile projesinde gösterilen miktarda yapılmaması ya da kararlaştırılan işin niteliği itibarıyla yapılması gereken bazı imalatların yapılmamış ve mevcut halini iş sahibinin kabul ettiği eser (iş) olarak tanımlanmaktadır. Sözleşmenin eki mahal listesinde; yangın merdiveni de yapılacağı kararlaştırılmış olduğundan bu imalatın yapılmamış olması eksik iş niteliğindedir. Dairemizin yerleşik uygulamaları ve doktrinde göre eksik iş bedelinin itirazi kayıt ileri sürmeye gerek olmaksın zamanaşımı süresinde her zaman istenmesi mümkündür." www.kazanci.com, (e.t.:06.08.2019)

niteliğinin tarafların iradesine uygun olmaması ise ayıplı iş olarak değerlendirilmelidir¹²⁵. Bir diğer ifadeyle, yüklenici ek çalışma ile inşaatı tarafların iradesine uygun şekilde tamamlayabiliyorsa eksik iş; hâlihazırdaki inşaatın bir kısmında değişiklik yapması gerekiyorsa ayıplı ifa söz konusudur¹²⁶.

Yüzölçümü eksikliğinin eksik ifa olup olmadığı hususunda görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay'ın daha eski dönemki içtihatlarında ¹²⁷ yüzölçümü eksikliğinin fahiş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktayken, daha güncel içtihatlarında¹²⁸ eksik

¹²⁵ Gökyayla, *Ek iş*, s. 138; Kostakoğlu, s.509-510, Karadaş, s. 189-192; Kırmızı, s. 188-189; Büyükcay, s. 102; Zevkliler/Gökyayla, s. 521 vd.

¹²⁶ Kurt, *Temerrüt*, s. 70; Gökyayla, *Ek iş*, s. 139; Zevkliler/Gökyayla, s. 521 vd.; Kırmızı, s.189; Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 126-128.

¹²⁷ Yarg. 15. HD., 04.10.1989 T., 1989/2731 E., 1989/4015 K.:

“...sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibariyle noksan ifası, hukuki tanımı ile ayıp değil eksik iştir.” www.legalbank.net (e.t.: 31.10.2019)

¹²⁸ Yarg. HGK., 27.09.2000 T., 2000/15/1134 E., 2000/ 1191 K.:

“...Taraflar arasındaki 30.12.1993 günlü sözleşmenin 17. maddesine göre 6, 13 ve 21 nolu bürolar davacılar için olacak ve 33. maddeye göre de, bürolar, içten net 25 m2 olarak inşa edilecektir. Davalı yüklenici şirket, arsadaki kusur nedeniyle büroların küçük yapıldığını savunmuştur. Somut olayda uyumsuzluk, kat karşılığı inşaat sözleşmesi uyarınca davalı şirkete isabet eden ve onun tarafından sözleşmeyi şirket adına imzalayan diğer davalıya devredilen 4 ve 5 nolu bürolardan, davacıların eksikliklerinin- aynı olarak -karşılanıp karşılanamayacağı noktasında toplanmaktadır. Bağımsız bölümde mesaha noksanlığı, diğer bir anlatımla, sözleşmede kararlaştırılan, bağımsız bölümün alan itibariyle noksan ifası, hukuki tanımı ile "ayıp" değil "Eksik iş" dir. Tam karşılıklı sözleşmelerden olan "istisna" akitlerinde, işin eksik ifası halinde uygulanarak yasa maddelerinin borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler olduğunda yargı inançları ile öğreti görüş birliği içindedir. Ayıplı iş vasfı noksanlığı ifade ettiği halde, noksan iş kavramı yapılmayan işi ortaya koyar, ayıplı işler hakkında BK. 359-363 maddeleri uygulanırken eksik işler bu maddelerin kapsamı dışında bırakılmış, BK. Md. 96 kapsamında tutularak, Borçlunun Kusurlu ifa imkansızlığından veya gereği gibi ifa etmemesinden, yahut sözleşmenin müsbet ihlalden kaynaklanan tazminatla giderilmesi sağlanmıştır. Görüldüğü üzere; eksik işlere dayanan giderim davalarında, uygulanacak yasa maddeleri belirli ve açıktır. Bu davadaki zarar, sözleşmede kararlaştırılan ölçü ve alanda yapılacak bağımsız bölüm ile eksik işleri kapsayan bağımsız bölümler arasındaki eserin teslim alındığı davaların temerrüde düşürüldüğü tarihdeki rayiç değer farkıdır. www.kararara.com (e.t.:05.08.2019)

Yarg. 15 HD. 22.02.2010 T.,2009/1389 E., 2010/1028 K.:

Dava, eksik işler bedeli ile gecikme ve manevi tazminatların tahsili istemleriyle açılmış; mahkemece, eksik işler ve dairelerin küçük yapılmasından kaynaklanan davacıların maddi zararları olarak 10.000,00 TL'nin dava tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan tahsiline; manevi tazminat davasının ise reddine karar verilmiş ve verilen karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışındaki sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Zeytinburnu 1. Noterliği'nce doğrudan düzenlenen 26.01.2005 tarih ve 3042 yevmiye numaralı, "Düzenleme Şeklinde Gayrimenkul Satış Vaadi ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesi", hukuksal niteliğince, Borçlar Kanunu'nun 355. maddesinde tanımlanan eser sözleşmesi kapsamında olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesidir. Yüklenici davalı, sözleşmede kararlaştırılan koşullarla, davacıların mülkiyetinde bulunan taşınmazda inşaat yapımını ve onlara zemin katta bir, birinci katta bir, ikinci katta bir ve üçüncü katta çatı piyesi bağlantılı bir dubleks dairenin teslimini yüklenmiştir. Davada, davacılar, yüklenici tarafından kendilerine imâl edilip teslimi yüklenilen dairelerin noksan yüzölçümlü olarak yapıldığını ve yükleniciye ait dairelerden daha küçük alanlı olduklarını ve ayrıca izolasyon işinin yapılmadığını ortak alanda bulunan merdiven boşluğunun eksik bırakıldığını ve ayrıca teslimde haksız gecikme olduğunu ileri sürerek; fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere; 10.000,00 TL maddi tazminatın ve ayrıca toplam 10.500,00 TL manevi tazminatın davalıdan tahsilini istemişlerdir. Mahkemece, 4 adet dairenin toplam 27,25 m2 olarak küçük yapılmış olduğu ve bundan dolayı davacıların kaybının 20.437,50 TL tutarında olduğu ve ayrıca merdiven demir korkuluklarının üzerine yapılması gereken ahşap küpeştenin de eksik bırakılmış olması sebebiyle bedelinin 1.125,00 TL tutarında bulunduğu kabul edilip; taleple bağlı kalınmak suretiyle, 10.000,00

olarak kabul edilmesine karşın doktrinde¹²⁹ ayıp olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce, inşaattaki yüzölçümü eksikliği somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir. Herhangi bir ölçüm yapılmaksızın, bir diğer ifadeyle ilk bakışta dahi fark edilebilecek denli fahiş bir yüzölçümü farkı varsa eksik ifa değil, aliud ifa söz konusudur. Ancak, inşaatın enine boyuna ölçülmesi ile fark edilebilecek oldukça az miktardaki yüzölçümü eksikliği eksik ifa olarak kabul edilebilir. Örneğin, 100 metrekare olması gereken bir binanın 70 metrekare olması halinde aliud ifa, 95 metrekare olması halinde eksik ifa söz konusudur.

Eksik ifa hakkında bildirim ve ispat yükümlülüğü bakımından, yazılı bir inşaat sözleşmesi varsa iş sahibinin inşaatın yüklenici tarafından eksik bırakıldığı ve bu nedenle üçüncü bir kişiye tamamlatıldığı yönündeki iddiaları üçüncü kişilerden alınan belgeler ve tanık beyanları ile ispatlanmış sayılamaz. İş sahibi, eksik ifayı delil tespiti ve bu hususun yükleniciye yazılı ihtar yoluyla bildirilmesi ile yükümlüdür¹³⁰.

TL maddi tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmiştir. Hükme dayanak alınan bilirkişi raporunda davacılara ait dairelerin toplam noksan yüzölçüm miktarı (750,00 TL x 27,25 = 20.437,50 TL) olarak hesaplanmış ise de; bu hesap şekli yüzölçüm noksanlığından kaynaklanan gerçek zararı yansıtmamaktadır. Davalı yüklenici, davacıların onayı ile onlara ait daireleri küçük yaptığını savunmuş ise de; yanlar arasındaki yazılı sözleşmenin değiştirildiğine ve davacıların daha küçük daire yapımına razı olduklarına dair yazılı kanıt sunulmuş değildir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca benimsenen (09.12.1992 tarih 1992/649 Esas ve 1992/732 Karar sayılı ilâmi) ve kararlılık kazanan uygulamaya göre, bağımsız bölümlerdeki yüzölçüm noksanlığı, "eksik iş" olarak kabul edilmektedir. Davalı yüklenici, davacılara ait bağımsız bölümleri, sözleşme hükümlerine aykırı olarak ve bu kapsamda noksan yüzölçümlü yapmış olduğundan, sözleşmeyle yükümlendiği edimlerini kısmen ifa etmiş sayılır. Bu sebeple, arsa sahibi noksan ifanın yerine getirilmesini ya da bundan doğan zararının tazminini isteyebilir. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi gereğince, yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine göre, olması gereken yüzölçümlerdeki daireler ile noksan yüzölçümlü olarak yapılan dairelerin teslimi gereken tarihten itibaren hakkını kullanması için makul bir bekleme süresinden sonraki serbest piyasa rayıçları itibarıyla değerleri belirlenerek; farkların toplamının davalıdan tahsili ile davacılara verilmesi gerekirken; az yukarıda açıklandığı üzere, bilirkişi kurulunca yasal yöntemine uygun olmayan şekilde, değer kaybının hesaplanması ve raporun mahkemece kabulü doğru olmamıştır. O halde, uzman bilirkişi kurulu oluşturularak, mahkemece yerinde keşif ve inceleme yapılarak; açıklanan yöntemle yüzölçümü noksanlığı sebebiyle davacıların gerçek maddi zararlarının belirlenmesi ve taleple bağlı kalınarak hüküm kurulması gerekmektedir. Bu sebeplerle, kararın davacılar yararına bozulması gerekmiştir. 3-Davalı vekilinin diğer temyiz itirazlarının incelenmesine gelince; davada gecikme tazminatı ve noksan işlere ilişkin tazminat talepleri belirtildiği halde; her bir talep için ayrı ayrı ne miktarda maddi tazminat istendiği açıklanmamış ve mahkemece de yargılama sırasında davacılara açıklattırılmamıştır. Davacılar, iddia ettikleri tüm zarar kalemleri için 10.000,00 TL maddi tazminat istemişlerdir. HUMK'nın 74. maddesine aykırı olarak talep de aşılırsa noksan yüzölçümü niteliğindeki eksik iş ile ortak alandaki merdiven korkuluğunun eksik bırakılması sebebiyle eksik iş bedelinin toplamı 10.000,00 TL olarak kabul edilmiş olması ve ortak yer niteliği olan merdiven korkuluğu noksan işi için bilirkişi kurulunca davacıların payları gözetilmeden hesaplanan 1.125,00 TL'nin tahsiline karar verilmesi de doğru olmamıştır. Kararın, açıklanan sebeplerle de davalı yararına bozulması gerekmiştir. www.kazanci.com, (e.t.:06.08.2019)

¹²⁹ Kurt, s. 70-72.

¹³⁰ Yarg. 15. HD., 15.06.2017 T., 2016/3587 E., 2017/2569 K.:

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmesinde kural olarak davacı yüklenici, sözleşme ve yasaya uygun gerçekleştirdiği imalat miktarını, davalı ise yaptığı ödemeleri kanıtlamakla yükümlüdür. İşin tamamlanmış olmasına rağmen, yüklenici tarafından eksik bırakıldığı başkasına tamamlattırıldığı iddiasında bulunulması halinde yazılı eser sözleşmesinin aksi üçüncü kişilerden alınan belgeler ve tanık beyanlarıyla ispatlanmış sayılamaz. Davalının; iş terk edilerek eksik bırakıldığı için, işin başkasına yaptırılacağına dair çekilmiş bir ihtar veya işin eksik bırakıldığına dair yaptırdığı delil tespiti bulunmadığı gibi, sözleşme ayakta ve iş tamamlanmış ise

Özetle, inşaattaki eksikliğin giderilmesi diğer kısımlara dokunmadan mümkünse eksik ifa; diğer kısımlara zarar vererek mümkünse ayıplı ifa söz konusudur¹³¹.

Ayıplı ifa ve eksik ifa ayrımı, bu ayrıma bağlanan hukuki sonuçlar bakımından önem arz etmektedir. Zira bir eserde eksik işin varlığı halinde TBK m. 122 ve devamında düzenlenen borca aykırılığın genel hükümleri uygulama alanı bulmaktadır¹³².

İş sahibi, hem ayıplı ifa hem de eksik ifa bakımından, ancak yasal ya da yasal hale getirilmiş yapılar için dava hakkını haizdir¹³³.

cc. Ayıplı İfa ve Aliud İfa Ayrımı

Aliud ifa, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları edimden tamamen farklı bir edimin yerine getirilmesidir¹³⁴. Örneğin bir bina yerine baraj inşa edilmesi ya da gömlek yerine pantolon dikilmesi halinde aliud söz konusu olur¹³⁵. Ortaya çıkan sonucun tarafların kararlaştırdıkları edimden daha değerli olması, örneğin barajın binadan daha değerli olması aliud sonucunu değiştirmeyecektir. Bu durumda, yüklenici borçlandığı edimini yerine getirmemiş olacaktır. Dolayısıyla, borçlanılan edim ifa edilmemiş olacağından ayıplı ifadan da söz edilemez. İş sahibi, aliudün varlığı halinde ayıba karşı tekeffül hükümlerine değil, TBK m. 112 vd. hükümlerinde düzenlenen borçlunun sözleşmedeki edimlerini ifa etmemesine dair hükümlere on yıllık genel zamanaşımı süresince dayanabilecektir. Ayıplı bir ifadan söz edilemeyeceği için, iş sahibinin bu hakkını kullanırken eseri gözden geçirme ve bildirim külfeti de bulunmamaktadır¹³⁶.

işin sözleşme ilişkisi devam eden yüklenici tarafından tamamlandığı kabul edilmelidir. (Yargıtay Kararları Dergisi, Y. 2019, C. 45, S. 4, s. 947-950.)

¹³¹ Şahin, C. S., 2014. *Eser sözleşmesinde yüklenicinin eksik ifa ve ayıptan sorumluluğu*, 1. Bası, İstanbul, s. 41.

¹³² Şahin, s. 101; Kırmızı, s. 190; Erman, *Arsa Payı*, 29.

¹³³ Yarg. 15. HD., 03.03.2009 t., 2008/6908 E., 2009/1163 K.:

“Eksik iş, sözleşme ile yüklenici tarafından yapımı yüklenildiği halde hiç yapılmayan iştir. Ayıplı yapılan iş ise, sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmadığı ya da bulunmaması gereken bozuklukların olduğu iştir. Eksik ve ayıpların giderilmesi, ancak yasal ya da yasal hale getirilmiş yapılar için talep edilebilir. Başka bir anlatımla, tamamen kaçak olan yapıların eksik ve kusurlarının; kısmi-kaçak yapılarda ise <kaçak> olan kısım ya da bölümlerinin eksik ve kusurlarının giderilmesi istenemez.”
www.kazanci.com, (e.t.:07.11.2019)

¹³⁴ Büyükkay, s. 111; Gümüş, *Özel Hükümler*, C.2; s. 55; Ergezen, s. 74; Yavuz, *Ayıplı İfa*, s. 1034; Zevkliler/Gökyayla, s. 523; Kırmızı, s. 130; Gümüşsoy Karakurt, s. 44.

¹³⁵ Acemoğlu, K. 1972. Aliud ve federal mahkemenin aliud konusundaki tutumu üzerine, *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. 6, (9), s. 9; Serozan, R., 2019. Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On iki Levha Yayıncılık, 4. Baskı, İstanbul, s. 127.

¹³⁶ Şenocak, *Ayıbın giderilmesi*, s. 30; Zevkliler/Gökyayla, s.522 vd. ; Yavuz, s.564-5665.

dd. Ayıbın Türleri

Yüklenicinin sorumluluğu ile iş sahibinin hangi sürelerle tabi olarak hangi hukuki yollara başvurabileceğinin belirlenmesi bakımından öncelikle ayıp türünün belirlenmesi gerekmektedir. Örneğin, iş sahibinin seçimlik haklarından olan sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesinin şartlarından biri de meydana gelen ayıbın inşaatı kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği iş sahibinden kabulünün beklenemeyecek olması veya inşaatın sözleşmede kararlaştırılan bazı niteliklere açıkça aykırılık taşıyor olmasıdır¹³⁷.

TBK m. 474-478 hükümleri incelendiğinde ayıp çeşitleri bakımından gizli ve açık ile tam önemli - daha az önemli ayıp şeklinde ayırım yapıldığı, Yargıtay içtihatlarında ise hukuki ve fiili (maddi) ayıp ile asli ve tali (ikincil) ayıp olarak nitelendirildiği görülmektedir¹³⁸.

d1. Hukuki Ayıp – Fiili (Maddi) Ayıp

Hukuki ayıp, meydana getirilecek inşaat bakımından tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları ya da kanunda belirtilmiş olan niteliklerin yokluğuna sebep olan veya eserin değerini ya da amacını olumsuz yönde etkileyen ve hukuk düzeni dolayısıyla ortaya çıkan ayıplardır¹³⁹. Her ne kadar ayıbın kamu hukukundan ya da özel hukuktan kaynaklanması bakımından bir fark bulunmasa da uygulamada hukuki ayıpla genellikle kamu hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali nedeniyle karşılaşıldığı görülmektedir¹⁴⁰.

¹³⁷ Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Akça, M., 2012. *Eser sözleşmesinde iş sahibinin ayıptan dolayı sözleşmeden dönme hakkı*, İstanbul. Bahçeşehir Üniversitesi Yüksek Lisans Tezi, s. 27; Kocağa, K., 2004. *Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK.m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, DEÜHFD, C. 6, S. 1, s. 179; Koyuncu K.B., 2016. *Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükümünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir Değerlendirme*, BAUHFD, C. 2, S. 145-146, s. 1072; Öktem, S., 2006, *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, s. 1950; Ayrıca bkz. Günel M. C., 2004, *Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibinin inşaatteki ayıp nedeni ile sahip olduğu haklar*, Prof. Dr. Ergün Özsunay'a armağan, 1. Baskı. İstanbul; Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 128.

¹³⁸ Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Erman, *Arsa Payı*, s. 124-126; Kırmızı, s. 185-188; Gümüşsoy Karakurt, s. 185-187.

¹³⁹ Acun, s. 35; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 138; Şahiniz, s. 105; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 103; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 167; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 133; Yalçınduran, s. 113.

¹⁴⁰ Acun, s. 35; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 138; Şahiniz, s. 105; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 103; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 133; Yalçınduran, s. 113. Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 162-166; Erman, s. 125. YHGK 15.02.2012 T., 2011/19-597 E., 2012/80 K.:

“Davacı, kendisine satılmasından önce vukubulan bir suçla konu olması nedeniyle 25.06.2004 tarihinde resmi mercilerce zaptedilen aracı, zabıt tarihinden; teminat karşılığında ve koşullu olarak teslim aldığı 18.03.2005 tarihine kadar olan dönemde hiç kullanamamış; bu tarihten sonra da sicil kaydındaki şerh nedeni ile dilediği gibi tasarruf etme olanağı bulamamıştır. Dolayısıyla, davacının satın aldığı mala, kendisinin herhangi bir kusuru olmaksızın, kamu gücüyle el konulmuş; tasarruf hakkı kısıtlanmıştır. Hal böyle olunca; satın alan davacı açısından, o maldan elde edeceği faydanın, dava konusu menkule resmi makamlarca kamu gücüne dayanılarak el konulması tarihinde ortadan kalktığı kabulü gerekir ve böylece ortaya çıkan hukuki ayıptan -satıcının ayıba

Maddi ayıp ise inşaatın maddi yapısına ilişkin özellikler ile inşaatın kullanılmasını sağlayan özellikler ve inşaata değer kazandıran özelliklerde meydana gelen ayıptır ¹⁴¹ . Örneğin, inşa edilen binanın duvarlarının kırmızı olacağı kararlaştırılmasına rağmen beyaz olması ya da binanın duvarlarının çatlak olması gibi.

Maddi ayıp doktrinde de farklı şekillerde tanımlanmaktadır. Tunçomağ'a göre ¹⁴² maddi ayıp; eserin aynı nitelikteki başka bir eser ile karşılaştırıldığında kendi değerini veya elverişliliğini kaldıran veya azaltan her türlü kötü nitelik iken Tandoğan'a göre ¹⁴³ maddi ayıp eserdeki bir bozukluğu, sözleşmeye aykırı şekilde imali göstermektedir. Gümüş'e göre ise, ise maddi ayıbı eserin olması gereken fiziksel, teknik veya kimyasal niteliklere sahip olmaması şeklinde tanımlanmaktadır¹⁴⁴.

İskân ruhsatının alınmamasının maddi ayıp mı yoksa hukuki ayıp mı olduğu hususu ise doktrinde tartışmalıdır. Tandoğan'a göre yüklenicinin iskân ruhsatını kendisinin alacağını belirtmiş olması bir garanti sözleşmesi niteliğindedir, iskân ruhsatının alınmadığı takdirde bu husus eserin maddi yapısıyla ilgili bir husus olmadığı için yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu söz konusu olmaz, iş sahibi ancak bundan doğan zararlarının tazminini talep edebilir ¹⁴⁵ . Erman'a göre ¹⁴⁶ iskân ruhsatının alınması eserin yapısındaki niteliklere bağlı olduğu için eserde iskan ruhsatı alınamayacak denli ayıp bulunması tarafların –en azından iş sahibinin- iradesine uygun düşmeyeceği gibi kanunda belirtilen bir takım unsurların da eksik olmasından kaynaklandığı için hukuki ayıptır.

Seliçi'ye göre¹⁴⁷, sözleşmede yüklenicinin iskân ruhsatı almayı üstlendiği halde teslim iskan ruhsatının alınmasına bağlı olsa dahi iş sahibi eseri iskan ruhsatı olmamasına rağmen teslim alarak filen de kullanmaya başlıyorsa sonrasında bu eser için iskan ruhsatı alınamasa dahi sözleşmedeki şartlara aykırılık nedeniyle ayıbın varlığının kabul etmek gerekecektir,

karşı tekeffülüne ilişkin hükümlere göre- davalı satıcı şirket sorumludur; burada davalının hukuki ayıbın ortaya çıkmasında kusurlu olup olmaması da sonuca etkili değildir. O halde, Bakırköy 1. Ağır Ceza mahkemesinde davaya konu aracı ithal eden firma yetkilileri hakkında açılan kamu davasında verilecek kararın- ki bu dava satıcı hakkında olsa dahi- satıcının ayıba karşı tekeffülüne dayalı eldeki davaya herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Mahkemece, aynı hususlara işaretle, hukuki ayıbın varlığının ve davalı satıcının bu ayıp nedeniyle, kusurlu olup olmadığına da bakılmaksızın, sorumluluğunun kabulü ile ceza davasının sonucu beklenmeden, sonuçta; satıcının ayıba karşı tekeffülü hükümleri çerçevesinde değerlendirme yapılarak, hükme varılmış olması yerindedir.” www.kazanci.com, (e.t.:21.09.2019)

¹⁴¹ Büyükkay, s. 103; Canbolat, s. 74; Ergezen, s. 76; Erman, *Arsa Payı*, s. 125; Gümüş, s. 52; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 139; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 133.

¹⁴² Tunçomağ, s. 106.

¹⁴³ Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 165.

¹⁴⁴ Gümüş, *Özel hükümler*, C.2,s.52 .

¹⁴⁵ Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 166.

¹⁴⁶ Erman, s. 124-125.

¹⁴⁷ Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 134-142.

dolayısıyla iş sahibinin TBK m. 474 vd. hükümlerine başvurma imkanı vardır. Öz'e göre¹⁴⁸ ise, satım sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinin aksine eser sözleşmesinde ayıba karşı tekeffülü düzenleyen hükümler yalnızca maddi ayıplar değerlendirilerek düzenlenmiştir. Bu nedenle, eserde hukuki bir ayıp olsa dahi iş sahibi TBK m. 474 vd. hükümlerine değil yalnızca genel hükümlere başvurabilecektir. Ancak iskan ruhsatı alınamaması eserdeki maddi bir ayıp nedeniyle gerçekleşmişse iş sahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilecektir.

Yargıtay içtihatları da yüklenicinin iskân almamasının hukuki ayıp olduğu yönündedir¹⁴⁹. Kanaatimizce de iskân ruhsatının alınamaması tarafların iradesine uygun düşmeyeceği gibi eserin kanun hükümlerine aykırı şekilde yapılması ya da yapısındaki bozukluk nedeniyle iskan ruhsatının alınamaması hukuki ayıbın konusunu oluşturmaktadır.

d2. Gizli Ayıp - Açık Ayıp

Açık ayıp, eserin iş sahibine teslim anında kolaylıkla görülebilecek ya da basit bir muayene ile anlaşılabilir nitelikteki ayıplardır¹⁵⁰. Gizli ayıp ise eserin iş sahibine tesliminden ve eserin kullanımından sonra görülebilecek ayıplardır¹⁵¹. Bir diğer ifadeyle, sözleşme konusu eserin teslim alınması ve gözden geçirilmesi sırasında görülebilen ayıplar açık ayıp, görülemeyenler ise gizli ayıplardır¹⁵².

¹⁴⁸ Öz, *Dönme*, 93.

¹⁴⁹ Yarg. 15 HD., 10.06.2002 T., 2002/1885 E., 2002/3123 K. :

“Yapı kullanma izin belgesinin alınamaması bir hukuksal kusur (ayıp) dur. Kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak tabir edilen sözleşme ile temelden ya da projeden daire alan kişilerin özellikle “iskan ruhsatı” alma ve “iskan harcı ödeme” hususlarını hüküm altına almaları gerekir. Sözleşme de böyle bir madde düzenlenmemişse İmar Kanunu 30. madde gereğince iskan alma yükümlülüğü İş sahibinin yükümlülüğündedir. Bu çerçevede “anahtar teslimi” sözleşmenin yapılması tek başına yeterli değildir. Teslim de yine Yapı Kullanma izninin alınmış olduğu tarih olarak kabul edilir. Fakat yüklenici (müteahhit) iskan belgesinden evvel yapıyı teslim ettiğini ileri sürüyorsa bu durumu yazılı delil ile ispatlamalıdır.” www.kazanci.com, (e.t.:10.08.2019)

¹⁵⁰ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 143; Eren, *Özel Hükümler*, s. 141; Yakuppur, s. 55; Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 167; Selimoğlu, s.121; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 130; Büyükcay s. 105; Ergezen, s. 75; Şahin, s.105; Erman, *Arsa Payı*, s. 125; Yavuz, *Ayıplı İfa*, s. 476, Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 166; Gümüş, *Özel hükümler*, C. 2, s. 53; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 226; Kırmızı, s. 187; Gümüşsoy Karakurt, s. 186

¹⁵¹ Acun, s. 31; Atamulu, s. 73-75; Büyükcay, s. 105; Canbolat, s. 77; Eren, *Özel Hükümler*, s. 645; Ergezen, s. 75; Erman, *Arsa Payı*, s. 125; Gümüş, s. 54; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 143, 202; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 139-140; Şahin, s. 106-107; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 104; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 167; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 130; Uygur, s. 529; Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 130; Yakuppur, s. 55; Yalçınduran, s. 113; Yavuz, s. 1026; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 226; Kırmızı, s. 187; Gümüşsoy Karakurt, s. 186.

¹⁵² Dayınlarlı, K., 1986. *İstisna Akdinin Ademi İfası İle İlgili Yargıtay Kararları*, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu III, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1. Baskı. İstanbul, s. 30; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 143, 202; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 139-140; Şahin, s. 106-107; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 104; Uçar, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 130.

Açık ayıp ve gizli ayıp arasındaki ayırım iş sahibinin ayıbı bildirim süresi, iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanabilmesi ve yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi bakımından önemlidir¹⁵³.

TBK m. 474/1'de düzenlenen “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.” hükmü ile yüklenicinin açık ayıplardan dolayı sorumlu tutulabilmesi için iş sahibinin ‘işlerin olağan akışına göre’ eseri muayene edip ayıpları yükleniciye bildirmekle yükümlü olduğu belirtilmektedir¹⁵⁴.

Eseri gözden geçirme kavramı ile anlatılmak istenen, ilk bakışta görülen ayıplar ile eserin el yordamıyla kontrol edilmesi neticesinde fark edilebilen ayıplardır¹⁵⁵. Örneğin bir binanın tavanındaki sıva çatlakları ya da duvarların boyanması sırasında ortalama bir kalitenin altındaki işçilik açık ayıptır.

Gizli ayıp ise, eserin teslimi sırasında basit bir muayene ilk fark edilemeyip ancak eserin kullanılması ya da detaylı olarak muayene edilmesi ile anlaşılan ayıptır¹⁵⁶.

¹⁵³ Yarg. 15. HD. 24.9.2008 T., 2008/5289 E., 2008/5583K.:

Yanlar arasındaki uyuşmazlık, eser sözleşmesinden kaynaklandığından olaya BK'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümleri yerine satım akdine ilişkin Türk Ticaret Kanunu ve Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması hatalıdır. Mahkemece eserdeki ayıpların açık ayıp olduğu kabul edilmiştir. Ancak delil tespit raporunda ayıbın açık ya da gizli olduğuna dair bir belirleme olmadığı gibi, yargılama aşamasında da bilirkişi görüşüne başvurulmamıştır. İmalatın ayıplı olduğu dava dışı asıl iş sahibi nezdinde kurulan kabul muayene komisyonu tarafından "imalat sökülüp incelenmek suretiyle" belirlendiğinden ayıbın gizli ayıp niteliğinde olduğunun kabulü gerekir. Ayıbın varlığı eserin kabul muayenesinin yapıldığı 07.06.2006'da ortaya çıkmış, dava dışı idarece eserin davacıya iade edilmesinden sonra delil tespiti 06.07.2006'da yapılmış, delil tespit raporu 14.07.2006'da düzenlenmiş ve dava 21.07.2006'da açılmıştır. İmalatın ayıplı yapıldığına dair ihbarın yapıldığının ispatı için şahit dinlenmesi mümkün olup bu husus dairesinin istikrar kazanmış kararlarıyla kabul edilmektedir. Bu nedenlerle mahkemece, davacı iş sahibi süresinde ayıp ihbarında bulunduğunu ileri sürüp tanık deliline dayandığına göre, davacı iş sahibinden tanıkları sorulup dinlenmeli ve BK'nun 359. maddesinde öngörülen sürede ayıp ihbarında bulunulup bulunulmadığı tüm deliller birlikte değerlendirilerek saptanmalı, ayıp ihbarı süresinde ise davanın esası incelenmelidir. www.kararara.com, (e.t.:06.08.2019)

Yarg. 15. HD. 23.06.2003 T., 2003/378 E., 2003/3409 K.:

Davalı inşaatı ikmal ederek davacıya teslim etmiş, iskan ruhsatı alınmış ve iş böylece kabul edilmiştir. Teslim sırasında inşaatteki açık ayıplarla ilgili olarak davalıya bir ihbar yapılmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı açık ayıplı işlerden dolayı sorumlu tutulamaz. www.kararara.com, (e.t.:06.08.2019)

¹⁵⁴ Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 116; Yücer Aktürk, İ., Yücer Aktürk, İ., 2012, *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, Ankara, s. 42; Kostakoğlu, s. 548.

¹⁵⁵ Büyükkay, s. 101; Gümüş, s. 54; Kostakoğlu, s. 548-549.

¹⁵⁶ Aydemir, s. 240; Acun, s. 31; Atamulu, s. 73-75; Büyükkay, s. 105; Canbolat, s. 77; Eren, *Özel Hükümler*, s. 645; Ergezen, s. 75; Erman, *Arsa Payı*, s. 125; Gümüş, s. 54; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 143, 202; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 139-140; Şahin, s. 106-107; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 104; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 167; Kostakoğlu, 549; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 130; Uygur, s. 529; Yakuppur, s. 55; Yalçınduran, s. 113; Yavuz, s. 1026.

Yarg. HGK., 28.01.2009T., 2009/832 E., 2009/34 K.:

Davacılar a ait bağımsız bölümlerin zemininde (parke altında) bulunan kalorifer tesisatının kusurlu imal edilmesi nedeniyle, teslimden sonra ve kullanım sırasında sızıntı yapmasının gizli bozukluk niteliğindedir. www.kararara.com, (e.t.:07.08.2019)

Açık ayıplar bakımından iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü inşaatın teslim tarihinden itibaren başlamakta ve inşaatın ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin teslim alınması hak kaybına sebebiyet verebilmektedir¹⁵⁷. Doktrinde, açık ayıpların teslimden itibaren; ortalama iki hafta gözden geçirme ve iki hafta bildirim için olmak üzere toplamda iki haftadan bir aya kadar uzayan bir sürede bildirilmesi gerektiği kabul edilmekte, ortalama bir değer olarak belirlenen bu sürenin somut olayın koşullarına göre uzatılıp kısaltılabileceği belirtilmektedir¹⁵⁸. Teslim alınan inşaatın niteliği ve büyüklüğü arttıkça özden geçirme için tanınan sürenin de buna bağlı olarak artması gerekmektedir. Örneğin oldukça kapsamlı ve kompleks bir inşaatın tamamının gözden geçirilmesi için gereken sürenin bir ay olması halinde, toplam bildirim süresi de 6 hafta olarak değerlendirilmelidir¹⁵⁹. Gizli ayıplar bakımından ise, iş sahibince ayıp öğrenildiğinde ya da eserin kullanılmasıyla ayıp ortaya çıktığında yükleniciye bildirim ve ihbarda bulunulması gerekir. Gizli ayıbın bulunduğu bir eserin ihtirazi kayıt ileri sürülmeksizin teslim alınması iş sahibinin ayıptan doğan haklarını ileri sürmesine engel teşkil etmeyeceği gibi yüklenicinin de ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır. Son olarak, gizli ayıp bakımından yüklenicinin sorumluluğu TBK m. 478'de düzenlenen 5 yıllık zamanaşımı süresince devam eder¹⁶⁰.

¹⁵⁷Yarg. 15. HD., 20.06.2017 T., 2016/2669 E., 2017/2628 K.:

“Ayıbın açık ayıp olduğu anlaşılmakta olup, bu durumda ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmadığı teslim tarihine göre saptanmalıdır.”

¹⁵⁸ Yücer Aktürk, s. 196-198.

¹⁵⁹ Yücer Aktürk, s. 198.

¹⁶⁰ Yarg. 23. HD.,08.05.2018 T., 2016/5204 E. , 2019/1779 K.:

Davacılar vekili, müvekkillerinden ...Yapı Kooperatifi ile davalı arasında 38902 ada, 1 parselde yapılacak inşaat ile ilgili ... 25 Noterliğinin 10.10.2005 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi akdedildiğini, diğer müvekkilinin de meydana gelen katların maliklerince oluşturulan site yönetimi olduğunu, yüklenici şirketin eksik ve ayıplı imalat meydana getirdiğinin delil tespiti dosyası üzerinden belirlendiğini ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 127.184,00 TL tazminatın davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiş, yargılama aşamasında talebini 241.572,87 TL olarak ıslah etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklı eksik ve ayıplı iş bedeli nedeni ile tazminat istemine ilişkindir. Yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak, imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; iş sahibi, açık ayıplarda dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan BK'nın 359, gizli ayıplarda ise 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları kullanabilir. Eksik iş, sözleşme ve eklerine göre yapılması kararlaştırıldığı halde tam yapılmayan iştir. Ayıplı eser, sözleşmede kararlaştırılan vasıfları veya olmasından vazgeçilmez bazı vasıfları taşımayan eserdir. Diğer anlatımla ayıp, bir malda ya da eserde sözleşme ya da yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Ancak, kasten sakladığı bozukluklarla, usulüne uygun yapılan gözden geçirmede farkedilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer meydana getirilen eserin, teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Açık ayıplar, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz bizzat yapılan veya uzmanına yaptırılan gözden geçirme sonucu saptanınca, uygun sürede (BK. m.359); gizli ayıplar da ortaya çıkar çıkmaz, gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. (BK. m. 362/III). Ayıp bildirim süresinde yapılmadığı takdirde iş sahibi bu ayıbı örtülü olarak kabul etmiş sayılır. Eksik işler bedeli ise ihbar koşuluna ve ihbar süresine bağlı olmaksızın teslim tarihinden itibaren kural olarak 5 yıllık zamanaşımı süresinde (BK. m. 126/son) talep edilebilir. Eğer eser iş sahibinin beklediği amacı karşılamıyorsa kural olarak ayıplı yapıldığı kabul edilir. Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp

d3. Önemli - Daha Az Önemli Ayıp

Önemli ayıp, iş sahibinin eseri kullanmasını mümkün kılmayan, dürüstlük kuralı uyarınca da iş sahibinin eseri kabul etmesinin beklenemeyeceği ayıptır¹⁶¹. Daha az önemli ayıp ise kolayca bertaraf edilebilecek ayıptır¹⁶². Eserdeki ayıbın türünün belirlenmesinde sözleşme hükümleri, tarafların iradeleri ve sübjektif durum değerlendirilecektir. Seliçi'ye göre¹⁶³ sözleşmede kullanılma amacı ortaya konulmuş ve bu amaca hizmet edecek nitelikler yüklenici tarafından garanti edilmişse; kural olarak, söz konusu niteliklerin bulunmaması eserin iş sahibinin ihtiyaçları açısından kullanılamaz durumda olduğunu göstermektedir. Yapı işlerini düzenleyen teknik şartnamelerde işin icrasında kabul edilmiş olan toleranslar ise ayıp teşkil etmemektedir¹⁶⁴. Doktrinde de ayıbın eseri tamamen değersiz kalması halinde TBK m. 227/f. son hükmünün kıyasen uygulanması gerektiğini ve iş sahibinin yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁵.

süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanıyla dahi kanıtlanabilir. (YHGK'nın 02.02.1979 gün 1977/11-393 E., 1979/80 K. sayılı ve Dairemizin 16.01.2013 tarih ve 2012/5835 E., 2013/129 K. sayılı ilamında bu ilke ve esaslar ayrıntıları ile açıklanmıştır.) Yine, süresinde ihbarı yapılan açık ayıplar ile eksik işlerde zamanaşımı teslimden itibaren 5 yıl, gizli ayıplarda ise, ortaya çıkma tarihinden itibaren 5 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanmaktadır. Bu açıdan yüklenici tarafından davacıya yapılan fiili teslim var ise bulunup bulunmadığı da mahkemece değerlendirilmelidir. Öte yandan, dava konusu edilen eksik ve ayıplı işlerin büyük bir kısmının ortak alanlara ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Her paydaşın ortak alanlarda payı bulunduğundan bu yerler üzerindeki eksik ve ayıplı işler bedelinden arsa sahibinin en fazla sözleşmedeki paylaşım oranına isabet eden miktar kadar talepte bulunabileceği gözetilmelidir. Bu durumda mahkemece, yeni bir bilirkişi kurulu aracılığıyla açıklanan ilkeler doğrultusunda öncelikle, tazminat konusu yapılan kalemler tek tek değerlendirilip, bunların ayıplı iş mi, yoksa eksik iş mi, ayıplı işlerin ise gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğu belirlenmelidir. Daha sonra yapılacak araştırma ile inşaatın davacı arsa sahibine teslim tarihi (fiili teslimin bulunup bulunmadığı ve var ise, tarihi net olarak belirlenip) itibarıyla açık ayıplarla ilgili teslimden sonra yükleniciye BK'nın 359. (TBK'nın m. 474.) maddesinde öngörüldüğü şekilde süresinde ihbarda bulunulup bulunulmadığı, gizli ayıplarla ilgili olarak da ayıbın ortaya ne zaman çıktığı, çıkmasından sonra yüklenicinin BK'nın 362. (TBK'nın m. 477) maddesine uygun olarak haberdar edilip edilmediği ve zamanaşımı süreleri de dikkate alınarak eksik ve süresinde ihbar edilen ayıplı işlerin giderim bedelinin teslim tarihi itibarıyla piyasa rayıçlarına göre hesaplattırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeye ve yanılğılı gerekçeye dayalı olarak yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır. www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

Benzer mahiyette kararlar için bkz. Yarg. 15 HD., 08.04.1992 T., 1991/4925 E., 1992/820 K.; 13.02.1992 T., 1991/4118 E., 1992/614 K. sayılı kararları.

¹⁶¹ Erman, s.122; s. 12; Gümüş, s. 52; Kırmızı, s. 185-187; Kurt, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 74; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 227; Kırmızı, s. 188; Canbolat, s. 77.

¹⁶² Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 167; Erman, *Arsa Payı*, 126; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 53; Kırmızı, s. 185-187; Kurt, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 74; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 227; Kırmızı, s. 188.

¹⁶³ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 128.

¹⁶⁴ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 128

¹⁶⁵ Yener, M. D., 2009. *Eser sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ve iş sahibinin hakları*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, s. 158; İnce, S. T./Kartal, D. B., 2018, *İsviçre Federal Mahkemesi'nin Ayıptan Doğan Sorumluluğa İlişkin 28 Kasım 2006 Tarihli Kararının (BGE 133 II 257) Çevirisi*, BAUHF, C. 13, S. 161-162, s. 171 vd.

Ayıbın önemli ya da daha az önemli olarak nitelendirilmesi ise bu durumun hukuki sonuç ve hükümleri bakımından önem arz etmektedir¹⁶⁶. Önemli ayıp iş sahibinden eserin kabulünün beklenemeyeceği ayıp olarak tanımlandığına göre TBK m. 475’de düzenlenen eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması halinin önemli ayıp olduğu ve iş sahibine sözleşmeden dönme hakkı tanındığı anlaşılmalıdır. Örneğin, tarafların iradesi binanın iç cephesinin mavi olması yönünde olmasına rağmen yüklenicinin iç cepheyi mavi yerine yeşile boyaması bertaraf edilebilecek ve sözleşmeden dönülmesini gerektirmeyecek olması nedeniyle daha az önemli ayıbın konusunu oluşturur. Örneğin; bir binanın statik projesinin yanlış çizilmiş olması önemli ayıptır.

Kanunun lafzında iş sahibine yalnızca önemli ayıplar bakımından sözleşmeden dönme hakkı tanınmış olduğu belirtilmiştir, dolayısıyla daha az önemli ayıplar bakımından iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını haiz değildir dolayısıyla eseri kabul etmekle yükümlüdür¹⁶⁷.

Daha az önemli ayıbın varlığı halinde iş sahibine seçimlik olarak ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin onarılmasını isteme hakkı ve kusur halinde ise genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı tanınmıştır.

Kanunun lafzında önemli ya da daha az önemli ayıpların ayırt edilebilmesi için net bir tanım yapılmamış olup, yalnızca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmediği takdirde, iş sahibinden eserin kabulünün beklenememesi ve ayıbın kolayca bertaraf edilemeyecek olması gibi soyut açıklamalarda bulunulmuştur. Kanaatimizce hangi hususun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği, somut olayın koşulları ve tarafların iradesi gözetilerek - daha az önemli ayıpların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde değilse- iş sahibi lehine yorumlanmalıdır. Zira aksinin kabulü iş sahibinin ileri sürebileceği haklarını kullanmasını engelleyecektir¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Erman, s.122; s. 12; Gümüş, s. 52; Kırmızı, s. 185-187; Kurt, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 74; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 227; Kırmızı, s. 188; Erman, *Arsa Payı*, s. 126, 142-143.

¹⁶⁷ Yavuz, s. 475; Erman, *Arsa Payı*, s. 126, 143.

¹⁶⁸ Satış sözleşmelerinde ayıba karşı tekeffül hükümleri bakımından ise alıcının seçimlik haklarının düzenlendiği TBK m. 227’de alıcının sözleşmeden dönmesi için eser sözleşmesinde olduğu gibi kabule zorlanamayacağı bir eserden ya da önemli ayıptan bahsedilmemektedir. Dolayısıyla, satış sözleşmesinde alıcı mal ayıplı olduğu halde her halükarda sözleşmeden dönebilecektir. Eser sözleşmesinde olduğu gibi eseri kabul mecburiyeti bulunmamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Aslan, İ. Y., 2015. *Tüketici hakem heyetleri için tüketici hukuku kılavuzu*. İstanbul. s. 48-50.

d4. Asli – Tali (İkincil) Ayıp

Eserin teslimi sırasında eserde bulunan ayıplar asli ayıp olarak nitelendirilmekte iken teslim sırasında bulunan bir ayıbın, teslimden sonra sebep olduğu ayıplar tali (ikincil) ayıp olarak tanımlanmaktadır. Bir diğer ifadeyle, eserin tesliminde hâlihazırda olan ayıplar nedeniyle teslimden sonra bu ayıplardan kaynaklanan başka ayıpların da meydana gelmesi halinde sonradan oluşan ayıp tali ayıptır¹⁶⁹. Örneğin, tesisat borusunun orta kalitenin altındaki malzemeden seçilmesi nedeniyle paslanması ve bu paslanma nedeniyle tesisat borularının patlaması ya da binanın inşaatında kullanılan betonun ayıplı olması nedeniyle duvarın çökmesi tali ayıbın konusunu oluşturur.

Kural olarak, asli ayıp ya da tali ayıbın varlığı halinde, iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarına başvurabilecektir. Ancak yüklenicinin eseri tesliminden sonra ortaya çıkan ayıp, eserde önceden bulunan bir ayıptan kaynaklanmıyorsa bu durumda ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanması söz konusu olmaz¹⁷⁰. Bu durumda iş sahibinin uğradığı zararlar ancak TBK'nın genel hükümleri çerçevesinde tazmin edilebilir¹⁷¹.

b. İnşaatın Teslim Edilmiş Olması

Çalışmamızın konusunu oluşturan ve eser sözleşmelerinin önemli bir türü olan inşaat sözleşmelerinde teslim, sözleşmede yüklenicinin asli edim yükümlülüğüdür¹⁷². Yüklenicinin inşaatı meydana getirmiş olması borcun ifa edildiği anlamına gelmemektedir¹⁷³. Borcun ifası, aynı zamanda imal edilen inşaatın, kararlaştırılan sürede, sözleşmeye uygun olarak ifa amacıyla iş sahibine teslim edilmesiyle gerçekleşir¹⁷⁴. İnşaatın iş sahibine teslimi, inşaatın zilyetliğinin yani fiili tasarrufunun iş sahibine geçirilmesini ifade etmektedir¹⁷⁵.

¹⁶⁹ Erman, *Arsa Payı*, s. 126.

¹⁷⁰ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 128; Erman, s. 126; Öz., M. T., *İnşaat sözleşmesi*, s.198.

¹⁷¹ Öz M. T., 1989, *İş sahibinin eser sözleşmesinden dönmesi (bayındırlık işleri şartnamesinin ilgili hükümleri ile birlikte)*, 1. Baskı. İstanbul, s. 239.

¹⁷² Acun, s. 26; Kocaağa, s. 139; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 137-138; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 160; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 129; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.Kostakoğlu, s. 611.

¹⁷³ Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 164; Ayar Birkin, s. 84.

¹⁷⁴ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 43; Aral/Ayrancı, s. 393; Baygın, s. 27; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 37; *Özel hükümler*, s. 621; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 72; Erman, *Arsa Payı*, s. 33; Gümüşsoy Karakurt, s. 30; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 91; Kurt, *Temerrüt*, s. 67; Şahin, *Teslim Borcunu İfade Temerrüt*, s. 44; Şahiniz, s. 6; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 26; Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 124; Ürem, s. 48-49; Yakuppur, s. 63-64; Yalçınduran, s. 48; Zevkliler/Gökyayla, s. 486.

¹⁷⁵ Eren, *Özel hükümler*, s. 621, 640; Aral/Ayrancı, 393, 395, 400 ;Yavuz; 564

Yarg. 15. HD., 26.09.2018 T., 2017/105 E., 2018/3439 K.:

“Taraflar arasında 12.03.2011 tarihinde eser sözleşmesi niteliğinde taşeron sözleşmesi imzalanmış olup, sözleşmenin konusu ... Katlı Otopark ve müze binasının paslanmaz korkuluklarının yapım işidir. Mülga 818

Çalışmamızın konusunu oluşturan inşaat sözleşmelerinde teslimin konusu uygulamada genellikle iş sahibinin mülkiyetinde olan taşınmaz olması sebebiyle mülkiyeti ve zilyetliği zaten iş sahibinde bulunan inşaatın teslimi için, yüklenicinin inşaatın tamamlandığını iş sahibine bildirmesi gerekmektedir¹⁷⁶. İnşaatın teslimi için yapılan bildirim tek başına yeterli olmayıp ayrıca yüklenici tarafından inşaat üzerindeki fiili hâkimiyet sona erdirilerek iş sahibine geçirilmelidir¹⁷⁷.

İş sahibinin arsasında yapılan inşaat bakımından, yüklenicinin teslim edimini ifası, inşaatın tamamlanması, işverene bildirimde bulunulması, fiili hakimiyetin işverene geçirilmesi ve bunun sonucu olarak, yükleniciye ait olan ve iş için kullanılan tüm ekip ve ekipmanın inşaatın çekilmesini ifade eder.

Taraflar sözleşmede inşaatın teslimini belli bir şekil ve şarta bağlayabilirler. Örneğin kural olarak inşaatın teslimi tamamlandıktan sonra bütün olarak iş sahibine teslim edilmesi esas iken, tarafların inşaatın kısım kısım teslim edilmesini kararlaştırmaları mümkündür. Teslim olgusunun gerçekleşmesini, iş sahibinin bizzat veya görevlendirdiği kişiler vasıtasıyla inşaatı gözden geçirmesi şartına bağlanması mümkündür.

İnşaatın teslimi kural olarak eserin (inşaatın) tamamlanmış olmasını gerektirmektedir. Ancak meydana getirilen eser ayıplı olsa ve tamamlanmış olsa dahi teslim edilmediği takdirde yüklenici ayardan sorumlu tutulamayacaktır¹⁷⁸.

Özetle, bir inşaatın ayıplı olup olmadığından bahsedebilmek için öncelikle eserin tamamlanmış olması gerekmektedir. Nitekim TBK m. 474'te de *“iş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.”* hükmü ile eserin tamamlanmış ve teslim edilmiş olması gerektiği düzenlenmiştir.

İnşaatın teslim tarihi ve ne şekilde teslim edildiği, ayıbı ihbar süresinin ne zaman başlayacağı dolayısıyla iş sahibinin hakkının ne zaman zamanaşımına uğrayacağını

Sayı BK.nun 355 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümlerine göre, davacı taşeronun işi tekniğine uygun ve yüklenicinin amacına uygun şekilde imal edip teslim etme yükümlülüğü bulunmaktadır.”

¹⁷⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 521.

¹⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 393; Gökyayla, *Ek İş*, s. 191; Eren, *Özel hükümler*, s. 621; Karadaş, s. 169; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 40; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 62; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 87-88; Tekelioğlu, s. 163; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 103-104; Yakuppur, s. 64; Yücer Aktürk, s. 123.

¹⁷⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 502; Baygın, s. 75. Karadaş, s. 194; Erman, *Arsa Payı*, s. 121

belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir¹⁷⁹. Tamamlanmayan ya da tamamlansa bile ne zaman tamamlandığı tespit edilmeyen eserler bakımından TBK m. 473/2 hükmü saklı kalmak kaydıyla TBK m. 474 vd. hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

İspat yükümlülükleri bakımından, inşaatın tamamlanarak teslim edildiğini ispat yükümlülüğü yükleniciye, iş bedelinin ödendiğini ve varsa inşaatın ayıplı olduğunu ispatlama yükümlülüğü ise iş sahibine aittir¹⁸⁰.

Yargıtay içtihatları inşaat ruhsatı alınmaksızın meydana getirilen yapılar bakımından teslimin gerçekleşmiş olmayacağı yönündedir¹⁸¹. Bu nedenle iş sahibi eksik iş veya ayıplı iş nedeniyle tazminat talep edemeyecek ve ecrimisil talebinde bulunamayacaktır¹⁸². Yalnızca müspet zararına karşılık olarak kira tazminatı ile inşaat ruhsatı olmayan bir diğer ifadeyle kaçak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini ya da inşa edilen yapının yıkılarak ortadan kaldırılmasını talep edebilir¹⁸³.

¹⁷⁹ Şenocak, *Ayıbın giderilmesi*, s. 130; Zevkliler/Gökyayla, s. 503; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 225; Gümüşsoy Karakurt, s. 25.

¹⁸⁰ Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 134; Duman, İ. H., *İnşaat davalarında ispat*, 2. Baskı. Ankara, s. 38; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 301-302.

Yarg. 15. HD., 17.6.2014 T., 2013/6122 E., 2014/4164 K.:

“Kural olarak yapılan işin miktar ve değerini ispat yükü yüklenicide, iş bedelinin ödendiğini ispat yükü ise iş sahibindedir. Bir başka deyişle yüklenici yaptığı işin tutarını, iş sahibi de iş bedelini ödediğini kanıtlamak zorundadır.” www.kazanci.com (e.t.:08.08.2019)

¹⁸¹ Yarg. 15. HD., 09.03.2009 T., 2009/1420 E., 2009//1294 K.:

“İnşaatteki sözleşme, onaylı proje, inşaat ruhsatı ve imara aykırılıkların tadilat projesi ya da ruhsatı alınarak ya da bu kısımlar yıkılarak giderilmesinin olanaklı olup olmadığı saptanarak, olanaklı olması durumunda davalı yükleniciye inşaatın yasal duruma getirilmesi ve yapı kullanma izninin alınması için bir süre verilerek bunun sonucuna uygun bir karar verilmesi, inşaatın yasal duruma getirilmesi olanağı yoksa, teslim yapı kullanma izni koşuluna bağlandığı, bu iznin alınmadığı ve inşaatın ruhsat, onaylı proje ve imara aykırı yapılmış olması nedeniyle hukuken geçerli bir teslim gerçekleşmediği ve yüklenici direniminin gerçekleştiği benimsenerek davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.” www.kazanci.com (e.t.:08.08.2019)

¹⁸² Yarg. 15. HD., 15.3.2011 T., 2010/1478 E., 2011/1539 K.:

“Kaçak yapılan inşaatla eksik imalat bedeli istenemez ise de, davalı sözleşme uyarınca teslim taahhüdünü yerine getiremediğinden temerrüde düştüğü tarihten sonrası için davacıların gecikme sebebiyle oluşan kira kaybını ödemekle yükümlüdür.” www.kazanci.com (e.t.:12.08.2019)

¹⁸³ Yarg. 14. HD., 13.1.2005 T., 2004/9596 E., 2005/142 K.:

3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca her türlü inşaat yapım işi yetkili mercilerin vereceği izin ile olanaklıdır. Şayet inşaat için proje düzenlenmiş, bu proje yetkili mercii olan belediyece onaylanmış ve yapıya bu proje doğrultusunda ruhsat verilmiş ise yapının fiilen projeye aykırı olan bölümleri “kaçak yapı” kabul edilir...

...Olayda, 22 numaralı bağımsız bölümün yıkıma tabi yerlerden olduğu anlaşıldığına göre böyle bir yerin ekonomik değeri olduğu düşünülemez. Bu tür yerler için gerek kişisel hakka, gerekse sözleşme ile sağlanan ve miras yolu ile geçen mülkiyet hakkına dayanılarak, örneğin; el atmanın önlenmesi, eksik işler, değer kaybı ve ecrimisil gibi istemde bulunulamaz. Dava konusu 22 numaralı bağımsız bölümün imar mevzuatına aykırı yapıldığı gözden kaçırılarak ve bu yer için sadece yıkım istenebileceği düşünülmeden istemler hüküm altına alındığından karar bozulmalıdır. www.kazanci.com (e.t.:12.08.2019)

c. Ayıbın İş Sahibine Yüklenememesi

Bu kısım çalışmamızın ikinci kısmında ayrıntılı olarak açıklanmış ¹⁸⁴ olduğundan tekrara girmemek amacıyla burada ayrıca belirtilmeyecektir¹⁸⁵.

d. İnşaatın İş Sahibince Kabul Edilmemesi

Eserin kabulünün düzenlendiği TBK m. 477/1’de “*eserin açıkça veya örtülü olarak kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur*” hükmü ile açık ayıplar bakımından eserin kabulü halinde yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğundan kurtulacağı, yalnızca gizli ayıplar bakımından sorumluluğunun devam edeceği ifade edilmektedir ¹⁸⁶ . Nitekim TBK m. 477/3’teki “*Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa iş sahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır.*” hükmü ile kast edilen sonradan ortaya çıkabilecek olan ayıp gizli ayıptır.

Yüklenicinin ayıbın gizli değil açık ayıp olduğunu iddia etmesi halinde HMK m.190’da düzenlenen ispat yükümlülüğü ¹⁸⁷ hükmü uyarınca yüklenici bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür.

TBK m. 477/1 hükmü lafzından kabulün, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmediği iddiasını ortadan kaldıran ve yükleniciyi eserdeki ayıplardan sorumlu olmaktan kurtaran tek taraflı bir irade beyanı olduğu anlaşılmaktadır¹⁸⁸. Bir diğer ifadeyle kabul, iş sahibinin teslim edilen inşaatın mevcut halinin benimsendiğini göstermektedir¹⁸⁹. Her ne kadar kabul beyanı geri alınamasa da şarta bağlı olarak kabul beyanında bulunulması mümkündür¹⁹⁰.

¹⁸⁴ Yarg .15 HD., 27.10.2003 T., 2003/2040 E., 2003/5009 K.:

Yapılan şeydeki ayıplar sonradan meydana çıkmışsa, iş sahibinin bunlara vakıf olup yükleniciyi haberdar etmesi gerekir. Aksi takdirde eser bu ayıplar bakımından da onaylanarak kabul edilmiş sayılır. Somut olayda, ayıplı işler bakımından yüklenici sorumluluktan kurtulmuştur. Davacıların ayıplı işlere değinen talepleri, bu nedenle red olunmalıdır. www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

¹⁸⁵ Bkz. “Maddi Şartı Olarak Yükleniciye Yüklenebilen Bir Sebepden Doğmaması”, s. 90 vd.

¹⁸⁶ Baygın, s. 193; Gönen, s. 235; Karahasan, s. 310; Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 216; Kurt, *Temerrüt*, s. 85; Özdemir, s. 86; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 231; Şahiniz, s. 4; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 310; Uygur, s. 691; Yalçınduran, s. 164; Zevkliler/Gökyayla, s. 562; Kırmızı, s. 267.

¹⁸⁷ Yavaş, M., *Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı*, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, s. 741-761.

¹⁸⁸ Acun, s. 46-47; Aral/Ayrancı, s. 393; Baygın, s. 27; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.72; Gümüşsoy Karakurt, s. 31; Kurt, *Temerrüt*, s. 69; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 53; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 175-176, 231; Şahiniz, s. 4; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 81-83; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 91; Uygur, s. 653; Yücer Aktürk, s. 124; Zevkliler/Gökyayla, s.488; Kırmızı, s. 268.

¹⁸⁹ Akkanat, *Taşeronluk Sözleşmesi*, s. 191; Aral/Ayrancı, s. 393; Ayan, s. 330-331; Dayınlarlı, *Temerrüt*, s. 194; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, 72; Ergezen, s. 144 vd.; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 99-105; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 231-232; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 36-37; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 91; Yavuz, s. 547; Zevkliler/Gökyayla, s.487-488; Kırmızı, s. 268.

¹⁹⁰ Büyükkay, s. 106; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 60; Yavuz, s. 547; Kırmızı, s. 268.

Kabulün geçerliliği bakımından şekil şartı olmadığı gibi, açık ya da zımni şekilde de olabilir¹⁹¹. İş sahibinin eseri kabul etmediğini açıkça bildirmesi açık kabule; yanı sıra yüklenici eseri teslim ettiğinde itirazda bulunmaması ve inşaatı kullanmaya başlaması ise zımni kabule örnek teşkil etmektedir.

Kabul beyanında bulunabilecek kişi doğrudan iş sahibi olabileceği gibi iş sahibinin yetkili bir temsilcisi de olabilir¹⁹².

İş sahibinin ya da yetkili temsilcisinin eseri ihtirazi kayıt ile teslim alması halinde; iş sahibinin eseri ayıplı halde kabul ettiği sonucuna varılamayacak böylelikle yüklenici eserdeki ayıplardan sorumlu tutulabilecektir¹⁹³. Yargıtay içtihatları da eserin teslim alınmasının her zaman eserin kabul edildiği anlamına gelmeyeceği yönündedir¹⁹⁴.

TBK m. 477/2’de düzenlenen “İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.” hükmü ise iş sahibinin eserin gözden geçirilmemesi hali ise doktrinde yasal örtülü kabul olarak ifade edilmektedir¹⁹⁵.

2. Şekli Şartlar

a. İş Sahibinin İnşaatı Gözden Geçirmesi ve Ayıbı Yükleniciye Bildirmesi

İş sahibinin inşaatı gözden geçirmesine ilişkin açıklamalar ilerleyen bölümde ayrıntılı olarak açıklanmış olduğundan burada tekrar açıklanmayacaktır¹⁹⁶.

Ayıbın bildirilmesi bakımından ise, ayıp ihbarı hukuki bir işlem değil, hukuki işlem¹⁹⁷ benzeri bir fiil olduğundan geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir¹⁹⁸. Bu nedenle

¹⁹¹ Acun, s. 46-47; Aral/Ayrancı, s. 393; Baygın, s. 27; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.72; Gümüşsoy Karakurt, s. 31; Kurt, *Temerrüt*, s. 69; ; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 314; Şahiniz, s. 4; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 81-83; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 127; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 91; Uygur, s. 653; Yener, M. D., 2009, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Ve İş Sahibinin Hakları*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, s. 172; Yücer Aktürk, s. 124; Zevkliler/Gökyayla, s.488.

¹⁹² Büyükcay, s. 106; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 60; Yavuz, s. 547; Kırmızı, s. 268.

¹⁹³ Akkanat, Taşeronluk Sözleşmesi, s. 191; Aral/Ayrancı, s. 393; Ayan, s. 330-331; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 194; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, 72.

¹⁹⁴ Yarg. HGK., 13.6.2007, 2007/11-324 E., 2007/339 K.:

Eser sözleşmelerinde yüklenicinin ilk temel borcu eserin meydana getirilmesi, ikinci temel borcu ise meydana getirilen bu eserin iş sahibine teslimidir. Meydana getirilen eserin niteliğine ve varsa sözleşmede bağitlanan koşullara göre eserin teslim şekli de özellik gösterecektir. Yüklenicinin temel borçlarından olan teslimin sözleşmeye ve işin niteliğine uygun yapıldığını kanıtlama yükü ise yüklenicidir. Teslim alma ve kabul ayrı ayrı hukuki kavramlar olup, eserin teslim alınması her zaman eserin kabul edildiği anlamına gelmemekte; teslim olgusunda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlüğünü yerine getirmemişse teslim ettiği eserin ayıbından kendisi sorumlu olur.” kararara.com (e.t.:12.08.2019)

¹⁹⁵ Baygın, s. 191; Kurt, *Temerrüt*, s. 82; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 37; Şahiniz, s. 12; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 85-86; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 232; Yener, *Eser sözleşmesinde müteahhidin ayıba karşı tekeffül borcu ve iş sahibinin hakları*, s. 172.

¹⁹⁶ Bkz. “Şekli Şartı Olarak Yüklenicinin Bildirimde Bulunması, s. 67 vd.

tacirler arasındaki bildirim yükümlülüğü TTK m. 23/1-c uyarınca şekle tabi olmasına rağmen ayıp bildirimini bu hususta istisnai bir özellik taşımaktadır¹⁹⁹. Yargıtay içtihatları da ayıbın tanık dâhil her türlü delil ile ispatlanabileceği yönündedir²⁰⁰.

İnşaat sözleşmelerinin bedeli ve bildirimlerin yapılmaması halinde tarafların oldukça hak kaybına uğraması ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, ayıp bildiriminin yazılı olarak yapılmasında fayda bulunmaktadır²⁰¹. Günümüzde teknolojinin de gelişmesiyle e-mail yoluyla dahi ayıbın bildiriminde bulunulabileceği kabul edilmektedir²⁰².

Sözleşmede yüklenicinin garantisine ilişkin hüküm bulunduğu hallerde ise inşaatın ayıplı olduğuna dair uygun süre içinde ayıp bildiriminde bulunma zorunluluğu bulunmamaktadır²⁰³. Bu durumda yüklenici, garanti vermekle ayıp bakımından TBK m. 477 hükmünden vazgeçmiş sayılır²⁰⁴.

¹⁹⁷ Hukukî işlem, bir veya birden çok kişinin, hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içinde gerektiğinde diğer unsurlarla birlikte hukukî sonuçlar doğurmaya yönelmiş irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan hukukî bir olgudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Dirikkan, H., 2002. Tacirler arası ihbar ve ihtarlar, DEÜHFD, C.4, S. 1, s. 40.

¹⁹⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 524; Yavuz, s. 566; Aral/Ayrancı, s. 404; Selimoğlu, s. 123; Kırmızı, s. 198; Büükay, s. 111; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 125; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 238.

¹⁹⁹ Dirikkan, s. 69; Zevkliler/Gökyayla, s. 524; Yavuz, s. 566; Aral/Ayrancı, s. 404; Selimoğlu, s. 123; Kırmızı, s. 198; Erman, *Arsa Payı*, s.138; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 232.

²⁰⁰ Yarg. 15 HD., 19.03.2012 T., 2012/4254 E., 2012/1689 K.:

“... Gerçekten de ayıp ihbarının yapıldığı hususunun ispatı, eser sözleşmesi tacirler arasında kurulu olsa dahi herhangi bir şekle tabi olmayıp, ihbar da hukuki bir işlem değil, hukuki işlem benzeri bir fiil olmakla her türlü delille ispatı mümkün bulunmaktadır.” www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

²⁰¹ Karadaş, s. 206; Eren, *Özel Hükümler*, s. 645; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 201; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 167; Erman, *Arsa Payı*, s. 137-138; Selimoğlu, s. 125; Zevkliler/Gökyayla, s. 524; Yavuz, s. 566; Aral/Ayrancı, s. 404; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 238.

²⁰² Yarg. 15 HD., 24.10.2018 T., 2017/2101 E., 2018/4040 K.:

“...Ayıp ihbarı ile ilgili olarak davalı tarafından mail yazışmaları ve iş emirleri sunulduğuna göre, davalının bu savunması üzerinde durulmalı, ayıpların niteliği konusunda ek rapor alınmalı, açık ayıp yada gizli ayıp olup olmadığı saptanmalı ve ayıp ihbarının süresinde yapılıp yapılmamış, ayıplı imalatın bedelinin mahsubu gerekip gerekmediği belirlenmeli ve hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.” www.kazanci.com (e.t.:03.01.2020)

Yarg. 15. HD., 12.06.2017 T., 2016/1037 E., 2017/2513 K.:

“Ayıp ihbarının yapılması ve eserin teslim ya da iadesi, maddi vakıa niteliğinde olduğundan bunların Dairemiz uygulama ve içtihatlarında her türlü delil ve tanık beyanı ile ispatlanabileceği kabul edilmektedir. Davalı tarafça ayıplı olduğu ileri sürülen ürünler 13.02.2014 tarihinde teslim alınmış olup, 15.02.2014 tarihli e-mail ile ayıp ihbarında bulunulduğu gibi yeminle dinlenen davalı tanıkları da davacıya ayıp ihbarında bulunulduğu ve davacı şirket yetkililerinin gelip ayıplı ürünleri geri aldıklarını beyan etmişlerdir. Davalı tanıklarının beyanları ve e-mail yazışmalarından 22 Mayıs 2012 tarihli ihtarnameden çok önce süresi içinde davalı tarafça ayıp ihbarı yapıldığı ve ayıplı olduğu ileri sürülen ürünlerin davacı tarafından geri alındığı anlaşılmaktadır.” www.kazanci.com (e.t.:03.01.2020) Benzer yönde kararlar için bkz. Yarg. 15 HD., 25.10.2017 T., 2016/4829 E., 2017/3640 K.; Yarg. 15 HD., 25.10.2017 T., 2016/4829 E., 2017/3640 K.

²⁰³ Büyükay, s. 117; Eren, *Özel Hükümler*, s. 644; Gümüşsoy Karakurt, s. 26; Kırmızı, s. 270; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 311; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 240; Selimoğlu, s. 124; Yavuz, s. 552.

Yarg. 15 HD., 09.04.2019 T., 2017/1814 E., 2019/1615 K.:

“Taraflar arasında düzenlenen sözleşmenin 17. maddesinde 2 yıl süre ile yüklenicinin sistemi çalışır vaziyette tutma yükümlülüğü bulunmakta olup, niteliği itibarıyla bu hüküm garanti hükmüdür. Sözleşmede eser için garanti verilmiş ise, yüklenici yasanın aradığı ayıp ihbar sürelerine bakılmaksızın garanti süresinde meydana

b. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olması

TBK m. 114/1’de borçlunun kural olarak her türlü kusurdan sorumlu olduğu düzenlenmişse de tarafların aksi yönde anlaşması mümkün olup bu durumda sözleşmeden doğan zararın gerçekleşmesinden önce, ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat talebinin kısmen ya da tamamen engel olan sorumsuzluk anlaşması²⁰⁵ yapmaları gerekmektedir. Yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu tutulabilmesi için de yüklenici ve iş sahibi arasında sorumsuzluk anlaşmasının yapılmamış olması gereklidir.

Sorumsuzluk anlaşması yapılmış olsa dahi doktrinde satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 221’de düzenlenen borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına dair anlaşmaların kesin hükümsüz olduğuna dair hükmün²⁰⁶ kıyasen eser sözleşmelerine de uygulanması ve yüklenicinin ayıbı ağır kusuru ile gizlediği hallerde yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan anlaşmaların kesin hükümsüz olduğu kabul edilmektedir²⁰⁷.

gelen ayıpları gidermekle yükümlüdür. Gidermediği takdirde, iş sahibinin BK 360. maddede düzenlenen eserdeki ayıbın önemine göre, ayıpların giderilmesini istemek, ayıplı eserden ötürü ücretten indirim ve kabule zorlanamayacak nitelikte kötü yapılmış ise eseri reddetmek ve bu nedenle uğradığı zararlarını da talep etmek hakkı olarak ortaya çıkan haklarının varlığı kabul edilir. Bu anlatımlar ışığında somut olaya bakıldığında; davacı iş sahibi garanti süresinde iş sahibi ayıp ihbarına da gerek bulunmaksızın iş sahibi, az yukarıda belirtilen ayıptan doğan hakları ile ilgili talepte bulunma hakkına sahiptir. Sözleşmede garanti hükmü olması nedeniyle ayıp ihbarına gerek bulunmadığı halde, ayıp ihbarı yapılmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” www.yargitaykarararama.gov.tr (e.t.: 11.02.2020)

Yarg. 15 HD., 20.4.2011 T., 2012009/7049 E., 2011/2396 K.:

“Yanlar arasında imzalanan sözleşmede, imalatı yapılan makinaların imalat hatalarına karşı 1 yıl garanti kapsamında olduğu kararlaştırılmış bulunmaktadır. Garanti koşulu getirilen bu tür sözleşmelerde ise garanti kapsamındaki işler için -garanti süresi içinde kalmak şartıyla- ayrıca süresinde ayıp ihbarında bulunma şartının aranmasına gerek yoktur.” www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

²⁰⁴ Gümüşsoy Karakurt, s. 26; Kırmızı, s. 270; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 311; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 240; Kırmızı, s. 270; Selimoğlu, s. 124.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz: Eren, s. 655; Akman, G. S., 1976. *Sorumsuzluk anlaşması*. 1. Baskı. İstanbul, s.7 vd.; Başalp, N., 2011. *Sorumsuzluk Anlaşmaları*. 1. Baskı. İstanbul, s. 9-14; Ayan, E., 2016. Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukukî Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, s. 3-36; Uzun, A., 2014. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından Sorumsuzluk Anlaşması, Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 7, s. 133.

²⁰⁶ Yarg. 13HD. 15.07.2005 T., 2005/5257 E., 2005/12386 K.:

“Davacı, davalıya ait otelde konakladığını, anahtar uydurulmak suretiyle odasına girilerek eşya ve paralarının alındığını iddia ederek alacak talebinde bulunmuştur. Davacının imzasının bulunduğu konaklama belgesinde, odalarda bırakılan eşyaların kaybindan otelin sorumlu olmadığı belirtilmektedir. Anahtar uydurularak odalara girilmesi neticesi oluşan zararlardan otel işletmecisi sorumludur. Ağır kusur halinde sorumlu olunmayacağına dair yapılan sözleşmeler geçersizdir. Gerçek zarar araştırılarak sonuca göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

²⁰⁷ Eren, *Özel Hükümler*, s. 655; Akman, G. S., 7-8 Acun, H., 2018. *Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri ile borçlar kanunu genel hükümlerinin yarışması*. 1. Baskı. Ankara, s. 57-58; Başalp, N., 2011, *Sorumsuzluk Anlaşmaları*, 1. Baskı: İstanbul, s. 18; Tekelioğlu, N. 2016, *Sorumsuzluk Anlaşmalarına İlişkin Bir Yargıtay Kararı İncelemesi*, SDÜHFD, 6 (1-2), s. 29; Ayan, E., 2016, *Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukukî Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, s. 8; Büyükcay,

c. Zamanaşımına Uğramamış Olması

TBK m. 478’de “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.” denilmekle eser sözleşmelerinde zamanaşımı koşul ve süreleri belirtilmiştir.

Doktrinde ²⁰⁸ de Yargıtay içtihatlarında ²⁰⁹ da zamanaşımı süresinin inşaatın tamamlanması ile değil yüklenicinin inşaatı teslim etmesiyle başlayacağı kabul edilmektedir. İnşaatın birden fazla yan yüklenici tarafından yapılması durumunda ise zamanaşımı eserin her bir kısmı için ayrı ayrı gerçekleşen teslim tarihlerinden itibaren başlayacaktır²¹⁰. İnşaat, baştan meydana getirilebileceği gibi sonradan bir tamirat, tadilat veya yenileme ya da ilave inşaat

s. 147; Canbolat, s. 99; Eren, *Özel Hükümler*, s. 655; Gümüşsoy Karakurt, s. 205; Şahiniz, s. 137; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 226; Uzun, s. 133.

²⁰⁸ Acun, s.83; Aral/Ayrancı, s. 412; Eren, *Özel Hükümler*, s. 653; Gümüş, s. 72-73; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 224; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 152; Şahiniz, s. 216; Yavuz, s. 1033; Zevkliler/Gökyayla, s. 533; Şen, M. S./ Şen K., 2015, *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları*, 1. Baskı. İstanbul, s. 36. Ayrıca bkz. Çelik A. Ç., 2004, *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, 1. Baskı, İstanbul.

²⁰⁹ Yarg. 15 HD., 12.02.2019 T., 2018/1714 E. 2019/552 K.:

Dava, eser sözleşmesine dayalı ayıplı ifa sonucu uğranılan zararın giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece, dava haksız fiile dayalı tazminat olarak nitelendirilerek zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenildiği 15.2.2008 tarihinden eldeki davanın açıldığı 9.5.2013 tarihine kadar 6098 Sayılı TBK'nın72. maddesindeki 2 yıllık zamanaşımı süresi geçtiğinden bahisle dava reddedilmiştir. Uyuşmazlık eser sözleşmesinden doğduğundan, olayda haksız fillere dair zamanaşımı sürelerinin uygulanması doğru değil ise de; işin teslim edildiği ve ilk davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 Sayılı BK'nın126/IV. maddesinde yüklenicinin kasıt ve ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış ve ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere eser sözleşmesinden doğan davalar 5 yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmuştur. Olayda yüklenicinin kasıt ve ağır kusuru olması ve gizli ayıbın varlığı kabul edilse dahi 818 Sayılı BK'nın125 ve 6098 Sayılı TBK'nın146. maddesi gereğince 10 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır. Bu halde zamanaşımı süresinin işlemeye başladığı yapı kullanma izin belgesinin alındığı 21.11.2000 tarihinden bu davanın açıldığı 9.5.2013 tarihine kadar 10 yıllık zamanaşımı süresi geçtiği, yanlar arasında görülen Gölhisar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2008/158 Esas sayılı dosyasında talep edilip bilahare atıye bırakılan talep müspet zarar kapsamında kira kaybı talebi olup, eldeki davada istenen, menfi zarar niteliğinde ayıplı imalat sonucu yüklenicinin kusuru ile oluşan zararın giderilmesine dair olduğundan zamanaşımını kesen işlemlerden olmadığı ve bu durumda sonucu itibariyle zamanaşımından red kararı doğru olduğundan, sonuç : 6100 sayılı hmk'nın geçici 3. maddesi yollamasıyla uygulanması gerekli 1086 sayılı humk'nın438 /son maddesi uyarınca gerekçe bu şekilde değiştirilerek ve düzeltilerek hükmün onanmasına, aşağıda yazılı bakiye 0,90 tl temyiz ilam harcının temyiz eden davacılarından, bakiye 0,90 tl temyiz ilam harcının temyiz eden davalı G... Müt. Hiz. Ltd. Şti'den alınmasına, karara karşı tebliğ tarihinden itibaren 15 gün içinde karar düzeltme isteminde bulunulabileceğine, 05.03.2014 tarihinde oybirliği ile karar verildi. www.kazanci.com (e.t.:13.08.2019)

Yarg. 15. HD., 29.5.2014 T., 2014/453 E. 2014/3715 K.:

"Eser sözleşmelerinde uygulanması gereken zamanaşımı süresi ise 5 yıldır. Anılan zamanaşımı süresi ise alacağın muaccel olduğu yani yüklenicinin edimini yerine getirdiği, eserin borçlu iş sahibine tesliminden itibaren başlar" www.kazanci.com (e.t.: 29.07.2019)

²¹⁰ Erman, *Arsa Payı*, s. 172; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 74-75; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 203; Zevkliler/Gökyayla, s. 535.

kapsamındaki bir faaliyetler de teslim tarihinden itibaren kanunda belirtilen zamanaşımı sürelerine tabidir²¹¹.

İnşaat sözleşmesi ilişkisinde sözleşme dışı yapılan işler ise vekâletsiz iş görme niteliğinde olup, bu konuya ilişkin taleplerde zamanaşımı süresi on yıldır²¹².

İş sahibinin yüklenicinin edimini ifa etmesi iradesini sürdürdüğü ve teslimin söz konusu olmadığı halde ise zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır²¹³. Bir diğer ifadeyle, eser sözleşmesi feshedilmediği, eser teslim edilmediği ve sözleşmenin ifa ile sonuçlanmadığı süreçte eser sözleşmesine ilişkin zamanaşımı süresi işlemeyecektir²¹⁴. Özetle, inşaat

²¹¹ Murat, Aydoğdu, M/Nart S., 2018, *İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı Hükümlerini (Art. 210 ve 371 or) Revize Eden 16 Mart 2012 Tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun Değerlendirilmesi*, TBB Dergisi, S.134, s. 475-476; Şen/Şen, s. 37.

Yarg. 15. HD., 14.10.2010 T., 2010/3391 E., 2010/5310 K.:

“... Eser sözleşmesi feshedilmediği sürece iş sahipleri gecikme tazminatını (kira) alarak ifayı bekleyebileceğinden eser teslim edilmediği ve sözleşme ifa ile sonuçlanmadığı için teslimi gereken tarih geçmesine rağmen zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Önceki döneme ait olsa dahi gecikme tazminatı ile ilgili zamanaşımı süresi eserin teslimi ve sözleşmenin ifası ile sonuçlandığı tarihten itibaren başlayacaktır.” www.kazanci.com (e.t.:12.08.2019)

²¹² Yarg. 15 HD., 06.02.2019 T., 2018/2805 E., 2019/465 K.:

Sözleşme kapsamında kalan işlerin ödenmeyen KDV'si ile ilgili kısmı yönünden yerinde ise de, dayanak ilamda hükmedilen sözleşme dışı imalât bedelleriyle ilgili dava, ilk davanın açıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 125. maddesi hükmüne vekâletsiz iş görme hükümlerinde uygulanması gereken 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olduğundan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre hükmedilen %10 fazlası sözleşme dışı işlerle ilgili talebin zamanaşımı yönünden reddi isabetsizdir. www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

Yarg. 15 HD., 02.12.2019 T., 2019/3315 E., 2019/4957 K.:

“Taraflar arasında düzenlenen sözleşme ile davacının yüklenici olarak hastane inşaatı yapımını üstlendiği ihtilafsız olup davacının talebi sözleşme dışında yaptığı imalâtların bedellerine ilişkindir. Sözleşme dışı ilave işler sebebiyle açılan davalar hukuki niteliği itibariyle vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davalardır. Eser sözleşmelerinden kaynaklanan alacak davalarında uygulanan 5 yıllık zamanaşımı süresi, vekâletsiz iş görmeden kaynaklanan davalarda uygulanamaz.” www.kazanci.com (e.t.:12.08.2019)

²¹³ Erman, *Arsa Payı*, s. 172; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 74-75; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 203; Zevkliler/Gökyayla, s. 535.

Yarg. HGK., 04.02.2009 T., 2009/15-13 E., 2009/53 K.:

“... Taraflar arasındaki 23.06.1998 tarihli kat karşılığı ek inşaat sözleşmesi 7344 ada 2 parsel numaralı taşınmaz üzerine yapılacak 10 daireye ilişkindir. Söz konusu sözleşmenin dördüncü maddesinde belirtilen cezai şart BK'nın 158/II.maddesinde düzenlenen ifaya ekli ceza niteliğindedir. Sözleşmede belirtilen bloktaki 10 adet daire tamamlanıp, davacı arsa sahibi kooperatife teslim edilmemiştir. BK'nın 106.maddesindeki düzenleme dikkate alındığında, teslim söz konusu olmadığından cezai şart yönünden zamanaşımı henüz başlamamıştır. Sözleşmede kararlaştırılan üç aylık cezayı davacı sözleşmedeki cezalı sürenin sonunda isteyebilir. Ancak bu hakkını o tarihte kullanmak zorunda değildir. Davacı ifayı isteme iradesini sürdürdüğüne ve teslim söz konusu olmadığına göre zamanaşımının dolduğundan söz edilemez. Bu durumda mahkemece 23.06.1998 tarihli sözleşmede belirtilen cezai şart istemi yönünden davalı tarafın zamanaşımı definin reddi ile işin esası incelenip bir karar verilmesi gerekirken 30.09.1999 tarihi zamanaşımına başlangıç yapılarak bu sözleşme yönünden de zamanaşımı nedeniyle davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış kararın bozulması gerekmektedir.” www.kazanci.com (e.t.:12.08.2019)

²¹⁴ Yarg. 15. HD. 12.02.2019 T., 2018/1714 E.,2019/552 K.:

“... Dava, arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, süresinde inşaatın tamamlanıp teslim edilmemesi sebebiyle gecikme tazminatı ile inşaatın tamamlanıp iskan ruhsatı alınıp kat mülkiyeti tesisine elverişli hale getirilmesi, getirilmediği takdirde yapılacak masrafin tahsili istemine ilişkindir. Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, eser sözleşmesi ile birlikte satış vaadi sözleşmesinden oluşan karma bir akit olup eksik işler ve ayıplı imalâtların giderim bedeli, gecikme tazminatı ve cezai şart alacaklarında zamanaşımı süresi genel kural olarak sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu 126/4 ve 01.07.2012 tarihinde

sözleşmeleri bakımından zamanaşımı süresi yüklenicinin ağır kusurunun olmadığı hallerde beş yıl²¹⁵, yüklenicinin ağır kusurunun olduğu hallerde ise yirmi yıldır. Kanun koyucu, zamanaşımı süresi bakımından inşaatın adi iş mi yoksa ticari iş mi olduğuna yönelik de bir ayırım yapmamıştır²¹⁶. TBK m. 478 hükmü emredici niteliği haiz bir düzenleme olmadığından tarafların zamanaşımı süresini kısaltması veya uzatması mümkündür²¹⁷.

İş sahibinin ayıp nedeniyle doğan zararını tazmin talebi bakımından zamanaşımı, TBK m. 475'te düzenlenen diğer seçimlik haklarından farklıdır. Zira, kanun koyucu tarafından TBK m. 475/2'de düzenlenen tazminat talebi bakımından genel hükümlere atıf yapılmıştır. Bu nedenle, ayıp nedeniyle doğan zararını tazmini için TBK m. 147/6'da düzenlenen genel zamanaşımı hükmü uygulanmaktadır²¹⁸.

C. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Haklar

1. Genel Olarak

TBK m. 475/1 hükmünde ayıp nedeniyle iş sahibine üç adet seçimlik hak²¹⁹ tanınmış olup, bu hakların eserdeki ayıbın önemine göre; eser iş sahibinin kullanamayacağı veya

yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 147/6. maddesi gereğince 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Gerek eksik ve kusurlu işlerin giderim bedeli gerekse gecikme tazminatı ve cezai şart alacakları teslim ile istenebilir hale geleceğinden zamanaşımı süresi teslim tarihinde başlayacaktır. Eser sözleşmesi feshedilmediği sürece arsa sahibi, gecikme tazminatını alarak ifayı bekleyebileceğinden eser teslim edilmediği ve sözleşme ifa ile sonuçlanmadığı sürece teslimi gereken tarih geçmesine rağmen zamanaşımı süresi işlemeye başlamayacaktır. Önceki döneme ait olsa dahi gecikme tazminatıyla ilgili zamanaşımı süresi, eserin teslimi ve sözleşmenin ifayla sonuçlandığı tarihten itibaren başlayacaktır." www.kazanci.com (e.t.:11.08.2019)

²¹⁵ Yarg. 23. HD., 15.11.2017 T., 2015/9799 E., 2017/3239 K.:

"...Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri, eser sözleşmesi niteliğinde olduğundan, TBK'nın 147/6.maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresine tabidir. Bu süre, edimin yasal olarak yerine getirilmesi gereken tarih veya fiilen teslim edildiği tarihten itibaren işlemeye başlar. Zamanaşımı süresinin dolup dolmadığının, bu tarihlere göre belirlenmesi gerekir." www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.: 09.09.2019)

²¹⁶ Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

²¹⁷ Seçer, Tam Tazminatla Fesih, s. 330-331; Tandoğan, Özel Hükümler, s. 226; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 279; Zevkliler/Gökyayla, s. 535.

²¹⁸ Gümüşsoy Karakurt, s. 41; Seçer, Tam Tazminatla Fesih, s. 331; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 279.

Yarg. 15. HD., 29.12.2003 T., 2003/2849 E., 2003/6314 K.:

"Davalılardan Abidin inşaatın fenni mesulu (TUS görevlisi)dir. Bu sıfatı nedeniyle davacılara karşı sorumludur. Diğer davalı Hasan ise, inşaatın statik projesini çizen kişidir. Davacıların iddia ettiği zararlar çizilen statik projeden kaynaklanmışsa bu davalının da davacılara karşı sorumluluğu vardır. BK.nun 126/4. maddesince davacılarla aralarında eser sözleşmesi ilişkisi bulunan davalılar ağır kusurlarıyla akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemişlerse ya da ayıplı bir iş meydana getirmişlerse, gizli ayıp sebebi ile haklarında 10 yıllık zamanaşımı uygulanır. Yasanın 128. maddesi gereğince de bu zamanaşımı gizli ayıpların ortaya çıktığı tarihte başlar. Ancak bu sonuca ulaşılabilmesi için mahkemece yeterli inceleme ve araştırma yapılmalıdır. O halde, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kuruluna yerinde keşif yapılarak davacıların varlığını iddia ettikleri ayıpların niteliği inceltirilmeli, zararlar gizli ayıplardan doğmuşsa bunların davalılarla illiyet bağı üzerinde durulmalı bütün bu işler yapılırken de inşaatla ait Belediyedeki imar dosyasından yararlanılmalı, gerek zamanaşımı savunması, gerekse işin esası böylelikle değerlendirilerek sonucu dairesinde bir hükme varılmalıdır."

²¹⁹ Yarg. 15. HD. 10.12.2018 T., 2018/2168 E., 2018/4954 K.:

"...Şayet, imâl edilen eserde ayıp varsa, iş sahibi tarafından süresi içerisinde ayıp ihbarında bulunulması şartıyla sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde sayılan seçimlik

hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme şeklinde sıralanması mümkündür²²⁰. İş sahibi bu hakları ancak teslim edilen eseri gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini yerine getirmesi kaydıyla kullanabilecektir²²¹. Yargıtay içtihatları da uyuşmazlık halinde inşaatın ayıplı olup olmadığının, ayıba karşı tekeffülden doğan hakların hangisinin kullanılabileceğinin belirlenebilmesi bakımından ayıbın niteliği ve derecesinin uzman bilirkişi marifetiyle belirlenmesi gerektiği yönündedir²²².

haklarından birisini kullanabilir. Bu hakkın kullanması için iş sahibi tarafından ayrı bir dava açılacağı gibi, yüklenici tarafından aleyhine açılmış olan bir davada da bu hususu def'i olarak ileri sürebilir. Sözü edilen Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde kusurlu veya sözleşme hükümlerine aykırı olursa iş sahibinin o şeyi kabulden kaçınabileceği ve bu hususta yüklenicinin kusuru bulunursa zarar ve ziyan da isteyebileceği, aynı maddenin II. fıkrasında ayıbın eserin reddini gerektirecek nitelikte bulunmaması halinde iş sahibinin işin kıymetinin noksanı nispetinde bedelden indirim ve eğer o işin onarımı büyük bir masrafı gerektirmez ise yükleniciyi onarmaya mecbur edebileceği hükmü getirilmiştir. Bunlar eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin haiz olduğu haklardır.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.: 09.09.2019)

Yarg. 15 HD., 14.05.2019 T., 2018/5607 E., 2019/2262 K.:

Davalı yüklenici bedel karşılığı davacı iş sahibinin dışlerinde metal seramik köprülü protez yapımını üstlendiğinden, taraflar arasındaki ilişki, sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte olan 818 sayılı BK'nın 355 ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi ilişkisidir. Davacı iş sahibi davasında, davalı yüklenicinin işi ayıplı yaptığı, bu nedenle takma protezin kendisini rahatsız ettiğini ileri sürerek talepte bulunduğu göre iddiası eserin ayıplı olarak ifası ile bunun sonucu uğranılan maddi ve manevi zararların giderilmesi istemine yöneliktir. Davacı, ödediği bedelin iadesini talep ederek ayıplı ifa nedeniyle uğranılan zararın giderilmesini istediğine göre uyuşmazlığın 818 sayılı BK'nın 360. maddesi hükmü gözetilerek çözümlenmesi gerekir. 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde eserin ayıplı ifası halinde ayıbın niteliğine göre iş sahibinin kullanabileceği üç seçimlik hak düzenlenmiştir. Bunlarda birincisi yapılan şeyin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule icbar edilemeyecek derece kusurlu ve sözleşme şartlarına aykırı olması halinde eserin reddi, bedelin iadesi, yüklenicinin kusuru varsa zarar ve ziyan talep etme, ikincisi ayıp ve sözleşmeye aykırılık eserin reddini gerektirecek nitelikte bulunmaması halinde bedelde indirim, üçüncüsü de o işin ıslahı büyük bir masrafı gerektirmez ise ayıbın onarılması veya tamir suretiyle giderilmesi ile yine bu hallerde yüklenicinin kusuru varsa tazminat isteme haklarıdır.” www.lexpera.com (e.t.: 08.10.2019)

²²⁰ Aral/ Ayrancı, s. 406; Eren, *Özel Hükümler*, s. 528; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 176; Erman, *Arsa Payı*, s. 141; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 156; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 63; Zevkliler/Gökyayla, s. 528; Karadaş, s. 208; Kostakoğlu, s. 515; Erman, *Arsa Payı*, s.141; Ayar Birkin, Z., s. 84; Güleç, s. 39; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 234; Kırmızı, s. 217; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 165; Koyuncu, s. 1075 vd.

²²¹ Yarg. 15. HD. 11.04.2008 T., 2008/657 E., 2008/2343 K.:

Borçlar Kanunu'nun 359 ve 360. maddeleri uyarınca iş sahibinin, eseri teslim aldıktan sonra işlerin mutad cereyanına göre imkânını bulur bulmaz muayeneye ve kusurları varsa müteahhide bildirmeye mecbur olup, yapılan eser iş sahibinin kullanamayacağı, kabul edemeyeceği derecede kusurlu olduğu takdirde iş sahibinin eseri reddetme, eserdeki ayıp eserin reddini gerektirmeyecek derecede ağır değilse, fiyatı tenzile ve eseri tamir ettirmeye hakkı vardır. Dava konusu olayda, mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda eserdeki ayıbın, eserin reddini gerektirecek derecede olup olmadığı, tamir yoluyla kullanılması mümkün ise bunun için gerekli giderin ne olduğu açıklanmamıştır. Bu nedenle mahkemece bilirkişiden ek rapor alınıp eserin tamamen reddi gerekiyor ise eserin davalıya iadesi şartıyla, davalıya eser bedeli olarak ödenen miktarın taraflardan sorulup ve ödemeyi ispat külfeti de davacıya yükletilerek, davacıya iadesine karar verilmelidir. Eserdeki ayıp reddi gerektirmeyip tamirle giderilebiliyorsa, bu durumda bedelden tenzili gereken miktarın saptanıp, bu miktardan davacı iş sahibinin sorumlu olmayacağı dikkate alınarak hüküm kurulmalıdır. www.lexpera.com (e.t.: 08.10.2019)

²²² Yarg. 15. HD. 27.03.2019 T., 2018/554E., 2019/1378 K.:

TBK m. 475/2 hükmünde ise iş sahibinin genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkının saklı olduğu belirtilmiştir. Buna göre iş sahibi seçimlik haklarından hangisini seçti ise tazminat talebinde bulunurken de o seçimlik hakkını ileri sürebilecektir²²³. İnşaattaki ayıp nedeniyle oluşan zararların tazmini, TBK m. 475/1’de düzenlenen seçimlik haklarla birlikte kullanılabileceği gibi bağımsız olarak da kullanılabilmektedir²²⁴.

Yüklenicinin kusuru varsa iş sahibi inşaattaki ayıplardan kaynaklanan zararların tazminini de talep edebilecektir²²⁵. Görüldüğü üzere, iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmekte iken; bu ayıplardan kaynaklanan zararın tazmin edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir²²⁶. Somut bir örnek ile açıklamak gerekirse, soğuk hava deposunun inşa edilmesine yönelik bir eser sözleşmesinde yüklenicinin ortalama kalitenin altında bir malzeme kullanması ya da ısı yalıtımına dair işleri yanlış yapması ayıplı inşaatın konusunu oluşturur ve bu nedenle iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanabilir. İnşaatın ayıplı olması yani soğuk hava deposunun ısı yalıtımının sağlanamaması nedeniyle iş sahibinin zararı oluşması (soğuk hava deposuna konulan malzemelerin çürümesi vb. halinde ise iş sahibi ayrıca tazminat talep etme hakkına sahip olacaktır.

Burada belirtmek gerekir ki satış sözleşmelerinden kaynaklanan ayıplar bakımından TBK m. 227 hükmünde ayıp halinde alıcıya mümkün olduğu takdirde satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi hakkı²²⁷, eser (inşaat) sözleşmeleri bakımından iş sahibine

“ ... Davacı yapılan işin ayıplı olduğunu iddia ettiğine göre ayıbın bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise ayıbın niteliği ve derecesinin uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenip TBK 475. maddesi hükümlerine göre değerlendirilip yapılması zorunludur.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.: 09.09.2019)

²²³ Eren, *Özel hükümler*, s. 647.

²²⁴ Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Gökyayla, 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, s. 577-593; Karadaş s. 224; Uçar, s. 210; Öz T., 1989. Borçlu temerrüdünde sözleşmeden dönmenin bu sözleşme gereğince kazanılmış aynı haklara etkisi ve klasik dönme kuramı ile yeni dönme kuramının kısa bir karşılaştırmalı eleştirisi. *İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi*. C. 13, S. 16, s. 110-111.

²²⁵ Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, s.155-176; Eren, *Özel Hükümler*, s. 646-647; Eren, *Özel Hükümler*, s. 532; Erman, s. 141; Aral, F. / Ayrancı, H., s. 411; Zevkliler/Gökyayla, s. 532; Karadaş, s. 208; Kostakoğlu, s. 515; Erman, *Arsa Payı*, s. 141; Ayar Birkin, Z., s. 84; Güleç, s. 39; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 239; Kırmızı, s. 234.

²²⁶ Acun, s. 79-80; Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 98; Güleç, s. 40; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 182; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 149; Şahin, s. 203; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 65; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204.

²²⁷ Yünlü, S., 2019. *Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 1, s. 330 vd.; TBK m. 475’te iş sahibine tanınan seçimlik hakların sınırlı sayıda sayıldığı ve bunların genişletilmesinin yani kıyas vb. yollarla kanunda sayılmayan başkaca taleplerde bulunulmasının mümkün olmadığı hakkındaki görüş için bkz. Eren, s. 646-651; tarafların iradeleri ile TBK m. 475’te sayılmayan hakların talep edilebilmesinin de kararlaştırılabileceği yönündeki görüş için bkz. Canbolat, F., 2009. *İstisna sözleşmesinde iş sahibinin ayıba karşı tekeffülden doğan hakları*, 1. Baskı. Ankara, s. 197.

tanınmamıştır²²⁸. Doktrindeki hâkim görüş²²⁹ ve Yargıtay içtihatları²³⁰, satış sözleşmelerinde ayıp halinde alıcının seçimlik haklarının düzenlendiği TBK m. 227 hükmünün kıyasen

²²⁸ Aslan, *Tüketici hukuku dersleri*, s. 115

²²⁹ Yener, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü ve Sonuçları*, s. 168; Acun, s. 72; Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 107, 126; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Ergezen, s. 87; Erman, *Arsa Payı*, s. 148; Öktem, s. 1959; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 147-148; Şahiniz, s. 172; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 60; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 189; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 187; Zevkliler/Gökyayla, s. 531. Ayrıca, eser sözleşmesinde tamamlanan işin kullanılamayacak derecede ayıplı olması halinde dahi ekonomik bir değer taşıdığı; satış sözleşmesine konu şeyler bakımından ise böyl bir durumun söz konusu olmadığı, bu nedenle satış sözleşmesi için düzenlenen TBK m. 227/4 hükmünün uygulanmaması gerektiğini savunan aksi görüş için bkz. Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 167-168.

²³⁰ Yarg. 23.HD., 18.06.2019 T., 2016/3982 E., 2019/2799 K.:

“ ... Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı tazminat istemine ilişkindir. 6502 sayılı Kanun'un 3. maddesinin gerekçesinde eser sözleşmelerinin kanun kapsamına alınmasına herhangi bir açıklama getirilmemiştir. Ancak Kanun'un sistematigi nazara alındığında kanunda zikredilen eser sözleşmelerinden kastın; ticari ve mesleki olmayan amaçlarla, salt kişisel ihtiyaçları için kullanma ve tüketme amacıyla gerçek ve tüzel kişi ile tüketici arasında yapılan eser sözleşmeleri olduğu anlaşılmaktadır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu'nun 355 vd., 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türüdür. Bu sözleşmelerin bir tarafı arsa sahibi diğer tarafı yüklenicidir. Bu tür sözleşmelerde arsa sahibinin Tüketici Kanunu'nda 3/k maddesindeki tüketici tanımına uymadığı açıktır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde arsa sahibi açısından güdülen amaç, arsasını değerlendirmektir. Bu nedenle arsa sahibinin arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi imzalarken güttüğü saikin 6502 sayılı Kanun'da tanımlanan tüketicinin saikinden farklı olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerine konu işin üst düzey teknolojiyi gerektirmesi, sözleşme kapsamında taşınmaz satış vaadi ve inşaat sözleşmelerinin de bulunduğu nazara alındığında 6502 sayılı Kanun'da kanun koyucunun salt kullanma ve tüketme amacına yönelik mutfak, dolap yaptırmak, araç tamiri yapmak gibi dar kapsamlı eser sözleşmelerini kastettiği, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin ise bu kapsamda olmadığını kabulü gerekir. Bu durumda davaya bakmakla görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu gözetilerek, tüketici mahkemesince, HMK'nın 114/1-c ve 115/2. maddesi hükümleri uyarınca göreve ilişkin dava şartı noksanlığı bulunduğu gerekçesiyle, davanın usulden reddine karar verilmesi gerekirken, işin esası hakkında yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır.” www.hukukihaber.net (e.t.: 14.08.2019)

Yarg. 15. HD., 30.05.2018 T., 2017/1948 E., 2018/2291 K.:

“... Öncelikle eser sözleşmesinden kaynaklanan uyumsuzluklarda misli ile değiştirme hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağını tartışılması gerekmektedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinin k bendinde “tüketici; ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi, l) bendinde de tüketici işlemi: ise mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ifade eder.” şeklinde tanımlanmaktadır. Aynı Kanun'un 8. maddesinde ayıplı mal tanımlanmış, 11. maddesinde ayıplı mal halinde tüketicinin hakları ve ayıplı maldan sorumluluk benzer hükümlerde hizmet yönünden 13-16. maddeler arasında ve 83/1 maddesinde ise; “Bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır...” düzenlemesi mevcuttur. Bu tanımlardan ve düzenlemelerden hareket edildiğinde eser sözleşmelerinden kaynaklanan ve bir tarafı yüklenici ve diğer tarafı nihai tüketici olan uyumsuzluklara tüketici mahkemelerinde bakılacağı açıktır. Sözü edilen Yasa'da göreve ilişkin açık bir düzenleme bulunduğu halde eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda eksik iş, ayıplı iş, fesih ve zamanaşımı gibi konularda bir düzenleme yapılmamıştır. Düzenleme yapılmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. Kanun koyucunun eser sözleşmelerinin niteliğine uygun düşmeyecek hallerde atıf maddesi olan aynı kanunun 83. maddesi gereğince genel hükümlere göre uyumsuzluğun çözümünü istediği açıktır. Gerçekten de aynı Kanun'un satım yönünden 8, 11 ve 12. maddeleri, hizmet yönünden 13-16. maddeleri birlikte incelendiğinde eser sözleşmelerinden kaynaklanan uyumsuzluklarda bu hükümlerin uygulanabilmesi, eser sözleşmelerin niteliği gereği mümkün değildir. Bahsi geçen maddelerde yer alan malın ayıplı olması halinde misli ile değiştirme seçimlik hakkı, eser sözleşmelerinde teslimi gereken eserin özgün niteliği gereği mislinin bulunması mümkün olmadığından düzenlemenin uygulanması da mümkün değildir. Madde hükümleri incelendiğinde eserden değil maldan, yüklenici değil satıcı, üretici, sağlayıcı ve ithalatçıdan bahsedildiği ve bu kavramların eser ilişkisinde uygulanmasının imkânsızlığını ortaya çıkarır. Kanun'un 12. maddesindeki düzenlemede geçen ithalatçı kavramı ve 15. maddede geçen sağlayıcı kavramı eser ilişkisinde söz konusu olamaz. Bir an için genel hükümlere değil de, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlenen hükümlere göre uygulama yapılacağı kabul edildiğinde eser sözleşmesi ilişkisinde imkânsız durumlar ortaya

uygulanması gerekliliği nedeniyle iş sahibinin yalnızca ayıbın eseri tamamen değersiz kılması halinde sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği yönündedir.

Yargıtay içtihatları ise, kanunda iş sahibine tanınan seçimlik hakların sınırlı sayıda olduğunu ve genişletilemeyeceğini belirtmektedir²³¹.

Kanaatimizce de ayıp halinde iş sahibine tanınan haklar TBK m. 475’de sınırlı şekilde sayılmıştır ve taraflardan biri aleyhine değiştirilemez. Zira kanun koyucu satış sözleşmelerinde ayıp halinde alıcıya tanınan seçimlik hakların eser sözleşmeleri bakımından da iş sahibine tanınması gerektiği görüşünde olsa idi, kanunda da bu yönde bir düzenleme yapardı.

İş sahibinin seçimlik hakları hukuki niteliği bakımından ise yenilik doğurucu haklardandır²³². Dolayısıyla tek taraflı irade beyanıyla kullanılır, kullanılmalarıyla doğrudan etki yaratır ve kullanıldıkları takdirde bundan dönülmesi ya da geri alınması mümkün değildir. Bir diğer ifadeyle iş sahibinin seçimlik haklarından hangisini kullanacağını belirttikten sonra bunu geri alması ya da değiştirmesi mümkün değildir. Örneğin ayıplı eserin

çıkart. Örneğin; dikilen bir elbisenin, yapılan bir ayakkabının, özel ölçülere göre imâl edilmiş bir dolabın, yapılan mutfak tadilatının, yapılan bir çatı onarımının, dış cephe kaplamasının, estetik amaçlı saç ekimi ya da diş protezi yapımının, düğün töreninde çekilen fotoğrafların ve benzer eser ilişkilerinde ayıplı imalat halinde misli ile değiştirilmesi nasıl mümkün olacak veya bu kanunda düzenlenen bu hallerdeki sorumlu olanlardan ithalatçının sorumluluğu nasıl bir yorum ile değerlendirilecek, konuları açıklanamamaktadır. Hal böyle olunca düzenlemenin genel hükümlere atıf yaptığı ve Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağını kabulü gerekir.” (www.lexpera.com, e.t.: 10.10.2019)

²³¹ Yarg. 15. HD. 29.04.2015 T., 2014/4247 E., 2015/2265 K.:

Dava, iş sahibi tarafından ayıplı imalat nedeniyle yapılan kapıların ayıpsız misli ile değiştirilmesi talebiyle açılmış mahkemece davanın kabulü ile kapılardan ikisinin davalı tarafça ayıpsız misli ile değiştirilmesine dair verilen karar davalı yüklenici şirket vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacı vekili talebinde davacı iş sahibinin fabrikasında kullanılmak üzere imal edilen ve montajı yapılan sekiyonel kapıların ayıplı olup iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olduklarından ayıpsız misli ile değiştirilmesini talep etmiştir. Eser, iş sahibine ayıplı olarak teslim edilmiş, iş sahibi de muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş ise yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile iş sahibinin kullanacağı seçimlik haklar akdi ilişkinin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BK’nın 360. maddesinde sayılmıştır (TBK’nın 475.md). Bunlar eserdeki ayıbın önemine göre eser sözleşmesinden dönülmesi, eserin alıkonarak ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin onarılmasını talep hakkıdır. Bu seçimlik haklar arasında misli ile değiştirme bulunmamaktadır. Bu nedenle misli ile değiştirme kararı verilemez. BK’nın 360. maddesinde düzenlenen seçimlik haklar kullanılmayıp değişim istendiğinden dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK’nın 26. maddesi gereği taleple bağlılık ilkesi gereği talep dışı bir karar verilemeyeceği gözetilerek davanın reddi gerekirken davanın kabulüne dair verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir. (Şahin, T., 2011. Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi C.I, S.2, s. 141.

²³² Yenilik doğuran haklar, hak sahibi tarafından tek taraflı bir beyanla kullanılmak suretiyle yeni bir hukuki ilişki meydana getiren, bir hukuki ilişkiyi değiştiren ya da ortadan kaldıran haklar olarak tanımlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz V., 2005, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. 1. Baskı. Ankara, s. 55 vd.; Erman, H., 2016. *Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü ve Kişiler Hukuku*. 2. Baskı. İstanbul, s. 99-101; Kahraman, Z., 2018. *Ayıbın Giderilmesi Talebinin Hukuki Niteliği*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, s. 122.

ücretsiz olarak onarılmasını talep eden iş sahibi, sonrasında bu talebini eserin bedelinden indirim yapılması şeklinde değiştiremez. Değiniilmesi gereken bir diğer husus ise, yenilik doğuran hakkın kullanılmasının kural olarak, bu yönde açılacak bir davaya yani bir ilama gerek olmaksızın, hak sahibinin yani iş sahibinin bu yöndeki irade beyanıyla gerçekleşmesidir²³³. İş sahibi seçimlik haklarını TMK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanamayacağı gibi şarta bağlı olarak da kullanamayacaktır²³⁴. Aşağıda ayrıntılı olarak açıkladığımız seçimlik haklar iş sahibi ve yüklenici arasındaki eser sözleşmesinden kaynaklandığı için kural olarak üçüncü kişilere devredilemez zira iş sahibi ya sözleşmeden dönmeyi ya da yüklenicinin bedelde indirim yapmasını talep edecektir²³⁵. Yalnızca iş sahibinin ayıplı inşaatın ücretsiz olarak onarılmasını istemesi halinde bu hak yüklenici tarafından üçüncü kişiye devredilebilir²³⁶.

2. Sözleşmeden Dönme

TBK m. 475/1-b hükmünde inşaat sözleşmelerinde ayıbın varlığı halinde iş sahibine tanınan seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkının yalnızca hakkaniyet gereği eserin iş sahibince kabulünün beklenemeyeceği denli ayıplı olması veya meydana getirilen eserin sözleşme hükümlerine de bu denli aykırı şekilde yapılmış olması gerekmektedir²³⁷. Yargıtay içtihatları da iş sahibinin diğer seçimlik haklarından farklı olarak sözleşmeden dönme

²³³ Özmen E. S. / Ürem, M., 2016. Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları Ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 3, s. 193; Eren, Özel Hükümler, s. 647; Acun, s. 64; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 166; Zevkliler/Gökyayla, s. 529. Ayrıca bkz. YHGK. 22.02.2012 T., 2011/11-693, 2012/88 K.

²³⁴ Canbolat, s. 103; Kahraman, Ayıbın Giderilmesi Talebinin Hukuki Niteliği, s. 122; Kaplan, Endüstri Yatırım Sözleşmeleri, s. 137; Zevkliler/Gökyayla, s. 528.

²³⁵ Öktem S., 2006, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, s. 1950.

²³⁶ Gümüş, Özel Hükümler, C. 2, s. 63; Seliçi, Müteahhidin sorumluluğu, s. 156.

²³⁷ Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 103; Eren, İnşaat Sözleşmeleri, s. 103; Ergezen, s. 87; Erman, Arsa Payı, s. 142; Gümüş, s. 64; Karahasan, s. 284; Koyuncu, s. 1073; Öktem, s. 1953; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 162-163; Serozan, Sözleşmeden Dönme, s. 305; Şahin, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 142; Şahin, s. 141; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 48; Tandoğan, Özel Hükümler, s. 177; Uçar, Ayıba Karşı Tekeffül, s. 172.

Mülga (818 sayılı) Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmelerinde iş sahibinin ayıptan doğan haklarının düzenlendiği 360/I hükmü “Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.” şeklindedir. Bir diğer ifadeyle, yüklenicinin meydana getirdiği eserin kullanılamaması ve iş sahibinin eseri kabule zorlanamaması hususları sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için her ikisinin birden gerçekleşmesi gereken şartlar olarak düzenlenmiştir. Oysaki 6098 sayılı TBK m. 475/1 hükmünde kanun koyucu tarafından bilinçli olarak ve değil veya bağlacı kullanılmış yani eserin kullanılamaması ya da iş sahibinin eseri kabule zorlanamaması koşullarından yalnızca birinin varlığı yeterli görülmüştür.

hakkının kullanılabilmesi için eserdeki ayıbın giderilemeyecek nitelikte olması gerektiğini belirtmektedir²³⁸.

Burada belirtmek gerekir ki bazı yazarlara²³⁹ göre mülga BK döneminde dahi inşaatın kullanılamaması ve iş sahibinin inşaatı kabule zorlanamaması bir arada aranan koşullardan değil iken bazı yazarlar²⁴⁰ ise TBK yürürlüğe girdikten sonra dahi inşaatın kullanılamaması ve kabule zorlanamama hususlarının birlikte aranacağı görüşündedir. Kanaatimizce, hukuki metinler özellikle kanunlardaki ifadeler bakımından kanunun lafzından hareket etmek zorunludur, zira kanun koyucu kelimelerin temel anlamından başka bir şey kast etmek istese idi bunu ayrıca ve açıkça belirtirdi. Bu nedenle lafzi yorum²⁴¹ ilkeleri de gözetilmek suretiyle kanun koyucunun ayıp halinde sözleşmeden dönülmesi için 818 sayılı BK döneminde eserin kullanılamaması ve kabule zorlanamama hususlarının her ikisinin birlikte gerçekleşmesinin gerektiğini, 6098 sayılı TBK döneminde ise bu hususlardan yalnızca birinin gerçekleşmesinin yeterli olduğunu belirttiği kanısındayız.

Her ne kadar TBK m. 475/1'de düzenlenen dönme hakkının kullanılmasının eserin kabulünden kaçınılmış olmasına bağlı olmadığı, inşaat kabul edilmiş olsa dahi sözleşmeden dönülebileceği belirtilmiş olsa da doktrinde - tarafların sözleşme hiç yapılmamış olsa idi dönecekleri haline dönmeleri yani geri verme vb. birtakım yükümlülüklerin oluşmaması için-

²³⁸ Yarg. 15. HD., 27.03.2018 T., 2016/6089 E., 2018/1188 K.:

"... Taraflar arasında imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 sayılı TBK'nın 470 ve devamı maddelerinde öngörülen "eser sözleşmesi" ilişkisi kurulmuş olup, yüklenicinin edimi eseri iş sahibinin amacına uygun fen ve tekniğine uygun olarak teslim etmek, iş sahibinin edimi ise iş bedelini ödemektir. İş sahibinin seçimlik hakkını düzenleyen 6098 sayılı TBK'nın 475/1. maddesinde eser kabule icbar edilemeyecek şekilde ayıplı olur ise sözleşmeden dönme ve bedel iadesi, 2. fıkrada ise eseri alıkoyup ayıp oranında bedelde indirim isteme hakkı mevcut olup, son fıkrasında aşırı zarar doğuracaksa iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağına dair düzenlemeler mevcuttur. Mahkemece bu madde ve anılan fıkraları uyarınca değerlendirme yapılmamıştır. Bu haliyle alınan rapor ve ek raporlar hükme esas alınamaz. Bu nedenle mahkemece yapılacak iş; 13.04.2015 tarihli kök raporu veren bilirkişi kurulundan ek rapor almak suretiyle TBK 475/1. madde uyarınca eserin kabule icbar edilemeyecek şekilde ayıplı olup olmadığı hususunda değerlendirilme yapılmalıdır." www. <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, (e.t.:22.01.2020)

Yarg. 15. HD., 04.10.2017 T., 2016/1822 E., 2017/3278 K.:

"Eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Eserdeki ayıpların eserin reddini reddini gerektirecek nitelikte önemli olmaması halinde ise diğer seçimlik hakların kullanılması gerekir." www. kazanci.com (e.t.:22.01.2020)

²³⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 529.

²⁴⁰ Aral/Ayrancı, s. 407

²⁴¹ Işıktaş, Y. / M. S., 2016. *Hukuk Metodolojisi*, 1. Baskı. İstanbul, s. 194; Gözler, K., 1998. *Hukukun genel teorisine giriş: hukuk normlarının geçerliliği ve yorumu sorunu*, 1. Baskı. İstanbul, s. 166

yüklenici eseri teslim etmeyi teklif etse dahi iş sahibinin inşaatı teslimini kabul etmekle yükümlü olmadığı belirtilmektedir²⁴².

İnşaattaki ayıp nedeniyle yüklenicinin eseri kabul etmekle yükümlü olup olmadığı, eserin ücretsiz olarak onarılmasını isteme ya da bedelde indirim hakkının kullanılması ile varılması amaçlanan faydanın sağlanıp sağlanamayacağı -bir diğer ifadeyle iş sahibinin sözleşmeden dönmesin zorunlu olup olmadığı- dönme hakkının kullanılması halinde iş sahibi ve yüklenici arasındaki fayda dengesinin aşırı şekilde bozup bozmayacağı ve eserdeki ayıbın giderilmesi için harcanması gereken zaman ve yapılacak olan masraf hakim tarafından hakkaniyet esasları da göz önünde bulundurularak değerlendirilir²⁴³.

TBK m. 475'te düzenlenen dönme hakkının kullanılabilmesi için eserin iş sahibince kabulünün beklenemeyeceği denli ayıplı olması –burada tam önemli ayıp kast edilmektedir- ya da meydana getirilen eserin sözleşme hükümlerine de aynı derecede aykırı şekilde yapılmış olması gerekmektedir²⁴⁴. Örneğin bir binanın inşa edilmesine dair düzenlenen sözleşmede duvarların beyaz olacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen siyaha boyanması halinde iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz çünkü bu husus tam önemli ayıp olarak nitelendirilemez ve giderilemez nitelikte de değildir. Eserin ne denli ayıplı olduğu ve bu ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirip gerektirmediğini ise TMK m. 4 uyarınca hakim takdir edecektir²⁴⁵. Örneğin tamamı yanlış bir malzeme kullanılarak meydana getirilen eser bakımından iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği belirtilmektedir²⁴⁶.

Kanun koyucu tarafından, yüklenicinin iş sahibinin arsası üzerine inşa ettiği eserler bakımından ise sözleşmeden dönme hakkında özel bir düzenlemeye yer verilerek, TBK m. 475'in son fıkrasında bazı sınırlamalar yapılmıştır. Buna göre, eser, iş sahibinin taşınmazı

²⁴² Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 103; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Ergezen, s. 87; Erman, *Arsa Payı*, s. 142; Gümüş, s. 64; Karahasan, s. 284; Koyuncu, s. 1073; Öktem, s. 1953; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 162-163; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 142; Şahiniz, s. 141; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 48; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 177; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 172.

²⁴³ Erman, *Arsa Payı*, s. 142, Karadaş, s. 208; Kırmızı, s. 220-225; Zevkliler/Gökyayla, s. 528-530.

²⁴⁴ Acun, s. 65; Aral/Ayrancı, s. 406-407; Eren, *Özel Hükümler*, s. 647-648; Gümüş, *Özel Hükümler*, C.2, s. 64; Gümüşsoy Karakurt, s. 38; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 1321; Şahiniz, s. 142; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 50; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 178; Zevkliler/Gökyayla, s. 529.

²⁴⁵ Yarg. 15. HD. 27.03.2019 T., 2018/554E., 2019/1378 K.:

“... Davacı yapılan işin ayıplı olduğunu iddia ettiğine göre ayıbın bulunup bulunmadığı, bulunmakta ise ayıbın niteliği ve derecesinin uzman bilirkişi aracılığı ile belirlenip TBK 475. maddesi hükümlerine göre değerlendirilip yapılması zorunludur.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.: 09.09.2019)

²⁴⁶ Yarg. 15. HD. 11.02.2019 T., 2018/3681 E., 2019/533 K.:

“... Eser sözleşmesine konu zincirin ST52 malzemesi yerine ST37 malzemesinden üretildiği ... raporu ile anlaşıldığı gibi bilirkişi tarafından yapılan değerlendirmede de zincirde gizli ayıp olduğu ve kullanım hatası bulunmadığı bildirildiğine göre iş sahibinin seçimlik hakkını düzenleyen TBK 475/1. maddesi uyarınca iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.: 11.09.2019)

üzerinde inşa edilmiş ve sökülmesi aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır²⁴⁷. Bir diğer ifadeyle, iş sahibi kendi arsası üzerine yapılan inşaatlar bakımından ayıplı olan eserin sökülmesi aşkın zarara yol açmayacaksa sözleşmeden dönebilir. Eserin sökülmesi ya da kaldırılması aşkın zarara yol açacak ise iş sahibi yalnızca bedelde indirim ya da ücretsiz onarım seçimlik haklarından birini kullanabilecektir. Bu husus, TBK m. 475/3 hükmü uyarınca meydana getirilmiş eserin korunması ve tahrip edilmemesi ilkesinden kaynaklanmaktadır²⁴⁸. Zararın aşırı olup olmadığını ise hâkim takdir eder²⁴⁹.

İnşaatın ayıplı olmasına rağmen iş sahibinin dönme hakkını kullanmadığı diğer durumları ise iş sahibinin inşaatın kabulünde temerrüde düşmesi ve temerrüt sırasında inşaatın beklenmeyen hal (örneğin deprem) sebebiyle yok olması, inşaatın iş sahibinin sorumlu olduğu bir sebeple yok olması, iş sahibinin inşaatı temlik etmiş olması ya da ayıplı olduğunu bilmesine rağmen inşaatı kullanması olarak sıralamak mümkündür. İnşaatın yok olduğu durumlar bakımından gerek teorik olarak sözleşmeden dönülmesi gerekse de somut olayın koşulları gereği inşaatın ücretsiz olarak onarılması mümkün olmayacağından iş sahibi yalnızca bedelden indirim yapılmasını talep edebilecektir²⁵⁰. İnşaatın kabul edilemeyecek kadar ayıplı olması halinde ise iş sahibi bedelde indirim ya da inşaatın ücretsiz onarılması hakları ile sınırlanamayacak, sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir²⁵¹.

Çalışmamızın önceki kısmında da belirttiğimiz üzere dönme hakkı yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılmaktadır (karşı tarafın kabulüne

²⁴⁷ Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 103; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Ergezen, s. 87; Erman, *Arsa Payı*, s. 142; Koyuncu, s. 1073; Öktem, s. 1953; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 162-163; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 142; Şahiniz, s. 141; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 48; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 177; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 172.

²⁴⁸ Aral/Ayrancı, s. 407; Canbolat, s. 115; Erman, *Arsa Payı*, s. 145; Koyuncu, s. 1088; Öktem, s. 1957; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 163; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 221; Tutkun, s. 204.

²⁴⁹ Aral/Ayrancı, s. 407; Canbolat, s. 114; Gümüşsoy Karakurt, s. 39; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Erman, *Arsa Payı*, s. 145; Koyuncu, s. 1091; Öktem, s. 1957; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 163; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 306; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 143; Şahiniz, s. 147; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 53; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 179; Zevkliler/Gökyayla, s. 530.

²⁵⁰ Canbolat, s. 120; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 148.

²⁵¹ Yarg. 15. HD., 02.11.2006T., 2005/5224 E., 2006/6181 K.:

“... BK'nın 360/1. maddesinde "Yapılan şey, iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir..." hükmü getirilmiştir. Yapılan iş, bohçalama izolasyon işidir. Alınan bilirkişi asıl ve ek raporlarında, kontrol ve denetime önem verilmemesinden dolayı, imalatın birçok kusur ve hataları beraberinde taşıdığı, izolasyon imalatının kısım kısım bazı yerlerden su sızdirdığı, evsafına uygun tecrit sisteminin oluşturulmadığı, bohçalama ve izolasyon imalatını yapan yüklenicinin kusur ve hatasından dolayı binanın su sızıntılarından bu hali ile kurtulmasının mümkün olmayacağı, eserin kabule icbar edilemeyeceği açıklanmıştır. O halde, ortaya çıkarılan eserin amacına uygun olduğundan söz edilemez. Bu durumda iş sahibi, BK'nın 360/1. maddesi gereğince eseri reddetmekte ve ödediğini geri istemekte haklıdır. BK'nın 360/II. maddesi hükmü, eserdeki ayıbın, iş sahibinin eseri kabulden kaçınmayı haklı kılacak derecede önemli olmaması haline münhasır olduğundan, mahkemece bedelden indirim yapılmak suretiyle hüküm kurulmuş olması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir.” www.kazanci.com.tr/(e.t.: 11.09.2019)

bağlı değildir) ve karşı tarafa ulaştığı anda sonuç doğurur²⁵². Türk Ticaret Kanunu m. 18/3'te düzenlenen “*Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.*” hükmü uyarınca tacirler arasındaki dönme beyanları bakımından şekil koşulları öngörülmuşse de doktrinde bunun ispat şekli olduğu belirtilmektedir²⁵³. Dönme hakkı koşula bağlı olarak ya da dürüstlük kuralına aykırı şekilde kullanılamaz ve yenilik doğurucu bir hak olması nedeniyle bir kez kullanıldıktan sonra dönülemez. Doktrinde ise iş sahibinin dönme hakkını kullandıktan sonra sözleşmenin her iki tarafının da iradesinin sözleşmeyi yeniden canlandırma olması halinde bu anlaşmanın mümkün olduğu ancak bunun yeni bir sözleşme sayılmayacağı görüşü ileri sürülmektedir²⁵⁴.

Her ne kadar dönme hakkı kısmi olarak kullanılamasa da birbirinden bağımsız nitelikteki inşaatlar bakımından iş sahibinin inşaatın ayıpsız olan kısmını kabul edip ayıplı olan inşaat bakımından sözleşmeden dönmesi mümkündür²⁵⁵. Bir diğer ifadeyle, inşaatın tamamlanmış bölümleri için yüklenici bakımından kısmi ifa hükümleri uygulama alanı bulacak, tamamlanmayan ya da iş sahibince kabul edilmeyen kısımlar bakımından ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Örneğin bir arazi üzerinde birbirinden bağımsız on adet bina yapılacağı kararlaştırılmış iken binalardan altı tanesinin ayıplı dört tanesinin ise ayıpsız olduğu durumda binalar birlikte bir bütün oluşturmadığı için iş sahibi ayıpsız olan dört binayı kabul edip, ayıplı olan altı bina bakımından sözleşmeden dönmesi mümkündür. Anılan örnekte her ne kadar yüklenici 4 adet binayı eksiksiz ve ayıpsız olarak ifa etmişse de iş sahibi ile 10 adet binanın yapımı için anlaştığı için edimini eksiksiz olarak ifa ettiğinden bahsedilemeyecektir, dolayısıyla kısmi ifa söz konusu olur.²⁵⁶ Bu durumda, yüklenicinin bir miktar ücret karşılığında iş sahibini inşaatın ayıpsız kısmını da kabule zorlama hakkı bulunmamaktadır zira sözleşmeden dönme iş sahibinin tek taraflı beyanı ile sonuç doğuran ve yüklenicinin kabulüne bağlı olmayan bir haktır. İş sahibi, inşaatın kısmen ifa edilen kısmını

²⁵² Acun, s. 69; Aral/Ayrancı, s. 407; Buz, *Yenilik Doğuran Haklar*, s. 173-174; Canbolat, s. 120; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Erman, *Arsa Payı*, s. 146; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 216-217; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 162-164; Şahin, s. 163-164; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 49; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 182; Zevkliler/Gökyayla, s. 530.

²⁵³ Erman, *Arsa Payı*, s. 146; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 221; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C.I, s. 462; Öz, *Dönme*, s. 64; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 151; Tutkun, s. 205; Zevkliler/Gökyayla, s. 530.

²⁵⁴ Erman, *Arsa Payı*, s. 146; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s.177-181.

²⁵⁵ Bölünebilir ifa hakkında ayrıntılı bilgi için bk. Demirbaş, F., 2018. *Kısmi ifa*, İstanbul, s. 70-85.

²⁵⁶ Şen, E., 2018. *Kısmi ifa*, 1. Baskı, İstanbul, s. 94; Ayrıca bkz. Çetiner, B., 2015, *Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları*, 1. Baskı, İstanbul.

kullanabiliyorsa, tamamlanmayan kısmını kendi tamamlayabiliyor ya da üçüncü bir kişiye tamamlatabiliyorsa kısmi ifadan yararlanabildiği kabul edilmektedir ²⁵⁷. Son olarak, inşaat sözleşmesinde edimin bölünebilir olması halinde dahi edimin kısmen ifası hukuka aykırı olur ve alacaklı iş sahibi TBK m. 84'te düzenlenen kısmi ifa hükümleri uyarınca yüklenicinin kısmi ifa teklifini reddedebilir²⁵⁸.

Doktrinde dönme hakkında ileri sürülen görüşler bakımından; klasik dönme görüşüne göre²⁵⁹ dönme eser sözleşmesini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmaktadır, bu durumda amaç tarafların sözleşmenin hiç yapılmadığı durumlarına dönmeleridir. Yeni dönme teorisi olarak adlandırılan bir diğer görüş ise²⁶⁰, dönmenin geçmişe etkili bozucu değil değiştirici bir hak olduğunu ileri sürmektedir. Klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşünün sentezi niteliğindeki üçüncü görüş²⁶¹ ise sözleşme ifa edilinceye kadar klasik görüşünün, sözleşme ifa edildikten sonra ise yeni dönme görüşünün öngördüğü kuralların uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir.

3. İnşaatın Ücretsiz Onarılmasını İsteme

İş sahibinin sözleşmeden dönmesini gerektirmeyecek nitelikteki ayıplar bakımından bedelin ayıp oranında indirilmesi ya da inşattaki ayıpların ücretsiz olarak onarılmasını talep edilebilecektir²⁶². Tıpkı bedelden indirim hakkı gibi eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkı da eserin ayıplı olması nedeniyle iş sahibi aleyhine bozulan fayda dengesini düzeltmeyi amacıyla düzenlenmiştir. İş sahibinin bu seçimlik hakkını kullanabilmesi için eserin onarılması aşırı bir masraf gerektirmemelidir²⁶³. Eserin onarılması için yapılması gereken masraf eserin kendi değerinden fazlaysa bu hak kullanılamaz ²⁶⁴. Yüklenicinin garantide

²⁵⁷ Eren, s. 587; Aral/Ayrancı, s. 360; Yavuz, s. 537.

²⁵⁸ Şen, s. 95. Ancak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri bakımından, yüklenicinin ayıba karşı tekeffül hükümleri tamamlanmış ve teslim edilmiş inşaatlarda uygulama alanı bulacağından, uygulamada iş sahibince sözleşmeden dönme hakkının kullanılması genellikle mümkün olmamaktadır. Bkz. Erman, *Arsa Payı*, s. 146; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 164; Öz, *Dönme*, s. 125.

²⁵⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral/Ayrancı, s. 407; Tandoğan, s. 177; Zevkliler/Gökyayla, s. 560

²⁶⁰ Eren, s. 649; Şenocak, s. 49; Uçar, s. 176.

²⁶¹ Canbolat, s. 120; Serozan, s. 502; Yavuz, s. 169.

²⁶² Acun, s. 70; Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 123; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Ergezen, s. 86; Erman, *Arsa Payı*, s. 147; Gürpınar, s. 101; Öktem, s. 1957; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 166; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 236; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 147; Şahiniz, s. 171; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 57; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 185; Zevkliler/Gökyayla, s. 531.

²⁶³ Aral/Ayrancı, s. 409; Canbolat, s. 138; Ergezen, s. 85; Erman, *Arsa Payı*, s. 151-152; Öktem, s. 1961; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 236; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 175; Şahiniz, s. 190; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 197; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 198-199; Zevkliler/Gökyayla, s. 532.

²⁶⁴ Acun, s. 71; Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 124; Eren, *Özel Hükümler* s. 650; Ergezen, s. 86; Gürpınar, s. 101; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 147; Şahiniz, s. 172; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 58; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 188; Zevkliler/Gökyayla, s. 531. Yakuppur, S., 2009. *Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde*

bulunmadığı durumlarda ise eserin onarılması için yapılacak masrafın aşırı olup olmadığı ise yüklenicinin yapacağı masraf ile iş sahibinin sağlayacağı fayda arasındaki denge gözetilmek suretiyle belirlenir²⁶⁵. Çünkü ayıplı eserin onarılması için yapılacak masraflar yükleniciye aittir²⁶⁶.

İş sahibinin tek taraflı irade beyanı ile eserin ücretsiz onarılması hakkını seçtiğini belirtmesi üzerine yüklenici makul sürede işe başlayarak eseri onarmalıdır²⁶⁷. Yüklenicinin eseri onarmak için makul süre içinde çalışmaya başlamaması, başlamayacağının anlaşılması ya da haklı bir sebep olmaksızın işi geciktirmesi halinde, borca aykırılık önceden belli olacak ve TBK m. 473/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁶⁸. Değinilmesi gereken bir diğer husus ise, TBK’da bu durumda yüklenicinin ne zaman eserin onarımına başlayacağı kesin bir şekilde belirtilmemiş olmasına karşın TKHK m. 11/4’te yer alan “*Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içinde yerine getirilir. Aksi hâlde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.*” hükmü ile tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde onarımın en fazla otuz gün içinde tamamlanması gerektiği düzenlendiğidir. Tüketici sözleşmesi niteliğindeki eser sözleşmelerinde otuz gün içinde

Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul, s. 61; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 237.

²⁶⁵ 818 sayılı BK m. 360/2 hükmü “*İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafı mucip değil ise müteahhidin tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir.*” şeklinde olup, görüldüğü üzere kanun koyucu yalnızca eserdeki ayıbın onarılmasının değil, ayıbın mutlaka giderilmesinin gerektiğini ifade etmektedir. BK döneminde ayıbın giderilmesi olarak düzenlenen hüküm, TBK m.475’de eserin onarılmasını isteme şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

²⁶⁶ Acun, s. 69-70; Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 123; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Ergezen, s. 86; Erman, *Arsa Payı*, s. 147; Gürpınar, s. 101; Öktem, s. 1957; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 166; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 236; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 147; Şahiniz, s. 171; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesin*, s. 57; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 185.

²⁶⁷ Aral/Ayrancı, s. 410; Canbolat, s. 140; Ergezen, s. 86; Erman, *Arsa Payı*, s. 155; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 68; Öktem, s. 1961; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 238; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 178; Şahiniz, s. 198; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 198; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 201; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

²⁶⁸ Aral/Ayrancı, s.408. Ayrıca Ayrıntılı bilgi için bkz. Ürem, M., 2017. *Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmeksizin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları* (TBK m. 473/1, 1. Baskı, İstanbul); Gümüşsoy Karakurt, G., 2017. *Eser sözleşmesinde yüklenicinin borca aykırılığının önceden belli olması*, 1. Baskı, İstanbul; Gündoğdu, F., 2014. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı* (TBK m. 473 f.2), 1. Baskı, İstanbul; Tunç, A., 2016., *İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı* (TBK md. 473/I), ERÜHFD, C. 11, S. 1, s. 253-269; Akkaş, A. H., *İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı* (TBK md. 473/I), EÜHFD, C. 11, S. 1, s. 253-269, Yüce, M. B., 2015. *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı* (İfa Zamanı), İstanbul; Yücel, Ö., 2008, *Borçlar Kanunu 358/I.Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu*, AÜHFD, C. 57, S. 3, s. 779-790.

TBK'ya tabi eser sözleşmelerinde ise taraflar arasında özel bir düzenleme olmadığı takdirde TBK m. 123 uyarınca verilen makul bir süre²⁶⁹ içinde ayıplı eserin onarımına başlamayan yüklenici iş sahibinin ihtar ile temerrüde düşer²⁷⁰. İş sahibi temerrüde düşen yükleniciye uygun bir mehil vererek TBK m. 125'te düzenlenen diğer seçimlik haklarını kullanabilir, aynen ifayla birlikte gecikme tazminatını talep edebilir, aynen ifadan vazgeçerek olumlu zararın tazminini isteyebilir ya da sözleşmeden dönerek olumsuz zararının tazminini talep edebilir.

Yüklenici, ücretsiz onardığı eseri ayıplı şekilde onarırsa iş sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilir ancak bu durumda iş sahibinin de gözden geçirme ile bildirim yükümlülüğü yeniden doğacaktır²⁷¹.

4. Bedelden İndirim

TBK m. 475/1 b. 2'de iş sahibinin eseri alıkoyarak bedelin ayıp oranında indirilmesini talep hakkı düzenlenmiştir²⁷². Uygulamada da eserin sözleşmeden dönülmesini gerektirecek denli ayıplı olmaması halinde iş sahibinin genellikle seçimlik haklarından bedelden indirim hakkını kullandığı görülmektedir²⁷³. Ayıplı ifa nedeniyle iş sahibinin aleyhine olarak bozulan

²⁶⁹ İnşaatın ücretsiz olarak onarılmasını talep eden iş sahibi, yüklenicinin bu iş görme edimini ifa etmesinin belli bir süre alacapını göz önünde bulundurmalı ve hakkaniyet ölçüsünde objektif bir süre vermelidir. Makul süre, benzer nitelikteki bir inşaatın onarılması için gereken ortalama bir süre göz önünde bulundurularak belirlenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erman, *Arsa Payı*, s. 155-156; Öz, *Dönme*, s. 124; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 238; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 178-179; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 166.

²⁷⁰ Erman, *Arsa Payı*, s. 156; Öz, *Dönme*, s. 124; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 238; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 178-179; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 179; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 199; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 166; Tutkun, s. 129; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

²⁷¹ Aral/Ayrancı s. 408; Kırmızı, s. 227; Tutkun, s. 129; Zevkliler/Gökyayla s. 530.

²⁷² Yarg. 15. HD., 20.03.2013 T., 2012/1993 E., 2013/1868 K.:

Uyuşmazlık, eserin ayıplı imali ve ayıpların giderilme bedeli konusundadır. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 360.maddesin-de eserin ayıplı teslimi halinde iş sahibinin kullanabileceği haklar sayılmıştır. Buna göre sözleşmeden dönebileceği gibi onarım yapılmasını veya ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını isteme hakkı bulunmaktadır. Yine anılan madde hükmünce yüklenicinin kusurlu davranışı nedeniyle uğradığı zararların da tazmini istenebilir. Eldeki asıl davada iş sahibi ayıp oranında iş bedelinden indirim talep etmiş, ayrıca zarar isteminde bulunmuştur. ... O halde mahkemece yapılması gereken iş; HMK'nın 281/3.maddesi uyarınca, yeniden oluşturulacak uzman bilirkişi heyetiyle mahallinde keşif yapmak suretiyle iksa sistemindeki ayıbın, yüklenicinin fen ve tekniğine, projesine aykırı davranışından mı yoksa iş sahibinin 2 etabı güçlendirmek için proje dışında yaptığı imalattan mı kaynaklandığı hususu denetime elverişli biçimde saptanmalı, yüklenicinin ayıplı imalatının 1.kısım işin toplam bedeli olan 283.300.00 USD + KDV bedel karşılığı 488.057.00 TL.de düşüldükten sonra, fazla ödeme var ise asıl davada, kalan alacak var ise birleşen davada hüküm altına alınmalıdır. www.hukukmedeniyeti.org (e.t.: 05.02.2020)

²⁷³ Yarg. 15. HD., 230.06.2005 T., 2004/6894 E., 2005/3923K:

“BK.nun 360. maddesi uyarınca ayıplı imalat halinde iş sahibinin eseri kabulden kaçınma, bedelin indirimini ve ayıpların giderilmesini isteme ile ayıplı eser nedeniyle tazminat isteme hakları vardır. Dosya kapsamından ayıplı imal edilen sıhhi tesisat borularının değiştirilmediği, tamir ettirilerek kullanıldığı ve davacının tazminat ve bedel tenzili şeklinde seçimlik hakkını kullandığı anlaşılmaktadır. Eser ayıplı imal edildiği için BK.nun 360/II. maddesine göre iş sahibi bedelin tenzilini ve ayıplı imalat nedeniyle tamirat sırasında otelde meydana gelebilecek ve gelmiş hasar ile bu hasarın giderilmesi için geçecek makul süre için kar kaybını tazminat olarak istemekte haklıdır. www.kazanci.com (e.t.: 05.02.2020)

sözleşmeden sağlanan fayda dengesi, sözleşme bedelinde indirim yapılmak suretiyle fayda dengesinin değişen koşullara uygun şekilde düzenlenmesi ve yeniden tarafların edimlerinin birbiriyle orantılı olmasını amaçlamaktadır. Bir diğer ifadeyle, eserin ayıplı olması yüzünden kaybettiği değer nedeniyle eser ayıplı olmasa idi bulunacağı değerden indirim yapılmaktadır. İş sahibinin bedelden indirim hakkını kullanması için kanunda öngörülmüş bir şekil şartı bulunmamasına ve açık ya da örtülü bir irade beyanının karşı tarafa ulaşması yeterli olmasına karşın kanaatimizce ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasında fayda bulunmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki, çalışmamızın önceki bölümlerinde bahsettiğimiz ve TTK m. 18/3'te düzenlenen tacirler arası bildirimler bakımından öngörülen şekil şartı yalnızca diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin düzenlenmiş olduğundan bedelden indirim hakkı bakımından şekil şartı öngörülmüş değildir²⁷⁴. Sözleşmede kararlaştırılan bedelin henüz eser tamamlanmadan ödenmesi halinde ise iş sahibi bedelden indirim talep etme hakkını kaybetmeyecektir. Bu durumda belirlenen indirim miktarı iş sahibine iade edilmesi gereken bedel olacaktır²⁷⁵. Kararlaştırılan ücretin tamamı henüz ödenmemiş ise iş sahibi bedelde yapılacak indirim kadar meblağın ödenmesi talebini reddedebilir²⁷⁶.

Tarafların -özellikle de iş sahibinin- iradesine uygun bir eser meydana getirilmediğinden, eser ayıpsız olsa idi değerinin ne kadar olacağı ise eserin konumu, büyüklüğü, piyasa rayiç değeri vb. objektif kriterlere göre hesaplanır²⁷⁷. Ancak ayıp eserin değerine azaltmıyor ise bedelden indirim hakkı kullanılamaz, yalnızca (koşulları gerçekleşmiş ise) ayıptan doğan diğer haklar kullanılabilir²⁷⁸. Rayiç bedel ise açık ayıplar bakımından eserin teslim anı, gizli ayıplar bakımından ise ayıbın ortaya çıktığı tarih göz önünde bulundurularak hesaplanmalıdır²⁷⁹.

²⁷⁴ Erman, *Arsa Payı*, s. 146; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 221; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. 1, s. 462; Öz, *Dönme*, s. 64; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 151; Tutkun, s. 205; Zevkliler/Gökyayla, s. 530.

²⁷⁵ Aral/Ayrancı, s. 407; Canbolat, s. 128; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 169; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 62; Karadaş, s. 217; Gürpınar, s. 102, Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 323; Kırmızı, s. 228.

²⁷⁶ Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 57; Karadaş, s. 218.

²⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 124; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Ergezen, s. 86-87; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 67; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 323; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 169; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 188; Zevkliler/Gökyayla, s. 531.

²⁷⁸ Acun, s. 71; Canbolat, s. 124-125; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 323; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 65; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 189.

²⁷⁹ Yarg. 15. HD., 27.03.2009 T., 2009/336 E., 2009/1793 K.:

“Yanlar arasında "sözlü" olarak yapılan sözleşme gereğince, davacı yüklenicinin davalıya ait etiket basımı ve yapımı işini yüklenmiş olduğu çekişmesizdir. Davalı, iş bedeli tutarında uyuşmazlık yarattığı gibi, dava ve icra takibine dayanak alınan faturalarda gösterilen ürünlerin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunu da savunmaktadır. Faturalarda gösterilen ürünlerin davalıya teslim edilmiş olduğu, toplanan delillere göre sabit bulunmaktadır. Yüklenici, yapımını ya da imalini yüklediği işi, sözleşme ve yasa hükümlerine, fen ve sanat

İndirilmiş bedelin hesaplanması bakımından gerek doktrinde²⁸⁰ gerekse de Yargıtay'ın içtihatlarında²⁸¹ satış sözleşmesinde kullanılan nisbi hesaplama yöntemi kullanılmaktadır. Formül ile ifade etmek gerekirse;

$$\text{İndirilmiş Ücret} = \text{Kararlaştırılan ücret} \times \frac{\text{Eserin Ayıplı Değeri}}{\text{Eserin Ayıpsız Değeri}}$$

Dönme hakkının kullanılabilirdiği durumlarda zaten eserin ücretsiz olarak onarılması ya da bedelde indirim hakkı kullanılabilir. Ancak, eserin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri ile meydana getirilen eser arasındaki fark yani ayıp büyüdükçe -iş sahibinin bedelde indirim hakkını kullanmayı seçmesi halinde- yapılacak olan indirim bedeli de artacaktır. Doktrindeki hakim görüş indirim bedeli inşaat kadar olacaksa yani inşaatın (tarafklar arasındaki sözleşme hükümleri değerlendirildiğinde) bir değeri olmadığı sonucuna ulaşılabilir ise satış sözleşmesine ilişkin *“Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.”* şeklindeki TBK m. 227/4 hükmünün kıyasen

kurallarına uygun şekilde yapmak ve iş-eser sahibinin beklediği amaca uygun olarak teslim etmekle ödevlidir. Yüklenicinin bu yükümlülüğü, Borçlar Kanunu'nun 356. maddesi gereğince, İş sahibine olan özen borcu gereğidir. Ayıp, bir malda sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Yüklenicinin, iş sahibine olan borçlarına aykırı olarak imalini yüklediği eserin ayıplı olması durumunda; açık ayıplarda Borçlar Kanunu'nun 359; gizli ayıplarda 362. maddeleri hükümlerine uygun olarak ihbarda bulunduğu takdirde, aynı Kanun'un 360. maddesinde tanınan hakları iş sahibi kullanabilir. Eserin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin doğal gidişine göre imkanı bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve bozukluğu varsa derhal yükleniciye bildirmek zorundadır. Tersı durumunda yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulmuş olur. Ancak, kasten sakladığı kusurlarla usulüne uygun yapılan muayenede farkedilemeyecek ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam eder. Eğer, meydana getirilen eserin teslim alındığı sırada usulüne uygun yapılan gözden geçirme ile var olan bozukluğu görülmemişse, ortada gizli bir ayıbın olduğu kabul edilir. Ayıp, sonradan ortaya çıkarsa İş sahibi, öğrenir öğrenmez yükleniciye derhal bildirmek zorundadır. Özetle açıklanan bu hukuksal çerçeve dahilinde somut olaya dönüldüğünde; davalı iş sahibi tarafından 08.09.2006 tarihli İhtarname ile davacı yükleniciye yapılan ayıp ihtarının süresinde olmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü, tüm ürünler üzerinde bilirkişi incelemesi yapılmamış olmakla birlikte, 13.06.2007 günlü bilirkişi raporundaki açıklamalar dikkate alındığında, varlığı ileri sürülen kusurların "açık ayıp" niteliğinde olduğu sonucuna varılmaktadır. Az yukarıda açıklandığı üzere; açık ayıp iharı, Borçlar Kanunu'nun 359. maddesi hükmünde öngörülen sürede yapılmadığından, davalı aynı Kanun'un 360. maddesi hükmünde düzenlenen haklardan birisini kullanamaz.” www. <https://www.kararara.com/> (e.t.:15.10.2019)

²⁸⁰ Aral/Ayrancı, s. 409; Canbolat, s. 127; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Gümüşsoy Karakurt, s. 39; Şenocak, s. 62; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 191; Uçar, s. 190; Zevkliler/Gökyayla, s. 561; Gürpınar, s. 103; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 323-324; Kırmızı, s. 228.

²⁸¹ Yarg. 13. HD., 28.04.2014 T., 2013/30168E., 2014/13319 K.:

“... Satış bedelinden indirilecek miktarın tespitinde, doktrinde, "mutlak metod", "nisbi metod" ve "tazminat metodu" adıyla bilinen değişik görüşler mevcutsa da, gerek Dairemiz gerekse Yargıtay tarafından öteden beri uygulanan "nispi metod" olarak adlandırılan hesaplama yöntemi benimsenmektedir. Bu metoda göre; satış tarihi itibarıyla satılanın, ayıpsız ve ayıplı değerleri arasındaki oranın, satış bedeline yansıma miktarı belirlenmektedir. Başka bir ifade ile satılanın, tarafların kararlaştırdıkları satış bedeli gözetilmeksizin, satış tarihi itibarıyla gerçek ayıpsız rayiç değeri ile, ayıplı haldeki rayiç değeri ayrı ayrı belirlenerek, bu iki değer birbirine bölünmesi suretiyle elde edilecek oran, satış bedeline uygulanmaktadır.” www. <https://www.hukukmedeniyeti.org>. (e.t.: 09.09.2019)

uygulanması nedeniyle bedelden indirim istenemeyeceği bu durumda yalnızca sözleşmeden dönülebileceği yönündedir²⁸². Bir diğer görüşe göre ise sözleşmeye konu inşaat kullanılamayacak derecede ayıplı olsa dahi bir değer taşımaktadır, bu nedenle satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 227/4 hükmünün uygulanmaması gerekmektedir zira bu halde dahi inşaatın bir hurda değeri vardır²⁸³. Kanaatimizce, inşaatın ayıplı olması nedeniyle yapılacak olan bedelden indirimin neredeyse inşaatın değeri kadar olması, inşaatın iş sahibinin kullanamayacağı veya kabule zorlanamayacağı denli ayıplı olduğunu göstermektedir. Ayrıca, iş sahibinin sözleşmenin kurulmasındaki amacı hurda bir inşaatı değil, kararlaştırılan nitelikteki bir inşaatı sahip olmaktır. Bu nedenle, satım sözleşmesine ilişkin TBK m. 227/4 hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir.

İş sahibi sözleşme bedelinin tamamını ödemiş olduğu halde ise inşaatın ayıplı olması nedeniyle bedelden indirim hakkını kullandığında, yükleniciye indirim meblağı kadar fazla ödeme yapmış olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, yüklenici indirim yapılan meblağ kadar parayı iade etmekle yükümlüdür²⁸⁴.

Son olarak, eser sözleşmesinin tam tazminatla feshedilmesi sonucu, sözleşme sona erdiği için bu durumda sözleşmeden dönme söz konusu olmayacağından yükleniciye bedelden indirim hakkı tanınması gerekmektedir²⁸⁵.

Bedelden indirim hakkı, yenilik doğuran bir haktır²⁸⁶. İş sahibince, yükleniciye yapılacak tek taraflı irade beyanıyla kullanılır dolayısıyla kabule bağlı değildir²⁸⁷. Hukuki sonucunu ise karşı taraf olan yükleniciye varmakla doğurur²⁸⁸.

²⁸² Acun, s. 72; Aral/Ayrancı, s. 408; Canbolat, s. 107, 126; Eren, *Özel Hükümler*, s. 650; Ergezen, s. 87; Erman, *Arsa Payı*, s. 148; Kırmızı, s. 228; Öktem, s. 1959; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 324; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 147-148; Şahin, s. 172; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 60; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 189; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 187; Zevkliler/Gökyayla, s. 531.

²⁸³ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 167-168.

²⁸⁴ Erman, *Arsa Payı*, s. 149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 57; Tutkun, s. 127.

²⁸⁵ Seçer, *Tam tazminatla fesih*, s. 242; Güleç, s. 93-96.

²⁸⁶ Acun, s. 73; Canbolat, s. 123; Erman, *Arsa Payı*, s. 148; Öktem, s. 1958; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 325; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 168; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 58; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 187; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 186.

²⁸⁷ Kahraman, *Ayıbın Giderilmesinin Hukuki Niteliği*, s. 122; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 325; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 168; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 58; Özmen/Ürem, *Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi*, s. 194.

²⁸⁸ Canbolat, s. 123; Erman, *Arsa Payı*, s. 148; Öktem, s. 1958; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 325; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 168; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 58; Öz, *Dönme*, s. 95.

5. Ayıp Nedeniyle Oluşan Zararların Tazmini

a. Genel Olarak

İş sahibi, inşaatın ayıplı olması halinde TBK m. 475'te sayılan seçimlik haklarının yanı sıra genel hükümler uyarınca tazminat talep etme hakkını haizdir²⁸⁹. Nitekim iş sahibinin bu hakkı TBK m. 475/3'te de düzenlenmiştir.

İş sahibinin tazminat isteme hakkını yukarıda belirtmiş olduğumuz seçimlik haklarının yerine mi talep edebileceği yoksa bu seçimlik haklardan bağımsız olarak da talep edip edemeyeceği doktrinde tartışma konusu olmuştur²⁹⁰. Baskın görüşe göre, ayıp nedeniyle oluşan zararların tazmini, seçimlik haklarla birlikte talep edilebilen (kümülatif) bir haktır, bu hakların yerine kullanılabilir bir hak değildir²⁹¹. İş sahibinin ayıp nedeniyle tazminat talep edebilmesi için aşağıda ayrıntılı olarak belirtilen eserin ayıplı olması, iş sahibinin zarara uğramış olması, ayıp ve zarar arasında uygun bir illiyet bağı olması, yüklenicinin kusurlu olması şartları gerçekleşmiş olmalıdır²⁹².

Kanaatimizce de tazminat ile amaçlanan hak sahibinin uğradığı zararın bir miktar para ile giderilmesi olduğundan, iş sahibinin ayıp nedeniyle tazminat talebi seçimlik haklarının yerine kullanılamaz. Zira seçimlik hakların amacı ayıp nedeniyle taraflar arasında bozulan fayda dengesinin düzeltilmesi iken tazminat ile iş sahibinin ayıp nedeniyle ayrıca uğradığı zararların giderilmesi amaçlanmaktadır. Örneğin bir binanın su borularının yanlış döşenmesi nedeniyle iş sahibi ayıbın önemine göre sözleşmeden dönebilecek, bedelden indirim talep edebilecek ya da su borularının ücretsiz olarak onarılmasını/değiştirilmesini talep edebilecek; su borularının yanlış döşenmesi nedeniyle patlaması ve döşemelerin zarar görmesi vb. nedenle zarara uğraması halinde ise tazminat talebinde bulunabilecektir. Maddi tazminatın

²⁸⁹ Acun, s. 78-79; Ayar Birkin, s. 84; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 49, 69; Gürpınar, s. 101; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 64; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Zevkililer/Gökyayla, s. 533.

²⁹⁰ Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Gökyayla, *Değerlendirme*, s. 584; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 69; Günel, M. C., 2014. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaattaki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar*, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, s. 414; Gümüşsoy Karakurt, s. 40-41; Kahraman, *Yüklenicinin Ayrıptan Doğan Sorumluluğu*, s. 2575; Karadaş s. 224; Kırmızı, s. 234; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 330; Seliçi, *Müteahhidin sorumluluğu*, s. 181.

²⁹¹ Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Gökyayla, 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, s. 577-593; Karadaş s. 224; Uçar, s. 210; Öz T., 1989. *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Aynı Haklara Etkisi Ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 16, s. 110-111.

²⁹² Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 98; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 83; Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Ergezen, s. 84; Gürpınar, s. 101; Kırmızı, s. 234; Şahiniz, s.138; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 169; Zevkililer/Gökyayla, s. 529.

yanı sıra, inşaatın ayıplı olması iş sahibinin kişilik haklarını ihlal ediyor ise manevi tazminat talep edilmesi de mümkündür²⁹³.

Yüklenicinin, ayıba karşı tekeffülden sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk halidir. Dolayısıyla iş sahibinin, TBK m. 475'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanması için inşaatın ayıplı olması yeterlidir, ayrıca yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır²⁹⁴. Ayıp nedeniyle oluşan zararların tazmini bakımından ise, yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaktadır. Nitekim hem maddi hem de manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusur, zarar ve kusur ile zarar arasında uygun bir illiyet bağının varlığı gerekmektedir.

Son olarak, tazminat talebi iş sahibinin seçimlik haklar ile aynı davada talep edilebileceği gibi ayrı bir dava yoluyla ileri sürülebilir²⁹⁵.

b. İş Sahibinin Tazminat Talebinin Şartları

aa. İnşaat Ayıplı Olmalıdır

İş sahibinin tazminat talep edebilmesi için inşaat ayıplı olmalıdır²⁹⁶. Ayıbın şartları, türleri vb. hususlar çalışmamız kapsamında yukarıda ayrıntılı olarak incelendiğinden tekrardan kaçınmak amacıyla ilgili kısma²⁹⁷ atıfta bulunmakla yetinilecektir.

bb. İş Sahibi Zarara Uğramış Olmalıdır

Tazminat hakkı genel hükümlere göre belirlenecek olup TBK m. 112'de düzenlenen *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini*

²⁹³ Yarg. 15. HD., 01.12.2010 T., 2009/6520 E., 2010/6566 K.:

“...Eserdeki ayıp, iş sahibinin ondan beklediği amaca göre imal edilen şeyde bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da olmaması gereken bozuklukların olmasıdır. Eserin ayıplı olması halinde iş sahibi, eserin reddi ile bedelin iadesi, bedel tenzili ve ayıbın giderilmesini talep hakkı bulunmakla birlikte yüklenicinin kusuru halinde ayıp nedeniyle uğradığı zararların tazminini de talep edebilir. Dosya kapsamından, evlenme törenini kayda alan video çekiminde evlenen çiftlerin salona giriş görüntüleri ile nikah sahnelerinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda video çekim işleminin ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Kişilik haklarına saldırı oluşturan sözleşmeye aykırılıklar manevi tazminat hakkı doğurur. Somut olayda, manevi tazminat isteme koşulları bulunduğu halde yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır.” <https://www.hukukmedeniyeti.org>. (e.t.: 11.09.2019)

²⁹⁴ Aral/Ayrancı, s. 406; Canbolat, s. 98; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 83; Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Ergezen, s. 84; Kırmızı, s. 234; Şahin, s. 138; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 169; Zevkliler/Gökyayla, s. 529.

²⁹⁵ Kahraman, *Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu*, s. 2575; Karadaş s. 224; Kırmızı, s. 234; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 329-330.

²⁹⁶ Acun, s. 81-82; Aral/Ayrancı, s. 411; Canbolat, s. 147-148; Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Gümüşsoy Karakurt, s. 40; Karadaş s. 225; Öktem, s. 1962; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 329; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 184; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 148-149; Şenocak, *Aybın Giderilmesi*, s. 64; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Yavuz, s. 557; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

²⁹⁷ Bkz. “İnşaatın Ayıplı Olması”, s. 21 vd.

*ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.” hükmü uyarınca bu zararın miktarını iş sahibi ispatlamakla yükümlüdür*²⁹⁸.

Zararın kapsamı yalnızca eserdeki ayıbın neden olduğu ilk zarar değil aynı zamanda bu ayıptan kaynaklanan (tali) zararları da kapsar²⁹⁹. Bir diğer ifadeyle iş sahibinin uğradığı zararları eser ayıplı olmasa idi meydana gelmeyecek zararlar olarak nitelendirmek mümkündür³⁰⁰. Örneğin hatalı montaj nedeniyle düşen raf nedeniyle kırılan eşyalar ya da ayıp nedeniyle iş sahibinin uğradığı kazanç kaybı ve kira geliri kayıpları gibi.

cc. Ayıp ve Zarar Arasında Uygun Bir İlliyet Bağı Olmalıdır

Zarar ile ayıp arasında uygun bir illiyet bağı bulunduğunu kabul edebilmek için hayatın olağan akışına göre ayıbın ortaya çıkan zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekmektedir³⁰¹. Önemli olan failin (yüklenicinin) sonucu öngörebilmesi değil, objektif olarak ayıbın zararı meydana getirebileceğinin kabul edilmesidir³⁰². İş sahibi eserdeki ayıp ve zararını ispatlamakla yükümlü olup, arada uygun bir illiyet bağı bulunup bulunmadığını ise hâkim takdir edecektir³⁰³.

dd. Yüklenici Kusurlu Olmalıdır

İş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması aranmamakta iken, ayıplı inşaatın neden olduğu zararların tazmini bakımından yüklenici ancak kusur sorumluluğu kurallarına göre sorumlu olacaktır³⁰⁴. Bir diğer ifadeyle, yüklenicinin ayıptan doğan zararlardan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması gerekmektedir.

²⁹⁸ Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Zevkliler/Gökyayla, s. 529; Aral/Ayrancı s. 384; Gümüüşsoy Karakurt, s. 40; Baş, s. 120; Kaya, E. B., Baysal, B. (Editör), 2019. *Sorumluluk hukuku. Sözleşmeye aykırılıkta kusur karinesi*. 1. Baskı. İstanbul, s. 283-284

²⁹⁹ Acun, s. 81-82; Aral/Ayrancı, s. 411; Canbolat, s. 147-148; Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Öktem, s. 1962; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 184; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 148-149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 64; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

³⁰⁰ Aral/Ayrancı, s. 411; Canbolat, s. 152; Eren, *Özel Hükümler*, s. 653; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Karadaş, s. 224; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 182; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 211; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

³⁰¹ Aral/Ayrancı, s. 411; Canbolat, s. 152; Eren, *Özel Hükümler*, s. 653; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Karadaş, s. 224.

³⁰² Oğuzman/Öz, *Genel hükümler*, C. 1, s. 45; Eren, *Genel hükümler*, s. 654; Eren, *Özel Hükümler*, s. 653.

³⁰³ Eren, *Özel Hükümler*, s. 653; Erman, *Arsa Payı*, s. 157

³⁰⁴ Aral/Ayrancı, s. 411; Baş, E., 2011. 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina Veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk*, İstanbul, s. 34-41; Canbolat, s. 147-148; Eren, *Özel Hükümler*, s. 653-654; Erman, *Arsa Payı*, s. 157-159; Öktem, s. 1962; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 329-330; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 184; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 148-149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 64; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

TBK m. 112 uyarınca, akdi bir zarar olması nedeniyle kusur karinesi yüklenici aleyhinedir yani yüklenici yalnızca zararın meydana gelmesinde kusursuz olduğunu ispat ederse sorumluluktan kurtulabilecektir. Kusurun hafif ya da ağır ihmalden de kaynaklanabilmesi yeterlidir, kast yoğunluğuna varması aranmaz³⁰⁵.

Ayrıca belirtmek gerekir ki satış sözleşmelerinde doğrudan zarar ve dolaylı zarar gibi bir ayırım yapılmış olmasına rağmen eser sözleşmelerinde böyle bir ayırım söz konusu değildir. Bu nedenle, ayıp ile zarar arasında uygun bir illiyet bağı olması ve kusurlu olması kaydıyla yüklenici iş sahibinin ayıplı inşaat nedeniyle uğradığı hem doğrudan hem de dolaylı zararlarından sorumludur. Bir diğer anlatımla, TBK m. 229'da yapılan doğrudan zarar ile dolaylı zarar ayırımı eser sözleşmeleri bakımından kıyasen uygulama alanı bulmaz³⁰⁶.

c. Maddi Tazminat

Yüklenici, kendi kusuru nedeniyle inşaatın ayıplı olması halinde borca aykırı davranışı sebebiyle iş sahibinin uğradığı zararları tazmin etmek ve iş sahibinin malvarlığını borca aykırı davranış olmasaydı olacağı hale getirmekle yükümlüdür³⁰⁷. Zira TBK m. 475/2'deki düzenlemeden maddi tazminat olarak iş sahibinin genel hükümlere göre malvarlığında meydana gelen eksilmeyi talep edebileceği anlaşılmaktadır³⁰⁸.

Maddi tazminat hesaplanırken, iş sahibinin inşaat sözleşmesinin ayıplı ifa edilmesi nedeniyle uğradığı zararların tamamı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu zararları gözden geçirme ve bildirim masrafları, TBK m 474/2 uyarınca yapılan bilirkışı masrafları, ayıplı ifa nedeniyle üçüncü kişilere karşı görülen davalara ilişkin yargılama giderleri, iş sahibinin sattığı ayıplı inşaat nedeniyle üçüncü kişiye ödemek zorunda kaldığı tazminat ve ceza koşulu şeklinde menfi zararları saymak mümkündür³⁰⁹. Ancak, dönülen sözleşmeden beklenen ve

³⁰⁵ Eren, *Özel Hükümler*, s. 653.

³⁰⁶ Eren, *Özel Hükümler*, s. 653-654.

³⁰⁷ Eren, *Genel hükümler*, s. 862; Eren, *Özel Hükümler*, s. 654; Keskin, A. D., 2016. Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat, 1. Baskı, s. 63-64; Oğuzman/Öz, *Özel Hükümler*, C. 2, 38.

³⁰⁸ Acun, s. 81-82; Aral/Ayrancı, s. 411; Canbolat, s. 147-148; Eren, *Özel Hükümler*, s. 652; Eren, *Genel Hükümler*, s. 862; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, s. 39; Öktem, s. 1962; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 184; Serozan, *Sözleşmeden Dönme*, s. 305; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 148-149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 64; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 204; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

³⁰⁹ Yrg. 15. HD, 16.04.2018 T., 2018/1985 E., 2018/1561 K.:

"... Eser sözleşmelerinde kural olarak yüklenici işinin ehli ve basiretli bir iş adamı olarak yükümlendiği imalâtı fen ve sanat kurallarına, sözleşmeye, iş sahibinin amacına uygun tamamlayarak teslim etmek zorundadır. İmalâtın ayıplı olması halinde iş sahibinin hakları 818 sayılı BK 360 maddesinde (TBK 475. madde) sayılmıştır.

yoksun kalınan karın (müspet zararın) tazmini istenemez³¹⁰. Ayrıca, belirlenecek tazminat miktarının iş sahibinin zararını aşarak sebepsiz zenginleşmesine sebebiyet vermemesi gerekir³¹¹.

d. Manevi Tazminat

Manevi tazminat, kişilik haklarına karşı yapılan tecavüz neticesinde mağdurda elem, acı ve ıstırap şeklinde görülen zararın karşılanması amacıyla ödenen tazminattır³¹². Manevi tazminat, her ne kadar haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer almaktaysa da borca aykırı davranış nedeniyle de alacaklının kişilik haklarının zedelenmesi mümkündür³¹³. İnşaat sözleşmesi bakımından, ayıplı inşaat yüklenicinin borca aykırı davranışını ifade etmekte olup, yüklenici bu nedenle iş sahibinin elem, acı ve ıstırap çekmesine neden olduysa bunu tazmin etmekle yükümlüdür. Örneğin, bulunduğu sektörde oldukça kaliteli inşaatlarının olmasıyla bilinen iş sahibi, yüklenicinin ayıplı ifası nedeniyle elem, acı ve ıstırap duyabilir. Bu halde, yüklenici yalnızca maddi tazminat değil aynı zamanda manevi tazminat da ödemekle yükümlü olacaktır. Tazminatın belirlenmesi bakımından, ihlalin türü, ağırlığı, zararın yoğunluğu ve süresi, kusurun ağırlığı önem taşımakta olup maddi tazminatın takdirine ilişkin kriterler ve indirim sebepleri manevi tazminatta bakımından da göz önünde bulundurulmaktadır³¹⁴. Burada, iş sahibinin tüzel kişi olması halinde de inşaatın ayıplı olması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmiş olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir.

TMK m. 48’de düzenlenen “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.” hükmü uyarınca tüzel kişilerin de hak ehliyeti vardır. Tüzel kişilerin hak ehliyetine sahip oldukları an

Buna göre eserin iş sahibinin kullanamayacağı derecede ayıplı olması veya hakkaniyet kaideleri gereği eseri kabul etmesinin iş sahibinden beklenememesi veya eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşınamaması halinde iş sahibi eseri kabulden kaçınarak sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeyi haklı olarak fesheden iş sahibi menfi zararının ödetilmesini yükleniciden isteyebilir. Menfi zarar sözleşmenin kurulması ve işin görülmesi için yapılması gereken fiili giderler ile sözleşmenin geçerliliğine inanılarak başka bir sözleşme fırsatının kaçırılması dolayısıyla uğranılan zararlardır. Kaçırılan fırsat nedeniyle menfi zarar da, fesihten itibaren makul sürede sözleşme konusu işlerin bedel dışında aynı şartlarda yapılacak sözleşme sonucu ödenecek bedel ile davalı yüklenici ile sözleşme yapılmamış olsaydı en yakın hangi fiyatla yapılabileceği bedel arasındaki farktır.” <https://www.hukukmedeniyeti.org>. (e.t.: 16.09.2019)

³¹⁰ Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 65; Kırmızı, s. 235-236; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 295; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 71.

³¹¹ Eren, *Genel Hükümler*, s. 862-863.

³¹² Eren, *Genel Hükümler*, s. 881; Kılıçoğlu, A., 1983. *Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1983, C. 1, S.1, s. 287-294; Keskin, s. 66, 123.

³¹³ Eren, *Genel Hükümler*, s. 881; Kılıçoğlu, *Manevi Tazminat*, s. 289; Keskin, s. 66, 123-124.

³¹⁴ YHGK 0.06.2015 T., 2013/2215 E., 2015/1487 K.:

“Manevi tazminat ediminin tespiti ve takdirinde yargıcın önemli bir takdir yetkisi vardır. Bu bağlamda her şeyden önce ihlalin türü, ağırlığı, zararın yoğunluğu ve süresi, kusurun ağırlığı önem taşır. Maddi tazminatın takdirine ilişkin kriterler ve indirim sebepleri manevi tazminatta da dikkate alınır” www.hukukmedeniyeti.org (e.t.:03.02.2020)

kişilik hakkının kazanıldığı an iken, tüzel kişilerin sona erme anı da kişiliklerinin son bulunduğu andır³¹⁵. Dolayısıyla tüzel kişiler de kişiliğin korunmasını talep edebilir.

Tüzel kişilerin adı ve özel hayat alanı gibi alanlarda da manevi tazminat talep hakkı olmakla beraber, çalışmamızın konusunu oluşturmadığı için ayrıntılı olarak incelenmeyecektir. Bir inşaatın yüklenicinin kusuru nedeniyle ayıplı olması halinde, söz konusu inşaatı zamanında ve ayıpsız olarak teslim alacağı bilinen, saygın bir kişiliği olan tüzel kişiliğin bu nedenle kişilik hakları zedelenmişse manevi tazminat talep hakkı da bulunmaktadır. Zira tüzel kişilerin onur ve saygınlığının olup olmadığı bir süre tartışılmış olsa da günümüzde kabul edilmektedir³¹⁶. Tüzel kişinin ekonomik faaliyetleri sırasında kazandığı saygınlığı, ekonomik itibarı ve ödeme gücüne ilişkin bilgiler tüzel kişinin onur ve saygınlığını ifade etmekte olup³¹⁷; yüklenicilere yaptırdığı inşaatlar ile bilinen bir iş sahibinin, söz konusu inşaatın ayıplı olması nedeniyle kişilik haklarının ihlal edilmesi, elem, acı ve ıstırap duyması, veya daha önce gerçekleştirdiği faaliyetleri ile kazandığı saygınlığına zarar verebileceği kuvvetle muhtemeldir. Yargıtay içtihatları da tüzel kişinin şeref ve haysiyeti, toplumsal itibarı ve ticari itibarının TMK m. 24’de düzenlenen kişiliğin korunması haklarından faydalanabileceği yönündedir³¹⁸.

³¹⁵ Eren, *Genel Hükümler*, s. 882; Kılıçoğlu, *Manevi Tazminat*, s. 289 vd.; Oral, T., 2018. *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, s. 15 vd.

³¹⁶ Atalay, Ö., 1979. *Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyet) Zedelenmesi Durumunda Zararın Tazmini*, Yargıtay Dergisi, C. 6, S. 1-2, s. 885; Kılıçoğlu, *Manevi Tazminat*, s. 290; Keskin, s. 316.

³¹⁷ Kılıçoğlu, *Manevi Tazminat*, s. 290-292; Taşkın, A., 1991-1992. *Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması*, AÜHFD, C. 42, S. 1-4, s. 234; Keskin, s. 3167.

³¹⁸ Yarg. HGK, 01.02.2012 T., 2011/4-687 E., 2012/26K:

“Tüzel kişinin şeref ve haysiyeti yanında onun toplumsal itibarı, ticari itibarı da T.M.K.nun 24. maddesindeki korumadan yararlanır. T.M.K.nun 25/son maddesinin, hem kişilik haklarının korunması hem de maddi ve manevi tazminat davalarını kapsadığının kabulüyle tüzel kişilerin kişilik haklarına saldırı sebebiyle manevi tazminat davalarının davacı şirketin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir.” www.kazanci.com (e.t.: 10.11.2019)

İKİNCİ BÖLÜM

AYIBIN İŞ SAHİBİNDEN KAYNAKLANMASININ ŞARTLARI VE SONUÇLARI

I. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENİLEBİLMESİNİN HÜKÜM VE ŞARTLARI

A. Ayıbın İş Sahibine Yüklenilebilmesine Dair Genel Açıklamalar

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesini düzenleyen (TBK m. 470-486) hükümlerinde iş sahibinin borçları başlığının altında yalnızca bedel ödeme borcu düzenlenmiştir. Oysaki “İş sahibinin borçları” başlığı lafzi yorum açısından incelendiğinde, iş sahibinin bedel ödemekten başkaca yükümlülükleri de olduğu anlaşılmaktadır³¹⁹. Dolayısıyla, iş sahibinin hem sözleşmeden doğan hem de TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleri vardır³²⁰. Bu durum Yargıtay içtihatlarında da yüklenicinin, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmakla³²¹; iş sahibinin de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamanında ifa etmekle yükümlü olduğu, tarafların yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gerektiği şeklinde ifade edilmektedir³²². Zira iş sahibinin inşaatın ayıpsız olarak tamamlanabilmesi için yükleniciyle işbirliği yapması ve edimin ifasına katılması gerekmektedir³²³. Esasen bu faaliyetlerin iş sahibi için bir yükümlülük mü yoksa külfet³²⁴ mi olduğu hususu doktrinde tartışmalıdır³²⁵. Ancak baskın görüş, yüklenici

³¹⁹ Seliçi, Ö, 1977. *Borçlar Kanunu'na Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul, s. 1; Arpacı, s. 42, 115; Ayan, *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 36; Zevkliler/Gökyayla, s. 535-536.

³²⁰ Arpacı, s. 121; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 11.

³²¹ Sadakat ve özen borcu, yüklenicinin iş sahibinin yararına olan şeyleri yapmak ve zararına olan şeylerden kaçınmakla yükümlü olmasını gerektirir. Çünkü iş görmenin niteliği icabı başkasının menfaatine hareketi gerektirir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt, L. M., 2015, *Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti*, AÜHFD, C. 64, S. 3, s. 775; Avcı, A., 2015. *Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Özen ve Sadakat Borcu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, s. 367-394; Zevkliler/Gökyayla, s. 486; Aral/Ayrancı, s. 335; Büyükcay, s. 134; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 728; Arpacı, s. 80; Kırmızı, s. 108-110; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 12.

³²² Yarg. 15 H.D., 15.05.2014 T., 2014/118 E., 2014/3380 K.:

“... “Sözleşme hükümlerine uyulması, hukukta temel ilke olan “ahde vefa” kuralı gereğidir. Eser sözleşmesinde yüklenici, üstlendiği işi kendisine duyulan güvene uygun olarak sadakat ve özenle yapmak, iş sahibine zarar verecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır. İş sahibi de işin ifayla sonuçlanması için sözleşmeyle kendisine yüklenilen edimleri zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Tarafların kendilerine düşen yükümlülükleri objektif iyi niyet kuralları içinde yerine getirmeleri gereklidir.” www.kazanci.com (e.t.: 09.09.2019)

³²³ Arpacı, s. 128; Ayar Birkin, s. 75.

³²⁴ Bir borç ilişkisinde taraflardan birinin bir hakkı elde edebilmesi için kanun tarafından ön şart olarak belirlenen ve yerine getirilmesi beklenen davranışlara külfet denilmektedir. Öngörülen külfeti yerine getirmeyen kişi elde edilmesi mümkün olan hakkını kısmen ya da tamamen kaybetmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Arpacı, s. 70-76.

³²⁵ İş sahibinin edimin ifasına katılma faaliyetlerini külfet olarak gören görüş için bkz. Eren, *Genel Hükümler*, s. 1036 vd.; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 112; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 51. İş sahibinin edimin ifasına katılma faaliyetlerini yükümlülük olan görüş için bkz. Aral, s.39; Erman, *Arsa Payı*, s. 48 vd.; Karadaş, s. 339.

tarafından teslim edilen inşaatın iş sahibince haklı bir neden olmaksızın kabulünden kaçınılması alacaklı temerrüdünü oluşturduğu için iş sahibinin edimin ifasına katılım faaliyetlerini külfet olarak nitelendirmektedir³²⁶. İş sahibinin edimin ifasına katılma faaliyetlerine örnek olarak ise inşaat faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin yükleniciye talimat verilmesi, yükleniciye malzeme sağlama, malzemenin seçimi, arsanın inşaaata elverişli ve ayıpsız olarak yükleniciye tesliminin sayılması mümkündür.

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan TBK m. 476'da düzenlenen “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” hükmü ile inşaatteki ayıptan iş sahibinin sorumlu olduğu, ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamaması düzenlenmiştir³²⁷. Dolayısıyla, TBK m. 476 hükmü, inşaat sözleşmesinde ayıp hükümlerine başvurma olumsuz şartı olarak düzenlenmiştir ve bu şartın varlığı halinde iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır³²⁸. Görüldüğü üzere, eserin (inşaatın) ayıplı olması iş sahibinin verdiği talimat ya da iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten doğuyorsa TBK m. 476'nın uygulama alanı bulacağı belirtilerek, iş sahibine yüklenebilecek nedenler sınırlı şekilde sayılmamıştır³²⁹. Uygulamada sıklıkla karşılaşılan haller; iş sahibinin talimatı, sağladığı malzeme ya da talep ettiği plan veya proje nedeniyle inşaatın ayıplı olmasıdır³³⁰. Bu durumda yüklenici gerekli bildirimlerde bulunmuşsa ayıptan sorumlu tutulamayacaktır.

Yükümlülük veya külfet şeklinde kesin bir ayırım yapılmayıp somut olayın koşullarına göre değerlendirilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 565 vd.

³²⁶Eren, *Genel Hükümler*, s. 1036 vd.; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 112; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 51.

³²⁷ Acun, s. 41; Akkanat, *Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler*, s. 20; Aral/Ayrancı, s. 400; Canbolat, s. 160; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 160; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 61; Gümüşsoy Karakurt, s. 32-33; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Şahiniz, s. 124; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 136-138; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

³²⁸ Aral/Ayrancı, s. 400; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 159; İpek, E., 2007. *Yüklenicinin Özen Borcu*, C. 82, S. 2, s. 543; İstanbul Barosu Dergisi, Gümüş, *Özel hükümler*, C. 2, s. 119; Kırmızı, s. 260; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 121; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 237.

³²⁹ Buz, V. 2003. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması*. Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C. 49, S.1, s. 27; Kırmızı, s. 260; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 121; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 232; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd.; Yavuz, s. 567; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

³³⁰ Yarg. 15. HD., 26.11.2007 T., 2007/4709 E., 2007/7534 K.:

“... davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusuru olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK'nın 357. Maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir...” www.kazanci.com (e.t.:12.01.2020)

Yüklenicinin bildirimde bulunma yükümlülüğünü yerine getirip getirmemesi, yükleniciden önce başka bir yüklenicinin de inşaatla birtakım faaliyetler yürütmüş olması, inşaatın özel yapım ya da kamu yapım işi olması gibi hususlar tarafların sorumluluklarını etkilemektedir³³¹. Bir diğer anlatımla, iş sahibinin sorumlu olduğu durumlar zararın doğmasına veya artmasına neden olmuşsa ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanmasını kısmen ya da tamamen engellemektedir³³².

Tarafların ayıptan sorumlu tutulup tutulamayacağı değerlendirilirken inşaat yapılacak arazinin durumu, iş sahibinin sağladığı malzemeler ve verdiği talimatlar, önceki yüklenici, yan yüklenici ve alt yüklenicinin hukuki durumu, yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulmadığı takdirde inşaatla yürütmüş olduğu çalışmaların akıbeti göz önünde bulundurulmalıdır.

İnşaat faaliyetlerinin yürütülmesi bakımından, özel hukuk kişileri arasında kural olarak YİĞŞ ve BİĞŞ gibi bağlayıcı şartnameler bulunmamakla birlikte taraflar düzenlenen inşaat sözleşmeleri ile iradelerini ortaya koymaktadır. Sözleşmede kararlaştırılan ile meydana getirilen inşaat arasındaki farklılık ayıplı inşaat olarak nitelendirilmekte; yüklenicinin aşağıda ayrıntılı olarak açıklanan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesi halinde ayıp iş sahibinin talimatından, kusurlu davranışından, arsanın durumundan, iş sahibinin sağladığı malzeme, plan ya da projeden doğuyorsa inşaatla ayıp nedeniyle iş sahibi ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamamaktadır³³³.

Kamu yapım işleri bakımından, Yapım İşleri Genel Şartnamesi m. 13/son'da düzenlenen *"İşlerin devamı sırasında yüklenici, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun fen ve sanat*

³³¹ İnal, E./Baysal, B., 2017. *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul, 1. Baskı, s. 528; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 560; Baysal, B., 2012. *Zarar Görenin Kusuru (Mütefarık Kusur)*, 1. Baskı. İstanbul, s. 36-40, Eren, *Özel Hükümler*, s.624-628; Aral/Ayrancı, s. 380; Kırmızı, s. 112-115.

³³² Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 851; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 160; İnal/Baysal, s. 528-529; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 138; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

³³³ Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, inşaatın ayıplı olması iş sahibinin sağladığı malzemeden ya da iş sahibinin risk alanını oluşturan arsadan kaynaklansa dahi yüklenici sadakat ve özen boru kapsamındaki bu davranışının ihmeline katlanacak ve TBK m. 476 hükmünden faydalanamayacaktır. Yarg. 15. HD., 12.06.2014 T., 2013/6745 E., 2014/4109 K.:

"Yüklenici, somut olayda yapı ruhsatı almakla yükümlü değilse de tamamen ya da kısmen de olsa yasal hale getirilmesi mümkün olmayan inşaatı yaptırmaktan kaçınmakla ödevlidir. 818 sayılı BK'nın 357/III. maddesi gereğince eser-iş yapılırken, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği eserin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmezse bunun sonucuna kendisi katlanmak zorundadır. Somut olayda da, açıklanan yasal nedenle yüklenici davalının yüklenilen işin yapılabilmesi için, yapı ruhsatının alınmasına ve işin tekniğine uygun olarak yapılmasına olanak bulunmadığını "genel ihbar yükümlülüğü" kapsamında iş sahibi davacıya bildirmemiştir. Bu yasal nedenlerle, 818 sayılı Kanun'un 61 ve izleyen maddeleri gereğince ve "haksız iktisap kuralları" uyarınca davacı iş sahibi davalıya verdiği ve dava ettiği 16.750,00 TL'nin iadesini isteyebilir." www.kazanci.com (e.t.:14.01.2020)

kurallarına uygun olmadığı görüşüne varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini 15. madde hükümlerine göre idareye bildirmek zorundadır ³³⁴ . Aksi halde aynı maddenin diğer hükümlerine göre işlem yapılır.” hükmü ile TBK m. 476’ya paralel bir düzenleme yapılmıştır.

Kamu yapım işlerinin denetimi ise YİŞG m. 15’te düzenlenmiş olup, bu madde uyarınca taraflar arasındaki sözleşmeye bağlanan her türlü inşaat faaliyeti idare tarafından görevlendirilen yapı denetim görevlisinin denetimi altında, yüklenici tarafından yönetilmekte ve gerçekleştirilmektedir. Nitekim yapı ruhsatı standardının sağlanmasına yönelik olarak düzenlenen yapı ruhsatı formu yalnızca iş sahibinin değil, yüklenici, şantiye şefi, proje müellifleri ve fenni mesullerin denetim ve onayı ile düzenlenmektedir³³⁵.

Yapı denetim görevlisinin denetimi altında yapılan inşaatlar bakımından da yüklenicinin edimini uyulması kararlaştırılan sözleşme, proje ve şartnamelere, fen ve sanat kurallarına uygun ifa etme yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Zira yüklenici üstlendiği inşaat işlerini konusunda uzman olarak, fen ve sanat koşullarına uygun şekilde tamamlamayı kabul etmiş olduğundan iş sahibince kendisine verilen 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 sayılır³³⁶.

Açıklamalarımız doğrultusunda, TBK m. 476 uyarınca inşaattaki ayıptan iş sahibinin sorumlu tutulabilmesinin maddi şartı ve şekli şartı olmak üzere iki şartı olduğu görülmektedir. TBK m. 476 hükmünün şekli şartı yüklenicinin TBK m. 472/3 hükmü uyarınca iş sahibine

³³⁴ Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 854; Gümüşsoy Karakurt, s. 32.

³³⁵ Danıştay 6. D., 17.04.2019 T., 2018/5260 E.:

“...Yapı kullanma izin belgeleri, yapının ruhsat eki projelerine uygun olarak tamamlandığını gösteren ve yapının kullanımına izin veren onaylı belgeyi ifade etmekte olup, fenni mesullerin (veya müellif, yapı müteahhidi vb.) yapı ruhsatı alınması sürecinde sorumlulukları yalnızca projelerin hazırlanması veya taahhütname düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp, tüm o sürecin belgeye bağlandığı yapı ruhsatlarında imza atılması suretiyle yapıya ilişkin hususların hukuka ve fenne uygun olduklarının onaylanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.” www.hukukihaber.com (e.t:14.10.2019)

³³⁶ Yarg. 15. HD., T. 05.1.1981, E. 1981/1981 E., 1981/989 K.:

“... BİGŞ. sözleşmenin ekidir. Genel koşul belgesine göre, projeler ister yönetimce verilsin, ister yüklenicinin verdiği proje yönetimce onansın, yüklenici projelerin ve fenni hesapların eksiksiz uygulanmasını ve fenne uygun yapılmasını sağlamak zorundadır. Yüklenici yönetimin verdiği projeleri fenne uygun olmadığını ve ayrıca uygulanmasının kötü sonuçlar doğuracağını yönetime açık biçimde bildirip uyarmalıdır. “Olayda bir lise spor binasının inşaatı vardır. Bina inşa edilirken çökmüş, Davacı müteahhit plân, proje ve teknik şartnamenin idare tarafından verildiğinden bahisle zararının tazminini istemektedir.” ...Müteahhit taahhüt ettiği şeyi ihtimam ve kusursuz olarak ifaya mecburdur. Yapılması gereken Lise spor salonu 2490 S.K. göre ihale edilmiştir. BİGŞ.si sözleşmenin 2/F maddesine göre bu sözleşmenin ekidir. Projeler teknik şartnamelerin davalı bakanlık tarafından verildiği de sözleşmenin 2’nci maddesinden de anlaşılmaktadır. Sözleşmenin 2-5-7’nci maddelerine göre, projeler gerek idarece verilsin, gerek müteahhit fenni hesapların projelerin eksiksiz tatbik edilmesi ve fenne uygun yapılmasını sağlamaya mecburdur. ...” www.lexpera.com.tr (e.t:14.10.2019)

bildirimde bulunması; maddi şartı ise ayıbın yükleniciye yüklenebilen bir sebepten doğmamasıdır.

B. Şekli Şartı Olarak Yüklenicinin Bildirimde Bulunması

1. Genel Olarak

İnşaat sözleşmelerinde iş sahibine göre en azından sayıca çok daha fazla yükümlülüğü olan yüklenicinin üstlendiği işte uzman olduğu kabul edilir³³⁷. Yüklenicinin, inşaat sözleşmesinin teknik bilgi sahibi tarafı olması, iş sahibine yardımcı olma ve iş sahibinin yerine getirildiği takdirde inşaatın ayıplı olmasına sebebiyet verebilecek talimatların uygunsuzluğu bakımından bildirimde bulunma yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir³³⁸. Zira yüklenici, inşaatı çalışan bir işçi gibi iş sahibinin emir ve talimatlarıyla tamamen bağlı değildir ve işçiye nazaran daha özenli olması da kendisinden beklenmektedir³³⁹. Yüklenici, inşaatı meydana getirirken, yalnızca bilimsel kurallara değil, kendisinin pratik tecrübeler sonucu elde ettiği veya uzman çevrelerce benimsenerek başarıyla uygulanan yöntemlere, benzer bir eserin meydana getirilmesinde ortalama ve dürüst bir yüklenicinin uyması gereken teknik kurallara uymakla yükümlüdür³⁴⁰. Benzer bir inşaatın meydana getirilmesinde ortalama ve dürüst bir yüklenicinin göstermesi gereken tüm dikkat ve çabayı göstermek de yüklenicinin özen yükümlülüğünün gereğidir³⁴¹. Zira inşaat sözleşmesi

³³⁷ Erman, *Arsa Payı*, s. 39; Gökyayla, K. E., 2002., *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, Y. 1, S. 1, s. 789; Güleç, s. 31; Gümüşsoy Karakurt, s. 42; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 14-15; İpek, s. 543.

³³⁸ Yarg. 15. HD., 07.02.2006 T., 2005/8093E., K. 2006/558 K.:

“Davacı iş sahibi, davalı yüklenicinin yaptığı sıvanın dökülmesi nedeniyle eser sözleşmesine dayalı alacak talebinde bulunmuştur. Yüklenici eser sözleşmesinin teknik bilgi sahibi tarafı olduğundan iş sahibine yardımcı olmak, amaca aykırı istek ve talimatların uygunsuzluğu halinde onu uyarmak zorundadır. Aksi halde ayıplı ifadan sorumlu olur. Somut olayda, malzemeleri iş sahibine aldırıp, teknik yönden birlikte kullanılamayacak malzemeleri birlikte kullanarak zararlı sonucun doğmasına neden olmuştur. Bu durumda sorumluluk yükleniciye aittir.” www.lexpera.com (e.t.: 27.10.2019)

³³⁹ Kocağa, K., 2004. *Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlâl Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağıının Anlaşılması Hâlinde İş Sahibinin Bk. m. 358/2 Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi , C. 6, S. 1, s. 177-201; Güleç, s. 31; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 15.

Yarg. 15. HD., 28.02.2007 T., 2006/6860 E., 2007/1270 K.:

“Yüklenici, üstlendiği iş konusunda uzman olup, iş sahibine karşı bağımsızdır; işini nasıl yapacağı yolunda talimat almaz; alsa bile, bu talimat sadece iş sahibinin istediği sonucun (eserin) nasıl olması konusundadır. Yüklenici, basiretli bir tüccar gibi davranmak, gereken özeni göstermek ve gereken güvenliği kendi sağlamak zorundadır.” www.hukukmedeniyeti.org (e.t.:07.03.2020)

³⁴⁰ Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 55.

Yarg. 15. HD., 14.05.2001 T., 2001/590E., 2001/2568 K.:

“Davacı yüklenici sıfatıyla işin fen ve teknik kurallarını bilen kişidir. Yapılacak eserin amacına uygun olmasını teminle yükümlüdür. Sözleşmede nitelik ve kapasitesi belli edilen kazanla binanın ısınmayacağını, iin amacına uygun olmayacağını bilip iş sahibini uyarması gerekir. www.lexpera.com (e.t.:02.03.2020)

³⁴¹ Yarg. 15. HD., 03.04.1996 T., 1996/1531 E., 1996/1892 K.:

ile yüklenici, inşa işini yapma borcunun üstlenilmesine ek olarak işi yaparken özen gösterme borcunu da yüklenmektedir³⁴². Ayrıca, özen borcu içerisinde her şeyden önce yüklenicinin sadakat borcu ile işi özenle, şahsen veya kendi yönetimi altında yapma borcu yer alır³⁴³. Yüklenicinin tacir sıfatını taşıması halinde, TTK m. 18/2 uyarınca basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir³⁴⁴. Bu nedenle uzmanı olduğu konu hakkında iş sahibini inşaatın çeşitli aşamalarında bilgilendirme, inşaatın yapılacağı arazinin özelliklerine göre malzeme seçme ve inşaatın tamamlanıp teslim edilmesine kadar önem taşıyan her olay hakkında zamanında ve tam olarak iş sahibini aydınlatma yükümlülüğü vardır³⁴⁵.

TBK m. 472’de düzenlenen iş sahibinin sağladığı yer ya da malzemenin ayıplı olduğunun anlaşılması durumunda iş sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğü yüklenicinin sadakat ve özen borcu ile iş sahibince sağlanan malzeme ve arazi hakkında bilgi verme yükümlülüğünün bir görünümüdür³⁴⁶. Bu husus, aynı zamanda yüklenicinin inşattaki ayıptan iş sahibinin sorumlu tutulabilmesi için TBK m. 476 hükmüne başvurulabilmesinin şekli şartıdır. Zira yüklenici, inşaatın yürütülmesine dair tüm faaliyetlerinde iş sahibinin sözleşme ile ortaya koyduğu iradesine uygun bir inşaat meydana getirmek ve inşaatın ayıplı olmaması için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür, aksi halde kusurlu olduğu kabul edilir³⁴⁷. İnşaat faaliyetlerinin yürütülmesi sırasında hem inşaatın kararlaştırılan zamanda ve ayıpsız olarak teslimi hem de iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri almak yüklenicinin sorumluluğudur³⁴⁸. İş sahibi yalnızca ağır hile ve kusuru varsa sorumlu tutulabilecektir³⁴⁹.

“...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...” www.lexpera.com (e.t.: 17.10.2019)

³⁴² Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 103; Baygın, s. 26; Eren, Fikret, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 103; Eren, *Özel Hükümler*, s. 620; Gökyayla, *Özen ve Sadakat Borcu*, s. 796; Yeniocak, s. 73.

³⁴³ Eren, F., 1996. İnşaat sözleşmeleri, inşaat sözleşmelerinde müteahhidin borçları ve bu borçların yerine getirilmemesinin sonuçları, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATIDER, Ankara, s.75; Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 391; Büyükcay, s. 152-153; Kocaağa, *İş Sahibinin BK. m. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, s. 196; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 68; Uygur, s. 351; Yavuz, s. 1006-1007.

³⁴⁴ Gökyayla, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 791; Erman, *Arsa Payı*, s. 40.

³⁴⁵ Altaş, H., 2002, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 103; Eren, *Özel Hükümler*, s. 627; Güleç, s. 37; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 730 vd.

³⁴⁶ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 103; Baygın, s. 26; Eren, *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, s. 103; Eren, *Özel Hükümler*, s. 620; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu*, s. 796; Yeniocak, s. 73.

³⁴⁷ Ayar Birkin, s. 82; Gökyayla, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen ve Sadakat Borcu*, s. 796-797; Gürpınar, s. 149; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86.

³⁴⁸ Yarg. 15. HD. 28.05.2003 T., 2003/552 E., 2003/2785 K.:

“... Genelde tacir olan yüklenici, iş sahibinin işçisi olmayıp, işçi çalıştırması nedeniyle işveren durumunda bulunduğundan, iş sahibine karşı bağımsızdır. İş sırasında tüm önlemleri almak görevi yükleniciye aittir. İş sahibi ancak hile veya ağır kusuru durumunda sorumludur.” www.kararara.com (e.t.:01.11.2019)

³⁴⁹ İnşaat yapılan arsada meydana gelen iş güvenliğinden kaynaklanan zararlar bakımından da iş sahibi değil, yüklenici sorumludur. İş sahibi iş güvenliği mevzuatı dışında kusurlu ise, o zaman sorumlu olur.

Yüklenicinin sadakat ve özen borcu dürüstlük kuralının bir görünümüdür³⁵⁰. Seçer'e göre, TBK m. 472/3 hükmü ile özel bir düzenleme yapılmamış olsaydı dahi yüklenicinin TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı uyarınca bildirim yükümlülüğü bulunmaktadır³⁵¹. Kanaatimizce de yüklenicinin bildirimde bulunma yükümlülüğü dürüstlük kuralının bir gereğidir ve yüklenicinin özen ve sadakat borcunun somut bir görünümü niteliğindedir. Zira yüklenici bu hususları iş sahibine zamanında bildirmezse TBK m. 472/3 uyarınca inşaatın ayıplı olmasından sorumlu olacaktır. Bir diğer ifadeyle, yüklenici zaten dürüstlük kuralının gereği olarak iş sahibinin sağladığı malzemenin ayıplı olması ve bu malzemelerin kullanılması ile yapılacak inşaatın da ayıplı olacağı vb. durumlar hakkında iş sahibine bildirimde bulunmalıdır³⁵².

Yarg. 15. HD., 01.10.2007 T., 2006/7446 E., 2007/5841 K.:

“... Davacılar, murislerinin davalılar ile yaptığı sözleşme ile çatı yapımı ve beton işlerini üstlendiğini, sözleşmeden doğan işlerini yaparken de inşaatı düşerek öldüğünü iddia ederek maddi ve manevi tazminat talebinde bulunmuşlardır. Taraflar arasındaki hukuki ilişki, eser sözleşmesidir. Eser sözleşmelerinde yüklenici, yaptığı işin uzmanıdır. Eser sözleşmelerinde işçi sağlığı ve iş güvenliği mevzuatı kapsamında sorumlu olan yüklenicidir. İş sahibi iş güvenliği mevzuatı dışında kusurlu ise, o zaman sorumlu olur.” www.kararara.com (e.t.:01.11.2019)

Yarg. 4. HD. 03. 03.2005 T., 2004/8569 E., 2005/2070 K.:

“... İşveren konumunda bulunan davalı, kanalizasyon yapım işinden tamamen el çekmiş olduğundan, yüklenicinin haksız eylemi sonucu üçüncü kişilerin uğradığı zarardan sorumlu tutulamaz. Davalılar arasındaki sözleşmenin bir eser sözleşmesi niteliği taşıması durumunda, işveren konumunda bulunan davalı İzmir Su ve Kanalizasyon Genel Müdürlüğü kanalizasyon yapım işinden tamamen el çekmiş olduğundan yüklenicinin haksız eylemi sonucu 3. kişilerin uğradığı zarardan sorumlu tutulamaz ve ona husumet yöneltilemez.” www.lexpera.com (e.t.:29.10.2019)

³⁵⁰ Erman, *Arsa Payı*, s. 36; İpek, s. 542; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. Gümüşsoy Karakurt, s. 262; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 14; İpek, E., 2007. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen Borcu*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2, s. 542; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 729; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86.

Yarg. 23. HD., 20.09.013 T., 2013/3597 E., 2013/5596 K.:

“Eser sözleşmelerinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri niteliği itibarıyla güven esasına dayanır. Aslolan karşılıklı güven duygusu ve iyi niyetin varlığıdır ve taraflar arasındaki hukuki ilişkide tarafların dürüstlük kuralları çerçevesinde davranışlarına da bakılmalıdır. Yüklenici üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır. Buna aykırı eylem ve işlemler sözleşmenin sona ermesine neden olabilecektir.”

³⁵¹ Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 729.

³⁵² Kamu işleri bakımından da yüklenicinin, iş sahibi veya iş sahibinin yetkili temsilcisi tarafından kendisine verilen projelerin ya da şartnamelerin, teslim edilen inşaat alanının, malzemenin veya talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlerine, fen ve sanat kurallarına aykırılık teşkil edip etmediği konusunda inceleme yapmak, bu hususlara aykırılık olduğu kanaatinde olması halinde ise görüşlerini inşaat alanının teslim ediliş tarihinden sonra talimat alışı tarihinden başlayarak on beş gün içinde hem yapı denetim görevlisine, hem de idareye yazılı olarak bildirimde bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. YİŞG m. 15'te belirtilen bu süre inşaat alanının büyüklüğü, arazin yapısı vb. fiziksel özellikler ile teknik belge ya da araç gereçlerin daha ayrıntılı ve uzun bir incelemeyi gerektirmesi halinde yüklenicinin talebi ile bu süre idarece artırılabilir. Yüklenici ile yapı denetim görevlisi arasında uyumsuzluk BİŞG m. 52 uyarınca idarece karara bağlanmaktadır. Mevzuatta belirtilen süre içinde idarece yükleniciye bir cevap verilmediği ya da verilen karara karşı dava yoluna başvurulmak istendiği takdirde sözleşme hükümlerine göre hareket edilecektir. Dolayısıyla öncelikle olarak idare başvuru şartı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yapım İşleri Genel Şartnamesi.

2. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünün Şartları

Esasen, üstlendiği işte uzman olan yüklenicinin iş sahibine herhangi bir bildirimde bulunmaksızın inşaatı tamamlaması gerekir ³⁵³ . Ancak, inşaatın tarafların sözleşmede kararlaştırdığı tarihte, eksiksiz ve ayıpsız olarak tamamlanmasını tehlikeye düşüren ciddi bir durumun ortaya çıkması halinde, yüklenicinin dürüstlük kuralı ve TBK m. 472/3 hükmü uyarınca iş sahibine derhal bildirimde bulunması gerekmektedir³⁵⁴. Hangi durumun inşaatın zamanında ya da ayıpsız olarak tamamlanarak teslim edilmesini tehlikeye düşüreceği ise somut olayın koşullarına göre belirlenir³⁵⁵. Örneğin, yüklenicinin malzemeleri üçüncü kişiden alacak olduğu ve 3. kişinin bu malzemeleri teslimde gecikmesi, önceki yüklenicinin eserinin ayıplı olması³⁵⁶ (örneğin kaba inşaat ile elektrik döşemelerinin farklı yükleniciler tarafından yapıldığı durumda öncelikle kaba inşaatın tamamlanması gerektiği için, kaba inşaatı tamamlamakla yükümlü yüklenicinin meydana getirdiği ayıplar), iş sahibi inşaat alanını yükleniciye teslim ettikten sonra inşaat alanında meydana gelen ve ifayı engelleyebilecek durumlar, yüklenicinin çalışanlarının grev yapması, iş sahibinin ya da ifa yardımcılarının inşaatın yürütülmesi için gerekli plan ve projeleri teslimde gecikmesi ³⁵⁷ vb. haller inşaat

³⁵³ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 369; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 99; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 730.

³⁵⁴ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 370; Erman, *Arsa Payı*, s. 39-40; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 33; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 730; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86.

³⁵⁵ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 370; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 33; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 730; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86.

³⁵⁶ Yarg. 15. HD. 07.11.2017 T., 2016/5146 E., 2017/3843 K.:

Somut olayda davalı döşemeleri yapacağı sırada binaların betonunun yeni olması nedeniyle ilerleyen zamanlarda nemden dolayı sıkıntı yaşanabileceği, parke döşemesinin ardından gerekli havalandırmanın yapılarak nemin kurutulması gerektiği konularında davacıyı uyardıklarını iddia etmiş, bu konuda dinlenen davalı tanığı ... beyanında sözleşmede belirtilen masif parkenin uygun olmadığı, nem nedeniyle kabarmanın olabileceği konusunda davacıyı uyardıklarını, davacı yetkililerinin bu uyarıya rağmen işin yapılmasını istediklerini açıklamış, bu suretle davalı ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiğini kanıtlamıştır. Alınan bilirkişi raporunda ise imalatla kullanılan malzemenin sözleşmede kararlaştırılan malzeme olduğu, işçilik hatasının bulunmadığı, nem ve havalandırmanın yapılmamış olması nedeniyle kabarmanın oluştuğunu açıklamışlardır. Bu durumda ihbar yükümlülüğünü yerine getiren davalı yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyeceği halde davanın reddi gerekirken kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, bozulması gerekmiştir.” www.lexpera.com (e.t.:29.10.2019)

³⁵⁷ Yarg. 15 HD., 06.02.2014 T., 2013/6532 E., 2014/755 K.:

“...Davacı kooperatif davalı E... Ltd. Şti. arasında imzalanan 1.3.1995 tarihli sözleşmeyle davalı yüklenici E... Ltd. Şti.'nin kooperatife ait üç blok halindeki binaların yapımını üstlendiği, A bloğun 5 katının, B bloğun ise 3 katının imalatlarını yaptığı, daha sonra C blok inşaatına başlamadan davacı kooperatif yaptığı 15.5.1996 tarihli "Tasye Protokolü" ve 22.5.1996 tarihli "Tasye Kabul Tutanağı" ile inşaatlardan el çektiği, davacı kooperatif diğer davalı H... A.Ş. ile yaptığı 10.6.1996, 10.6.1997, 1.6.1999 tarihli "İnşaat İkmal Sözleşmeleri" ile H... A.Ş.'nin A ve B blokların kalan işlerini ve C bloğun inşaatını yaptığı ve deprem tarihi itibarıyla inşaatların %80 oranında bitirilmiş olduğu dosya kapsamında toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan 8.1.2009 tarihli asıl ve 9.9.2009 tarihli ek bilirkişi raporunda, davalı yüklenici şirketlerin zararlı sonucun oluşumunda %40 oranında, davacının ise %15 oranında kusurlu bulunduğu saptanmış, zararlı sonucun oluşumunda %5 kusur gayrimelhuz sebeplere (kaçınılmazlık koşullarına) verilmiştir. Bilirkişi raporunda "A ve B blokların H... A.Ş. tarafından imal edilen katlarında herhangi bir hasar tespit edilemediği, bu blokların yıkılmasında E... Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu, A ve B bloklar için H... A.Ş.'ye bir kusur yükletilemeyeceği" görüşüne yer verilmiş, mahkemece de bilirkişi raporundaki bu görüş benimsenerek A ve B

sözleşmesinin ifa edilmesini tehlikeye düşüren durumlardır. Yüklenici, benzer bir inşaatın yapımını üstlenen makul, dikkatli ve basiretli bir yüklenicinin uyması gereken tüm teknik kurallara uymak ve inşaatın ayıplı olması tehlikesiyle karşılaşıldığında iş sahibine derhal bildirimde bulunmakla yükümlüdür³⁵⁸.

Kural olarak, yüklenicinin bildirim yükümlülüğü hem inşaatın gereği gibi ifasını tehlikeye düşüren hallerden haberdar olduğu hem de bu durumu bilmediği ancak bilmesi gerektiği hallerde bulunmaktadır³⁵⁹. Nitekim benzer düzenleme mehzat kanun olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 369. maddesinde de yer almaktadır³⁶⁰. Yüklenicinin alt yüklenicisinin ya da TBK m. 116 anlamında yardımcı kişilerinin olması durumunda³⁶¹, bu kişiler ifayı tehlikeye düşüren durumlardan haberdar ise yüklenicinin de haberdar olduğu, en azından haberdar olması gerektiği kabul edilmektedir³⁶².

bloklar yönünden E... Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Yüklenici yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi, amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan her durumu yüklenici, iş sahibine derhal ihbar etmekle yükümlüdür. (818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 357/III.) Yine kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici, 357. madde uyarınca durumu derhal iş sahibine ihbar etmelidir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici, bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalır. Hükme dayanak bilirkişi raporunda "A ve B blokların davalı E... Ltd. Şti. tarafından yapılan kısımlarından alınan beton örneklerinde mukavemet değerlerinin olması gereken 160 kg/cm2'nin üçte birinden daha az olduğu, A ve B blokların alt katlarının E... Ltd. Şti. tarafından yapıldığı" belirtildiğinden davalı H... A.Ş.'nin anılan blokların üst katlarına dair ikmal inşaatına başlamadan önce işinin uzmanı basiretli bir tacir olarak daha önceki yüklenici E... Ltd. Şti. tarafından yapılan işi inceleyerek, önceki yüklenici tarafından yapılan alt katlardaki imalatlarda kullanılan betonun mukavemeti dikkate alındığında üst katlarda yapılacak imalatın amacına uygun olmayacağını ve bu durumun akdin gereği gibi ifasını tehlikeye soktuğunu iş sahibine az yukarıda değinilen genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde ihbar etmelidir. Davalı H... A.Ş.'nin davacıya bu şekilde bir ihbarda bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. O halde mahkemece, belirlenen tüm maddi zarardan öncelikle davacı kooperatın kusuru %15 oranıyla gayrimelhuz sebeplere verilen %5 kusur oranı toplamı olan %20 oranında indirim yapılmalı, geriye kalan maddi zarardan A ve B bloklar yönünden davalı E... Ltd. Şti. ile birlikte Borçlar Yasası'nın 357 /son maddesi uyarınca H... A.Ş.'nin de müteselsilen sorumlu olduğu, C blok inşaatını davalı H... A.Ş. yaptığınan, bu blok yönünden oluşan zarardan E... Ltd. Şti.'nin sorumlu olmadığı dikkate alınmalıdır." www.lexpera.com (e.t.:31.10.2019)

³⁵⁸ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 378; Büyükay, s. 147; Eren, *Özel Hükümler*, s. 624-625; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 45; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 58; Karadaş, s. 144; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 91; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 28; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 55; Ürem, s. 46-47

³⁵⁹ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 369-370; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 785, 797; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 734 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86, Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 121.

³⁶⁰ TBK m. 476'nın karşılığını oluşturan İsviçre Borçlar Kanunu'nun 369. Maddesinin Almanca metninde "ayıplardan kendi kusurlu ise" ifadesi kullanılmış, Fransızca metninde ise Türkçesine uygun olarak "yapılan şeyin ayıplı olmasının iş sahibine isnat edilebilmesi halinde" denilmektedir. İsviçre'de Almanca metnin yalnızca iş sahibinin kusurunun değil, rizikosuna onun katlanması gereken diğer hallerin de ayıba karşı tekeffülden doğan hakları ortadan kaldıracıcağı kabul edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 208-209.

³⁶¹ Akkanat H./ Çekin M. S, 2017, *Taşeronun Hukuki Durumu*, s. 45-61; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797.

³⁶² Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Zevkliler/Gökyayla, s. 517; Aral/Ayrancı, s. 380; Eren, *Özel Hükümler*, 644; Yavuz, s. 560.

İnşaat sözleşmesinin ifasını tehlikeye düşüren durumun varlığı halinde yüklenicinin bildirim yükümlülüğü bu durumu bilmek zorunda olup olmamasına bağlıdır. Doktrinde, ortalama bir yüklenicinin inşaatın yürütülmesi sırasında ortaya sorunun ifayı tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğini bilip bilemeyeceği ölçüt alınmaktadır³⁶³. Örneğin, ortalama bir yüklenici, taraflarca düzenlenen sözleşmeye göre inşaat faaliyetlerine başlanmış olması gerekmekte iken yüklenicinin sipariş ettiği malzemelerin halen kendisine teslim edilmemesinin inşaatın kararlaştırılan sürede tamamlanması için ciddi bir tehlike arz ettiğini bilebilecek durumdadır. Ortalama bir yüklenicinin mevcut durumun ya da değişikliğin zamanında ve ayıpsız ifa için tehlike oluşturduğunu bilemeyeceği durumlarda, yüklenicinin bildirim yükümlülüğü de olmayacaktır³⁶⁴.

Yüklenicinin, inşaatın zamanında ya da gereği gibi ifa edilemeyeceğine dair tehlike oluşturan hali bilmesi ve iş sahibine bildirmesi gereken durumları; ifayı tehlikeye düşüren durumun açıkça görülüyor olması ve ortalama bir yüklenicinin bu konu hakkında bir araştırma yapmasının gerekip araştırma yapsaydı bilebileceği haller olarak sıralamak mümkündür. İfayı tehlikeye düşüren durumun açıkça görülüyor olması, yüklenici veya alt yüklenici ve yardımcı kişilerinin özel bir inceleme yapmadan, herhangi bir rapor tanzimine gerek olmaksızın bu durumun fark edilebilir olmasıdır³⁶⁵. Ortalama bir yüklenicinin araştırma yapması ise, yüklenicinin mevcut malzeme, arsa, uygulanacak plan ve proje vb. hususların inşaatın gereği gibi ifasını tehlikeye düşüreceğinden kuşku duyması halinde gerçekleşir. Örneğin, yüklenici iş sahibi tarafından çizdirilen planın, üzerine inşaat yapılacak arsa için uygun olmayabileceğinden şüpheleniyorsa zemin etüdü vb. incelemeleri yapmalıdır.

3. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünün İçeriği

Üstlendiği işte uzman olan yüklenici, inşaatın yürütülmesi için önemli olan her hususu incelemeli ve ifayı tehlikeye düşüren bir durumun varlığı halinde bunu derhal iş sahibine bildirmelidir³⁶⁶. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün içeriği somut olarak üzerine inşaat

³⁶³ Gökyayla, Özen ve Sadakat, s. 785, 795-797; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 734 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 28; Yakuppur, s. 44.

³⁶⁴ Gökyayla, Özen ve Sadakat, s. 785, 795-797; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34-5; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 734 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86,

³⁶⁵ Seçer, Ö., 2017, *İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, s. 528; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 774; Gökyayla, Özen ve Sadakat, s. 797; Selimoğlu, s. 101.

³⁶⁶ Aral/Ayrancı, s. 380; Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 370; Büyükcay, s. 155; Eren, *Özel Hükümler*, s. 627; Gökyayla, Ek İş, s. 166; Erman, *Arsa Payı*, s. 39-40; Gökyayla, Özen ve Sadakat, s. 797; Gümüşsoy Karakurt, s. Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 33; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 733; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; s. 101.

yapılacak araziye, plan ve projelere³⁶⁷, -iş sahibince sağlanıyorsa- malzemelere³⁶⁸ ve varsa kendisinden önceki yüklenicinin çalışmalarına ilişkindir. Üstlendiği işte uzman olan yüklenici, inşaatın yürütülmesi için önemli olan her hususu incelemeli ve ifayı tehlikeye düşüren bir durumun varlığı halinde bunu derhal iş sahibine bildirmelidir³⁶⁹. Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün içeriği somut olarak üzerine inşaat yapılacak araziye, plan ve projelere, -iş sahibince sağlanıyorsa- malzemelere ve varsa kendisinden önceki yüklenicinin çalışmalarına ilişkindir.

a. Yüklenicinin İnşaatın Yapılması İçin Gösterilen Yeri İncelemesi

Bir arazinin ya da inşaat yapılacak yerin, yapılması planlanan inşaata elverişli olup olmadığı genellikle iş sahibi ve yüklenici arasında sözleşme düzenlenmeden önce iş sahibi tarafından incelenmektedir³⁷⁰. Zira sözleşme ile ücret, süre ve inşaatı hangi yüklenicinin yapacağı gibi hususlar belirlenmektedir. Arsasına bir inşaat yaptırmayı planlayan yüklenici ise öncelikle planladığı inşaatın o arsaya yapılmasının elverişli olup olmadığını öğrenip, ardından

³⁶⁷ Yarg. 15. HD., 05.03.1990 T., 1989/3321 E., 1990/975 K.:

“... Borçlar Yasası’nın 357/3. maddesi, “iş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır, yahut imalatının noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa, müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi halde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir” hükmünü taşımaktadır. (...) Sistemi tercih eden ve projeyi yaptıran davacıların, projenin hatalı olduğunu bilebilecek durumda olmadığı açıktır. Bilgi, deneyim ve durumu itibarıyla bu işlerden anlaması gereken davalı yüklenicinin projeyi kontrol ederek, işin yapılmaya elverişli olup olmadığını saptaması, proje fen ve sanat kurallarına aykırı ise, bunu iş sahibine ihbar etmesi gereklidir. Olayımızda, kusurlu projeyi yüklenici iş sahibine ihbar etmemiştir. Bu nedenle zararlardan sorumludur.” www.kazanci.com (e.t.:22.10.2019)

³⁶⁸ Yarg. 15. HD., 03.10.2016 T., 2016/6525 E., 2016/2461 K.:

Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Yüklenici genel özen ve sadakat yükümünün gereği olarak kendisine teslim edilen malzemeyi muayene etmeli, eserin meydana gelmesine elverişli bulunmadığını öğrenir öğrenmez iş sahibine bildirmeli ve onun talimatına uygun şekilde hareket etmelidir. Somut olayda varlığı sabit kabul edilen ayıbın gerek makine mühendisi ..n raporunda belirttiği şekilde 316 L yerine 304 L boru kullanılması ve işçilik hatasından, gerekse z tarafından düzenlenen raporda belirttiği şekilde yanlış kaynak teli malzemesi kullanılması sonucu ortaya çıktığı kabul edilse dahi işin ehli olup basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olan davalı ve karşı davacı yüklenici 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 472/son maddesi hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi için iş sahibinin verdiği malzemenin ayıpsız bir imal için elverişli olmadığını öğrenir öğrenmez durumu iş sahabe bildirmesi gerekir. Bildirmezse bundan doğan sonuçlardan sorumlu olur. Yüklenici özen borcunun bir sonucu olan bu uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmüş ise de bu savunmasını yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Bu nedenle yüklenicinin işin ayıplı ifasından sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Davalı ve karşı davacı yüklenici genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini usulen kanıtlayamadığından yapılan montaj ve kaynak işi sözleşmedeki amaca uygun olmadığı gibi iş sahibinin kullanamayacağı derecede de ayıplı olduğundan yüklenicinin bedele hak kazandığı kabul edilemez.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.:01.11.2019) Ayrıca bkz. Yarg. 15. HD., 22.04.1991 T., 1990/4761 E., 1991/1956 K., Yarg. 15. HD., 05.03.1990 T., 1989/3321 E., 1990/975 K..

³⁶⁹ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 383; Eren, *Özel Hükümler*, s. 619-620; Erman, *Arsa Payı*, s. 37; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 792; Karadaş, s. 141; Karahasan, s. 229; Kurt, *Süre Uzatımı*, s. 196-197; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752 vd.; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 29; Uygur, s. 349; Ürem, s. 47; Yalçınduran, s. 82.Selimoğlu, s. 101.

³⁷⁰ Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 791; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 36-37; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 103; Ürem, s. 47.

bunun hangi yüklenici tarafından hangi koşullarda yapılacağına karar vermektedir. İnşaat işinin uzmanı olmayan iş sahibi bu incelemeyi genellikle mimar veya mühendis gibi ifa yardımcıları vasıtasıyla fizibilite raporu tanzim ettirmek suretiyle gerçekleştirir.

Yüklenici, kendisine gösterilen yerin iş sahibince talep edilen nitelikteki bir inşaaata elverişli olup olmadığını inceleyip, uygun olmadığı kanaatine varması halinde derhal iş sahibine bildirimde bulunmalıdır. Ancak, iş sahibi gerekli incelemeyi önceden yaptırmışsa ve dürüstlük kuralı gereğince yüklenicinin bu inceleme ve sonuçlarını kabul etmesi gerekiyorsa yüklenicinin yeniden bir inceleme yapması ve fizibilite raporu düzenlemesinde fayda bulunmadığı için yalnızca var olan raporu incelemesi yeterlidir ³⁷¹ . Ayrıca, yüklenicinin benzer inşaatlarda yapılmayan ya da yerel adet olmayan ve makul bir araştırmadan daha pahalı bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, böyle bir araştırmaya gerek gören yüklenici, iş sahibine bildirimde bulunmalıdır. İş sahibinin söz konusu araştırmaya gerek görmemesi halinde yüklenici TBK m. 472/3 uyarınca bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğinden gösterilen yere ilişkin ayıplardan sorumlu tutulamayacaktır.

İş sahibinin inşaat faaliyetine ilişkin bilgi ve uzmanlığı arttıkça, yüklenicinin inceleme yükümlülüğünün kapsamı ve sorumluluğu da daralmaktadır. İş sahibinin, inşaat alanında uzman yardımcı kişilerince inceleme yaptırması ya da yüklenici ile denk mesleki bilgisi, fen ve sanat kurallarına hâkimiyeti varsa yüklenicinin inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁷². Zira bu durumda iş sahibi gösterilen yerin elverişli olup olmadığını bilebilecek yetkinliktedir. Son olarak, gösterilen yerin yalnızca iş sahibince inceleneceği kararlaştırılmışsa yüklenicinin inceleme yükümlülüğü olmayacaktır.

b. Yüklenicinin Malzemeyi İncelemesi

Eserin (inşaatın) meydana getirilmesi için gerekli malzemelerin sağlanması kural olarak yüklenicinin sorumluluğu olup, tarafların aksini kararlaştırmaları da mümkündür³⁷³. İnşaatın yapımında kullanılacak olan malzemeler iş sahibi tarafından sağlanıyor ise, iş sahibi

³⁷¹ Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 792-794; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 753; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 103; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 236-237.

³⁷² Gümüşsoy Karakurt, s. 53; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 38-39; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 797-798; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 744 vd. ; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 22; Yakuppur, s. 34;

³⁷³ Aral/Ayrancı, s. 377; Eren, *Özel Hükümler* 615-616; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 22; Yakuppur, s. 34; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 364-365; Karadaş, s. 114; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202; Kırmızı, s. 133; Gümüşsoy Karakurt, s. 53; Yavuz, 560; Zevkiler/Gökyayla, s. 615.

bu malzemelerin yapılacak inşaata uygun olmamasından doğan riskleri de üstlenmektedir³⁷⁴. İş sahibinin malzeme seçiminde kusurlu olup olmadığının sorumluluğuna bir etkisi bulunmamaktadır.

Doktrinde hangi unsurların malzeme olarak kabul edilebileceği tartışmalıdır. Bazı yazarlar, inşaatın yapımında kullanılan ve inşaatla bir bütün oluşturan tuğla, kum, çimento, çivi vb. inşaatla bütünleşen yapıların malzeme olduğu³⁷⁵, bazı yazarlar ise malzemelerin yanı sıra bu malzemelerin kullanılmasına yardımcı olan testere, biçerdöver vb. aletler ile inşaatın üzerine yapılacağı arsanın dahi malzeme olarak kabul edilebileceği görüşündedir³⁷⁶.

Kanaatimizce, malzeme terimi inşaat yapıldıktan sonra ondan sökülüp alınamayacak, inşaat ile bir bütün oluşturan tuğla, çimento vb. kavramları ifade etmekte; bu malzemelerin kullanılmasını kolaylaştıran testere, matkap, biçerdöver vb. ise araç, alet, edevat olarak sınıflandırılmalıdır. Bu nedenle, üzerine inşaat yapılacak arsanın malzeme olduğu görüşüne katılmasak da yüklenicinin bu hususların her birini inceleme ve ayıplı ise iş sahibine bildirme yükümlülüğü olduğundan ortaya çıkacak sonuç değişmemektedir.

Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı, ancak iş sahibinin yükleniciye hangi malzemenin, hangi cins ve kaliteden, ne kadar ve nereden alınması yönünde bağlayıcı talimatlar vermesi halinde de bu malzemeler iş sahibince sağlanmış sayılacaktır³⁷⁷.

Yüklenici, malzemeleri incelerken yalnızca malzemenin ayıplı ya da kaliteli olup olmadığını değil, bu malzemenin yapılmak istenen inşaatta kullanılmaya elverişli olup olmadığı ve miktarının yeterli olup olmadığını da gözetmelidir³⁷⁸. Kullanılacak malzemenin elverişli olup olmadığı ise somut olayın koşullarına göre belirlenir³⁷⁹. Söz konusu malzemenin

³⁷⁴ Büyükcay, s. 160; Eren, *Özel Hükümler*, s. 618; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 203; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 50; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 143; Yalçınduran, s. 63; Yavuz, s. 560.

³⁷⁵ Aral/Ayrancı, s. 377; Eren, *Özel Hükümler* 616-617; Karadağ, s. 114; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202; Kırmızı, s. 133; Yavuz, 560; Zevkiler/Gökyayla, s. 512;

³⁷⁶ Gauch, *Werkvertrag*, N. 1979; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 203; Aksi görüş için bkz. Vogelheim, M. 2013. *Die Lehre vom "Baugrundrisiko"*, Berlin, s. 105.

³⁷⁷ Büyükcay, s. 160; Eren, *Özel Hükümler*, s. 618; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 203; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 50; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 143; Yalçınduran, s. 63; Yavuz, s. 560.

³⁷⁸ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 122, Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 102; Zevkiler/Gökyayla, s. 514.

³⁷⁹ Yarg. 15. HD., 01.03.2017 T., 2016/1295 E., 2017/865 K.:

Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye teknik ve sanatsal kurallara ve amaca uygun olarak imal edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de kararlaştırılan bedeli ödemekle mükelleftir. Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfıyla gerçekleştirdiği bir sonuçtur. Eser sözleşmelerinde; yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Bu uyarı borcunu dar bir çerçevede ifade etmemek gerekir. Çünkü bu borç ifa

kullanılması halinde inşaatın tamamlanamayacağı veya ayıpsız olarak tamamlanamayacağı öngörülüyorsa, malzemenin elverişsiz/ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Malzemenin kendisi ayıplı olabileceği gibi, malzeme ayıpsız olmasına rağmen yapılması planlanan inşaatla kullanılması da uygun olmayabilir. Malzemenin ayıplı olmasına, kullanılacak tuğlaların nem almış olması nedeniyle kullanılmaya uygun olmaması örnek gösterilebilir. Malzemenin elverişli olmaması ve inşaatın ayıplı olmasına yol açabilecek olmasına ise; inşaat yapılacak bölgenin Karadeniz gibi oldukça nemli bir bölgede olmasına rağmen kullanılacak malzemenin korozyonu önleyen yapıda olmaması örnek gösterilebilir. Bu durumda, epoksi kaplı inşaat demiri yerine ayıpsız ve orta kalitenin üzerindeki karbon çelik demiri kullanılsa dahi inşaatın ayıplı olması kuvvetle muhtemeldir. Her iki örnek bakımından da yüklenicinin malzemeyi inceleme ve iş sahibine bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır.

İş sahibince sağlanan malzemenin kullanılması neticesinde inşaatın ayıplı olacağı açıkça görülüyor ise yüklenici iş sahibini derhal uymalıdır³⁸⁰. Malzemenin ayıplı olduğu/kullanılması neticesinde inşaatın ayıplı olacağı işinin uzmanı olan yüklenici

aşamasında ve sonrasında olaylar ortaya çıktıkça ve ihlal edildikçe kendini, sonuçlarını, iş sahibi üzerinde göstereceğinden uyarı borcunu yerine getirmeyen yüklenici iş sahibinin zararından BK'nın 112. maddesi uyarınca sorumludur. Bu madde uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Dosya kapsamı ve dinlenen tanık beyanları ile davalıların istinat duvarının yapılacağı davacının tarlasından çıkan ve düzgün olmayan taşlarla duvar yapımının uygun olmadığına dair iş sahibini uyardığı, bu şekilde kullanılan taşlar yönünden genel ihbar mükellefiyetinin yerine getirildiği anlaşılmakta ise de; bilirkişi raporunda seranın yapıldığı arazinin zemin ve eğim durumu dikkate alındığında 12 m. yüksekliğinde taş duvar yapılmasının tekniğe uygun olmadığı ve yıkıma neden olduğu belirtildiğinden, davalı yükleniciler tarafından eğim ve duvar yüksekliğinin yol açabileceği olumsuzluklarla ilgili ihbar mükellefiyetinin yerine getirildiği ileri sürülüp isbatlanamadığından mahkemece teknik bilirkişiden alınacak ek rapor ile zararın oluşmasında iş sahibi ve yükleniciye verilecek kusurlar ve zarar miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınıp davanın sonuçlandırılması gerekirken, eksik inceleme ve araştırmayla davanın tümünden reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenlerle bozulması gerekmiştir. www.yargitaykarararama.com (e.t.:05.01.2020)

³⁸⁰ Aral/Ayrancı, s. 380; Baygın, s. 24; Büyükay, s. 159; Canbolat, s. 166; Eren, *Özel Hükümler*, s. 619; Gümüşsoy Karakurt, s. 54; . Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-203; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, 365-366; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 102; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 111; Yakuppur, s. 37-38.

Yarg. 15. HD., 23.03.2010 T., 2009/1859 E., 2010/1605 K.:

“... yüklenici yüklendiği edimini sözleşme ve yasa hükümleri ile fen ve sanat kurallarına uygun olarak ifa etmekle, yani yerine getirmekle yükümlüdür. Yüklenicinin belirtilen bu yükümlülüğü iş-eser sahibine karşı olan özen borcu gereğidir. Ayrıca yüklenici tarafından eser hazırlanırken ya da iş yapılırken, iş-eser sahibinin verdiği malzemenin kusuru olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak yani gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye koyacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş sahibine bildirmek, eğer bildirmezse bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır.” www.lexpera.com (e.t.:11.10.2019)

Yarg. 15. HD., 26.11.2007 T., 2007/4709 E., 2007/7534 K.:

“... Davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusuru olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK'nın 357. maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir.” www.kazanci.com (e.t.:11.10.2019)

bakımından şüphe uyandırıyor ise; yüklenici2 önce malzemeyi incelemek, incelemesinin olumsuz neticelenmesi halinde derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür³⁸¹.

Yüklenicinin yardımcı kişi ya da alt yüklenici çalıştırması halinde de bu kişilerin bildirim ve ihbar yükümlülüğü bakımından kusurlu davranışlarından yüklenici sorumlu olacaktır³⁸².

İncelemesi neticesinde malzemenin ayıplı olduğu veya kullanılması neticesinde inşaatın ayıplı olacağını fark eden yüklenici, bu hususu derhal iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Şekil şartı öngörülmediğinden, bildirimin yazılı ya da sözlü olarak yapılması mümkündür. Ancak, uygulamada ispat kolaylığı bakımından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır³⁸³.

Yüklenici, malzemenin ayıplı olduğunu veya malzemenin kullanılması neticesinde inşaatın ayıplı olacağını anlaması gerekmekte iken anlamadığı durumda, anlamaması nedeniyle bildirimde bulunmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır³⁸⁴.

Yüklenicinin kendisine bildirimde bulunmasına rağmen aynı malzemenin kullanılmasında ısrar eden iş sahibi, inşaatın ayıplı olması halinde ayıptan sorumlu olacaktır³⁸⁵.

c. Yüklenicinin Plan ve Projeleri İncelemesi

İnşaatın yapılması için gerekli plan ve projeler iş sahibi ya da yardımcı kişileri olan mimar veya mühendisler tarafından hazırlanmış olsa dahi yüklenicinin bu plan ve projelerin

³⁸¹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-204; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, 365-366; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 102.

³⁸² Zevkliler/Gökyayla, s. 513; Yavuz, s. 560; Aral/Ayrancı, s. 378-379.

³⁸³ Aral/Ayrancı, s. 380; Baygın, s. 24; Eren, *Özel Hükümler*, s. 618; Gümüşsoy Karakurt, s. 54-55; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-204; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 109; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 746 vd.; Yakuppur, s. 37; Yalçınduran, s. 62.

³⁸⁴ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795-796; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 746 vd.

³⁸⁵ Yarg. 15. HD., 22.04.1991 T., 1990/4761 E., 1991/1956 K.:

“... Davacı yüklenici, G. PTT binasını yapıp teslim ettiğini, kesin kabulün dahi yapıldığını, daha sonra binada inşaat esnasında değiştirilmesini davalıdan istediği proje hatalarından ileri gelen çatlama ve çatlama, davalı idarenin yapım hatalarına dayandırıp teminatı iade etmemek ve çatlamların giderilmesini kendisinden istemek suretiyle uyuşmazlık çıkardığını iddia ile muarazanın önlenmesini talep etmiştir.

Davalı idare cevabında, yüklenicinin projeye uygun demir kullanmadığından ve projeye uymadığından hasarın doğduğunu ileri sürerek davanın reddini istemiş, mahkemece alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın kabulüne dair verilen karar davalı yanca temyiz edilmiştir.

Gerçekten, davacı temel kazısını müteakip, davalı idareye gönderdiği 18.02.1985 günlü yazıyla, toprak ve su durumuna göre projede değişiklik yapılarak mutemadi temel yerine, radia temel yapılması gerektiğini, aksi halde çökme ve oyuklar olabileceğini bildirmekle, B.K’nun 357/son ve sözleşmenin eki B.İ.G.Ş.’nin 13. Maddesi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu nedenle, mutemadi temel yapımına bağlı ayıplardan sorumlu tutulması düşünülemez...” www.lexpera.com (e.t.:11.10.2019)

fen ve sanat kuralları ile yapı tekniği kuralları bakımından elverişliliğini inceleme, incelemesinin neticesinde bir eksik ya da yanlış görmesi halinde bunu derhal iş sahibine bildirme yükümlülüğü vardır³⁸⁶. Yüklenicinin mesleki uzmanlığı ile plan ve projelerin uygunluğunu anlayabilme ve denetleyebilme yükümlülüğü doğru orantılıdır³⁸⁷. Dolayısıyla, bilgi, deneyim ve durumu itibariyle inşaat faaliyetlerine hâkim olan yüklenicinin ilgili plan ve projeyi kontrol ederek, işin yapılmaya elverişli olup olmadığını saptaması, proje fen ve sanat kurallarına aykırı ise, bunu iş sahibine ihbar etmesi gereklidir³⁸⁸.

Plan ve projeleri bizzat hazırlayan ya da kendi sorumluluğunda olmak üzere hazırlatan iş sahibinin inşaat faaliyetlerine dair bilgi ve deneyimi ne denli fazlaysa, yüklenicinin inceleme ve bildirim yükümlülüğü kapsamının da o denli azalacağı kabul edilmektedir³⁸⁹.

İş sahibinin hazırladığı plan ve projenin uygulanması talimatına uyulması halinde inşaatın ayıplı olma tehlikesi varsa, yüklenici bu talimatın hangi muhtemel sonuçları doğurabileceğini fen ve sanat kurallarıyla bağdaştırarak bildirmelidir³⁹⁰. Buna rağmen, iş

³⁸⁶ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 383; Eren, *Özel Hükümler*, s. 619-620; Erman, *Arsa Payı*, s. 37; Karadaş, s. 141; Karahasan, s. 229; Kurt, *Süre Uzatımı*, s. 196-197; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752 vd.; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 29; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 49; Ürem, s. 47; Yalçınduran, s. 82.

³⁸⁷ Gümüüşoy Karakurt, s. 193-194; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215; Kırmızı, s. 262; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 245-246; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 105.

³⁸⁸ Yarg. 15. HD., 05.03.1990 T., 1989/3321 E., 1990/975 K.:

“... Borçlar Yasası’nın 357/3. maddesi, “iş devam ettiği sırada, iş sahibinin verdiği malzemenin veya gösterdiği arsanın kusurlu olduğu anlaşılır, yahut imalatının noktası noktasına muntazaman icrasını tehlikeye koyacak diğer bir hal hadis olursa, müteahhit, iş sahibini bundan derhal haberdar etmeye mecbur, aksi halde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir” hükmünü taşımaktadır. (...) Sistemi tercih eden ve projeyi yaptıran davacıların, projenin hatalı olduğunu bilebilecek durumda olmadığı açıktır. Bilgi, deneyim ve durumu itibariyle bu işlerden anlaması gereken davalı yüklenicinin projeyi kontrol ederek, işin yapılmaya elverişli olup olmadığını saptaması, proje fen ve sanat kurallarına aykırı ise, bunu iş sahibine ihbar etmesi gereklidir. Olayımızda, kusurlu projeyi yüklenici iş sahibine ihbar etmemiştir. Bu nedenle zararlardan sorumludur.” www.kazanci.com (e.t.:22.10.2019)

³⁸⁹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34-35, 215; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752-753; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 245-246; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 106.

³⁹⁰ Yarg. 15. HD., 03.10.2016 T., 2016/6525 E., 2016/2461 K.:

Asıl davada davacı iş sahibi, davalı yüklenici ile 03.07.2012 tarihinde imzaladıkları sözleşme gereği yüklenicinin davacının fabrikasında kumaş üretiminde kullanılan sıcak su-soğuk su borularını paslanmaz borularla değiştirmeyi üstlendiğini, ancak değiştirilen borularda kısa bir süre sonra tekrar paslanma oluştuğunu, bu durumun davalıya bildirildiğini, ancak davalının sorunun kendi işçiliğinden değil malzemeden kaynaklandığını iddia ettiğini, paslanmanın neden kaynaklandığının ortaya çıkması için .. Üniversitesiyle boru imalatçısı ... şirketinden özel bilirkişi raporları aldığını, raporların tamamında sorunun işçilikten kaynaklandığının belirlendiğini davalıya 28.03.2013 tarihinde ihtarname göndererek ödenen ücretin iadesi ve uğranılan zararın tazmininin istendiğini belirterek ödemiş olduğu ücret de dahil sözleşmenin ifa edilmemesinde doğan maddi zararlarının ve oluşan manevi zararların tazminini istemiş, davalı yüklenici ise sözleşme uyarınca malzeme seçiminin iş sahibi şirkete ait olduğunu, kendinin iş sahibinin teslim ettiği borularla montaj ve kaynak işini yaptığını, borulardaki paslanmanın işçilikten değil 304 L kalite malzemenin korozyona karşı zaafından kaynaklandığını, zararın malzeme hatasından doğduğunu savunmuş, karşı davasında ise bakiye iş bedeli alacağı ile uğradığı manevi zararın tazminini talep etmiştir. Taraflar arasında 03.07.2012 tarihinde düzenlenen sözleşme uyuşmazlık konusu değildir. Sözleşme uyarınca davalı yüklenici davacı iş sahibinin fabrikasında hidrofor dairesindeki korozyona uğramış kolektörlerin ve işletme içindeki sıcak ve soğuk su borularının paslanmaz borularla değiştirilmesi işçiliğini üstlenmiştir. Sözleşme gereğince boru, bağlantı parçası ve benzeri tesisat

sahibi söz konusu plan ve projelerin uygulanmasını talep ederse yüklenici inşaatın ayıplı olmasından ve doğacak zarardan sorumlu tutulamayacaktır. Ancak, yüklenici bildirimde bulunduktan sonra uygun bir süre iş sahibinin olumlu veya olumsuz cevabını beklemelidir. Uygulamada, yüklenicinin iş sahibine yazılı şekilde bildirimde bulunarak belirli bir süre içinde yanıt vermesi aksi takdirde talimatında ısrarcı olduğunun kabul edileceği şeklindeki ihtarlarla sıklıkla karşılaşmaktadır.

İş sahibi, inşaat faaliyetlerinin yürütülmesine ilişkin plan ve projelerin hazırlanmasını işin uzmanı olarak bizzat kendisi üstlenmiş ya da kendi denetimi altındaki mimar ve mühendisleri görevlendirmişse yüklenicinin ayrıca plan ve projelerin arsaya uygunluğunu inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁹¹.

İş sahibinin talimatının, uygulanmasını talep ettiği plan ve projenin arsaya uygun olmadığı ayrıca bir inceleme yapılmaksızın açıkça görülüyor ise yüklenici bu durumu iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. İş sahibinin plan ve projeleri hazırlama yükümlülüğünü

malzemesi ve kesme taşı, kaynak teli, argon ve benzeri montajda kullanılacak yardımcı malzemeler iş sahibi şirket tarafından temin edilecektir. Davalının cevap dilekçesindeki beyanları ve dosya kapsamında alınan bilirkişi raporları içeriğinden davalı ve karşı davacı yüklenicinin edimini ayıplı olarak ifa ettiği ve ayıbın Türk Borçlar Kanunu'nun 475/1 maddesinde ifade edilen iş sahibinin kullanamayacağı ve hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde olduğu, bu nedenle de iş sahibince yüklenicinin yaptığı tesisatın sökülerek yeni tesisat yaptırdığı anlaşılmaktadır. 24.10.2014 tarihli bilirkişi raporunda paslanmaz boru ve ek parçalarını birleştirmede uygulanan kaynak işçiliğinin yer yer hatalı olduğu ve paslanmaz boru seçiminde de 304 L boru tercih edilmesinin riskli bir seçim olduğu belirtilmiş, 20.03.2015 tarihli ... tarafından düzenlenen bilirkişi raporunda ise sorunun temelini yanlış kaynak teli malzemesinden kaynaklandığı açıklanmıştır. Sözleşmeyi imzalayan davalı-karşı davacı yüklenici işinin ehli olup, kendisinden basiretli bir tacir gibi davranması beklenir. Yüklenici yapımını üstlendiği eseri sözleşmeye teknik ve sanatsal kurallara ve amaca uygun olarak imâl edip iş sahibine teslim etmekle, iş sahibi de kararlaştırılan bedeli ödemekle mükelleftir. Eser, yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren emek sarfıyla gerçekleştirdiği bir sonuçtur. Eser sözleşmelerinde; yüklenici sadakat ve özen borcu gereği eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü bu zorunluluktan kaynaklanır. Başka bir deyişle akdin gereği gibi ve zamanında ifasını tehlikeye sokan her hali yüklenici iş sahibine derhal haber vermeye mecburdur (TBK 472). Yüklenici genel özen ve sadakat yükümünün gereği olarak kendisine teslim edilen malzemeyi muayene etmeli, eserin meydana gelmesine elverişli bulunmadığını öğrenir öğrenmez iş sahibine bildirmeli ve onun talimatına uygun şekilde hareket etmelidir. Somut olayda varlığı sabit kabul edilen ayıbın gerek makine mühendisi ..n raporunda belirttiği şekilde 316 L yerine 304 L boru kullanılması ve işçilik hatasından, gerekse z tarafından düzenlenen raporda belirtildiği şekilde yanlış kaynak teli malzemesi kullanılması sonucu ortaya çıktığı kabul edilse dahi işin ehli olup basiretli bir tacir gibi hareket etmek zorunda olan davalı ve karşı davacı yüklenici 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 472/son maddesi hükmü uyarınca sorumluluktan kurtulabilmesi için iş sahibinin verdiği malzemenin aypsız bir imal için elverişli olmadığını öğrenir öğrenmez durumu iş sahibi bildirmesi gerekir. Bildirmezse bundan doğan sonuçlardan sorumlu olur. Yüklenici özen borcunun bir sonucu olan bu uyarı yükümlülüğünü yerine getirdiğini ileri sürmüş ise de bu savunmasını yasal delillerle kanıtlayamamıştır. Bu nedenle yüklenicinin işin ayıplı ifasından sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Davalı ve karşı davacı yüklenici genel ihbar mükellefiyetini yerine getirdiğini usulen kanıtlayamadığından yapılan montaj ve kaynak işi sözleşmedeki amaca uygun olmadığı gibi iş sahibinin kullanamayacağı derecede de ayıplı olduğundan yüklenicinin bedele hak kazandığı kabul edilemez.” www.karararama.yargitay.gov.tr (e.t.:01.11.2019)

³⁹¹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 37-41; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 754; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 245-246;.

üstlendiği ve plan ve projelerin yapı tekniği kurallarına uymadığı açıkça anlaşılmayan durumlarda yüklenicinin inceleme yükümlülüğünden bahsedilemez³⁹².

4. Bildirimin Yapılması

Tek taraflı bir irade beyanı olan bildirimin yapılması için şekil şartı öngörülmediğinden, yazılı ya da sözlü şekilde yapılması mümkündür³⁹³. Bu nedenle, yüklenici bildirim yapıldığını tanık ile de ispat edebilecektir³⁹⁴. Ancak, bildirimin içeriği ve amacı açıkça belirtilmeli, muhatap iş sahibince anlaşılabilir nitelikte olmalıdır. Taraflar, sözleşme ile yapılacak olan bildirimler bakımından şekil şartı kararlaştırsa dahi bu TBK m. 17 anlamında geçerlilik şartı değildir. Yüklenicinin zımni olarak veya hareketleri ile yapacağı herhangi bir bildirim, TBK m. 472 anlamında “bildirim” olarak kabul edilmemektedir³⁹⁵. Örneğin, iş sahibince hazırlanan plan ve projelerin elverişli olmadığını görmeyen yüklenicinin susması ya da uygun olmadığını yüz ifadeleriyle göstermeye çalışması bildirim değildir. Ayrıca, yüklenicinin iradesini açıkça ortaya koymayan hareketler ve anlamı olmayan işaretler de bildirim niteliğinde değildir. Ayrıca, bildirimin inşaat faaliyetlerinde uzman olmayan iş sahibinin, anlamasının beklenemeyeceği teknik terimleri ya da fizibilite vb. raporların sunumunu yorumlaması ve böylelikle ifayı tehlikeye düşüren durumun varlığından haberdar

³⁹² Yarg. 15. HD., 03.04.1996 T., 1996/1531 E., 196/1892 K.:

“...Davacı yüklenici (proje), davalı iş sahibi ile yaptığı 17.6.1993 günlü “proje sözleşmesi” ile davalıya ait iş merkezi inşaatının “Tüm mimari uygulama projeleri” ile bu projelerin “Detayları”nı hazırlama ve Çankaya ile Anakent Belediyelerinden “tasdiki ve ruhsat alınması” işlerini üstlenmiştir. Projecinin, işinin ehli bir kimse olarak projenin neticesinden mesul olacağı sözleşmede ayrıca vurgulanmıştır. Yüklenici, üstlendiği işi “özenle” 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. İşin, zamanında ve eksiksiz yapılması, iş sahibine atfi kabil bir davranışa bağlı olarak mümkün olamıyor veya zorlaşıyorsa, yüklenicinin BK’nun 357/III. Maddesi uyarınca iş sahibini derhal uyarması gerekir. Somut olayda, davacı her ne kadar 11.4.1994 günlü ihtarı ile davalı iş sahibini uyarırmış ise de, sonradan yapılan 30.05.1994 tarihli ek sözleşme ile, işin süresi 30 gün uzatılmış ve projenin imar onayından en kısa sürede çıkması için projecinin gereken tüm çabayı göstereceği bir kez daha vurgulanmıştır. Bu işle ilgili imar onayının nasıl alınması gerektiği, Belediyeye hangi belgelerin ne zaman sunulacağı hususları, uzman olan ve yasa gereği öyle kabul edilen projecinin görevleri cümlesindendir. Sözleşmede belirtilen sürede, mimari projeyi belediyeye sunan, ancak Anakent Belediyesinin vekâleti ve asansör projelerini eklemeyen, bu konuda iş sahibine düşen edimlerin onun tarafından yerine getirilmesi için iş sahibini uyarmayan ve alacaklı temerrüdüne düşürmeyip, imar onayının çıkmasını bekleyen projecinin, özen borcunu ve görevini yaptığı ya da yüklenici uyarı borcunu yerine getirdiği halde, kendisine düşen edimleri tüm buna rağmen yerine getirmeyen iş sahibinin kendi görevini ifa ettiği kabul edilemez...” (Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 754)

³⁹³ Gümüüşsoy Karakurt, s. 45; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 43; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 740.

³⁹⁴ Yarg. 15. HD., 29.05.2013 T., 2012/3706 E., 2013/3464 K.:

Yüklenici iş sahibini uyardığını her türlü delille ispat edebilir. “... her ne kadar, sözleşme hükümleri uyarınca zemin betonunu hazırlama görevi iş sahibinde olsa bile, davacı yüklenicinin zeminin kötü hazırlandığı konusunda iş sahibini uyarma görevi vardır. Davacı da bu uyarma görevini yerine getirdiğini, bu konuda tanık dinletmek istediğini 10.05.2012 günlü delil listesinde belirterek, tanıklarının ismini mahkemeye sunmuştur. Uyarma görevinin yapıldığı tanık dahil her türlü delille ispatlanabilir.” www.kazanci.com (e.t.:12.11.2019)

³⁹⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 45-47; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 744 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 107; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 137.

olması dürüstlük kuralları gereğince beklenemez. Bu nedenle, iş sahibine, ifayı tehlikeye düşüren durumlar hakkında anlaşılır şekilde bildirim yapıldığını ispat yükümlülüğü yükleniciye aittir³⁹⁶.

Kanunda, bildirimin yapılacağı zaman 3 gün içinde vb. nesnel şekilde sınırlandırılmamış ancak yüklenicinin ifayı tehlikeye düşürecek durumu öğrenmesinden itibaren “hemen” bildirim yapması öngörülmüştür³⁹⁷. Bu nedenle, yüklenici böyle bir durumu öğrendiği anda bildirimde bulunmalı, kendi kusuru nedeniyle geç bildirimde bulunmamalıdır. Ancak yüklenici, bildirim yükümlülüğünü çok geç yerine getirdiği durumda, bildirimin derhal yapılmış olsaydı dahi somut olayın koşulları ve hayatın olağan akışı gereği sonucun değişmeyeceğini ispatladığı takdirde zararı tazmin yükümlülüğü olmayacaktır. Örneğin, ülke çapındaki bir doğal afet nedeniyle iletişim imkânının olmaması ya da yüklenici derhal bildirimde bulursa dahi arazi koşullarını iyileştirmek için gerekli aracın belli bir tarihten sonra temin edilebilecek olması halinde yüklenicinin zararı tazmin yükümlülüğü olmayacaktır.

Bildirim, iş sahibine yöneltilmelidir. Ayrıca, iş sahibinin yetkili temsilcilerine yapılacak bildirim de geçerlidir. Temsilcinin, bildirim iş sahibine iletmediği ya da ciddiye almadığının anlaşıldığı durumlarda ekstra ve makul olmayan bir masraf gerektirmiyorsa ayrıca iş sahibine de bildirim yapılmalıdır³⁹⁸. İş sahibinin yetkili olmayan yardımcısına bildirim yapılması halinde TBK m. 46-47’de düzenlenen yetkisiz temsil³⁹⁹ hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla, iş sahibinin yetkili olmayan yardımcısına yapılan bildirim kural olarak geçerli değildir. Doktrinde, temsil etkisi olmayan ifa yardımcısının bildirim iş sahibine iletmesi halinde de bildirimin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁴⁰⁰. Kanaatimizce de temsil yetkisi olmayan kişilere yapılan bildirimler geçersizdir ancak iş sahibinin bu bildirim öğrenmesi halinde, bildirim yapılması ile amaçlanan faydaya ulaşılmış

³⁹⁶ Duman, İspat, s. 293; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 44 vd.; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 744 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 107; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 137.

³⁹⁷ Yarg. 15. HD., 07.02.2011 T., 2009/5652 E., 2011/606 K.:

“... BK’nın 357/III. maddesi gereğince, işin yapılacağı yerin kusurlu olduğu anlaşılır veya eserin noktası noktasına düzenli olarak, gereği gibi veya zamanında meydana getirilmesini tehlikeye sokacak başka bir durum ortaya çıkarsa yüklenici, bu durumu hemen iş-eser sahibine bildirmek; eğer bildirmezse, bunun sonuçlarına kendisi katlanmak zorundadır.” www.kazanci.com (e.t.:12.02.2020)

³⁹⁸ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 43; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 740 vd.

³⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Ş., 2009. Türk medeni hukukunda yetkisiz temsil, 1. Baskı. İstanbul; Eren, *Genel Hükümler*, s. 509-510; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 744 vd.;

⁴⁰⁰ Aral/Ayrancı, s. 403; Atamulu, s. 75; Büyükkay, s. 116; Eren, *Özel Hükümler*, s. 641; Ergezen, s. 78; Erman, *Arsa Payı*, s. 126; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 744 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 149; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 107; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 137; Yavuz, s. 1029.

olacağından iş sahibinin bildirim yapılmadığını ileri sürmesi dürüstlük kuralına aykırı olacağı gibi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir.

Bildirim yükümlülüğü, yalnızca ifayı tehlikeyi düşüren durumlar bakımından değil aynı zamanda inşaatın zamanında ve ayıpsız olarak tamamlanıp teslim edilmesi için gereken masrafların artması halinde de yerine getirilmelidir. Zira, yaklaşık bedelin aşılması ve sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması hususları tartışma alanı bulacaktır. Bu nedenle, bildirim iş sahibinin -varsa- gereken düzenlemeleri yapmasına izin verecek nitelikte olmalıdır.

TBK m. 472’de düzenlenen bildirim yükümlülüğü, sözleşmeye dayanan bir yükümlülüktür bu nedenle yüklenici ancak sözleşme düzenlendikten sonra sorumlu tutulabilecektir⁴⁰¹. Ancak culpha in contrahendo⁴⁰² gereği yüklenicinin herhangi bir zemin etüdü vb. çalışma yapmasını gerektirmeyen, uzmanlık alanı nedeniyle açıkça görebileceği veya ayrıntılı bir inceleme yapmaksızın fark edebileceği hususları TMK m. 2 uyarınca iş sahibine bildirmesi gerekir⁴⁰³. Örneğin, iş sahibince henüz sözleşme kurulmadan çizdirilen projenin gösterilen arsaya inşa edilemeyeceği ortalama bir yüklenici tarafından açıkça görülüyor ise yüklenicinin TBK m. 472 nedeniyle olmasa dahi dürüstlük kuralı ve culpha in contrahendo uyarınca bildirim yükümlülüğü vardır⁴⁰⁴.

Yüklenicinin inşaat faaliyetlerine başladıktan sonra sözleşmenin zamanında ve ayıpsız olarak ifa edilmesini tehlikeye düşürecek bir durumu fark edip iş sahibine bildirmesi halinde iş sahibi inşaatın tamamlanmasından önce yapılmış olan kısmın karşılığını ödemek ve yüklenicinin bütün zararlarını gidermek koşuluyla sözleşmeyi feshedebilir ya da inşaatın tamamlanmasını talep edebilir.

Taraflarca sözleşme akdedilmesinin temel amacı, iş sahibi bakımından ısmarlanan inşaatın gereği gibi ifa edilmesi, yüklenici bakımından ise kararlaştırılan ücreti almasıdır. Bu nedenle, aslanan sözleşmenin devam etmesidir. TBK m. 484 uyarınca tam tazminatla

⁴⁰¹ Gümüşsoy Karakurt, s. 75; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 742 vd.; Yavuz, s. 1017; Zevkliler/Gökyayla, s. 498.

⁴⁰² Culpa in contrahendo sorumluluğu, tarafların sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusuru anlamına gelmektedir ve borca aykırılık esasına dayanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ulsan, İ., 1982. *Culpa in Contrahendo Üstüne*, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’a Armağan, İstanbul, s. 284 vd.; Gezder, Ü., 2009, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul, s. 64 vd.; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34, 219.

⁴⁰³ Aral/Ayrancı, s. 382; Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 369; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34; Gökyayla, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 786; Karadaş, s. 139; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 29; Uygur, s. 346-347. Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 738 vd.

⁴⁰⁴ Gümüşsoy Karakurt, s. 75; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 34; Gökyayla, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 786; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 739; Ulsan, *Culpa in Contrahendo Üstüne*, s. 284 vd.

sözleşmeyi feshetme⁴⁰⁵ ya da sözleşmenin devam etmesini talep etmek iş sahibine tanınmış seçimlik haktır. Doktrinde, iş sahibinin ancak sözleşmenin ifa edilmesi kendisine daha faydalı olacaksa sözleşmeyi feshedebileceği kabul edilmektedir⁴⁰⁶. Ayrıca, iş sahibi ancak inşaatın yapılması için gösterilen yer, sağladığı malzeme vb. kendi riziko alanından doğan nedenler nedeniyle TBK m. 484 uyarınca sözleşmeyi feshedebilecektir. Gerek doktrinde gerekse de Yargıtay içtihatlarında tam tazminat kavramından yüklenicinin zararı, fesih anına kadar yaptığı tüm giderler ve eser tamamlanmış olsaydı edeceği karın tamamının anlaşılacağı belirtilmektedir⁴⁰⁷.

Yüklenici, bildirimde bulunmakla iş sahibine inşaatı devam edip edilmeyeceğinin kendisine bildirmesi için uygun bir süre tanınmalıdır. İş sahibi, sözleşmeyi feshetmeye yönelik bir irade beyanında bulunmadığı takdirde, yüklenici çalışmalarını haklı bir neden olmaksızın durdurmamalıdır.

İş sahibi, yüklenicinin bildirimine rağmen inşaatı devam edilmesini talep ederse ve inşaat ayıplı olarak tamamlanırsa iş sahibi TBK m. 476 uyarınca ayıba ilişkin haklarını kullanamaz ve yüklenicinin ücretinin tamamını ödemekle yükümlü olur. Çünkü iş sahibi yüklenicinin ihtarına rağmen talimatında ısrarcı olması nedeniyle kusurludur.

5. Yüklenicinin Bildirim Yükümlülüğünü İhlal Etmesinin Sonuçları

Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün ihlali, inşaatın zamanında ya da ayıpsız olarak teslimini tehlikeye düşürecek durumun varlığını iş sahibine bildirmemesi ya da zamanında bildirmemesi şeklinde ortaya çıkabilir ⁴⁰⁸ . Çalışmamızın konusu bakımından, yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesinin en önemli sonucu inşaatın ayıplı olması halinde ayıba karşı sorumluluğundan kurtulabilmek için TBK m. 476 hükmüne başvuramayacak olmasıdır zira TBK m. 472/3 uyarınca iş sahibine bildirim yapılması TBK m. 476'nın uygulanabilmesinin şekli şartıdır ⁴⁰⁹ . Yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi

⁴⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 61 vd.; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 747 vd.; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 121; 50-51; Zevkliler/Gökyayla, s. 498.

⁴⁰⁶ Büyükkay, s. 145; Gümüşsoy Karakurt, s. 166; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 61 vd.; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 747 vd.; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 121; 50-51; Yalçınduran, s. 63; Zevkliler/Gökyayla, s. 498.

⁴⁰⁷ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 383; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 369.

⁴⁰⁸ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 383; Aral/Ayrancı, s. 380; Büyükkay, s. 155; Eren, *Özel Hükümler*, s. 627; Gökyayla, *Ek İş*, s. 164-166; Karaca, *Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri*, s. 1491; Kurt, L. M., 2011. *Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, s. 197; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 119; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752 vd.; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 49; Uygur, s. 349; Yalçınduran, s. 62; Yavuz, s. 1001; Zevkliler/Gökyayla, s.504.

⁴⁰⁹ Altaş, H., 2002, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 103; Eren, *Özel Hükümler*, s. 627; Güleç, s. 37; Şahin, s. 135; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 752 vd.; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144.

halinde iş sahibinin üstlendiği riskleri yüklenici üstlenmekte yani risk yer değiştirmektedir. Örneğin, inşaatın temelinde kullanılması için elverişli olmayan kaynak teli vb. malzemenin iş sahibince sağlanması halinde bu malzemenin kullanılması halinde inşaatın ayıplı olacağını derhal bildirmeyen yüklenici ayıptan sorumlu olacaktır.

Bildirim yükümlülüğünün ihlal edildiğini ispat yükümlülüğü iş sahibinindir ⁴¹⁰ . Yüklenici, ancak bildirim yükümlülüğü ihlal etmemiş olsaydı dahi ifanın tehlikeye düşeceğini ispatlaması halinde sorumluluktan kurtulacaktır⁴¹¹. Zira, bildirim yükümlülüğünü ihlal eden yüklenici zaten kusurlu davrandığından, ayıba karşı sorumluluğundan ancak kusursuzluğunu ispat etmesi halinde kurtulabilir.

İfayı tehlikeyi düşüren durumu gören yüklenici, bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğinde iş sahibi TBK m. 484 uyarınca tam tazminatla sözleşmeyi feshedebileceği gibi riskleri üstlenerek sözleşmeye devam edebilir. İnşaatın yok olması halinde ise zarara iş sahibi katlanır⁴¹². Örneğin, yüklenici bir binanın yapılması için gösterilen yerin ayıplı olduğunu bildirmesine rağmen iş sahibi sözleşmeye devam edilmesinde ısrarcı olursa ve deprem vb. bir doğal afette binanın yıkılması halinde zarardan sorumlu olmayacak ve zarara iş sahibi katlanacaktır.

Birden fazla yüklenicinin aralarında alt yüklenicilik ilişkisi olmaksızın birbirinin ardından çalışması halinde, inşattaki ayıp önceki yükleniciden kaynaklanıyorsa sonraki yüklenici ayıptan sorumlu olmamak için derhal iş sahibine bildirimde bulunmalıdır. Açık ayıbın varlığı halinde sonraki yüklenici çalışmaya başlamadan ayıbı fark etmelidir. Ayrıca, sonraki yüklenicinin özenli bir inceleme yapsaydı fark edebileceği ayıpları da bilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, bir binanın duvarlarının yapılması ile boyanmasını farklı yüklenicilerin yapması kararlaştırılmışsa, duvarın kötü malzeme kullanılması nedeniyle rutubet alacağı ve üzerine yapılan boyanın da bu nedenle ayıplı olacağını fark eden sonraki yüklenici bunu iş sahibine bildirmekle yükümlüdür, aksi halde TBK m. 476 uyarınca ayıptan sorumlu olur. İşinin uzmanı olan yüklenicinin boya yapılacak duvarın rutubet alıp

⁴¹⁰ Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 376; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 49-50; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 369; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144; Zevkliler/Gökyayla, s. 543.

⁴¹¹ Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 376; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 49-50; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 745; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 369; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144; Zevkliler/Gökyayla, s. 543.

⁴¹² Götürü bedelli sözleşmelerde ancak sözleşme akdedildiği sırada öngörülemeyen koşullar nedeniyle inşaat yapılması makul olmayan bir seviyede güçleşmişse sözleşme bedelinin artırılması ya da sözleşmeden dönülmesi mümkündür. Örneğin, zemin etüdü yapılmasına rağmen inşaat alanı kazılmaya başlandıktan sonra zemin tamamen kayalık olduğu görülmüş ve kararlaştırılan bedele bu denli kayalık bir arsaya planlanan inşaatın yapılması beklenemeyecek ise sözleşme bedeli artırılabilir veya sözleşmeden dönülebilir. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Gönen, s. 48 vd; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 177 vd., 257.

alamayacağını bilmesi gerektiğinden ayıbı fark edemeyeceği ileri sürülemez. Tarafların karşılıklı olarak anlaşmasıyla ya da somut olayın koşullarına göre sonraki yüklenicinin iyi niyetli olarak kendisinden önceki yüklenicinin eserini incelemesinin beklenemeyeceği hallerde inceleme yükümlülüğü ortadan kalkar⁴¹³. Örneğin, iyi niyet kuralları gereğince, bir baraj yapımında barajı aydınlatmakla yükümlü sonraki yüklenicinin barajın temelindeki drenaj çalışmalarını incelemesi beklenemiyorsa, inceleme yükümlülüğünün de ortadan kalktığına kabulü gerekmektedir. Ayrıca, sonraki yüklenici ayıbı fark eder etmez iş sahibine bildirimde bulunmuş olsaydı dahi hayatın olağan akışına göre bir değişiklik olmayacağını ispat etmekle sorumluluktan kurtulur⁴¹⁴.

Bildirim yükümlülüğünü zamanında ya da hiç yerine getirmeyen yüklenici, inşaatın zamanında tamamlanamaması ve ayıplı olmasından sorumlu olur⁴¹⁵. Bu durumda yüklenicinin tazmin yükümlülüğünün kapsamı belirlenirken, TBK m. 472 uyarınca bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olsaydı iş sahibinin olacağı durum ile hâlihazırdaki durumu arasındaki fark esas alınmalıdır.

Zararın tazmin edilmesi bakımından, bildirim yükümlülüğünü ihlal eden yüklenici hakkında sözleşmeyi ihlalden doğan hükümlerin mi yoksa ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulanacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. TBK m. 474 ve devamında düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümleri, sözleşmenin ihlal edilmesinden kaynaklanan hükümlere göre daha geniş olduğu için iş sahibinin lehinedir. Çünkü TBK m. 474 vd. hükümlerinde, sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan hükümlerin aksine, yüklenicinin kusurlu olup olmamasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır.

İş sahibi, yüklenicinin bildirim yükümlülüğünü ihlal ettiğini ispat etmekle bundan doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. Yüklenici ise, bildirim yükümlülüğü yerine getirilmiş olsaydı dahi inşaatın yine de zamanında teslim edilemeyeceği ya da ayıplı olacağını ispat ederek TBK m. 476 hükmünü ileri sürmek suretiyle sorumluluktan kurtulabilir⁴¹⁶.

İnşaatın, iş sahibinin talimatı, sağladığı malzeme, plan/proje nedeniyle veya gösterilen yerin ayıplı olması nedeniyle ayıplı olması ya da yok olması halinde TBK m. 476 uyarınca

⁴¹³ Baygın, s. 91; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 738.

⁴¹⁴ Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 247 vd.; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 190; Yalçınduran, s. 62; Yavuz, s. 1001; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215, 221.

⁴¹⁵ Gauch / Carron, N. 1987; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 247 vd.; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 190; Yalçınduran, s. 62; Yavuz, s. 1001; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215, 221.

⁴¹⁶ Duman, *İspat*, s. 105; Erman, *Arsa Payı*, s. 38-39; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 21, 49; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 789; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 740 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 105.

ücrete ilişkin risk iş sahibine aittir. Ancak, yüklenici bildirim yükümlülüğü ihlal ettiği takdirde yaptığı işin ücretinin ve giderlerinin ödenmesini talep edemez⁴¹⁷.

C. Maddi Şartı Olarak Ayıbın Yükleniciye Yüklenebilen Bir Sebepden Doğmaması

1. Genel Olarak

Çalışmamızın esas konusunu oluşturan inşaat sözleşmesinde ayıbın iş sahibinden kaynaklanması, TBK m. 476'da *"İş Sahibinin Sorumluluğu"* başlığı altında *Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz"* şeklinde düzenlenmiştir⁴¹⁸. Kanun hükmünden de görüldüğü üzere, ayıbın iş sahibine yüklenebilmesinin nedeninin yalnızca iş sahibinin talimatları ile sınırlı olmadığına⁴¹⁹ ve "herhangi bir şekilde" ibaresiyle iş sahibinin başka

⁴¹⁷ Yarg. 15. HD., 13.12.2018 T., 2018/3826 E. , 2018/5042 K.:

Davacı vekili müvekkilinin davalı idarenin açtığı ihaleyi kazanarak, 21.01.2010 tarihli sözleşmeyi imzaladığını, sözleşme kapsamında idarenin ihtiyacı olan 18 adet karinalı şişirilebilir bot yapımını üstlenerek, ürettiği botları 20.08.2010 tarihinde idareye teslim ettiğini, yapılan muayene sonucunda 5 adet büyük tip botun şartnameye uygun bulunup teslim alınmasına rağmen, 13 adet küçük tip (RHIB Sert karinalı şişirilebilir hücum bot) dava konusu botların ilk muayenesinde saptanan bir kısım eksikler tamamlandıktan sonra, yeniden idareye tesliminde, ikinci muayenede botların iki madde bakımından sözleşmeye uygun olmadığı gerekçesiyle, 21.01.2011 tarihinde reddedilerek 26.01.2011 tarihinde iade edildiğini, yangın söndürme cihazlarına ilişkin ilk eksiklik ile ilgili itirazların idarece kabulüne rağmen, her bir botun ağırlığının personel dahil 500 kg'dan fazla olması gerekçesiyle sözleşmeye uygun olmadığından itirazları reddedilerek, 27.01.2011 tarihli yazısıyla 13 adet bot ile ilgili sözleşmeyi feshettiğini, halbuki müvekkilinin botlarda bulunması gereken tüm şartları yerine getirdiğini, idari şartnamede belirlenen bot ağırlığının 450 (+50, -150) olmasının teknik olarak mümkün olmadığını, buna ilişkin olarak İTÜ ve Türk Loydu Vakfı'ndan alınan belgeleri idareye sunduklarını, teknik olarak botların müvekkilinin ürettiği ağırlıktan daha hafif üretilmesinin imkânsız olduğunu, aksi halde personelin can güvenliğinin tehlikeye atılacağını belirterek, taraflar arasındaki akdin aynen ifasına, malların idarece teslim alınmasına, 290.000,00 TL iş bedelinin ve süresinde teslim alınmaktan doğan muhafaza ve bakım masraflarına karşılık şimdilik, 10.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Yargılama sırasında alınan bilirkişi raporlarında üretilen botların idari şartnamede belirlenen ağırlıkta olmadıkları 150 kg daha fazla oldukları saptanmıştır. İşin teknik mahiyeti askeri amaçlı oluşu birlikte değerlendirildiğinde sözleşme ile belirlenen koşullarla ilgili esneklik gösterilmesinin beklenmesi haklı bulunmamıştır. Davacı yüklenici 28.12.2009 tarihli birim fiyat teklif mektubunda ihalede belirtilen özelliklere sahip bot üreteceğini taahhüt etmiş olup, ifa sürecinde sözleşme ve eklerine uygun nitelikte bot üretilmesinin imkânsız olduğunu belirterek, ürettiği ağırlıkları 650 kg gelen botların muayene ve kabulünü istemiş, isteminin idarece açıkça kabul edilmemesine rağmen, idareden muvafakat, talimat almadan sözleşme ekleri arasında bulunup (7.1.a md.), sıralamada teknik şartnameden önce gelen idari şartnamedeki ağırlık kriterine aykırı olarak her bir botu, 450 (+50, -150) kg yerine 600 kg ağırlığında üretilip teslim etmiştir. Davacının basiretli tacir gibi davranmasının zorunlu olduğu halde, sözleşmenin ihalesi aşamasında ya da imza aşamasında BK 357. maddesi (TBK 472. Md.) uyarınca uyarı görevini yerine getirdiğine dair kanıt bulunmadığından, bedel yönünden açılan davanın tümden reddine karar verilmesi gerekirken kabulü doğru olmamıştır. www.lexpera.com (e.t.:06.11.2019)

⁴¹⁸ Dolayısıyla, TBK m. 476 inşaat sözleşmesinde iş sahibinin TBK m. 475 uyarınca yüklenicinin ayıba karşı tekeffülüne başvurabilmesinin olumsuz şartıdır. Aral/Ayrancı, s. 400 vd.; Gümüş, *Özel Hükümler*, C.2, s. 119; Gümüşsoy Karakurt, s. 32; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195-196; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 90; Erman, *Arsa Payı*, s. 121 ; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137, Selimoğlu, s. 128; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 233; Ürem, s. 44; Ruhi/Ruhi, s. 48; ; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 564; Zevkililer/Gökyayla, s. 523.

⁴¹⁹ 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun "Kusur Halinde İş Sahibinin Hakkı" başlığı altında düzenlenen 361. maddesi "Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu

nedenlerle de ayıptan sorumlu olabileceğine işaret edilmektedir⁴²⁰. Uygulamada, TBK m. 476 hükmünün uygulandığı durumlar genellikle inşaattaki ayıbın iş sahibinin kusurlu davranışından, sağladığı malzemedan, plan ve projelerden, alt yüklenicinin ya da önceki yüklenicinin ayıplı ifasından veya inşaatın yapılması için gösterilen yerin ayıplı olmasından kaynaklandığı görülmektedir⁴²¹.

İnşaatın ayıplı olmasının yükleniciye yüklenebilen bir sebepten doğmaması -yani TBK m. 476 hükmünün uygulama alanı bulması- iş sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanabileceği gibi ⁴²², iş sahibinin kusuru olmasa dahi kendi riziko alanına giren sebeplerden de kaynaklanabilir⁴²³.

Yüklenicinin, inşaattaki ayıptan sorumlu olmaması, inşaatın ayıpsız olarak tamamlanmasının mümkün olmayacağını öngördüğü anda TBK m. 472 hükmü uyarınca derhal iş sahibine bildirimde bulunmuş olmasına bağlıdır⁴²⁴. Yüklenicinin bildirimine riayet etmeyen iş sahibi, kendisine TBK m. 475'te tanınan seçimlik haklarını kaybedecektir⁴²⁵.

2. Ayıbın İş Sahibinin Talimatından Kaynaklanması

TBK m. 476'da inşaattaki ayıbın yüklenicinin ihtarına karşın iş sahibinin verdiği talimattan doğması halinde iş sahibinin inşaatın ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacağı düzenlenmiştir⁴²⁶. İş sahibi bu talimatı taraflar arasındaki sözleşmede yer

veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta müteahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir. İşin kusurlu olması veya mukaveleye muhalif bulunması yukarıki derecede ehemmiyeti haiz değil ise iş sahibi, işin kıymetinin noksanı nispetinde fiatı tenzil ve eğer o işin ıslahı büyük bir masrafi mucip değil ise müteahhidi tamire mecbur edebilir. Bu hususta müteahhidin taksiri varsa iş sahibi zarar ve ziyan da isteyebilir. Yapılan şey iş sahibinin arsası üzerine yapılmış olup da mahiyeti itibariyle refi ve kal'ı fazla bir zararı mucip ise iş sahibi, ancak ikinci fıkra mucibince muamele yapar." şeklindedir.

⁴²⁰ Büyükcay, s. 126; Canbolat, s. 166-167; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Gümüşsoy Karakurt, s. 32; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195-196; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 190-191; Şahin, s. 131; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137; Yavuz, s. 1031.

⁴²¹ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 214; Şahin, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 131; Karadağ, s. 114; Selimoğlu, s. 94; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.232; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-204; Kırmızı, s. 265.

⁴²² Avcı, M. Ö., 2016., *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3., s. 308-310. Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 58; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 201; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 233.

⁴²³ Erman, *Arsa Payı*, s. 159; Gümüşsoy Karakurt, s. 32; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 213-214; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235;.

⁴²⁴ Gauch / Carron, N. 1987; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 233 vd.; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 190; Yalçınduran, s. 62; Yavuz, s. 1001; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215, 221.

⁴²⁵ Aral/Ayrancı, s. 400; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 159; Gümüşsoy Karakurt, s. 33-34; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd; Gümüş, *Özel hükümler*, C. 2, s. 119; Kırmızı, s. 260; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 121; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 237.

⁴²⁶ Aral/Ayrancı, s. 400 vd.; Erman, *Arsa Payı*, s. 121; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 564; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137, Selimoğlu, s. 128; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 233; Gümüş, *Özel*

alabileceği gibi işin yürütülmesi sırasında da verilmiş olabilir⁴²⁷. Zira sözleşmenin kurulduğu sırada inşaat tasarısı çok net olmayabilir ve olması da elzem değildir. Meydana getirilecek inşaat tasarısının sözleşmenin kurulması için yeterli derecede belirgin olması yeterlidir. İnşaat faaliyetleri devam ettikçe, iş sahibi talimatlarıyla eseri somutlaştırmaktadır⁴²⁸. Bir diğer ifadeyle, sözleşme düzenlendiği sırada hangi alana, hangi büyüklükte ne inşa edileceği belirlenmiş iken, iş sahibinin inşaat faaliyetleri yürütülürken inşaatın belirli bir bölümünün talimatına uygun şekilde ya da talep ettiği malzeme ile yapılmasını istemesi eserin somutlaştırılması ve iş sahibinin iradesini yansıtır⁴²⁹. Örneğin, iş sahibinin hangi parsel kaç metrekare yapılacağı kararlaştırılan binanın balkonunun hangi cepheye yapılacağına dair talimatı işin yürütülmesi sırasında verilen talimattır.

İş sahibinin her talebi TBK m. 476'da konu edilen talimat olarak nitelendirilemez. Burada kast edilen, iş sahibi tarafından verilen ve yüklenicinin inşaat faaliyetinin yürütüldüğü süre boyunca uymakla yükümlü olduğu, inşaatın nasıl meydana getirileceğine yönelik bağlayıcı talimatlardır⁴³⁰. Ayrıca, talimat tek taraflı bir irade beyanı olduğundan yüklenici ve iş sahibinin birlikte aldığı kararlar talimat olarak nitelendirilemez⁴³¹. Talimatın konusu iş sahibinin veya yardımcılarının inşaat faaliyetini ne şekilde yürüteceği, inşaatın yapımı sırasında kullanılacak malzemelerin miktar ve cinsinin belirlenmesi, malzemelerin hangi satıcıdan alınacağı, yüklenicinin çalışacağı alt yüklenicinin seçimi, yürütülecek faaliyetlerin sırası, birden fazla alt yüklenici bunlar arasındaki koordinasyonun sağlanması, plan ve programına ilişkin olabilir⁴³². Ancak, yüklenici için bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki istekler TBK m. 476 anlamında talimat sayılmaz⁴³³. Yüklenici iş sahibinin yalnızca tavsiye

Hükümler, C.2, s. 119; Öz, İnşaat Sözleşmesi, s. 90; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195-196; Ruhi/Ruhi, s. 48; Ürem, s. 44; Gümüşsoy Karakurt, s. 32; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

⁴²⁷ Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 289; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235; Zevkliler/Gökyayla, s. 523; Yavuz, *Özel Hükümler*, s. 564; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317.

⁴²⁸ Arpacı, s. 143; Canbolat, s. 162; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 205-208.

⁴²⁹ Arpacı, s. 143; Canbolat, s. 162-163; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 206-207.

⁴³⁰ Acun, s. 41; Aral/Ayrancı, s. 401; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 79-80; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 61; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137; Tandoğan, *Özel hükümler*, s. 201-214.

⁴³¹ Acun, s. 41; Aral/Ayrancı, s. 401; Canbolat, s. 163; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 79-80; Arpacı, s. 143; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 732 vd.; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 318; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209-210.

⁴³² Acun, s. 41; Akkanat, *Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler*, s. 20; Aral/Ayrancı, s. 400; Canbolat, s. 160; Donay, S., 1970. *Vekilin Talimata Uyuma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu*, BATİDER, C. 5, S. 4, s. 730; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 160; Şahiniz, s. 124; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 136-138; Zevkliler/Gökyayla, s. 523; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317-318; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 208-209.

⁴³³ Acun, s. 41; Aral/Ayrancı, s. 401; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 79-80; Gümüş, s. 61; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209.

niteliğindeki yani bağlayıcı olmayan talimatlarını yerine getirdiği için inşaat ayıplı olursa, bu talimatlar ile ayıp arasında uygun bir illiyet bağı olmadığından iş sahibi ayıptan sorumlu tutulamayacaktır⁴³⁴. Zira bu durumda yüklenici bağlayıcı olmayan talimatları kendi iradesiyle uygulamaktadır.

İş sahibinin talimat verme yetkisi sözleşmede açıkça kararlaştırılabileceği gibi, kararlaştırılmamış olsa dahi sözleşmenin yorumundan anlaşılabilir⁴³⁵.

İş sahibinin açıklamış olduğu irade beyanının bağlayıcı bir talimat olup olmadığı hususunda belirsizlik varsa güven teorisine⁴³⁶ başvurularak bu irade beyanının yorumlanması gerekmektedir⁴³⁷. Bir diğer ifadeyle, beyanda bulunan iş sahibinin beyanının içeriğine, somut olayın koşullarına, beyanın yapıldığı hal ve şartlara bakılarak bir sonuca varılması gerekmektedir⁴³⁸. TBK m. 476 anlamında bir talimattan bahsedebilmek için, iş sahibinin yükleniciye yalnızca yapılmasını talep ettiği inşaatı tarif etmesi yeterli değildir; işin yapılma şekli ile yönteminin somut ve bağlayıcı şekilde bildirilmesi gerekir⁴³⁹. Bir diğer ifadeyle, bildirimin verilen talimatın uygulanması halinde inşaatın ayıplı olacağını ve bu ayıbın hangi nedenden kaynaklanacağını açıkça belirtecek şekilde olması gerekmektedir⁴⁴⁰. Böylelikle, iş sahibi verdiği talimat ile talimatının uygulanması halinde gerçekleşebilecek muhtemel sonuçları değerlendirebilmesi sağlanmalıdır⁴⁴¹.

Yüklenicinin uyarma yükümlülüğü, iş sahibinin verdiği her talimat bakımından değil, yalnızca eserin ayıpsız şekilde tamamlanmasını tehlikeye düşüren durumlar için bulunur⁴⁴². Tıpkı ihbar yükümlülüğünde olduğu gibi yüklenicinin, talimatın işin yürütülmesi bakımından

⁴³⁴ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 732-734; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 138.

⁴³⁵ Arpacı, s. 143-144; Gündoğdu, F., 2019. *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 207; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 138; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 732 vd.; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234.

⁴³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman M. K. / Öz M. T., 2018, *Genel Hükümler*, C.1. 6. Baskı, İstanbul, s. 64; Kocaağa, K., 2008. *Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar*, TBB Dergisi, 79, s. 74.

⁴³⁷ Gauch/Carron, N. 1929; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 210; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İş Ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 126.

⁴³⁸ Gauch /Carron, N. 1929; Donay, s. 730; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 137-138; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235.

⁴³⁹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 208; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 732 vd.; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 138.

⁴⁴⁰ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 211; Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 386; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 113; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 734, Yalçınduran, s. 62

⁴⁴¹ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 211; Erman, *Arsa Payı*, s. 33-40; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 734, Yalçınduran, s. 62.

⁴⁴² Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 733; Yakuppur, s. 44.

elverişsiz olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği durumlarda uyarma yükümlülüğü vardır⁴⁴³. İş sahibinin verdiği talimat elverişsizse, yüklenici iş sahibini açıkça uyarmakla yükümlüdür; yalnızca olumsuz bir eleştiri niteliğinde olan, iş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin sözleşmede kararlaştırıldığı şekilde meydana getirilemeyeceğini açık olarak ortaya koymayan uyarılar yükleniciyi sorumluluktan kurtaramayacaktır⁴⁴⁴. Yüklenicinin Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi ya da Yapım İşleri Genel Şartnamesi uyarınca riayet etmesi gereken hususlar ayrıca iş sahibi tarafından belirtilse dahi iş sahibinin talimatı olarak değerlendirilemeyecektir⁴⁴⁵. Zira bu kurallar yüklenicinin yasal mevzuatlar gereğince uymak zorunda olduğu kurallardır.

İş sahibinin talimatını ne şekilde bildireceğine dair bir şekil şartı öngörülmediğinden, talimatın sözlü ya da yazılı şekilde bildirilmesi mümkündür⁴⁴⁶. Ancak, uygulamada ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde bildirilmesinde fayda vardır.

Talimat, bizzat iş sahibince verilebileceği gibi kendisinin yetkili temsilcileri aracılığıyla da yükleniciye bildirilebilir⁴⁴⁷. Uygulamada, iş sahibinin yetkili temsilcilerinin sıklıkla mimar ya da mühendis olduğuna rastlanmaktadır⁴⁴⁸. İş sahibinin yetkili temsilcileri aracılığıyla bildirilen talimatlar, iş sahibinin kendi verdiği talimatlar olarak kabul edilmektedir⁴⁴⁹.

⁴⁴³ Erman, *Arsa Payı*, s. 40; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211-212; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Seğer, *Bildirim Borcu*, s. 733; Yakuppur, s. 44.

⁴⁴⁴ Yarg. 15 HD., 13.04.1978 T., 1978/822 E., 1978/778 K.:

“... Kural olarak, yüklenici eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirmekle sorumluluktan kurtulur. Ancak kendisi sözleşmede teknik bilgi sahibi tarafı teşkil ettiğinden iş sahibine yardımcı olmak ve amaca aykırı talimat ve istekleri karşısında kendisini uyarmak, bu talimat ve isteklerinin uygunsuzluğunu belirtmekle de yükümlüdür. Ancak yüklenici, iş sahibinin istekleri karşısında fikrini zımnen değil, açıkça söylemesi, ona sadece bir tenkit olarak değil, aksine istenilen tarzda eser meydana getirmenin zararlarını açık olarak ortaya koymalıdır. Aksi halde BK.nun 361 gereğince sorumlu tutulur. Özet olarak gerekli olan yüklenicinin talimata uyması halinde eserin bozuk olacağını iş sahibine bildirmesi, onun dikkatini çekmesidir.

Öyle ise, geçici kabulün yapılmış olması yükleniciyi sorumluluktan kurtarmayacağından yasa, sözleşme ve ekleri uyarınca teminat süresince sorumluluğu devam edeceğinden yapımı yüklenilen depoların yarı yarıya boş ve su kaçırma olayında yüklenicinin açıklanan şekilde iş sahibi idareyi uyarma borcunu yerine getirip getirmediğinin ve davalı idarenin bu konuda gerekli talimatı araştırılıp soruşturularak kanıtlarla durumun belgelenmesi ve kesin kabul ile hesabın tamamlanmasına engel bir hal mevcut olup olmadığının bilirkişi mütalaası da alınmak suretiyle saptanarak öte yandan Sosyal Sigortalar Kurumu'na prim borcu bulunup bulunmadığı da araştırılarak uygun sonuç doğrultusunda hüküm verilmesi gerekir.” www.kazanci.com (e.t.: 18.10.2019)

⁴⁴⁵ Gauch, *Wervertrag*, N. 1930 (Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 210'dan naklen)

⁴⁴⁶ Gauch / Carron, N. 1934; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235; Şahin, *Yüklenicinin Eksik İş Ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 126; Eren, *Özel hükümler*, s. 635.

⁴⁴⁷ Gauch / Carron, N. 1934; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Kürşat, s. 90; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317;

⁴⁴⁸ Duman, *İnşaat hukuku*, s. 895; Eren, *Özel hükümler*, s. 635 vd; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 797; Seğer, *Bildirim Borcu*, s. 733; Yavuz, s. 56.

⁴⁴⁹ Gauch / Carron, N. 1934; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Yavuz, s. 56.

Yüklenicinin inşaatın bir kısmını alt yüklenici aracılığıyla meydana getirmesi halinde, asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişki iş sahibi ile yüklenici gibidir⁴⁵⁰. Bu durumda, alt yüklenici iş sahibinin tarafından kendisine verilen talimatlara uymamalıdır⁴⁵¹. Çünkü alt yükleniciye ancak asıl yüklenici talimat verebilir⁴⁵². Alt yüklenicinin, asıl yüklenicinin yetkili temsilcisi olarak hareket ettiği durumlarda ise istisnaen iş sahibi tarafından verilen talimatlar, asıl yükleniciye verilmiş olan talimatlar olarak kabul edilir ve alt yüklenici bu talimatlara uymakla yükümlü hale gelir⁴⁵³.

Gauch'a göre, hükmün kesin olması için yüklenicinin verilen talimatın uygulanması halinde inşaatın ayıplı olacağına dair uyarısına rağmen iş sahibinin vermiş olduğu talimatta ısrar etmesi ve bu talimatına uyulmasında direnmesi gerekmektedir⁴⁵⁴. İş sahibi yüklenicinin açıkça yaptığı uyarısına rağmen talimatına uyulmasında ısrar ederse ayıp, TBK m. 476 anlamında iş sahibine yüklenmektedir⁴⁵⁵.

Yüklenicinin uyarısına rağmen iş sahibinin talimatında ısrarcı olması ancak riski üstlenmeyi reddetmesi durumunda da inşaatın ayıplı olmasından iş sahibi sorumlu olacaktır⁴⁵⁶. Çünkü inşaatın ayıpsız olarak tamamlanmasının açıkça riske atılması ile buna neden olacağı bildirilen talimatta ısrarcı olunması birbiriyle çelişmekte ve dikkate alınmaması gerekmektedir⁴⁵⁷.

Yüklenicinin iş sahibini talimatının elverişsizliği bakımından uyardıktan sonra ne şekilde hareket edeceği hususu önem arz etmektedir. Zira, yüklenicinin iş sahibini açıkça uyarması yeterli değildir; TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı uyarınca uygun bir süre beklemelidir⁴⁵⁸. İş sahibi, talimatına riayet edilmesi hakkında yazılı bir bildirimde bulunursa yüklenici ayıptan sorumlu tutulamayacaktır⁴⁵⁹. İş sahibinin yüklenicinin uyarısına cevap

⁴⁵⁰ Aral/Ayrancı, s. 373; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Zevkliler/Gökyayla, s. 509-512; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 104; Yavuz, s. 555; Erman, *Arsa Payı*, s. 44-45; Seğer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 361; Öztürk/Gözütok, s. 128; Selimoğlu, s. 90-92; Ürem, s. 50; Gümüşsoy Karakurt, s. 21; Tutkun, s. 22; Oral, s. 89-90.

⁴⁵¹ Gauch / Carron, N. 1935.

⁴⁵² Yavuz, s. 555-559; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209-201;

⁴⁵³ Gauch / Carron, N. 1935.

⁴⁵⁴ Gauch / Carron, N. 1938.

⁴⁵⁵ Büyükkay, s. 159-160; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 110; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 136; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 50; Yalçınduran, s. 62-63.

⁴⁵⁶ Gauch / Carron, N. 1938.

⁴⁵⁷ Gauch / Carron, N. 1938.

⁴⁵⁸ Gauch, *Werkvertrag*, N. 882; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Uçar; *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 241; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 139.

⁴⁵⁹ Yarg. 09.03.2016 T., 2015/2429 E., 2016/1516 K.:

"...Uyuşmazlık 09.08.2010 tarihli sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Davacı bu sözleşmenin iş sahibi, davalı ise yüklenicisi konumundadır. Davacı iş sahibi, ... Sulh Hukuk Mahkemesi'nin... iş sayılı dosyasıyla yaptırdığı

vermemesi halinde, talimatında ısrarcı olduğu kabul edilebilir ⁴⁶⁰ . Ancak, yüklenicinin uyarısını yazılı şekilde yapması ve belirtilen süre içinde cevap verilmemesi halinde talimata riayet edilmesinde ısrarcı olduğunun kabul edileceğini ihtar etmesine fayda vardır. Kanaatimizce, uygulamada yüklenicinin iş sahibini verdiği talimatın hatalı olduğu ve

tespite göre, davalı yüklenici tarafından yapılan işlerin ayıplı imal edildiğini, ayıpların giderim bedelinin 28.226,00 TL olduğunu, ayrıca; dökülen sıva parçalarının park halinde bulunan 06 KU 74 plakalı araca zarar verdiğini, araçta oluşan hasar nedeniyle 1.888,00 TL ödeme yapıldığını belirterek, ayıplı imalatın giderim bedeli olarak şimdilik 9.000,00 TL'nin, araçtaki hasar nedeniyle ödenen bedelden de şimdilik 1.000,00 TL'nin davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı ise savunmasında, işi eksiksiz ve ayıpsız olarak ifa ettiğini, binadaki balkonların su izolasyonunun yapılmadığını, ayıbın ve ayıp nedeniyle uğranılan zararın da bu izolasyonunun yapılmamasından kaynaklandığını, bu durumun davacıya ihbar edilmesine karşın işin yapılmasının istendiğini belirterek davanın reddine karar verilmesini istemiştir. Yargılama sırasında alınan birinci bilirkişi kurulu raporunda, balkon alanlarındaki sıva ve boya kabarmasının ve kopmasının sebebinin balkon içi zemin ile duvar izolasyonunun yapılmamış olmasından kaynaklandığı, bu suretle balkondan düşen sıva parçasının hasara yol ... açtığı, balkondaki bu ayıbın giderim bedelinin 6.320,00 TL olduğu, araçtaki hasardan ise davalının %50 oranında sorumlu olacağı, buna göre davalının ödemesi gereken miktarın 944,00 TL olduğu belirtilmiştir. Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan ve zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve eklerine aykırı olarak imalat yapılmış olması halinde, imalatın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, yüklenici doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Somut olaya dönüldüğünde; davalı yüklenici az yukarıda izah edilen ve 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddelerinde anlamını bulan genel ihbar külfetini yerine getirdiğini iddia etmiş ve bu konuda 14.08.2010 tarihli belgeye dayanmıştır. Gerçekten de dosyaya sunulan 14.08.2010 tarihli belgeden, balkon tabanından ve duvar köşelerinden su sızması olduğu, balkonlardaki su yalıtımının yetersiz olduğu, bu durumun yapılan dış cephe yalıtımına zarar vereceğinin davacı iş sahibine bildirildiği, buna rağmen işin iş sahibinin talebi nedeniyle ifa edildiği anlaşılmıştır. Şu halde, davalı yüklenici, genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiğinden balkon altlarındaki sıva dökülmesinden ortaya çıkan ayıptan ve bu ayıp nedeniyle düşen sıva parçasının ... plakalı araca verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.” (www.karararama.yargitaYarg.gov.tr, e.t.: 17.10.2019)

Yarg. 15. HD, T. 14.3.2016, E. 2015/5794, K. 2016/1595:

“...Proje ve belgelere göre davacının taşınmazında kurulması gereken sistemin projesinin davacı tarafından çizildiği, davacı tarafından 300.000 BTU/H 'luk sistemin öngörüldüğü, ancak davalının, 23.3.2011 tarihli faks mesajı ile bu büyüklüğün yeterli olmayacağını bildirmesi üzerine 385.000 BTU'luk sistemin kurulduğu, ancak bu sistem büyüklüğünün de yeterli olmamasından sorunlar çıktığı anlaşılmaktadır.

Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan ve zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddeleri uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için, eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve eklerine aykırı olarak imalat yapılmış olması halinde, imalatın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, yüklenici doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Somut olaya dönüldüğünde; davalı yüklenici az yukarıda izah edilen ve 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/III ve 361/I. maddelerinde anlamını bulan genel ihbar külfetini yerine getirme anlamında 300.000 BTU/H'luk sistemin öngörüldüğü, ancak davalı yüklenicinin 23.3.2011 tarihli faks mesajı ile bu büyüklüğün yeterli olmayacağını bildirmesi üzerine 385.000 BTU'luk sistemin kurulduğu anlaşılmış ise de; bu büyüklüğün de yeterli olmadığı bilirkişi raporu ile ortaya çıkmıştır. İş yerine uygun olmayan büyüklükteki klimanın takılmasını sağlamayan davalının, davacının uğradığı maddi zararı karşılaması gerekir.” www.kazanci.com, (e.t.:17.10.2019).

⁴⁶⁰ Aral/Ayrancı, s. 401; Büyükcay, s. 159-160; Eren, *Özel Hükümler*, s. 638; Erman, *Arsa Payı*, s. 162; Gümüşsoy Karakurt, s. 33; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Kırmızı, s. 264; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 110; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 50; Tutkun, s. 80; Yalçınduran, s. 62-63.

uygulanması halinde inşaatın ayıplı olacağı, talimatında ısrar etmesi halinde ise TBK m. 476 uyarınca ayıptan sorumlu olacağı şeklinde ihtar etmesi, iş sahibinin nihai kararını yazılı olarak bildirmesi için belirli bir süre vererek bu sürenin sonunda cevap verilmediği takdirde talimatında ısrar etmiş sayılacağına noter vasıtasıyla gönderilen bir ihtarname ile bildirilmesinde fayda vardır.

İnşaatın ayıplı olarak meydana gelmesi halinde; yüklenici, ayıp ile iş sahibine yüklenebilecek bir neden arasında uygun bir illiyet bağı olduğunu ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamakla yükümlüdür⁴⁶¹.

Son olarak, inşaatteki ayıbın iş sahibinin talimatından kaynaklanması ancak ayıp ile iş sahibinin talimatı arasında uygun nedensellik bağının bulunması, bir diğer ifadeyle ayıbın münhasıran iş sahibinin ya da yetkili temsilcisinin verdiği talimattan doğması gerekmektedir⁴⁶². İş sahibinin TBK m. 476 anlamında inşaatteki ayıptan sorumlu tutulabilmesi için kanun veya sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması şartı aranmamaktadır.

3. Ayıbın İş Sahibinin Kusurlu Davranışından Kaynaklanması

TBK m. 476'da ayıbın iş sahibinin kusurlu davranışından kaynaklanabileceği hakkında özel bir hüküm bulunmamasına karşın, ayıbın herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebileceği belirtildiğinden kanaatimizce inşaatteki ayıbın sebebi iş sahibinin ya da iş sahibinin yardımcılarının kusurlu davranışından da kaynaklanabilir⁴⁶³. Kusur kavramı, TBK m. 52/1'de düzenlendiği şekilde, zarar görenin kusuru anlamında kullanılmaktadır. Kusurun, teknik anlamdaki kusur gibi kast ve ihmâl olmak üzere iki türü vardır ve objektifleştirilmiş kusur⁴⁶⁴ kavramı geçerlidir⁴⁶⁵. Kişi eylemini bilerek, isteyerek ve sonuçlarını öngörerek

⁴⁶¹ Aral/Ayrancı, s. 401; Büyükcay, s. 159-160, Duman, *İspat*, s. 293; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 211; Kırmızı, s. 264; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 110.

⁴⁶² Acun, s. 40; Akkanat, *Taşeronluk Sözleşmesi*, s. 20; Aral/Ayrancı, s. 400; Büyükcay, s. 122; Canbolat, s. 43; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78-79; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 61; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 209-212; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 189; Şahin, s. 125; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 130 vd.; Tandoğan, *Borçl Özel Hükümler*, s. 168; Zevkliler/Gökyayla, s. 524.

⁴⁶³ Avcı, M. Ö., 2016., *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3., s. 308-310. Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 58; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 201; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 233.

⁴⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başoğlu, B., 2015. *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, s. 32; Eren, *Genel Hükümler*, s. 642; Koçhisarlıoğlu, C., 2004, *Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.53, S. 4, s. 1-17; Oğuz, H. 2016. *Sorumluluk Hukukunda Kusur*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 28, s. 277.

⁴⁶⁵ Başoğlu, s. 31 vd.; Kurt, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 135; Eren, *Genel Hükümler*, s. 641, 647; Oğuz, s. 275 vd.; Oğuzman/Öz, *Genel hükümler*, C. 2, s. 130 vd.

gerçekleştirmişse kasıt; bu eyleminin sonuçlarını istemiş olmasa veya bilmese dahi bundan kaçınmak için ortalama bir kişinin göstereceği, makul özeni göstermemişse ihmal olduğu kabul edilir⁴⁶⁶.

Objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez⁴⁶⁷. Zararının sebebi, zarar görenin olumlu davranışı olabileceği gibi bir şeyi yapmama, kaçınma anlamındaki olumsuz davranışı da olabilir. Zararın sebebi, zarar görenin olumlu davranışı ise zarar görenin bu davranışının tehlikeli olduğunu öngörmesi veya öngörmesinin gerekmesi kusur teşkil etmektedir. İnşaattaki ayıbın nedeni, iş sahibinin olumsuz bir davranışı ise; zarar görenin zararın oluşmasına veya artmasına mani olmak için bir eylemde bulunması gerekmesine rağmen bundan kaçınması yani gerekli önlemleri almaması kusurlu davranış olarak tanımlanır⁴⁶⁸. Ayrıca, iş sahibinin ayıbın oluşmasını ya da artmasını engellemek için başvuracağı yolların inşaatın ayıplı olmasını engelleyebilecek nitelikte olması gerekir. Bir diğer ifadeyle, zarar gören somut olayda inşaatta oluşmasını ya da artmasını engellemek için tümüyle elverişsiz tedbirlere başvurduğu takdirde, yalnızca harekete geçtiği için kaçınılabılır zarar ile failin fiili arasında nedensellik bağının devam edeceği söylenemez⁴⁶⁹. İş sahibi ancak temyiz kudreti varsa kusurlu olabilir.

İnşaattaki ayıba, iş sahibinin yardımcı kişinin kusurlu davranışı da sebep olabilir⁴⁷⁰. Bu durumda, TBK m.116'da düzenlenen yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hükümleri uyarınca iş sahibi yardımcı kişilerinin yükleniciye verdiği zarardan sorumlu olacaktır⁴⁷¹. Uygulamada, iş sahibinin uzmanlığı nedeniyle mimar veya mühendisleri yardımcı kişi olarak çalıştırdığı görülmektedir. Bu yardımcı kişilerin inşaat faaliyetlerinin yürütülmesi için

⁴⁶⁶ Başoğlu, s. 31 vd.; Kurt, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 135; Eren, *Genel Hükümler*, s. 641, 647; Oğuz, s. 275 vd.; Oğuzman/Öz, *Genel hükümler*, C. 2, s. 131.

⁴⁶⁷ Yarg. 15 HD., 09.02.2016 T., 2015/18697 E., 2016/1562 K.:

“... Objektifleştirilen kusur, kusur sorumluluğunu kusursuz sorumluluğa yaklaştırsa da, onu kusursuz sorumluluk haline dönüştürmez. Çünkü, bu halde dahi işverenin sorumluluğu için kusurun varlığı şarttır.” www.hukukmedeniyeti.org, (e.t.: 10.10.2019)

⁴⁶⁸ Başoğlu, s. 30; Eren, *Genel Hükümler*, s. 640-641; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 135.

⁴⁶⁹ Kurt, 2015. *Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti*, AÜHFD, C. 64, S. 3, s. 805.

⁴⁷⁰ Öz, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 111; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234.

⁴⁷¹ Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 58; Avcı, M. Ö., 2016., *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3., s. 308-310; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234.

yükleniciye verdiği talimat ya da projeler nedeniyle ortaya çıkan ayıptan TBK m. 116 hükmünün kıyasen uygulanması sonucunda iş sahibi sorumlu olacaktır⁴⁷².

Bu noktada, iş sahibinin yardımcı kişilerinin uzmanlık alanının ne şekilde dikkate alınacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde, iş sahibinin yardımcı kişiyi uzmanlığından dolayı seçmiş olması ve bu kişiye uzmanlığı için başvurulmasının sözleşmesel bir yükümlülük olması şartları gerçekleştiği takdirde yardımcı kişinin uzmanlığının belirleyici olacağı belirtilmektedir⁴⁷³. Bu halde, yardımcı kişinin uzmanlığı iş sahibine isnat edilebilir.

4. Ayıbın İş Sahibinin Sağladığı Malzemeden Kaynaklanması

İnşaattaki ayıptan iş sahibinin sorumlu tutulabileceği bir diğer durum, ayıbın iş sahibince sağlanan malzemeden doğmasıdır⁴⁷⁴.

TBK m. 471'deki araç ve gereç terimi ile TBK m. 472'deki malzeme terimi birbiriyle karıştırılmamalıdır. Malzeme, inşaatın meydana getirilmesi için yüklenicinin kullanmak zorunda olduğu maddi şeylerdir⁴⁷⁵. İnşaatın yapımı sırasında kullanılan “araç ve gereçler” ise malzemeden farklı bir kavramı ifade eder. Çünkü malzeme inşaatın yapısına girip bütünleşirken, araç ve gereç inşaatın yapısına girmez. Yüklenici faaliyetini tamamladıktan sonra araç ve gereci alıp götürebilir, iş sahibi aynı ya da farklı olan başka bir inşaatın yapımında da kullanabilir⁴⁷⁶. Somut örnekler ile ifade etmek gerekirse çimento, kum gibi inşaatın yapısına ayrılamayacak şekilde giren unsurlar malzeme; testere, çekiç, vinç ve dozer araç ve gereç kapsamına girer⁴⁷⁷. Araç ve gereç yüklenicinin işi gereği sürekli kullanması ve onun uzmanlık olan becerisini ortaya koyması için gerektiği için uygun araç ve gereçlerin

⁴⁷² TBK m. 116 uyarınca Yardımcı kişilerin vermiş olduğu zararlardan sorumluluk bakımından, TBK m. 66'da düzenlenen adam çalıştırmanın sorumluluğundaki gibi bir kurtuluş beyinnesine (kanına) yer verilmemiştir. Bu nedenle, iş sahibinin yardımcı kişilerinin verdiği zararlardan yardımcı kişilerini seçerken, denetlerken ya da talimat verirken gerekli özeni gösterdiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulamaz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Genel Hükümler*, s. 644 vd.; Erişen, s. 75; Kılıçoğlu, *Genel Hükümler*, s. 328-329; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. 2, s. 140-141; Şenocak, *İfa Yardımcıları*, s. 136.

⁴⁷³ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 198; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 79-3-7947; Şenocak, *Ayıbın giderilmesi*, s. 136; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 247.

⁴⁷⁴ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 214; Şahin, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 131; Karadaş, s. 114; Selimoğlu, s. 94; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.232; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-204; Kırmızı, s. 265.

⁴⁷⁵ Zevkiler/Gökyayla, *Özel Hükümler*, s. 512; Yavuz, s. 560; Aral/Ayrancı, s. 377; Eren, *Özel Hükümler* 616-617; Karadaş, s. 114; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202; Kırmızı, s. 133

⁴⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, *Özel Hükümler* 618; Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 109; Duman, *İnşaat hukuku*, s. 329; Karadaş, s. 114; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Kırmızı, s. 136.

⁴⁷⁷ Aral/Ayrancı, s. 375; Baygın, s. 23; Eren, *Özel Hükümler*, s. 615; Karahasan, 218; Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 102; Yavuz, s. 1015; Zevkiler/Gökyayla, s. 514; Selimoğlu, s. 94; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 203; Güleç, s. 34.

seçilmesi, satın alınması ve sağlanması da yüklenicinin sorumluluğudur⁴⁷⁸. Bu nedenle, araç ve gereçlerin bedeli aksine anlaşma olmadığı sürece yükleniciye ödenen ücrete dâhildir⁴⁷⁹. Nitekim TBK m. 471/son hükmü de “*Aksine adet veya anlaşma olmadıkça yüklenicinin eserin meydana getirilmesi için kullanılacak araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır*” şeklinde düzenlenmiştir. Yargıtay içtihatları da inşaatı zamanında, eksiksiz ve ayıpsız olarak yapmakla yükümlü olan yüklenicinin bu edimini ifa edebilmesi için gerekli araçları sağlaması gerektiği yönündedir⁴⁸⁰.

Malzemenin kimin tarafından sağlanacağı ise, Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine ilişkin TBK m. 470 vd. hükümlerinde açıkça düzenlenmemiştir⁴⁸¹. Bu nedenle, malzemenin kimin tarafından sağlanacağı somut olayın koşullarına, tarafların iradelerine ve sözleşmenin içeriğine göre değerlendirilmelidir⁴⁸². Taraflar malzemenin kimin tarafından sağlanacağını sözleşmede açıkça kararlaştırmışsa ihtilaf halinde çözüm de zor olmayacaktır. Sözleşmede malzemenin kim tarafından sağlanacağına dair hüküm bulunmadığı hallerde ise tersine bir yerel adet olmadığı sürece kural olarak malzeme, yüklenici tarafından

⁴⁷⁸ Avcı, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 374-375; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 75; Uygur, s. 348; Duman, *İspat*, s. 427; Ayar Birkin, s. 85; Güleç, s. 34-35.

⁴⁷⁹ Yarg. 15. HD., 11.04.2013 T., 2012/3386 E., 2013/2526 K.:

“Davacı yüklenici; davalı şirket ise, iş sahibidir. 818 Sayılı Kanunun 356/3. maddesi (TBK m. 471/IV) gereğince, kural olarak meydana getirilecek eser için gerekli olan araç ve gereçleri yüklenici, kendiparasıyla sağlamak zorundadır. Başka bir anlatımla sözleşmede aksine bir düzenlemenin bulunmaması halinde; yüklenici tarafından, işin yapımının 'malzemeli olarak' yüklenilmiş olduğunun kabulü gerekir. www.kazanci.com (e.t.: 07.12.19).

⁴⁸⁰ Yarg. 15. HD., 18.05.2000 T., 2000/157 E., 20100/2444 K.:

“BK.nun 356/Son maddesine göre; aksine adet veya sözleşme olmadıkça, yüklenici, imal olunacak şeyin icrası için gereken vasıtaları, alet ve edevatı kendi masrafı ile tedarik etmeye mecburdur. Somut olayda, sözleşmenin konusu, iş iskelesi yapımı işi değildir. İş iskelesi, sözleşme konusunu oluşturan ve yüksek tavanda çalışmayı gerektiren elektrik tesisatının yapım işinde kutlanılan bir vasıta. Başka bir anlatımla meydana getirilen eserin bir parçası olmayıp, işin bitiminde ondan ayrılan ve yüklenicide kalan bir araçtır. Bu aracın sağlanması bir külfeti gerektiriyorsa, masrafının iş sahibi tarafından ödeneceği sözleşmede açıkça gösterilmeli veya bu doğrultuda o yörede istikrar bulmuş ve adet haline gelmiş bir uygulama olmalıdır. Aksi halde, bu masrafa yüklenici katlanmak zorunda kalır. Yüklenici, konusunda uzman olup, birim fiyatla üstlendiği işin tüm koşullarını ve bunun yanında sözleşmenin XVI. maddesi hükmünce birim fiyat listesinde bulunmayan işler için fiyat tutanağı yapılması gerektiğini bilen, en azından bilmesi gereken kişidir. Nitekim, E.F.Z.-1 ve E.F.Z.-2 nolu fiyat tutanakları taraflarca düzenlenmiş ve işin bu tutanaklarda yazılı fiyatlarla yapılacağı da kabul edilmiştir. Bu tutanaklarda, işçilik kalemleri gösterilmiş; sonuçta, malzeme ve işçilik dahil, birim fiyatlar saptanmıştır. Sözleşmenin XV. maddesinin 1 .b bendinde, uygulama yılı fiyat farklarının hesabına ilişkin bir noksan ödemedi de söz edilmemiştir. Taraflarca kabul edilen bu birim fiyatlarına montaj işçiliği dahil olduğuna göre, mülkiyeti yükleniciye ait olan ve imalatla kullanılan vasıtaların (masa ya da mobil iskeleler) bedellerinin ayrıca ödtirilmesi "Bir işe iki bedel ödenmez" kuralına da aykırıdır.”www.yargitaykarararama.gov. tr (e.t.: 13.01.2020)

⁴⁸¹ Zevkiler/Gökyayla, *Özel Hükümler*, s. 615; Yavuz, 560; Aral/Ayrancı, s. 377; Eren, *Özel Hükümler* 615-616; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 22; Yakuppur, s. 34; Seğer, *Tam Tazminatla fesih*, s. 364-365; Karadaş, s. 114; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202; Kırmızı, s. 133; Gümüşsoy Karakurt, s. 53

⁴⁸² Büyükkay, s. 157; ; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 203; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 795; Karadaş, s. 114.

sağlanmalıdır⁴⁸³. Yargıtay içtihatları da sözleşmede aksine bir hüküm ya da yerel adet olmadıkça malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı yönündedir⁴⁸⁴.

Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan yapım işleri bakımından YİŞG m. 20'de “Yüklenici üstlenmiş olduğu işin önemini ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak zorundadır” hükmü ile malzemenin yüklenici tarafından sağlanacağı düzenlenmiştir. Ayrıca, yüklenici YİŞG m. 9 uyarınca işyerlerindeki her türlü araç, malzeme, ihzarat, iş ve hizmet makineleri, taşıtlar, tesisler ile yapılan işin biten kısımları için, özellik ve niteliklerine göre işe başlama tarihinden kesin kabul tarihine kadar geçen süre içinde oluşabilecek deprem, su baskını, toprak kayması, fırtına, yangın gibi doğal afetler ile hırsızlık, sabotaj gibi risklere karşı ihale dokümanında belirtilen şekilde (all risk) sigorta yaptırmak zorundadır⁴⁸⁵.

⁴⁸³ Aral/Ayrancı, s. 375; Baygın, s. 23; Büyükay, s. 155; Eren, *Özel Hükümler*, s. 615; Erman, *Arsa Payı*, s. 41; Gümüşsoy Karakurt, s. 53; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 50; Karadaş, s. 114; Karahasan, 218; Kırmızı, s. 133; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 122; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 22; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 101; Seçer, *Tam Tazminatla fesih*, s. 364-365; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 244; Ürem, s. 44; Selimoğlu, s. 95; Yakuppur, s. 33; Zevkliler/Gökyayla, s. 513.

⁴⁸⁴ Yarg. 15. HD., 26.09.2013 T., 2012/7114 E., 2013/5213 K.:

“ ... Yanlar arasında yazılı sözleşme bulunmamaktadır. Davacı, davalının aldığı taahhüt işlerinin ahşap dekorasyon ve mobilya işlerini yaptığını, bazı işlerde malzemenin kendisi tarafından, bazı işlerde davalı tarafından temin edildiğini, bir kısım ödemeler yapıldığını faturada yazılı 41.300,00 TL iş bedelinin ödenmediğini, faturaya haksız olarak itiraz edildiğini belirterek bu miktar alacağın tahsilini talep etmiştir. Davalı, aşamalarındaki savunmalarında, davacının faturasına yasal süresi içerisinde itiraz ettiklerini, davacının bazı taahhüt işlerinde davalının mobilya işleri taşeronluğunu yaptığını, malzeme, hammadde ve aksesuarları kendisi verip davacı taşeronun sadece işçilik yaptığını, faturada talep edilen mobilya imalatı bedelinin haksız olduğunu, işçilik ücretini de ödediğini ileri sürerek davanın reddini istemiştir. Tarafların beyanlarından kapsamı konusunda mutabakat bulunmamakla birlikte davalının üstlendiği bazı taahhütlerin mobilya işlerinin davacı tarafından yapımı konusunda sözlü eser sözleşmesi ilişkisi kurulduğu anlaşılmaktadır. Bu ilişki sebebiyle davalının davacıya 15.000,00 TL ödeme yaptığı da sabittir. Uyuşmazlık malzemelerin kimin tarafından temin edildiği ve işin kapsamı noktalarında toplanmaktadır. Dairemizin yerleşik içtihat ve uygulamalarında akdî ilişkinin varlığı halinde kapsamının yazılı belge dışında diğer deliller ve tanık beyanları ile de kanıtlanabileceği kabul edilmektedir. İşin yapıldığı tarih ile dava ve karar tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanun'un 357/I. maddesinde, yüklenici imal ettiği şeyde kullandığı malzemenin iyi cinste olmamasından dolayı iş sahibine karşı sorumlu ve bu hususta satıcı gibi mütekeffil olur şeklindeki düzenleme karşısında, aksine sözleşme bulunmadığı ya da aksi karşı tarafca kanıtlanmadığı sürece malzemenin yüklenici tarafından temin edildiğinin kabulü zorunludur.” www.hukukmedeniyeti.org, (e.t.: 15.10.2019)

⁴⁸⁵ Özellikle uluslararası inşaat projelerine uygulanan FIDIC sözleşmesi bakımından da aynı yönde düzenleme mevcuttur. FIDIC m. 36 uyarınca; yüklenicinin sağladığı malzemelerin, sözleşmede belirtilen niteliklere ve kontrollüğün talimatına uygun olması gerekir. Kontrollüğün yapılacağı testlerin sonucunda malzemelerin inşaatın yapımı için elverişsiz olduğunun anlaşılması halinde belirtilen malzemeler kabul edilmez, imzalata giren malzemelerin sökülmesi ve o malzemelerin kullanıldığı işlerin yeniden yapılması istenir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kahraman, Z., 2014. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 FIDIC Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü Ve Yüklenicinin Ayrıptan Doğan Sorumluluğu*, Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, 1. Baskı. İstanbul; Fıdıç, (International Federation Of Consulting Engineers), 1999, *Conditions of Contract For Construction. For Building and Engineering Works Designed by the Employer*, First Edition, Switzerland, Selimoğlu, s. 99.

İnşaatta kullanılacak olan malzeme, inşaatın ayıpsız olarak tamamlanması için elverişsiz olabilir⁴⁸⁶. Bu elverişsizlik malzemenin türü nedeniyle inşaatın ayıpsız olarak tamamlanmasına imkân tanımayabileceği gibi, malzemenin türünün uygun olmasına rağmen kalitesinin uygun olmamasından da kaynaklanabilir⁴⁸⁷. Çimentonun kullanılması gereken bir inşaatta kum kullanılması malzemenin türünden; malzemede imalat hatası olması ya da C-35 kalitesindeki betonun kullanılması gerekmekte iken C-15 niteliğindeki betonun kullanılması malzemenin kalitesinden kaynaklanan duruma örnek teşkil etmektedir. TBK m. 86 uyarınca, inşaatın yapımında kullanılacak malzeme en azından orta kalitede olmalıdır⁴⁸⁸. Orta kalite malzeme, inşaatın sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun şekilde meydana getirilebilmesi için elverişli, gerekli niteliklerdeki ayıpsız malzeme anlamına gelmektedir⁴⁸⁹. Yargıtay içtihatları da malzeme seçiminin inşaatın sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilebileceği şekilde ve en azından orta kalitede olması gerektiği yönündedir⁴⁹⁰.

Malzemenin yüklenici tarafından sağlandığı halde, iş sahibi yükleniciye malzemenin türü veya kimden alınacağı hususunda sözleşmede ya da sonrasında bağlayıcı talimatlar vermişse, malzemenin ayıplı olması, tavsiye edilen satıcı ya da imalatçının malların kalitesinin bozuk olması vb. hususlarda yüklenici gerekli incelemeyi yapıp iş sahibini uyarmış ve iş sahibi talimatında ısrar etmişse sorumluluktan kurtulacaktır⁴⁹¹. Zira bu durumda yüklenicinin rolü, uzmanlığı nedeniyle inşaatla kullanılacak malzemenin cinsini ya da kalitesini belirlemek değil yalnızca malzemenin ücretini ödemektir. Yargıtay'ın içtihatları da malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı durumlarda, yüklenicinin işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olması nedeniyle temin edilen malzemenin,

⁴⁸⁶ Arpacı, s. 146; Gauch / Carron, N. 1982; Gümüşsoy Karakurt, s. 183; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 142; Tutkun, s. 91-92.

⁴⁸⁷ Gauch / Carron, N. 1983; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 142.

⁴⁸⁸ Baygın, s. 24; Eren, *Özel Hükümler*, s. 617; Gümüşsoy Karakurt, s. 184; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 795; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 123; Zevkliler/Gökyayla, s. 515.

⁴⁸⁹ Arpacı, s. 146; Eren, *Özel Hükümler*, s. 617; Gümüşsoy Karakurt, s. 184; Gökyayla, *Özen ve Sadakat*, s. 795; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 132; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 143; Yavuz, s. 560.

⁴⁹⁰ Yarg. 15. HD , 25.04.2013 t., E. 2013/1809 E., 2013/2672 K.:

“Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gereği iş sahibine düşen bağımsız bölümlere yüklenici tarafından taahhüt edilip takılmayan kombi bedellerinin tahsili talebidir. Malzemenin cinsi ve kalitesi taraflarca belirlenmemiştir. İyi cins malzemedan amaç eserin sözleşmeye uygun şekilde meydana getirilmesine elverişli olmasıdır. Malzeme kalitesi açıkça kararlaştırılmamışsa eBK m. 70 uyarınca “çeşit borçlarında hukuki ilişkide edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim ortalama nitelikten az olamaz. Bundan da cins borcunda edimin orta kalite ve sözleşme amacına uygun olması sonucuna varılmalıdır. Somut olayda verilmesi kararlaştırılan kombilerin hangi modelinin fiyatının esas alınacağı bu hükümlerin ışığında belirlenmelidir. Kombinlerin dairelerin takılması uygun olan yeri bakımından aynı markanın orta kalitede verim alınması beklenen bir modelinin fiyatı tespit ettirilip karar verilmesi gerekmektedir.”

⁴⁹¹ Büyükay, s. 160; Eren, *Özel Hükümler*, s. 618; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 50; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 143; Yağcıduran, s. 63; Yavuz, s. 560.

meydana getirilmesi planlanan inşaatın amacına uygun şekilde yapımına yeterli olup olmadığını bilmesi, temin edilen malzemeler ile inşaatın ayıpsız olarak tamamlanamayacak ise iş sahibine bildirmek zorunda olduğu yönündedir⁴⁹².

İnşaatla kullanılacak olan malzemenin iş sahibi tarafından sağlandığı hallerde, iş sahibi kullanılacak olan malzemenin cinsini ve miktarını meydana getirilmesini talep ettiği inşaatla uygun olarak seçmelidir⁴⁹³. Bu malzemelerin yükleniciye zamanında verilmesi de inşaatın zamanında tamamlanması bakımından önem arz eder⁴⁹⁴. Aksi halde, yüklenicinin inşaat faaliyetine zamanında başlayamama veya kararlaştırılan zamanda tamamlayamama riski doğacak, TBK m. 473'te düzenlenen iş sahibinden kaynaklanan işe başlama ve işi yürütme yükümlülüğü de sekteye uğrayacaktır⁴⁹⁵.

5. Ayıbın İnşaatın Yapılması İçin Gösterilen Yerden Kaynaklanması

TBK m. 472/3 hükmünde eser meydana getirilirken iş sahibinin eserim yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğunun anlaşılması halinde yüklenicinin durumu iş sahibine derhal

⁴⁹² Yarg. 15 HD., 13.07.2017 T., 2017/907 E., 2017/2889 K.:

“... Asıl ve karşı dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup, asıl dava sözleşmenin haksız feshi sonucu yapıp kabul edilmeyen imalat bedelinden avans ve teminat mektubunun nakde çevrilmesi yoluyla tahsil edilen kısım düştükten sonra ödenmeyen kısmının tahsili, karşı dava ise sözleşmede belirlenen gecikme cezası alacağının tahsili istemine ilişkindir. Özen borcunun sonucu olarak malzemeyi yüklenici seçmişse yapılacak işe, beklenen amaca uygun olan malzemeyi seçip kullanmak zorunda olduğu gibi, malzemeyi iş sahibi temin etmiş olsa dahi, işinin ehli olduğu ve basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorunda olduğundan temin edilen malzemenin o iş ve eserin amaca uygun yapımına yeterli olduğunu bilmek ve genel ihbar yükümlülüğü uyarınca temin edilen malzemeyle eserin sözleşme, şartname ve amacına uygun olarak yapılamayacağını iş sahibine bildirmek zorundadır. Aksi halde bundan doğan sonuçlardan yüklenici sorumlu olacaktır” www.kazancı.com, (e.t.: 16.10.2019).

Yarg. 15 HD., 22.03.1994 T., 1994/4902 E., 1994/1716 K.:

“... Kaldı ki, davalı tarafından noter kanalıyla 29.6.1990 tarihinde gönderilen ihtara cevapta dahi kusurların varlığı inkâr edilmemiş, ancak bunların varlığı iş sahibince verilen malzemenin hatalı olmasına dayandırılmıştır. Oysa, verilen malzemenin işe ve amaca elverişli olmaması halinde, işin ehli yüklenicinin bunlardan iş sahibini önce haberdar etmesi ancak, ısrar edilirse o malzemeyi kullanması gerektiği BK'nun 257/son maddesi hükmünden olduğu gibi, genelde de sadakat borcunun sonucudur. Bu nedenle malzemeden doğan kusurlardan ötürü kendisine kusur verilemeyeceğini de yüklenici ileri süremez” www.kazancı.com /e.t.:05.01.2020)

⁴⁹³ Baygın, s. 24; Eren, *Özel Hükümler*, s. 617; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 123; Zevkliler/Gökyayla, s. 515.

⁴⁹⁴ Arpacı, s. 147; Aydemir, s. 243; Öz, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 123; Zevkliler/Gökyayla, s. 515.

⁴⁹⁵ TBK m. 473 hükmü, yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceğinin açıkça anlaşılması halinde, iş sahibinin teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebileceğini düzenlemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ürem, M., 2017. *Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Gecikmesinin Yürütme Borcuna Aykırılığın Sonuçları (TBK m. 473/1, 1. Baskı, İstanbul)*; Gümüşsoy Karakurt, G., 2017. *Eser sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. Baskı, İstanbul; Gündoğdu, F., 2014. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f.2)*, 1. Baskı, İstanbul; Tunç, A., 2016., *İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/1)*, ERÜHFD, C. 11, S. 1, s. 253-269; Akkaş, A. H., *İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/1)*, EÜHFD, C. 11, S. 1, s. 253-269, Yüce, M. B., 2015. *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı (İfa Zamanı)*, İstanbul; Yücel, Ö., 2008, *Borçlar Kanunu 358/I.Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu*, AÜHFD, C. 57, S. 3, s. 779-790.

ihbar etmesi halinde sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir⁴⁹⁶. İnşaat sözleşmeleri söz konusu olduğunda inşaat yapılması için gösterilen yer kavramı genellikle arsa olarak anlaşılmaktaysa da iş sahibinin gösterdiği yerden ne anlaşılması gerektiği somut sözleşme hükümleri ve olayın koşulları değerlendirilerek anlaşılabacaktır. Zira, inşaat her zaman boş bir zemin üzerindeki arsaya yapılmamaktadır. İnşaat faaliyeti yerin altına yapılan bir tünel ya da kaba inşaatı tamamlanmış bir binanın elektrik döşemesi veya çatısının yapılmasını da kapsar⁴⁹⁷. Kanaatimizce, arsa yerine kanun maddesinde de bilinçli olarak kullanılan “inşaat yapılması için gösterilen yer” kavramının kullanılması daha doğrudur.

Doğrudan arazi üzerine yapılan inşaatlar bakımından, uygulanacak plan, proje ve yöntemin belirlenmesi; arazinin zemininin kum, toprak, kayalık ya da çakıl olması, inşaatın genişliği, kullanılacak malzeme ve yapılacak masraflar gibi birçok değişkene bağlıdır. Ancak, baştan zemin etüdü çalışmaları yapılsa dahi inşaat faaliyetleri devam ederken, öngörülemeyen olumsuzluklarla karşılaşılabilir. Örneğin; jeologların zemin etüdü araştırmalarına rağmen arazi kazıldıkça beklenenden çok daha fazla kayalık çıkması ya da arazinin temelinde arkeolojik eserlere rastlanması mümkündür. Bu durumda, arazinin özelliklerinden yüklenicinin mi yoksa iş sahibinin mi sorumlu olacağı sorunu karşımıza çıkmaktadır.

Doktrinde, inşaatın yapılacağı yerin, inşa edilmek istenen yapıdan beklenen özellikleri taşımaması halinde sorumluluğun kime ait olacağı “inşaat arazisi riski”⁴⁹⁸ başlığı altında incelenmektedir. Örneğin, baraj inşa edilmesi planlanan arazinin temelinin kil yapıda olduğunun ya da heyelan riskinin yüksek olduğunun görülmesi inşaat arazisi riskidir⁴⁹⁹. Arazi riskleri, inşaat yapılacak yerin hiç veya gereği gibi kontrol edilmemesinden kaynaklanabileceği gibi kontrol edilse dahi anlaşılmasından da kaynaklanabilir. Bu nedenle gerçek arazi riski ve gerçek olmayan arazi riski şeklinde ikili bir ayrım yapılarak incelenmelidir. İnşaat yapılacak arazinin güncel ve teknolojik yöntemlerle incelenmesine, tüm zemin etütlerinin yapılmasına ve bildirimde bulunulmasına rağmen risk gerçekleşiyorsa gerçek arazi riski; gerekli kontrollerin hiç veya gereği gibi yapılmaması, yüklenicinin gözden

⁴⁹⁶ Gümüşsoy Karakurt, s. 193-194; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215; Kırmızı, s. 262; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 245-246.

⁴⁹⁷ Altaş, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 41; Baygın, s. 12-13; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 55; Gönen, s. 8-9; Karadaş, s. 41; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 60; Kürşat, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 60; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 32; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 4-6; Ürem, s. 10; Yalçınduran, s. 46; Yavuz, s. 991.

⁴⁹⁸ Bu kavram, arazi ile ilgili sorunların arazinin kum, kil, çakıl vb. yapıda olup olmadığından mı yoksa arazinin üzerine ya da altına yapılması planlanan inşaatın meydana getirilme usulünden mi kaynaklandığının ayrımının yapılmasında kullanılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kohlhammer, R. 2012., *Wer trägt das Baugrundrisiko?*, Baurecht Heft, s. 417-424. (Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 213’ten naklen)

⁴⁹⁹ Kohler, J. 1993. *Werkmandel und bestellerverantwortung*, NJW 1993, Heft 7, s. 427-424 (Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 213’ten naklen)

geçirme ve bildirim yükümlülüğünü ihlal etmesi vb. nedenlerle risk gerçekleşiyorsa gerçek olmayan arazi riski söz konusudur⁵⁰⁰. Arazi riskinin hangi koşullardan doğduğu, taraflara kusur atfedilip atfedilemeyeceği bakımından önem taşımaktadır⁵⁰¹.

Türk Borçlar Kanunu'nda, inşaat sözleşmeleri bakımından arazinin özelliklerini araştırma yükümlülüğünün yüklenicinin mi yoksa iş sahibinin mi olduğu düzenlenmemiştir. Ancak, inşaatın yapılacağı yer iş sahibinin riziko alanı olduğundan gerçek arazi riski nedeniyle inşaatın ayıplı olmasından iş sahibinin sorumlu olmalıdır⁵⁰².

Gerek malzemenin iş sahibince sağlanması gerekse de inşaat yapılması için gösterilen yerin iş sahibinin riziko alanı olması nedeniyle birtakım ortak açıklamaların yapılmasında fayda bulunmaktadır. Malzeme de arsa da inşaatın ayıpsız şekilde meydana getirilmesi için elverişli olmayabilir. Bu durumda malzeme veya arsanın kararlaştırılan yapının ayıpsız surette meydana getirilmesine elverişli olmadığı takdirde bunların ayıplı olduğundan bahsedilir⁵⁰³. İnşaatın yapılacağı arsanın yapısını somut olayın koşullarına göre değerlendirmek gerekmektedir; arsanın jeolojik yapısı sözleşmede kararlaştırılan inşaatın yapılması için uygun değilse ve zemin çalışmalarının maliyeti de eklendiğinde emsal nitelikteki bir inşaatla göre oldukça yüksek bir maliyet çıkmasına rağmen yine de arsa gerekli nitelikleri sağlayamayacaksa inşaat yapılması için gösterilen yerin ayıplı olduğunun kabulü gerekir. Örneğin, tarafların sözleşmede kararlaştırdıkları nitelikte bir inşaatın meydana getirilmesi için arsa zemininin kum olması gerekmektedir iş sahibinin gösterdiği yerin zemini kil ise inşaatın ayıpsız olarak tamamlanması mümkün olmadığından arsa ayıplıdır⁵⁰⁴.

⁵⁰⁰ Von Craushaar, G., 1190. Die Rechtssprechung zu Problemen des Baugrundes, in; Festschrift für Horst Locher, s. 9 vs.; Englert, K., NZBau 2016. "Systemrisiko"- ein normierungsbedürftiger Rechtsbegriff), s. 537 vd. (Gündoğdu, , *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215'ten naklen)

⁵⁰¹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215.

⁵⁰² Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 131; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 142; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 245-246.

⁵⁰³ Arpacı, s. 146; Gauch / Carron, N. 1979, 1982; Gümüşoy Karakurt, s. 183; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 204; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 142; Tutkun, s. 91-92; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Şahiniz, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 131.

⁵⁰⁴ Zeminleri kohezyon özelliklerine göre kohezyonlu ve kohezyonsuz olarak sınıflandırmak mümkündür. Kum ve çakıllar kohezyonsuz zeminlerin en yaygın örneğidir. Bu tür zeminlerde, taneleri birbirine bağlayan fiziksel bir etki olmadığı için suyu çabuk sızdırır ve bünyelerine almazlar. Kohezyonlu zeminlere ise killi zeminler örnek gösterilebilir. Bu zeminlerde su geçişi zordur ve bünyelerine aldıkları suları daha uzun sürede atarlar. Bu nedenle inşaat faaliyetlerine başlanılmadan önce arazinin kohezyon vb. özellikleri incelenilerek değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, B./Evirgen, B./Tuncan, A./Onur, M. İ./Tuncan, M., 2015, *Zemin Özellikleri ve Zemin Davranışı*, 6. Geoteknik Sempozyumu 26-27 Kasım 2015, Çukurova Üniversitesi, Adana, s. 1225.

İnşaattaki ayıp, iş sahibinin verdiği malzeme, malzemelerin niteliği ya da çeşidi veya arsanın kusurundan kaynaklanıyorsa, ayıptan doğan sorumluluk iş sahibine ait olsa da⁵⁰⁵ yüklenicinin bu ayıptan sorumlu tutulamaması için TBK m. 472/f. 3'e göre kullanılacak malzeme ve arsayı kontrol etmesi, bu konuda iş sahibini uyarması gerekmektedir⁵⁰⁶. Yüklenicinin kontrol ve uyarılarına rağmen, iş sahibi, malzemelerin kullanılmasında ısrar eder ve bu nedenle inşaat ayıplı olursa iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamaz⁵⁰⁷.

Yüklenicinin inşaatın yapılacağı arsa ya da kullanılacak malzeme nedeniyle inşaatın ayıpsız olarak tamamlanamayacağına dair kesin bir bilgiye sahip olması gerekli değildir; uzmanlık alanının inşaat olması nedeniyle açıklanabilecek şüphelerinin olması yeterlidir. Bu durumda yüklenici, bu ayıpları gecikmeksizin iş sahibine bildirmelidir. Yüklenicinin bu bildirim yükümlülüğünün temelini TBK m. 472/3'teki bildirim yükümlülüğü teşkil eder⁵⁰⁸. Her ne kadar TBK m. 472/3 hükmünde işin devam ettiği sırada malzeme veya arsanın ayıplı olmasının anlaşılması durumundan bahsediliyorsa da yüklenici işe başlamadan önce bu hususu fark ederse TBK m. 472/3 hükmü kıyasen uygulanmalı, dürüstlük kuralı ile sadakat ve özen borcunun gereği olarak iş sahibine bildirimde bulunmalıdır⁵⁰⁹.

Yüklenicinin iş sahibinin gösterdiği yer ya da sağladığı malzeme bakımından TBK m. 476 hükmü uyarınca ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesi için; gösterilen yer veya malzemenin ayıplı olduğu açıkça görülüyor olmalı ya da yüklenicinin bunların ayıplı olduğunu bilmesi gerekmektedir⁵¹⁰. Bu halde, yüklenici bildirim yükümlülüğünü de yerine getirmişse ayıptan sorumlu tutulamayacaktır.

Bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğini ispat yükümlülüğü yüklenicidedir. Çünkü bildirim yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatlanması halinde bundan fayda sağlayacak yani ayıptan sorumlu tutulamayacak olan yüklenicidir⁵¹¹.

⁵⁰⁵ Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 214; Şahin, *Yüklenicinin Eksik İş ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu*, s. 131; Karadaş, s. 114; Selimoğlu, s. 94; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.232; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 202-204; Kırmızı, s. 265.

⁵⁰⁶ Gauch/Carron, N. 1986; Yener, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, s. 171; Zevkliler/Gökyayla, s. 550; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 143; Eren, *Özel Hükümler*, 618; Yavuz, s. 560; Avcı, 381.

⁵⁰⁷ Gauch/Carron, N. 2008; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Avcı, *Sadakat ve Özen*, 386-387.

⁵⁰⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 515; Eren, *Özel Hükümler*, s. 626; Yavuz, s. 560; Seçer, *Bildirim Borcu*, s.730-732; Avcı, s. 383-384; Selimoğlu, s. 99.

⁵⁰⁹ Gauch / Carron, N. 1987; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 233 vd.; Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Şahin, *Teslim Borcunu İfada Temerrüt*, s. 190; Yalçınduran, s. 62; Yavuz, s. 1001; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215, 221.

⁵¹⁰ Gauch / Carron, N. 1993; Erman, *Arsa Payı*, s. 162; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215, 221.

⁵¹¹ Yarg. 15 HD., 26.11.2007 T., 2007/4709 E., 2007/7534 K.:

6. Ayıbın Plan ve Projelerdeki Yanlışlıklardan Kaynaklanması

TBK m. 476'da açıkça belirtilmemiş olmasına karşın, inşaattaki ayıba iş sahibinin neden olabileceği bir diğer durum da plan ve projelerdeki yanlışlıklardır. Yapılan inşaatlar bakımından 3194 sayılı İmar Kanunu m. 21 hükmü uyarınca belediye veya valiliklerden yapı ruhsatı alınması zorunludur. Taraflar statik proje, mimari proje vb. projeleri çizdirerek Yetkili belediye tarafından gerçekleştirilecek bu denetim, tarafların çizdirerek inşaatın yürütülebilmesi için yapı ruhsatı vermeye yetkili belediyeye teslim eder. Kural olarak, yapı ruhsatı alınmasına yönelik projelerin arsanın imar durumuna uygun olarak çizdirilmesi ve onaylatılması borcu, iş sahibine aittir⁵¹². Ancak, taraflar plan ve projelerin kim tarafından çizdirileceğini sözleşme ile diledikleri gibi de belirleyebilir⁵¹³. Plan ve projelerin hazırlanma ve onaylanmasının iş sahibi tarafından gerçekleştirileceği belirlendiği takdirde, iş sahibi sözleşmede kararlaştırılan sürede -sözleşme ile kararlaştırılmamışsa mümkün olan en kısa ve uygun zamanda- onaylanmış plan ve projeleri yükleniciye teslim etmekle yükümlüdür. Zira, yüklenicinin inşaat faaliyetlerini yürütebilmesi için inşaatın hangi plan ve projeye göre yapılacağını bilmesi gerekmektedir.

İş sahibi, ilgili plan ve projeleri bizzat kendisi hazırlayabileceği gibi ifa yardımcısı olarak kabul edilen mimar veya mühendis gibi üçüncü kişilere de hazırlatabilir. İfa yardımcılarının plan ve projeleri ayıplı olarak hazırlaması ya da geç hazırlayarak yükleniciye teslim etmesinden de TBK m. 116⁵¹⁴ hükmü uyarınca iş sahibi sorumludur⁵¹⁵. Yüklenicinin

Dava, davacıya ait iki katlı evin damına, davalı tarafından yapılan izolasyon imalatının ayıplı olmasından kaynaklanmıştır. Davacı yüklenici, yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde, yüklenici BK'nın 357. Maddesi uyarınca durumu derhal iş sahibine haberdar etmelidir. Aksi takdirde bunların neticelerine tahammül etmekle mükelleftir. Davalı, davacıya ait binaya kararlaştırılan şekilde izolasyon yapılması halinde işin amacına ulaşamayacağını ve davacıyı bundan haberdar ettiğini savunmakta ise de, bu savunmasını doğrulayan bir delil sunmamıştır. Yapılan imalatın tekniğine uygun bulunmadığı ve yeniden sökülüp yapılması gerektiği tespit raporu ve mahkemece alınan bilirkişi raporu ile saptanmıştır. Bu durumda mahkemece, davalıya işin bedeli olarak ödenen miktarın davacıya iadesine, davalıya başkaca borçlu bulunmadığının tespitine ve su sızıntısı nedeniyle davacıya ait evin kartonpiyerlerinde oluşan zararın tespiti ile davalıdan tahsiline karar verilmesi gerekirken davanın tümünden reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur. www.lexpera.com (e.t.: 12.10.2019)

⁵¹² Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Kırmızı, s. 186; Arpacı, s. 137; Tutkun, s. 131.

⁵¹³ Duman, *İnşaat Hukuku*, Erman, *Arsa Payı*, s. 161-162; Kırmızı, s. 186; Arpacı, s. 137; Kostakoğlu, s. 291

⁵¹⁴ TBK m. 116 uyarınca, borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılara kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Karaca, M., 2010. *İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu*, Terazi Hukuk Dergisi, S. 49, s.51; Eren, *Genel Hükümler*, s. 477; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C.1, s. 277; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 134-139.

⁵¹⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 198, 199, 222; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 134-136; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235.

⁵¹⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 222; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 191; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 134-136; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235.

bildirim yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasına rağmen, ayıplı plan ve projelerin uygulanması nedeniyle inşaatın ayıplı olması halinde yüklenici TBK m. 476 uyarınca ayıptan sorumlu tutulamayacaktır⁵¹⁶.

İnşaatın meydana getirilmesine yönelik plan ve projeleri yüklenicinin hazırlayacağı kararlaştırılmış ise, iş sahibinin yükleniciyi arsanın durumu hakkında doğru bir şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. İş sahibinin arsa hakkında yanlış bilgi vermesi halinde tasarlanan proje hatalı olacak dolayısıyla bu projeye sadık kalınarak meydana getirilen eser de ayıplı olacaktır⁵¹⁷. Ayrıca, iş sahibinin kendi arsasında yürütülen inşaat faaliyetlerinde yükleniciye çalışacak ortam sağlama yükümlülüğü⁵¹⁸ ve arsanın sınırlarının ölçümlemesi ile işaretlenmesine müsaade etme gibi sınırlı aynı haklarla ilgili kullanma haklarını sağlama yükümlülüğü vardır⁵¹⁹. İnşaatın yapılacağı arsa iş sahibinin riziko alanı olduğundan yükleniciye rahat bir çalışma ortamı sağlanmaması veya plan ve projelerin ayıpsız olarak çizilebilmesi için arsanın işaretlenmesine izin verilmemesi halinde yüklenici TBK m. 476 anlamında inşaatın ayıplı olmasından sorumlu tutulamayacaktır⁵²⁰. Zira yüklenicinin inşaatla dair faaliyetlerini yürütebilmesi için iş sahibinin yükleniciye malzemelerini koyabileceği bir yer göstermesi, plan ve projelerin arazinin durumuna uygun olması gerekmektedir.

⁵¹⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215-217; Şahiniz, s. 135; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 134-136; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235.

⁵¹⁶ Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Kırmızı, s. 265; Kurşat, s. 291-292; Seçer, *Tam tazminatla Fesih*, s. 318; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s.191-192.

⁵¹⁷ Yarg. 15. HD., 08.05.1981 T., 1981/989 E., 1981/1069 K.:

“... Taraflar arasındaki hukuki ilişki istisna akdine dayanmaktadır. Müteahhit, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile kusursuz olarak ifaya mecburdur. Yapılması gereken lise spor salonu 2490 sayılı Kanuna göre ihale edilmiş ve davacı müteahhit ihaleye iştirak ile binayı yapmayı kabul etmiştir. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi sözleşmesinin 2/F maddesine göre, bu sözleşmenin ekidir. Projeler ve teknik şartnamelerin davalı bakanlık tarafından verildiği de sözleşmenin 2. Maddesi ve yazışmalardan anlaşılmaktadır. Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesinin 5. Ve 7. Maddelerine göre projeler gerek idarece verilsin, gerek müteahhit tarafından verilip idarece tasdik edilmiş bulunsun, müteahhit projelerin ve fenni hesapların eksiksiz tatbik edilmesini ve fenne uygun yapılmasını sağlamaya mecburdur. Bilirkişi incelemelerinden, bakanlıkça verilen projenin aynen tatbik edildiği anlaşılmaktadır. Ancak, projelerin fenne uygun olmadığı ve aynen tatbikin kötü sonuçlar doğuracağını teknik bilgi sahibi olan müteahhidin bilmesi gerekir. O halde, davacının bu hususları idareye açık bir şekilde bildirmesi ve uyarması B.K.’nın 361. Maddesi ile Genel Şartnamenin 5. Ve 7. Maddeleri icabıdır. Dosya içerisinde davacının bu uyarma vecibesini yerine getirdiğine dair herhangi bir delile tesadüf edilmemiştir. Şu halde, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılarak tarafların kusur dereceleri tespit edilmeli ve neticesine göre bir karar verilmek üzere mahalli mahkeme kararı bozulmalıdır.”

⁵¹⁸ Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 215; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234; Öz, *İnşaat sözleşmesi*, s. 197.

⁵¹⁹ Arpacı, s. 139; Gökyayla, *Sadakat ve Özen*, s. 795; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 234.

⁵²⁰ Kurşat, s. 291; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 136; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 235.

7. Ayıbın Alt Yüklenicinin Ayıplı İfasından Kaynaklanması

Yüklenici inşaatın tamamını ya da belli kısımlarını alt yüklenicilere yaptırabilir⁵²¹. Alt yüklenicilik sözleşmesinde alt yüklenicinin borçlarından biri de ayıba karşı tekeffül borcudur⁵²². Alt yüklenicilik sözleşmesinde kararlaştırılan edimlerin tamamı yerine getirilip eser teslim edilmedikçe, alt yüklenicinin ayıba karşı tekeffül sorumluluğu da doğmayacaktır⁵²³. Somut olayın koşullarına göre, özellikle de büyük çaplı inşaat projelerinde birden çok alt yüklenicinin olması mümkündür. İnşaatın her bir kısmından farklı alt yükleniciler sorumlu olabileceği gibi, inşaat işinin birbirini izleyen safhaları için de ayrı ayrı alt yükleniciler faaliyet gösterebilir⁵²⁴. Uygulamada “fast track” (hızlı yol) sözleşmesi denilen bu yöntemle oldukça kapsamlı ve uluslar arası nitelikteki inşaat projeleri büyük bir hızla koordine edilebilmektedir⁵²⁵.

Asıl yüklenici alt yüklenicinin iş sahibi konumundadır⁵²⁶, dolayısıyla alt yüklenicinin inşasını üstlendiği bölümler bakımından verilen plan ve projeler ile kendisine sağlanan malzeme ve talimatları değerlendirme ile bildirimde bulunma yükümlülüğü vardır⁵²⁷. Örneğin bir binanın kalorifer tesisatının yapılmasını üstlenen alt yüklenicinin sorumluluğu yalnızca kalorifer tesisatının eksiksiz ve ayıpsız olması ile sınırlıdır. Bunun için tesisatın yapılacağı yerin uygunluğu, kazan borusunun genişliği, varsa kendisine sağlanan malzeme gibi kendi edimiyle ilgili kısımları incelemek ve gerektiği takdirde bildirimde bulunmaktadır. Dolayısıyla bu alt yüklenicinin binanın başka bir kısmında ayıp olup olmadığını incelemek ya

⁵²¹ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 135; Atamulu, s. 70; Büyükcay, s. 97; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78; Erişen, M., 2011. *Alt müteahhitlik sözleşmesi*. 1. Baskı. Ankara, s. 90; Acun, s. 16; Aral/Ayrancı, s. 400; Erman, *Arsa Payı*, s. 121; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2. s. 50; Koyuncu, s. 1072; Öktem S., 2006, *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları*, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S. 5, s. 1948; Şahin, T., 2011, *Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, SDÜHFD, 2011, C.1, S.2, s. 136; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 30, 78; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 124, 165; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.35-37.

⁵²² Atamulu, s. 70; Büyükcay, s. 97; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 78; Koyuncu, s. 1071-1072; Tutkun, s. 116-117.

⁵²³ Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 134; Acun, s. 26; Kocaağa, s. 139; Şahin, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 137-138; Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 160; Zevkliler/Gökyayla, s. 523.

⁵²⁴ Köksal, T., 2011. *Uluslararası İnşaat Hukuku*. 1. Baskı. Ankara, s. 114; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s.35-37; Erişen, s. 90; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 78.

⁵²⁵ FIDIC inşaat sözleşme şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal, T., 2011. *Uluslararası İnşaat Hukuku*. 1. Baskı. Ankara; N., 2015. *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri Ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, 1. Baskı. İstanbul; Kahraman, Z., 2014. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 FIDIC Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü Ve Yüklenicinin Ayrıptan Doğan Sorumluluğu*, Feridun Yenisey'e Armağan, C. I, 1. Baskı.

⁵²⁶ Aral/Ayrancı, s. 373; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Zevkliler/Gökyayla, s. 509-512; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 104; Yavuz, s. 555; Erman, *Arsa Payı*, s. 44-45; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 268; Öztürk/Gözütok, s. 128; Selimoğlu, s. 90-92; Ürem, s. 50; Gümüşsoy Karakurt, s. 21; Tutkun, s. 22; Oral, s. 89-90.

⁵²⁷ Aral/Ayrancı, s. 401; Eren, *Özel Hükümler*, s. 636-637; Tandoğan, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 214-215; Zevkliler/Gökyayla, s. 524-525.

da binadaki başkaca inşaatlarda kullanılacak malzeme ve planların uygunluğunu denetleme yükümlülüğü yoktur.

Yüklenicinin, alt yükleniciye karşı ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanabilmesi için, yüklenicinin bu ayıba ilişkin bizzat kusurunun bulunmaması veya ayıbın yükleniciye yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanmaması gerekmektedir. Alt yüklenicinin üstlendiği edimindeki ayıp, üzerine inşa edildiği arazinin ayıbından kaynaklanıyorsa bu durumdan da alt yüklenici sorumlu tutulamayacaktır. Yalnızca inşaatın belli bir kısmını ya da belli bir işini yapacak alt yüklenicinin inceleme ve bildirim yükümlülüğü kendisinin yerine getireceği edim açısından yeterli olarak derecede olacaktır.

Alt yüklenicinin sorumluluk alanındaki inşaatın ayıplı olması durumunda ise; tıpkı yüklenicinin iş sahibine karşı gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü olduğu gibi alt yüklenici de asıl yükleniciye karşı bu yükümlülükleri bulunmaktadır. Ayıbın inşaatın yapılacağı arazinin uygun olmaması, asıl yüklenicinin sağladığı malzeme ve verdiği talimatlardan kaynaklanması halinde de alt yüklenici bildirim yükümlülüğünü yerine getirmesine rağmen asıl yükleniciden mevcut koşullar ile inşaatı devam edilmesi yönünde talimat almış ise ayıptan sorumlu tutulamayacaktır⁵²⁸.

Son olarak, asıl yüklenici ayıbın giderilmesine ilişkin TBK m. 473/2’de düzenlenen şartlar oluşmaksızın ayıbı kendisi bizzat ya da üçüncü bir kişi vasıtasıyla giderse alt yüklenici bakımından bir ifa imkânsızlığı oluşacaktır. Bu halde, asıl yüklenici TBK m. 136 uyarınca ayıbın giderilmesini talep edemeyecektir⁵²⁹. Alt yüklenicinin yürüttüğü inşaat faaliyetindeki

⁵²⁸ Yarg. 15 HD, 25.10.2018, 2017/2110 E., 2018/4086 K.:

Taraflar arasındaki sözleşme tarihi itibarıyla yürürlükte olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 357/son maddesi uyarınca; yüklenici işin ehli olup bedele hak kazanabilmesi için eseri fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlayıp teslim etmesi zorunludur. Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik resimlere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imalâtın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir. Yüklenicinin ihbar yükümlülüğünü yerine getirdiğini her tür delil ile ispatı mümkündür. Somut olayda davalı savunmasında meydana gelen sökümlerin davacının yanlış kullanımı ve pist altı yapısından kaynaklanan eksiklikler nedeniyle meydana geldiğini, bunun için davacıyı uyardıklarını açıklamış, bu iddiasıyla ilgili olarak dinlenen davalı tanığı ... beyanında "... iş usulüne uygun olarak yapıldı, şantiye şartları işe uygun değildi, kendilerini uyardık, sahanın kenarında direnaj kanalı yoktu, ayrıca betonda direk toprağın üstüne atılmıştı, biz ekspertiz gönderdik, şantiye başlamadan önce durumu tespit ettik ve kendilerine bildirdik, onlarda bu işi bu şekilde yapacaksınız dedikleri için bizde işi yaparak tamamladık, kendilerine teslim ettik... diyerek davacı yükleniciyi, işin yapımına başladıklarında uyardıklarını açıklamıştır. Bu durumda ihbar yükümlülüğünü yerine getiren davalı taşeronun sorumluluğundan söz edilemeyeceği halde davanın reddi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi doğru olmamıştır.

⁵²⁹ Başoğlu, B. 2013. *Borcun İfesinde İmkânsızlık*, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul, s. 310; Buz, *Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması*, s. 24; Eren, *Özel Hükümler*, s. 692; Eren, *İnşaat Sözleşmeleri*, s.

eksiklik ya da ayıbın asıl yüklenici tarafından giderilmesi halinde, alt yüklenici bu eksik ve ayıplı işlerden dolayı asıl yükleniciye karşı sorumlu olacaktır⁵³⁰.

8. Ayıbın Önceki Yüklenicinin Ayıplı İfasından Kaynaklanması

İnşaat faaliyetlerinin birden fazla alanda uzmanlık gerektirmesi, oldukça geniş çaplı olması ve mümkün olan en kısa sürede tamamlanması amaçlandığından, uygulamada genellikle birden çok yüklenici çalışmaktadır. Dolayısıyla, bir yüklenici başka bir yüklenicinin sonraki yüklenicisi olarak çalışmakta ve her bir yüklenicinin çalışması, bir diğer yüklenicinin çalışmasına eklenerek inşaat tamamlanmaktadır. Örneğin, hafriyat aplikasyonu ve nakliyesi bir yüklenici tarafından yapıldıktan sonra gelen yüklenici temel altı mıcır ve drenaj işlerini sonraki yüklenici radye temel demirlerinin döşenmesi işini üstlenmektedir. Bu durumda, önceki yüklenicinin yaptığı işin ayıplı olması, sonraki yüklenicinin yapacağı işin de ayıplı olmasına sebebiyet verecektir.

İnşaat, birbirinin peşi sıra çalışan ve birbirinden bağımsız yükleniciler tarafından meydana getiriliyor, önceki yüklenicinin yaptığı iş, sonraki yüklenicinin yapacağı işin teknik zeminini oluşturuyorsa, önceki yüklenicinin yaptığı iş, iş sahibince sonraki yükleniciye sağlanan malzeme veya arsa gibi ele alınmalıdır⁵³¹.

Gerek Yargıtay içtihatlarında⁵³² gerekse de doktrinde⁵³³ önceki yüklenicinin inşa ettiği kısımların ayıplı olması veya önceki yüklenicinin tamamlamakla yükümlü olduğu plan ve

97-98; Kaplan, *İnşaat Sözleşmeleri*, s. 232; Kocaağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 233; Şenocak, Z., 1955. *Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu*, 1. Baskı. Ankara, s. 217; Zevkliler/Gökyayla, s. 569.

⁵³⁰ Yarg. 15. HD., 13.04.1989 T., 1989/3024 E., 1989/1914 K.:

Taşeron sıfatıyla davacı, üstlendiği işten dolayı davalıdan olan alacağının ödenmesi için işbu davayı 29.09.1984 tarihinde ikame etmiştir. Oysa yükümlülüğünde bulunan işin geçici kabulünü davadan çok sonra 01.08.1986 tarihinde kesin kabulü 27.12.1987 tarihinde gerçekleştirmiştir. Davalı vekili tüm savunmalarında davacının işten el çektiikten sonra geçici kabul de tespit edilen eksikliklerin müvekkili tarafından giderildiğini hal bükü bu giderin bedellerinin davacı istihkakını dâhil edildiğini ileri sürmüştür ayrıca 26.07.1985 tarihli tutanakta yazılı olduğu üzere bir kısım direklerin yıkılarak yeniden projesi uygun yapıldığı nda bu direklerin kusurlu yapılmasından davacının sorumlu olduğunu bildirmiştir. Gerçekten davalı dilekçesinde 01.10.1982 tarihinde davacının işten el çektiği ve bunun sonucu olarak işin 6.08.1984 tarihinde davalı tarafından başka bir taşar ona yaptırıldı kabul edilmektedir kesin kabul tutanağında geçici kabul de eksik görülen kusuru ve noksanlar ikmal edildiği ve nefaset farkının 474.000 TL'ye düştüğünün belirtilmiş olması işlerin açıkla şekilde seyrettiğini göstermektedir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş geçici kabul tutanağın getirtirmek hak ediş raporları da incelenerek davalının işten el çektiği 01.10.1983 tarihinden sonra yapılan işlerin davalı tarafından tamamlandığı kabul edilerek bunları için harcanan bedelleri davacı olacağından düşünmek ayrıca yukarıda söz edilen 26.07.1985 tarihli tutanak gereğince davacının işi bıraktığı tarihten sonra yeniden yapılan direklerden dolayı davacının sorumlu bulunduğu gözetilerek bu direklerin yeniden yapılması için yapılan giderleri hesap ettirmek bu bedellerinde davacının hak edişinden düşünmek suretiyle sonucuna uygun bir karar vermek olmalıdır. (Kostakoğlu, s. 542.)

⁵³¹ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 230; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 192; Şenocak, s. 143; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 250-251, Gauch, P., 1982. Ein Bauwerk-mehrere Unterneher, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 118, 2, s.79. (Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 230'dan naklen)

⁵³² Yarg. 15. HD., 06.02.2014 T., 2013/6532 E., 2014/755 K.:

projelerin tamamlanmamış olması gereği gibi ifayı engelleyen haller olarak belirtilmektedir. Zira önceki yüklenicinin gereği gibi ifa etmekle yükümlü olduğu inşaat ayıplı ise, bu ayıplı kısmın üzerine ya da sonrasında yapılacak inşaatın ayıpsız olarak tamamlanması mümkün değildir. Örneğin, tuğla duvar imalatları ayıplı olan inşaatın iç duvarlarının ayıpsız olarak örülmesi mümkün değildir.

“... Asıl ve birleşen dava ayıplı ifa nedeniyle yüklenici şirketler tarafından yapılan üç blok halindeki inşaatlardan bir bloğun depremde yıkılması, diğerlerinin hasar görmesi sonucu uğranılan zararın yüklenici davalı şirketlerden tahsili ve davalı sigorta şirketi ile davacı arasında yapılan inşaat sigortaları poliçesi kapsamında doğan alacağın davalı sigorta şirketinden tahsili istemine ilişkindir. Mahkemece asıl davanın kısmen kabulüne, birleşen davada ise davalı H.. İnş. San. Ticaret A.Ş.'ye yönelik davanın zamanaşımı nedeniyle reddine, diğer davalılar yönünden ise açılan davanın kısmen kabulüne karar verilmiş, karar davacı vekili ile davalı A...-O.. S.. A.Ş. vekili ve davalı E..İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. vekilleri tarafından temyiz edilmiştir. 1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre kararı temyiz eden davacı vekili ve davalı şirketler vekillerinin aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir. 2-Davacı vekili ile davalı E..İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. vekilinin diğer temyiz itirazlarına gelince; Davacı kooperatif ile davalı E.. İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. arasında imzalanan 01.03.1995 tarihli sözleşme ile davalı yüklenici E..İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti.'nin kooperatife ait üç blok halindeki binaların yapımını üstlendiği, A bloğun 5 katının, B bloğun ise 3 katının imalatlarını yaptığı, daha sonra C blok inşaatına başlamadan davacı kooperatifle yaptığı 15.05.1996 günlü “Tasfiye Protokolü” ve 22.05.1996 tarihli “Tasfiye Kabul Tutanağı” ile inşaatlardan el çektiği, davacı kooperatifin diğer davalı H.. İnş. San. A.Ş. ile yaptığı 10.06.1996, 10.06.1997, 01.06.1999 tarihli “İnşaat İkmâl Sözleşmeleri” ile H..İnş. San. A.Ş.'nin A ve B blokların kalan işlerini ve C bloğun inşaatını yaptığı ve deprem tarihi itibarıyla inşaatların %80 oranında bitirilmiş olduğu dosya kapsamında toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan 08.01.2009 tarihli asıl ve 09.09.2009 tarihli ek bilirkişi raporunda, davalı yüklenici şirketlerin zararlı sonucun oluşumunda %40 oranında, davacının ise %15 oranında kusurlu bulunduğu saptanmış, zararlı sonucun oluşumunda %5 kusur gayrimelhuz sebeplere (kaçınılmazlık koşullarına) verilmiştir. Bilirkişi raporunda “A ve B blokların H.. İnş. A.Ş. tarafından imal edilen katlarında herhangi bir hasar tespit edilemediği, bu blokların yıkılmasında E..İnş. Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu, A ve B bloklar için H..İnş. A.Ş.'ye bir kusur yükletilemeyeceği” görüşüne yer verilmiş, mahkemece de bilirkişi raporundaki bu görüş benimsenerek A ve B bloklar yönünden E.. İnş. Ltd. Şti.'nin sorumluluğu bulunduğu belirtilerek hüküm kurulmuştur. Yüklenici yapılacak işin uzmanı olup, yüklenilen işi, amacına, tekniğine ve sözleşmesine uygun olarak gerçekleştirmek zorundadır. Genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde akdin gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye sokan her durumu yüklenici, iş sahibine derhal ihbar etmekle yükümlüdür. (818 Sayılı Borçlar Kanunu m. 357/III.) Yine kullanılan malzemenin veya iş sahibine ait yerin kusurlu olduğunun anlaşılması halinde yüklenici, 357. madde uyarınca durumu derhal iş sahibine ihbar etmelidir. Aksi takdirde uyarı görevini yerine getirmeyen yüklenici, bunun sonuçlarına katlanmak durumunda kalır. Hükme dayanak bilirkişi raporunda “A ve B blokların davalı E.. İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan kısımlarından alınan beton örneklerinde mukavemet değerlerinin olması gereken 160 kg/cm²'nin üçte birinden daha az olduğu, A ve B blokların alt katlarının E... İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti.'tarafından yapıldığı” belirtildiğinden davalı H... İnş. San. A.Ş.'nin anılan blokların üst katlarına ilişkin ikmâl inşaatına başlamadan önce işinin uzmanı basiretli bir tacir olarak daha önceki yüklenici E.. İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. tarafından yapılan işi inceleyerek, önceki yüklenici tarafından yapılan alt katlardaki imalatlarda kullanılan betonun mukavemeti dikkate alındığında üst katlarda yapılacak imalatın amacına uygun olmayacağını ve bu durumun akdin gereği gibi ifasını tehlikeye soktuğunu iş sahibine az yukarıda değinilen genel ihbar yükümlülüğü çerçevesinde ihbar etmelidir. Davalı H..İnşaat A.Ş.'nin davacıya bu şekilde bir ihbarda bulunduğu iddia ve ispat edilmemiştir. O halde mahkemece, belirlenen tüm maddi zarardan öncelikle davacı kooperatifin kusuru %15 oranıyla gayrimelhuz sebeplere verilen %5 kusur oranı toplamı olan %20 oranında indirim yapılmalı, geriye kalan maddi zarardan A ve B bloklar yönünden davalı E... İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti. ile birlikte Borçlar Yasası'nın 357/son maddesi uyarınca H.. İnş. A.Ş.'nin de müteselsilen sorumlu olduğu, C blok inşaatını davalı H.. İnş. A.Ş. yaptığından, bu blok yönünden oluşan zarardan E.. İnş. ve Dış Tic. Ltd. Şti.'nin sorumlu olmadığı dikkate alınmalıdır. Mahkemece A ve B bloklar için H.. İnş. A.Ş.'nin sorumlu olmadığı kabul edilerek hüküm kurulması doğru olmamıştır. ...” www.lexpera.com (e.t.: 19.10.2019)

⁵³³ Kocağa, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 99; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 738 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 192; Şenocak, s. 143; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.

Sonraki yüklenici, önceki yüklenicinin kendi faaliyetini etkileyen ayıplı ifasından dolayı sorumlu tutulamayacaktır⁵³⁴. Ancak bunun için sonraki yüklenicinin TBK m. 476 uyarınca ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulabilmesi için önceki yüklenicinin yaptığı işi inceleyerek, bundan kaynaklanan ayıbı tespit etmesi ve iş sahibine bildirmesi gerekmektedir⁵³⁵. Aksi halde, ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı ileri sürülemez ve sonraki yüklenici ayıptan dolayı sorumlu tutulur⁵³⁶. Yüklenicinin, kendisinden önceki yüklenicinin yaptığı işleri gözden geçirme yükümlülüğü, genel özen yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır. Önceki yüklenicinin işini ayıplı yapması nedeniyle sonraki yüklenicinin yapacağı iş de ayıplı olarsa, sonraki yüklenici bu ayıbı fark edip iş sahibine bildirmekle yükümlüdür. Sonraki yüklenici, önceki yüklenicinin ifasının ayıplı olduğunu ve bunun devamı niteliğindeki olacak faaliyetin de ayıpsız olarak tamamlanmasının mümkün olmadığını iş sahibine bildirdiği takdirde, iş sahibi işe devam edilmesi hususunda talimat verirse, sonraki yüklenici TBK M. 476 uyarınca ayıptan sorumlu tutulamayacaktır⁵³⁷.

Sonraki yüklenicinin gözden geçirme yükümlülüğü ancak tarafların aksine anlaşma yapması ya da somut olayın koşulları yükleniciye iyi niyetli olarak önceki çalışmanın gözden geçirilmesinin kendisinden beklenmeyeceğini kabul etmeye izin veriyorsa ortadan kalkmaktadır. Örneğin, önceki yüklenici binanın kaba inşaatının tamamını yapmış sonraki yüklenici ise binanın yalnızca çatısını yapma işini üstlenmişse, sonraki yüklenicinin binanın temelini zemin etüdüne uygun olup olmadığını incelemesi dürüstlük kuralı uyarınca kendisinden beklenmeyebilir. Ayrıca, önceki yüklenicinin yaptığı çalışmanın bir uzman tarafından incelenmesi halinde sonraki yüklenicinin inceleme yükümlülüğü ortadan kalkabilir.

⁵³⁴ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s.230 ; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 738 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 192; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi* s. 143; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.

⁵³⁵ Gauch/Carron, N. 2039; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s.230 ; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 738 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 192; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi* s. 143; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144.

⁵³⁶ Gauch/Carron, N. 2039; Gauch / Carron, N. 2039; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s.230 ; Seçer, *Bildirim borcu*, s. 738 vd.; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 192; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi* s. 144; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.

⁵³⁷ Yarg. 15. HD, 13.06.2016 T., 2016/1878 E., 2016/3355 K.:

“... Somut olayda davacının tamamlamayı üstlendiği imalatın yapımına daha önce başka bir yüklenici tarafından başlandığı, ilk yüklenicinin yaptığı kısımlarda ayıp bulunduğu ihtilâfsızdır. Davacı bu durumu davalıya bildirdiğini, davalı tarafından kendisine cevap verilmemiş olmasının zımni olarak işe devam talimatı sayılacağını iddia etmekte ise de yukarıda açıklandığı gibi iş sahibinin işe devam konusunda zımni talimatı bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mahkemece öncelikle yüklenicinin uyarı yazılarına davalı iş sahibinin işe devam konusunda açık talimatının bulunup bulunmadığının araştırılması, talimatın bulunmadığının anlaşılması halinde bu durumun yüklenicinin işi fen ve sanata uygun yapma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından yeni bir bilirkişi heyetinden alınacak rapor ile önceki yüklenicinin yaptığı imalatlar üzerine davacının yaptığı imalatın kabul edilebilir olup olmadığının saptanıp sonucuna göre karar verilmesi, talimatın bulunduğu anlaşılması halinde ise davalı idarenin ilk rapora itirazlarında cevaplandırılmak suretiyle davacı alacağının hesaplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmektedir.” www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.: 02.01.2020)

Açık ayıp bakımından ise sonraki yüklenici, önceki yüklenicinin çalışmasını incelemekle yükümlüdür zira sonraki yüklenicinin ilk bakışta fark edebileceği, açıkça görünen ayıblı iş sahibine bildirmeyerek çalışmaya devam etmesi halinde sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır⁵³⁸. Burada, önceki yüklenicinin ayıplı çalışması nedeniyle sonraki çalışmanın da ayıplı olması halinde iş sahibine karşı hangi yüklenicinin hangi ayıptan dolayı sorumlu olacağı karşımıza çıkmaktadır. Sonraki yüklenici, faaliyetlerine başlamadan önce inşaatı incelemesi ve kendisinden önceki yüklenicinin ayıplı çalışmasını iş sahibine derhal bildirmesi halinde ayıptan sorumlu tutulamayacaktır. Önceki yüklenici ise, kendi yaptığı kısmı teslim ettiğinde, bu kısım sonraki çalışmaya da zarar veriyorsa ayıba karşı tekeffül şartları ve hükümlerine göre kendi çalışmasındaki ayıptan dolayı meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür⁵³⁹. Önceki yüklenicinin ayıplı çalışması sonraki yüklenicinin yaptığı çalışmaya zarar vermiyor ise önceki yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 485 uyarınca ayıba karşı tekeffül hükümleri nedeniyle değil TBK m. 112 uyarınca borunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle sorumlu olacak ve iş sahibinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacaktır⁵⁴⁰. Örneğin, önceki yüklenicinin binanın duvarlarını boyadığı, sonraki yüklenicinin ise elektrik döşemeleri işini yaptığı binada, önceki yüklenicinin teslim anında duvarın boyanma işinin ayıplı olması elektrik döşemesine zarar veriyorsa önceki yüklenici iş sahibine karşı TBK m. 112 uyarınca sorumlu olacaktır. Ayrıca, sonraki yüklenici önceki çalışmayı gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünü ihlal ederse, inşaatın ayıplı olması halinde doğan zararı ayıba karşı tekeffülden değil de TBK m. 112 gereğince tazmin etmekle yükümlüdür⁵⁴¹.

Önceki yüklenici ve sonraki yüklenici arasında sözleşmesel herhangi bir ilişki olmadığından, önceki yüklenicinin yaptığı iş ayıplı olsa dahi bu husus önceki yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeye göre, bir diğer ifadeyle sonraki yüklenici ile iş sahibi arasında akdedilen sözleşmeden bağımsız olarak incelenir.

Sonraki yüklenicinin çalışmalarına başlamak üzere inşaat alanına girmesi ve önceki yüklenicinin teslim ettiği işin ayıplı olması halinde, önceki yüklenicinin sonraki yükleniciye

⁵³⁸ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 230 ; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 193; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.

⁵³⁹ Gauch / Carron, N. 2045; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 230; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 193; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 250-251.

⁵⁴⁰ Gauch / Carron, N. 2045; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 230; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 193; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 250-251.

⁵⁴¹ Gauch / Carron, N. 2046; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 229-230; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 193; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 251.

karşı sorumlu olur. Bir diğer ihtimal ise, önceki yüklenicinin çalışmasındaki ayıbın sonradan ortaya çıkmasıdır.

II. İNŞAAT SÖZLEŞMESİNDE AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENİLEBİLMESİNİN SONUÇLARI

A. Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Kaybedilmesi

İnşaattaki ayıptan yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde iş sahibi, TBK m. 475'te düzenlenen sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve inşaatın ücretsiz onarılmasını isteme haklarını haizdir⁵⁴². Ayrıca, yüklenici ayıba kusuru ile neden olmuşsa iş sahibi genel hükümlere göre uğradığı zararın tazmin edilmesini de isteyebilmektedir⁵⁴³. İnşaattaki ayıbın iş sahibine yüklenebilen bir nedenden kaynaklanması halinde ise, iş sahibi TBK m. 476 uyarınca ayıptan sorumlu olacak ve ayıba karşı tekeffülden doğan hakları kendiliğinden sona erecektir⁵⁴⁴. Dolayısıyla TBK m. 476 hükmünün sonucu iş sahibinin inşaattaki ayıp bakımından muhtemel bir zararın tazmini de dâhil olmak üzere tüm haklarının başka bir yola başvurmaya ihtiyaç duyulmaksızın kaybedilmesidir⁵⁴⁵.

TMK m. 6 hükmü uyarınca, inşaattaki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığı ispat yükü, yüklenicininindir⁵⁴⁶. Zira bu hususu ispatlayan yüklenici TBK m. 475'te düzenlenen ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmaktadır. Yüklenici, TBK m. 476 hükmünden faydalanabilmek için inşaattaki ayıbın iş sahibine yüklenebilen bir nedenden doğduğunu ve yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan TBK m. 472/3'teki bildirim yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispatlamakla yükümlüdür⁵⁴⁷. Örneğin, inşaattaki ayıp iş sahibince verilen talimatlardan kaynaklanıyorsa yüklenici bu talimatın uygulanması halinde inşaatın ayıpsız şekilde tamamlanarak teslim edilmesinin mümkün olmadığını ve inşaat faaliyetlerinin nasıl

⁵⁴² Aral/ Ayrancı, s. 406; Eren, *Özel Hükümler*, s. 528; Gümüşsoy Karakurt, s. 37-40; Tandoğan, *Özel Hükümler*, s. 176; Erman, *Arsa Payı*, s. 141; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 156; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 63; Zevkliler/Gökyayla, s. 528; Karadaş, s. 208; Kostakoğlu, s. 515; Erman, *Arsa Payı*, s.141; Ayar Birkin, Z., s. 84; Güleç, s. 39; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 234; Kırmızı, s. 217; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 165; Koyuncu, s. 1075 vd.

⁵⁴³ Acun, s. 78-79; Ayar Birkin, s. 84; Erman, *Arsa Payı*, s. 157; Gümüş, *Özel Hükümler*, C. 2, s. 49, 69; Gümüşsoy Karakurt, s. 41; Gürpınar, s. 101; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 240; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 64; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 209; Zevkliler/Gökyayla, s. 533.

⁵⁴⁴ Aral/Ayrancı, s. 400; Eren, *Özel Hükümler*, s. 635; Erman, *Arsa Payı*, s. 159; Gümüşsoy Karakurt, s. 33-34; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd; İpek, E., 2007. *Yüklenicinin Özen Borcu*, C. 82, S. 2, s. 543; İstanbul Barosu Dergisi, Gümüş, *Özel hükümler*, C. 2, s. 119; Kırmızı, s. 260; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 121; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 317; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 237.

⁵⁴⁵ Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd; Kırmızı, s. 260; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 121; Şahiniz, s. 134.

⁵⁴⁶ Gauch/Carron, N. 1914; Gümüşsoy Karakurt, s. 33; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 195 vd; Seçer, *Tam Tazminatla Fesih*, s. 232-233, Şahiniz, s. 135; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144.

⁵⁴⁷ Altaş, H., 2002, *Eserin Teslimden Önce Telef Olması*, s. 103; Eren, *Özel Hükümler*, s. 627; Güleç, s. 37; Şahiniz, s. 135; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 735 vd; Şenocak, *Ayıbın Giderilmesi*, s. 144.

yürütülmesi gerektiği hususunda kendi bildirimlerinin bulunduğunu ispatlamalıdır. Ayrıca, yüklenici iş sahibine bildirimde bulunmasına gerek olmayan durumlar bakımından iş sahibinin veya iş sahibinin ifa yardımcısının inşaat faaliyetleri bakımından uzman olduğunu ispatladığı takdirde iş sahibinin bildirimlere uymadığını bu nedenle de ayıbın kendisinden değil iş sahibinden kaynaklandığını da kanıtlamış olacaktır⁵⁴⁸.

Hâkim, TBK m. 52/1 hükmünü uygulayarak inşaatla ilgili ölçüdeki ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının yüklenicinin sorumluluktan kurtulmasına yol açacağına re'sen karar veremez⁵⁴⁹. Nitekim iş sahibi, yüklenici ile olan ilişkisinde sorumluluğu üstlenmelidir.

B. Ceza Koşulunun Hükümsüzlüğü

Ceza koşulu, TBK m. 179-182 arasında düzenlenmiş olup, kanunda açıkça bir tanıma yer verilmemiştir⁵⁵⁰. Kanunun lafzından, ceza koşulunun bir sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi ile borcun belirlenen zaman ya da yerde ifa edilmemesi durumunda alacaklının zararını ispat yükümlülüğü olmaksızın borçludan taahhüt ettiği edimi ya da kararlaştırılan bedeli ödemesini talep hakkı tanıdığı anlaşılmaktadır⁵⁵¹. Yargıtay'ın da içtihatlarında⁵⁵² ceza koşulunu doktrindeki benzer şekilde tanımladığı görülmektedir. Bir başka ifade ile, ceza koşulu borçluyu borcunu yerine getirmeye sevk etme amacı ile öngörülmüş, adeta alacaklının alacağını güvence altına almasını sağlayan bir yaptırımdır⁵⁵³.

⁵⁴⁸Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 732; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 16.

⁵⁴⁹Gauch/Carron, N. 1914.

⁵⁵⁰Kocaağa, *Cezai Şart*, s. 150; Gökyayla, K. E., 2017. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti*, DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, 2017, C.19, Özel Sayı, s. 56; Kaplan, *Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, s. 159; Dinç, M. 2017, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Ceza Koşulu*, Terazı Hukuk Dergisi, C. 12, S. 126, s. 99; Usta, O., 2017. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, Ankara, 1. Baskı, s. 80; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.2, s. 504; Kırmızı, s. 1113

⁵⁵¹Eren, *Genel Hükümler*, s.1205; Hatemi/Gökyayla, *Genel Hükümler*, s.362; Kocaağa, K.,2018, *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Ankara, s. 65; Oğuzman/Öz, *Genel Hükümler*, C. 2, s. 899; Tunçomağ, K., *Cezai Şart*, İstanbul 1963, s. 15; Kocaağa, K., 2008, *İnşaat Sözleşmesinde İş Zamanında Teslim Etmeyen Yüklenicinin Ödemesi Kararlaştırılan Meblağ Cezai Şart Mı Yoksa Götürü Tazminat Mıdır?*, TBBD, S. 74, s. 149.; Tekelioğlu, N., 2017. *İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, Y. 2, S. 2, s. 160; Aksoy, H. C., 2018. *Ceza Koşulunun Borçlunun Borca Aykırı Davranıştaki Kusuru İle İlişkisi Nedir?*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 24, S. 2, s.1000-1001; Cansel, E./ Özel, Ç., 2013. *Türk Borçlar Hukukunda Ceza Koşulu*, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, s. 714; Bayrak, B., 2019., *İnşaat Sözleşmesi ve Sözleşmedeki Ceza Koşulu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 4.

⁵⁵²Yarg. 6.HD, 04.06.2016 T., 2016/2569 E.,2016/5645 K.:

“Cezai şart, geçerli bir borcun yerine getirilmemesi veya eksik yerine getirilmesi ya da belli bir yerde, belli bir zamanda yerine getirilmemesi durumunda, borçlunun ödemesi gereken bir edimdir” Ayrıca bkz. YHGK 18.02.2004 T., 2004/10-104 E., 2004/94 K., YHGK. 16.06.2004 T., 2004/19-357 E., 2004/360 K.

⁵⁵³Aksoy, s. 1001; Gümüşsoy Karakurt, s. 28; Kocaağa, *Cezai Şart*, s. 151; Usta, s. 81.

Bu açıklamalar doğrultusunda, inşaat sözleşmesinde geçerli bir ceza koşulunun varlığı için bahsedilen şartların sağlanması gereklidir. Örneğin, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde ceza koşulunun kararlaştırılması halinde, asıl sözleşmenin geçerliliği noterde resmi yazılı şekilde yapılmasına bağlı olduğundan ceza koşulu da aynı şekil şartına tabi olacaktır.

Taraflar, inşaatın süresinde teslim edilmemesi, ayıplı olarak teslim edilmesi vb. hususların varlığı halinde yüklenicinin iş sahibine belirli bir miktar ceza koşulu ödemesini kararlaştırabilirler⁵⁵⁴. İnşaatın ayıplı olması halinde yüklenicinin ceza koşulu ödeyeceği kararlaştırılmışsa, -inşaatteki ayıbın iş sahibinin kusurlu davranışından, sağladığı malzemeden, iş sahibince hazırlanan plan ve projelerden ya da iş sahibinin riziko alanına ilişkin herhangi bir nedenden kaynaklanması halinde, yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu ortadan kalkacağı ve iş sahibi TBK m. 475'te düzenlenen haklarını ileri süremeyeceği için- ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayan iş sahibi bu haklarla arasında fer'ilik ilişkisi olan ceza koşulunu da talep edemeyecektir⁵⁵⁵. Zira TBK m. 476 hükmünün uygulama alanı bulduğu hallerde, inşaatın ayıplı olmasında kusuru bulunmayan yüklenici ceza koşulunu ödeme yükümlülüğünden kurtulmaktadır⁵⁵⁶. Özetle, inşaatteki TBK m. 476 anlamında iş sahibine isnat edilebiliyorsa, yüklenicinin asıl borcu olan ayıba karşı tekeffül borcundan söz edilemeyeceği için ceza koşulu da hükümsüz kalacaktır.

C. Zararın Birlikte Üstlenilmesi

İnşaatın ayıplı olmasına veya inşaat faaliyetlerinin yürütülmesinin gecikmesine neden olan haller iş sahibinden kaynaklansa dahi, üstlendiği faaliyeti uzmanı olduğu kabul edilen yüklenicinin bu hususları iş sahibine bildirme yükümlülüğü vardır⁵⁵⁷. Zira yüklenicinin, TBK

⁵⁵⁴ Hatemi/Gökyayla, *Genel Hükümler*, s. 368; Kurt, *Temerrüt*, s. 214; Nomer, *Genel Hükümler*, s. 471; Oğuzman/Öz, C. 2, s. 529-530; Uçar, S. 1993. *Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul, s. 12; Selimoğlu, s. 273.

⁵⁵⁵ Gökyayla, *Ceza Koşulu*, s. 57; Erman, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 89; Öktem, s. 100.

⁵⁵⁶ Ayan, *Yüklenicinin Temerrüdü*, s. 199; Yener, s. 61; Erman, *İnşaat Sözleşmesi*, s. 89; Duman, *İnşaat Hukuku*, s. 709; Kırmızı, s. 690; Usta, s. 81.

⁵⁵⁷ Yarg. 15. HD. 06.02.2014 T., 2013/4844 E., 2014/754 K.:

Davalı iş sahibi idare ile Ç.. Elekt.Ltd.Şti. ve M.. M.. ortak girişimi arasında imzalanan 02.07.2007 tarihli sözleşme ile ortak girişim, "Suluhan Restorasyonu (Onarımı)" işini 1.994.368,74 lira "götürü bedel" üzerinden üstlenmiş, 20.06.2008 tarihinde adi ortaklık feshedilerek işin davacı M.. M.. tarafından yürütülmesi kararlaştırılmış, iş sahibi idarenin 24.06.2008 tarihli makam oluru ile bu duruma muvafakat edilmiştir. Sözleşme'nin 9.2 maddesi uyarınca "Uygulama İşleri Genel Şartnamesi" sözleşmenin ekidir. İş sahibi idare tarafından yükleniciye gönderilen 18.09.2009 tarihli yazı ile sözleşmenin feshedildiği ve yüklenicinin kesin teminatının irat kaydedildiği yükleniciye bildirilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan 07.02.2012 tarihli bilirkişi raporunda "fesihte davalı idarenin kusurlu olduğu, fesih işleminin haksız olduğu, idarenin haksız feshi nedeniyle yüklenicinin uğradığı menfi ve müspet zararları gidermesi gerektiği" görüşüne yer verilmişse de, dosya kapsamından tarafların akdin feshinde "ortak kusurlu" oldukları anlaşılmaktadır. Zira sözleşme eki Uygulama

m. 476'nın uygulama alanı bulması için bir şekil şartı olan bildirim yükümlülüğünü yerine getirmemesi özen borcunun ihlali anlamına gelmektedir ve temerrüde düşmesine neden olmaktadır. İnşaattaki ayıp, yalnızca iş sahibine isnat edilebilen bir nedenden değil aynı zamanda yüklenicinin işin yürütülmesindeki özensiz davranışından kaynaklanıyorsa yüklenici TBK m. 476 hükmünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacaktır⁵⁵⁸. Hem yüklenicinin bildirim yükümlülüğüne aykırı şekilde davranması hem de iş sahibinin kusuru olması durumunda ise her iki tarafın da olumsuz sonuçları birlikte üstlenmeleri gerekmektedir⁵⁵⁹.

Bir diğer ifadeyle, yüklenicinin inşaat faaliyetleriyle uğraşan bir tacir olarak iş sahibine göre uzman konumunda olması, işin yapılmasında tamamen iş sahibine bağlı olmaması, iş sahibi tarafından fenni koşullara uygun yapılacağına duyulan güven nedeniyle yükleniciyle sözleşme akdedilmiş olması gibi nedenler yüklenicinin sorumluluğunu inşaat

İşleri Genel Şartnamesi'nin 19. maddesinde “yüklenicinin üstlenmiş olduğu işin devamı süresince iş yerinde bulunması esastır. Bununla birlikte yüklenici işlerin gecikmesine ve durmasına yol açmamak şartı ile noterce düzenlenmiş bir vekâletnameyle tam yetki almış ve idarece kabul edilmiş bir vekil bırakarak iş başından ayrılabilir” hükmüne, 20. maddenin 3. bendinde ise “yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulunduracaktır. Aksi halde, bu hususta kendisini uyarmak üzere yapılacak tebligat tarihinden başlamak üzere on gün içinde bunları istenen sayıya ve miktara tamamlamak zorundadır.” hükmüne yer verilmiştir. Şartnamenin bu hükümlerine rağmen idarenin kontrollük teşkilatı tarafından yapılan kontrollerde iş yerinde (şantiyede) hiçbir teknik personel bulunmadığı, şantiyenin kapalı olduğu ve hiçbir çalışma yapılmadığı idare elemanlarınca düzenlenen 20.11.2008, 25.12.2008, 16.01.2009 tarihli raporlarla tesbit edilmiş, bu durumda 26.01.2009 tarihinde yükleniciye bildirilmiş, bu bildirimden sonra da 09.02.2009, 04.03.2009, 18.05.2009 tarihli raporlarda şantiyenin kapalı olduğu, hiçbir çalışma yapılmadığı saptanmıştır. Yine revize restorasyon projeleri idarece onaylanıp yükleniciye verilmeden yüklenicinin projersiz işe devam ettiği yüklenici vekilinin dava dilekçesinde belirtilmiştir. Ayrıca, sözleşme ve ekleri uyarınca sözleşme konusu işte kullanılması kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işte kullanılmaması gerektiği ve bu harç yerine horasan harcının kullanılması gerektiği yüklenici tarafından ileri sürülmüşse de, yüklenicinin 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 357/III. maddesi hükmüne uygun şekilde imalâtın noktası noktasına başarıya ulaşması için horasan harcı kullanılmasının zorunlu olduğunu iş sahibine ihbar etmediği ve dolayısıyla bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar ve yüklenicinin işin yapım süresine göre gerçekleştirdiği imalât oranı dikkate alındığında yüklenicinin sözleşme ve eklerine aykırı hareket etmekle kusurlu olduğu, idarenin de sözleşmede kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işin tekniğine uygun olup olmadığını araştırmadan işe göre kusurlu malzeme olan çimento takviyeli harcı sözleşme eklerinde göstermesi ve daha sonra da sözleşme ve eklerinde yer almayan çimento katkısı içermeyen harçların kullanılmasını genelgele ile istemesi, revize restorasyon projelerinin onayında ve yükleniciye tesliminde gecikmesi nedenleriyle sözleşmeye aykırı davrandığı ve böylece tarafların akdin feshinde “ortak kusurlu” bulunduğu açıktır. Tazminat borcunun doğması için temel koşul kusur olduğundan, tazminat isteyen tarafın kusursuz olması kuraldır. Yüklenicinin sözleşmenin feshi nedeniyle kâr kaybı alacağı talebinde bulunabilmesi için fesihte tamamen kusursuz olması gerekir. Oysa somut olayda az yukarıda açıklanan nedenlerle her iki taraf da kusurlu olduğundan yüklenicinin asıl davada kâr kaybına ilişkin alacak istemi ile teminat mektubunun faiz ve komisyon gibi masraflarına ilişkin istemlerinin reddi gerekir. www.kazanci.com (e.t.:04.11.2019) 15.HD., 17.3.1976 T., 1976/5464 E., 1976/1210 K.:

“...Eser sözleşmesinden doğan yüklenicinin borçları, bozukluklara karşı sağlama (ayıplara karşı tekeffül) borcunu da kapsar. Bozukluk, bir malda normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunması caiz olmayan bozuklukların bulunmasıdır. Diğer bir söyleyişle, bozukluk (ayıp), eşyanın normal niteliklerinden ayrılmasıdır ” www.kazanci.com (e.t.:10.11.2019)

⁵⁵⁸ Aral/Ayrancı, s. 376; Eren, Özel Hükümler, s. 632; Gauch/Carron, N. 1986; Gümüşsoy Karakurt, s. 33; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 190.

⁵⁵⁹ İnal, E. / Baysal, 2017. *İnşaat hukuku ve uygulamaları*, İstanbul, 1. Baskı, s. 528; Aral/Ayrancı, s. 376; Eren, Özel Hükümler, s. 632; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 190.

çalışan herhangi bir işçiye göre daha ağır kılmaktadır⁵⁶⁰. Dolayısıyla, yüklenicinin iş sahibince sağlanan malzeme, plan ve proje, gösterilen yer ve benzeri unsurları özen borcunun gereği olarak incelemeksizin kullanamayacağının kabulü gerekmektedir. Örneğin, iş sahibinin, sağladığı malzemenin ayıplı olduğu ve bu malzemeler kullanılarak yapılacak inşaatın da ayıplı olacağını bilerek hareket etmesi halinde iş sahibi de ayıptan sorumlu olacaktır⁵⁶¹. Bu durumda, iş sahibi ve yüklenicinin birlikte kusuru olduğu kabul edilmektedir⁵⁶².

⁵⁶⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 495-501; Gökyayla, *Sadakat ve Özen Borcu*, s. 787; Seliçi, *Müteahhidin Sorumluluğu*, s. 86; Yavuz, s. 560; Eren, *Özel Hükümler*, s.624-628; Aral/Ayrancı, s. 380; Kırmızı, s. 112-115.

⁵⁶¹ Yavuz, s. 560; Baysal, B., 2012. *Zarar Görenin Kusuru (Mütefarık Kusur)*. 1. Baskı. İstanbul, s. 36-40.

⁵⁶² Yarg. 15 HD., 06.02.2014 T., 2013/4844 E., 2014/754 K.:

"...Davalı iş sahibi idareyle Ç... Lti. Şti. ve M. M. ortak girişimi arasında imzalanan 2.7.2007 tarihli sözleşmeyle ortak girişim, "Suluhan Restorasyonu (Onarımı)" işini 1.994.368,74 lira "götürü bedel" üzerinden üstlenmiş, 20.6.2008 tarihinde adi ortaklık feshedilerek işin davacı M. M. tarafından yürütülmesi kararlaştırılmış, iş sahibi idarenin 24.6.2008 tarihli makam oluru ile bu duruma muvafakat edilmiştir. Sözleşme'nin 9.2 maddesi uyarınca "Uygulama İşleri Genel Şartnamesi" sözleşmenin ekidir. İş sahibi idare tarafından yükleniciye gönderilen 18.9.2009 tarihli yazıyla sözleşmenin feshedildiği ve yüklenicinin kesin teminatının irat kaydedildiği yükleniciye bildirilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan 7.2.2012 tarihli bilirkişi raporunda "fesihte davalı idarenin kusurlu olduğu, fesih işleminin haksız olduğu, idarenin haksız feshi sebebiyle yüklenicinin uğradığı men ve müspet zararları gidermesi gerektiği" görüşüne yer verilmişse de, dosya kapsamından tarafların akdin feshinde "ortak kusurlu" oldukları anlaşılmaktadır. Zira sözleşme eki Uygulama İşleri Genel Şartnamesi'nin 19. maddesinde "yüklenicinin üstlenmiş olduğu işin devamı süresince iş yerinde bulunması esastır. Bununla birlikte yüklenici işlerin gecikmesine ve durmasına yol açmamak şartıyla noterce düzenlenmiş bir vekâletnameyle tam yetki almış ve idarece kabul edilmiş bir vekil bırakarak iş başından ayrılabilir" hükmüne, 20. maddenin 3. bendinde ise "yüklenici, işin sözleşme süresi içinde bitirilmesi için, gerekli miktarda malzemeyi ve yeterli sayıda işçiyi her an iş başında bulunduracaktır. Aksi halde, bu hususta kendisini uyarmak üzere yapılacak tebligat tarihinden başlamak üzere on gün içinde bunları istenen sayıya ve miktara tamamlamak zorundadır." hükmüne yer verilmiştir. Şartnamenin bu hükümlerine rağmen idarenin kontrollük teşkilatı tarafından yapılan kontrollerde iş yerinde (şantiyede) hiçbir teknik personel bulunmadığı, şantiyenin olduğu ve hiçbir çalışma yapılmadığı idare elemanlarınca düzenlenen 20.11.2008, 25.12.2008, 16.1.2009 tarihli raporlarla tesbit edilmiş, bu durumda 26.1.2009 tarihinde yükleniciye bildirilmiş, bu bildirimden sonra da 9.2.2009, 4.3.2009, 18.5.2009 tarihli raporlarda şantiyenin kapalı olduğu, hiçbir çalışma yapılmadığı saptanmıştır. Yine revize restorasyon projeleri idarece onaylanıp yükleniciye verilmeden yüklenicinin projersiz işe devam ettiği yüklenici vekilinin dava dilekçesinde belirtilmiştir. Ayrıca, sözleşme ve ekleri uyarınca sözleşme konusu işte kullanılması kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işte kullanılmaması gerektiği ve bu harç yerine horasan harcının kullanılması gerektiği yüklenici tarafından ileri sürülmüşse de, yüklenicinin 818 Sayılı Borçlar Yasası'nın 357/III. maddesi hükmüne uygun şekilde imalatın noktası noktasına başarıya ulaşması için horasan harcı kullanılmasının zorunlu olduğunu iş sahibine ihbar etmediği ve dolayısıyla bu ihbar yükümlülüğünü yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar ve yüklenicinin işin yapım süresine göre gerçekleştirdiği imalat oranı dikkate alındığında yüklenicinin sözleşme ve eklerine aykırı hareket etmekle kusurlu olduğu, idarenin de sözleşmede kararlaştırılan çimento takviyeli harcın işin tekniğine uygun olup olmadığını araştırmadan işe göre kusurlu malzeme olan çimento takviyeli harcı sözleşme eklerinde göstermesi ve daha sonra da sözleşme ve eklerinde yer almayan çimento katkısı içermeyen harçların kullanılmasını genelgeyle istemesi, revize restorasyon projelerinin onayında ve yükleniciye tesliminde gecikmesi nedenleriyle sözleşmeye aykırı davrandığı ve böylece tarafların akdin feshinde "ortak kusurlu" bulunduğu açıktır. Tazminat borcunun doğması için temel koşul kusur olduğundan, tazminat isteyen tarafın kusursuz olması kuralıdır. Yüklenicinin sözleşmenin feshi sebebiyle kar kaybı alacağı talebinde bulunabilmesi için fesihte tamamen kusursuz olması gerekir. Oysa somut olayda az yukarıda açıklanan sebeplerle her iki taraf da kusurlu olduğundan yüklenicinin asıl davada kar kaybına dair alacak istemiyle teminat mektubunun faiz ve komisyon gibi masraflarına dair istemlerinin reddi gerekir. Bu sebeple asıl davada mahkemece kar kaybı alacağının ve teminat mektubunun faiz ve komisyon masraflarının hüküm altına alınması doğru olmamıştır. İş sahibi idare tarafından açılan birleşen 2010/188 Esas sayılı davada akdin feshinde ortak kusurları bulunması sebebiyle iş sahibinin şantiyede "teknik eleman bulundurmama cezası" ile "gecikme

Birlikte kusur, makul bir iş sahibinin kendi çıkarı için sakınacağı ya da sakınması gereken hareketleri yerine getirmemesi nedeniyle yükleniciyle birlikte kusurlu olmasıdır⁵⁶³. Ayrıca, tarafların ifa yardımcılarının kusuru da ilgili tarafın kusuru gibi kabul edilmektedir⁵⁶⁴. Yargıtay içtihatları da zarar görenin zarardan kaçınma külfetini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışın objektif ölçülerle kusur sayılıp sayılmayacağı, bu kusurun zararın meydana gelmesine etkisi yani illiyet bağı olup olmadığının ve tarafların birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri değerlendirilmesi gerektiği yönündedir⁵⁶⁵.

Gauch, iş sahibinin ve yüklenicinin inşaattaki ayıptan birlikte sorumlu olması bakımından, inşaattaki ayıbın bir taraftan iş sahibi tarafından verilen yanlış talimattan, diğer taraftan yüklenici tarafından sağlanan malzemedeki ayıptan kaynaklanması; ayıba kısmen yüklenicinin özensiz çalışması, kısmen ise iş sahibi tarafından sağlanan malzeme ya da arsanın inşaata sınırlı şekilde elverişli olmasının neden olması örneklerini vermektedir⁵⁶⁶.

İş sahibinin, inşaatın meydana getirilmesi için sözleşme akdettiği yüklenicinin gerekli teknik uzmanlığa ya da mesleki tecrübeye sahip olmaması halinde ise iş sahibi ve

cezasının" yükleniciden tahsiline dair istemlerinin reddine karar verilmesi ise isabetli olmuştur." www.kararara.com (e.t.:07.11.2019)

⁵⁶³ Yarg. 4. HD., 11.03.1981 T., 1981/1247 E., 1981/3013 K.:

"Birlikte kusur, aklı başında (makul) bir kimsenin kendi çıkarı için sakınacağı veya sakınması gerekli olan düşüncesiz bir hareket olarak tanımlanmaktadır. Ancak bir kimsenin zararın doğmasına veya artmasına engel olmak için ne suretle hareket etmesi gerektiği hususu her olayda ayrı ayrı araştırılmalı, her olayın niteliği ve özelliği göz önünde bulundurulmalıdır. Bunlar az yukarıda da değinildiği gibi her halde makul bir kişinin kendi çıkarını korumak için alacağı tedbirler dışına çıkamaz. Bu bakımdan zarar görenin kusuru değerlendirilirken objektif bir ölçüye başvurulacaktır. Bu ölçü, benzer durum ve şartlar altında zarar görenin mensup olduğu çevredeki makul, normal bir insanın zararlı sonucun doğmasını önlemek için sarf edeceği çaba, göstereceği dikkattir." www.kazanci.com.tr (e.t.: 05.10.2019).

⁵⁶⁴ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 324; Baysal, *Zarar görenin kusuru (mütefarik kusur)*, s. 54-56.

⁵⁶⁵ Yarg. 7. HD., 08.06.2006 T., 2006/1867 E., 2006/1874 K.:

"...Zararla sonuçlanan hukuka aykırı bir davranışta bu maddenin uygulanabilmesi için, öncelikle ortak kusurun belirlenmesi gerekir. Bunun için de zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçülerle bir kusur sayılıp sayılmayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşturulmalıdır. Ortak kusurun varlığı halinde hâkim, ortak kusurun tazminata etkisini, başka bir deyişle bunun "tazminattan indirim nedeni" mi yoksa "tazminata hükmetmekten tümüyle vazgeçme nedeni" mi olduğunu taktir edecektir. Kuşkusuz hâkim bu taktir hakkını kullanırken Türk Medeni Kanununun 4. maddesi hükmünde açıklanan hak ve adalete uygun bir sonuca ulaşmayı sağlayacak bir yol izlemelidir. Bunun için de, her şeyden önce maddenin amacının iyi bilinmesi gerekir. Öğreti ve uygulamada Borçlar Kanununun 44/1 maddesinin "Hiç kimse kendi kusurdan yararlanamaz" ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Zarar gören kendi davranışı ile zarara neden olmuş ise, bu zarar başkasına yüklenmemeli, davacının kusuruna isabet eden pay ayrılmak suretiyle zarar verenin sorumlu olacağı miktar belirlenerek ancak bu miktar zarara hükmedilmelidir. Maddenin getiriliş amacı göz önüne alındığında; ortak kusur durumunda, zarar görenin kusuruna isabet eden payın zarardan indirilmesinin genel amaç olduğu, zarardan tamamen vazgeçilmesinin ise ancak istisnai durumlarda düşünülebileceği sonucuna varılır. İşte bu amaç doğrultusunda değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olayın meydana gelme sürecindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, kusurun türü, zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır." www.karararama.yargitay.gov.tr, (e.t.: 11.01.2020).

⁵⁶⁶ Gauch/Carron, N. 2053; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 199; Seğer, *Bildirim Borcu*, s. 742.; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 238.

yüklenicinin birlikte kusurundan söz edilemeyecektir ⁵⁶⁷ . Zira yüklenici iş sahibince ısmarlanan nitelikteki inşaatı meydana getirmek için gerekli nitelikleri haiz olmadığını bilerek sözleşmeyi akdediyorsa bunun sonucuna da yalnızca kendisi katlanmalıdır. Ancak, iş sahibi yüklenicinin gerekli uzmanlığa sahip olmadığını biliyorsa inşaatın ayıplı olmasından kaçınmak için gerekli özeni gösterdiğini ispat edemez. Bu halde, iş sahibi ve yüklenici ayıptan birlikte sorumlu olacaktır.

Yüklenici ve iş sahibinin birlikte kusurlu olmaları durumunda, olumsuz sonuçların paylaşılması objektif bir şekilde paylaşılması bakımından tarafların kusur oranları saptanmalıdır ⁵⁶⁸ . Yargıtay içtihatları da tarafların kusur durumunun bilirkşi marifetiyle saptanması ve alacak meblağlarının da bu kusur durumu göz önünde bulundurularak hesaplanması gerektiği yönündedir ⁵⁶⁹ . Kanaatimizce de inşaatın ayıplı olması tarafların birlikte kusuruna dayanıyorsa bu durumun olumsuz sonuçları da tarafların kusurları oranınca paylaşılmalıdır.

TBK m. 52/1 uyarınca, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilecek veya tamamen kaldırabilecektir⁵⁷⁰. Bir diğer ifadeyle, TBK m. 52'nin "hiç kimse kendi kusurundan yararlanamaz." ilkesine dayandığı kabul edilmektedir. Zarar gören kendi davranışı ile zarara neden olmuşsa, bu zarar başkasına yüklenmemeli, zarar görenin kusuruna isabet eden pay belirlenmelidir ⁵⁷¹ . Uyuşmazlığın çözümü sırasında ayıba neden olan somut olay ile varsa zarar görenin kusurunun, zararın ortaya çıkmasında ne derece elverişli olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir⁵⁷². Bu nedenle,

⁵⁶⁷ Gauch/Carron, N. 2053; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 199; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 742.; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 238.

⁵⁶⁸ Sanlı, K. C., 2007. *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk Ve Ekonomi Öğretisi*, 1. Baskı. İstanbul, s. 266-277; Baysal, B., 2019. *Haksız fiil hukuku*. 1. Baskı. İstanbul, s. 618; Baysal, B., 2012. *Zarar Görenin Kusuru (Mütefarik Kusur)*, s. 40; Polat, A., 2019. *Sorumluluk Hukukunda Rıza*. 1. Baskı. İstanbul, s. 197-200; Altınok Ormancı, P., 2016. *Zararı Azaltma Külfeti*, 1. Baskı. İstanbul, s. 154.

⁵⁶⁹ Yarg. 15. HD., 04.07.1989 T., 1989/636 E., 1989/3659 K.:

"... Davalı idare, gerek inşaat yerinin seçiminde gerekse projelerde üstüne düşen dikkat ve hassasiyeti göstermediği gibi, davacı yüklenici de bu hususları bile bile ikaz görevini yapmadan inşaatı yapmış olması nedeniyle, sorumludurlar. Dosyada mevcut tesbit raporu ile yüklenicinin olaydaki kusurunun 5/8 olduğu ehil bilirkşiler tarafından saptanmış olmasına göre, mahkeme davacı yüklenicinin, olaydaki kusur oranını göz önünde tutarak alacağını saptaması ve buna hükmetmesi gerekirken, bu kusurları göz ardı ederek yazılı şekilde hüküm kurması, usul ve yasaya aykırı bulunmuştur." www.legalbank.com (e.t.:22.10.2019)

⁵⁷⁰ Baysal, B., 2012. *Zarar Görenin Kusuru (Mütefarik Kusur)*. 1. Baskı. İstanbul, s. 36-39; Gümüşsoy Karakurt, s. 32.

⁵⁷¹ Osmanoğlu, M., 2019. *Birlikte Kusur*, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 93, S. 2, s. 112 vd.

⁵⁷² Nomer, H., 1996, *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi*, 1. Baskı. İstanbul, s. 94; Altınok Ormancı, s. 73.

olumsuz sonuçlar taraflar arasında paylaştırılırken zararın indirilmesine ilişkin TBK m. 52/1 hükmü kıyasen uygulanmalıdır⁵⁷³.

⁵⁷³ Altınok Ormancı, s. 73-74; Gündoğdu, *İşi Başkasına Yaptırma*, s. 199; Seçer, *Bildirim Borcu*, s. 743; Uçar, *Ayıba Karşı Tekeffül*, s. 238, Osmanoglu, s. 113.

Yarg. 15. HD., 03.05.2013 T., 2012/417 E., 2013/2871 K.:

“Sözleşme ve dava tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 98/II.(6098 sayılı yasanın 114/2 maddesi) maddesi gereğince haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeye aykırı hareketlerde de uygulanacağından aynı Yasa'nın 44. (6098 sayılı yasanın 52.maddesi) maddesi gereğince sözleşmenin tarafının zararının artmasına neden olması halinde tazminat miktarı indirilebilir.” www.kazanci.com (e.t.:22.01.2020)

SONUÇ

İnşaat sözleşmelerinde yüklenici inşaatı kararlaştırılan tarihte, eksiksiz ve ayıpsız olarak tamamlayıp iş sahibine teslim etmekle; iş sahibi ise kararlaştırılan bedeli yükleniciye ödemekle yükümlüdür. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı takdirde malzeme iş sahibince sağlanacak, inşaat faaliyetinin uzmanı olarak kabul edilen yüklenici de inşaatın meydana getirilme yöntemini belirleyerek hazırlık faaliyetlerini yürütecektir. Taraflardan birinin edimini hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi menfaat dengesini karşı taraf aleyhine bozacak ve meydana gelen zararın tazmini sorununu da beraberinde getirmektedir.

Ayıp, kanun ya da sözleşmede öngörülen unsurlardan birinin ya da birkaçının inşaatla bulunmaması veya olmaması gereken vasıfların bulunması halidir. Bir diğer ifadeyle, sözleşmede kararlaştırılan ile meydana getirilen inşaat arasındaki vasıf farkı ve eksikliği olması halinde inşaatın ayıplı olduğu kabul edilmektedir. Ayıplı olarak teslim edilen bir inşaatın iş sahibince kabul edilmemesi ve ayıbın iş sahibine yüklenememesi durumunda -iş sahibi inşaatı gözden geçirmiş ve ayıbı derhal yükleniciye bildirmişse- ayıbın yükleniciden kaynaklandığı kabul edilmelidir. Bu durumda, çalışmamızda ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ayıbın türü belirlenecek ve iş sahibi TBK m. 475'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanacaktır. Ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanan iş sahibi, ayrıca genel hükümlere göre tazminat da talep edebilecektir.

Uygulamada genellikle inşaatın ayıplı olması halinde bu ayıptan yalnızca yüklenicinin sorumlu olacağına dair yanlış bir inanış bulunmaktadır. Oysaki TBK m. 476 uyarınca inşaatteki ayıptan iş sahibinin sorumlu tutulması da mümkündür. Bugüne değin müstakilen bir çalışma konusu olarak ele alınmayan, bu nedenle hem doktrinde hem de uygulamada önemli bir eksiklik olduğunu düşündüğümüz bu husus, çalışma konumuzun belirleyici bir rol oynamıştır.

TBK m. 476 hükmü uyarınca, inşaatın ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan veya iş sahibine isnat edilmesi mümkün başka bir sebepten doğmuşsa iş sahibi, inşaatın ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamayacaktır. Ancak bu durum, yüklenicinin TBK m. 472/3'te düzenlenen bildirim yükümlülüğünü derhal yerine getirmiş olması halinde söz konusu olmaktadır. Bir diğer ifadeyle, inşaatteki sözleşmesinde ayıbın iş sahibinden kaynaklanmasının şekli şartı, yüklenicinin bildirim

yükümlülüğünü yerine getirmiş olmasıdır. Bu husus, Yargıtay içtihatlarında da sıklıkla işaret edildiği üzere yüklenicinin fen ve sanat kurallarına hâkim, inşaat işinin ehli olması ve inşaatta çalışan bir işçiye nazaran işin yürütülmesinde belirleyici karar alabilmesi nedeniyle inşaatın ayıpsız olarak tamamlanmasında oldukça ağır yükümlülükleri olmasından kaynaklanmaktadır. Zira iş sahibinin genellikle inşaat faaliyeti hakkında bilgisi bulunmamakta, yalnızca arsasını yükleniciye teslim etmekte ve ücret ödemektedir. Bu nedenle, iş sahibi ile yüklenicinin inşaat hakkındaki bilgi ve deneyimi eşit seviyedeysen yüklenicinin bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı kabul edilmelidir.

TBK m. 476 hükmünde ayıbın iş sahibinin verdiği talimattan doğması veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilmesi şeklinde soyut bir ifade kullanılmış, bir diğer ifadeyle ayıbın iş sahibinden kaynaklanabileceği haller sınırlı sayıda sayılmamıştır. Yargıtay içtihatları ve doktrinindeki görüşler doğrultusunda, bu hallerin yalnızca ayıbın iş sahibinin talimatından değil, aynı zamanda kusurlu davranışından, sağladığı malzemeden, inşaatın yapılması için gösterilen yerden veya plan ve projelerdeki yanlışlıklardan doğabileceği görülmektedir. Görüldüğü üzere, iş sahibinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için kusurlu olması şart değildir, inşaat yapılması için gösterilen yerin ayıplı olması dahi yüklenicinin TBK m. 476 hükmüne başvurabilmesi için yeterlidir. Zira inşaat yapılması için gösterilen yer, iş sahibinin riziko alanıdır.

İş sahibince sağlanan veya yükleniciye hangi satıcıdan, hangi miktarda alınacağı bağlayıcı şekilde bildirilen malzemeler bakımından, malzemenin ayıplı olmasının yanı sıra ayıpsız olmasına karşın taraflarca kararlaştırılan nitelikteki inşaatla kullanılmasının elverişsiz olması da mümkündür. Benzer şekilde, inşaat faaliyetlerinin nasıl yürütüleceğini gösteren plan ve projelerin ve iş sahibi ya da iş sahibinin mimar ve mühendis gibi yardımcı kişilerince çizdirilen plan ve projeler de statik yapı vb. bakımdan ayıplı olabileceği gibi, söz konusu inşaatla uygulanması da elverişsiz olabilir.

Malzemelerin sağlanması, yükleniciye talimat verilmesi, inşaat faaliyetlerinin yürütülmesinde kusurlu davranışta bulunulması veya plan ve projelerin çizdirilmesi bakımından söz konusu eylemlerin iş sahibinin yanı sıra iş sahibinin yardımcı kişilerinin de gerçekleştirmesi mümkündür. Bu halde, TBK m. 116 hükmü uyarınca iş sahibi yardımcı kişilerinin yükleniciye verdiği zarardan sorumlu olacak ve yüklenici inşaatın iş sahibinden kaynaklanan bir nedenle ayıplı oluşunu ileri sürebilecektir.

Çalışmamızın konusunu oluşturan TBK m. 476 hükmü uyarınca inşaat sözleşmesinde ayıbın iş sahibine yüklenebildiği hallerde, yüklenici ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulmakta; iş sahibi yükleniciye karşı TBK m. 475'te düzenlenen hakları ileri sürememektedir. TMK m. 6 hükmü uyarınca, inşaatteki ayıbın iş sahibinden kaynaklandığını ispat yükü yükleniciye aittir.

Taraflarca inşaatın ayıplı olarak teslim edilmesi halinde yüklenicinin iş sahibine ceza koşulu ödeyeceğinin kararlaştırılmış olması halinde; ayıp iş sahibine isnat edilebilen bir nedenden kaynaklanıyorsa yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluğu ortadan kalkacağı ve iş sahibi TBK m. 475'te düzenlenen haklarını ileri süremeyeceği için ayıba karşı tekeffülden doğan haklarını kullanamayan iş sahibi bu haklarla arasında fer'ilik ilişkisi olan ceza koşulunu da talep edemeyecektir.

İnşaatteki ayıp, yalnızca iş sahibine isnat edilebilen bir nedenden değil aynı zamanda yüklenicinin işin yürütülmesindeki özensiz davranışından da kaynaklanıyorsa tarafların ayıptan birlikte sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Bu durumda, zarar görenin yani yüklenicinin zarardan kaçınma külfetini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışın objektif ölçülerle kusur sayılıp sayılmayacağı, bu kusurun zararın meydana gelmesi ile arasında illiyet bağı olup olmadığı ve tarafların birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri değerlendirilmektedir. İnşaatın ayıplı olmasında yüklenicinin de kusuru olduğu sonucuna varılması halinde, yüklenici TBK m. 476 hükmünü ileri sürerek sorumluluktan kurtulamayacak; olumsuz sonuçlar TBK m. 52/1 hükmü kıyasen uygulanarak tarafların kusur durumuna göre paylaşılacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, H., 2015. *FIDIC Uluslararası İnşaat Sözleşmeleri*, Ankara.
- Acemoğlu, K. 1972. *Aliud Ve Federal Mahkemenin Aliud Konusundaki Tutumu Üzerine*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 6, S. 9, s. 19-29.
- Acun, H., 2018. *Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması*, 1. Baskı, Ankara.
- Akça, M., 2012. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı*, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Akçay, E., 2010. *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Zamanaşımı*. 1. Baskı. İstanbul.
- Akıncı, E., *İnşaat Sözleşmelerinde Götürü Bedelin Uyarlanması*, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2018, C. 3, S. 2, s. 59-83.
- Akkanat H., 2000. *İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü*, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul.
- Akkanat H./ Çekin M. S, 2017. *Taşeronun Hukuki Durumu, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul 2017, s. 45-61 (Taşeronun Hukuki Durumu).
- Akkanat, H., 1996. *Alacaklı Temerrüdü Dışında Alacaklı Yüzünden Borcun İfa Edilemediği Başlıca Durumlar ve Sonuçları*, İstanbul (Borcun İfa Edilemediği Durumlar).
- Akkanat, H., 2000. *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, İstanbul, (Taşeronluk Sözleşmesi).
- Akkanat, H., 2015. *Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler*, Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, 1. Baskı, İstanbul (Taşeronluk Sözleşmesinde Önemli Meseleler).
- Akkaş, A. H., 2016. İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK md. 473/I), İstanbul.
- Akman, G. S., 1976, *Sorumsuzluk Anlaşması*, 1. Baskı, İstanbul.
- Aksoy D. S., 2011. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı Ve Kavramın Ayıplı İşten Farkı*, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, S. 101, s. 1845-1860.
- Akyazan S., 1973. *Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilemeyen Haller Ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerinde Bir İnceleme*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 7, S. 2, s. 291-310.
- Akyol, Ş., 2009. *Türk Medeni Hukukunda Yetkisiz Temsil*, 1. Baskı, İstanbul.
- Akyol, Ş., 2010. *Sözleşmenin Yorumu*. 1. Baskı, İstanbul.
- Altaş, H., 2002. *Eserin Teslimden Önce Telef Olması (BK m. 368)*. 1. Baskı, Ankara (Eserin Teslimden Önce Telef Olması).

- Altaş, H., 2006. *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı*(BK. m. 358), Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara, s. 97-110 (İfadan Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı).
- Altınok Ormancı, P., 2016. *Zararı Azaltma Külfeti*, 1. Baskı, İstanbul.
- Aral F., 2011. *Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa*, 1. Baskı. Ankara.
- Aral, F./Ayrancı, H., 2019. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 12. Baskı. Ankara.
- Arıkan, M., 2008. *Eser Sözleşmesinde İfa İmkânsızlığı ve Sonuçları*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, S. 2, s. 265-285.
- Arpacı, Ö., 2019. *Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Edimin İfasına Katılımı*, 1. Baskı, Ankara.
- Aslan, İ. Y., 2015, *Tüketici Hakem Heyetleri İçin Tüketici Hukuku Kılavuzu*, 1. Baskı, İstanbul.
- Aslan, İ. Y., 2016. *Tüketici Hukuku Dersleri*, 7. Baskı, İstanbul.
- Atalay, Ö., 1979. *Özel Yaşamın (Şeref ve Haysiyet) Zedelenmesi Durumunda Zararın Tazmini*, Yargıtay Dergisi, C. 6, S. 1-2, s. 107-119.
- Atamulu, İ., 2014, *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Müteahhidin Temerrüdü Sebebiyle Sona Ermesi*, Ankara.
- Ateş, D., 2007. *Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 72, s. 74-93.
- Atik Tüzmen, E., 2014. *FIDIC Kırmızı Kitap (New RedBook) Kuralları Uyarınca İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 18, S. 12, s. 53-84.
- Avcı, A., 2015. *Türk Borçlar Kanununda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 119, ss. 365-394. (Sadakat ve Özen)
- Avcı, M. Ö., 2016. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Şahsen İfa Borcu*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, s. 303-322. (Şahsen İfa)
- Ayan, E., 2016. *Genel İşlem Koşullarındaki Sorumsuzluk Kayıtlarının Hukuken Değerlendirilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 20, S. 3, s. 3-36.
- Ayan, M., 2012, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, Konya.
- Ayan, S. 2008. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü*, Ankara. (Yüklenicinin Temerrüdü).
- Aydemir, E., 2016. *Eser Sözleşmesi Ve İnşaat Hukuku*, 3. Baskı, Ankara.
- Aydın,Ö.,2014. *Yüklenicinin İşe Başlama ve Devam Borcunun Hukuki Niteliği ve Sonuçları*, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, s.69-89.
- Barlas, N., 2012. *Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri*, 3. Baskı, İstanbul.

- Baş, E., 2011. 6098 Sayılı *Türk Borçlar Kanunu Açısından Bina veya Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk*, 1. Baskı, İstanbul.
- Başaran, S., 2017. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdünün Koşulları*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertas'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1305-1338.
- Baçoğlu, B., 2013. *Borcun İfasındaki İmkansızlık*, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan 1. Baskı, İstanbul, s. 307-347. (İmkansızlık).
- Baçoğlu, B., 2015. *Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, s. 29-56.(Kusursuz Sorumluluk).
- Baygın, C., 1999. *Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler*, 11. Baskı, İstanbul.
- Bayrak, B., 2019. *İnşaat Sözleşmesi ve Sözleşmedeki Ceza Koşulu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Baysal, B., 2012. *Zarar Görenin Kusuru (Mütefarik Kusur)*, İstanbul. (Mütefarik Kusur).
- Baysal, B., 2019. *Haksız Fiil Hukuku*. 1. Baskı. İstanbul. (Haksız Fiil)
- Baysal, B., 2017. *Sözleşmenin Uyarlanması BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü*, 2. Baskı. (Aşırı İfa Güçlüğü).
- Burcuoğlu H., 1990. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları Ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler*, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, s. 283-332.
- Buz V., 1998. *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara (Dönme).
- Buz V., 2005. *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*. 1. Baskı. Ankara (Yenilik Doğuran Haklar).
- Buz, V., 2001, *İş Sahibinin BK. M. 369'a Göre Eser Sözleşmesini Feshi*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 21, S.2, s. 209-265. (İş sahibinin Eser Sözleşmesini Feshi)
- Buz, V., 2003. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması*, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi. C. 49, S.1, s. 23-40. (Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması).
- Buz, V., 2007. *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara. (Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu)
- Büyükcay, Y., 2014. *Eser sözleşmesi*, Ankara, 2. Baskı.
- Canbolat F., 2009. *İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları*, 1. Baskı, Ankara.

- Çağa, T. 1991. *Özel Hüküm Genel Hükümü Daima Bertaraf Eder Mi?*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 3, s. 366-375.
- Çakır Çelebi, F. B., 2017. *Joint Venture'in Hukuki Niteliği*. Yıldırım Beyazıt Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2017/2, s. 97-126.
- Çelik A. Ç., 2004. *Tazminat ve Alacaklarda Zamanaşımı*, 1. Baskı, İstanbul.
- Çetiner, B., 2015. *Paylaşımlı İnşaat Sözleşmesi Çalıştayı, Gelir Paylaşımlı İnşaat Sözleşmeleri Kapsamında İnşa Edilen Bağımsız Bölümlerin Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluğun Koşulları*, 1. Baskı, İstanbul.
- Dayınlarlı, K., 1998. *İnşaat Sektöründe Müşavir Mühendislik Sözleşmesi*, Ankara. (Müşavir mühendislik)
- Dayınlarlı, K., 2004. *İstisna Akdinde Müteahhidin Ve İş Sahibinin Temerrüdü*, 4. Baskı, Ankara. (Temerrüt)
- Demirbaş, F., 2018. *Kısmi İfa*, 1. Baskı, İstanbul.
- Dirikcan, H., 2002. *Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.4, S. 1, s. 39-75.
- Donay, S., 1970. *Vekilin Talimata Uyma ve Dürüstlikle Hareket Etme Borcu*, icaret Hukuku Dergisi, C. 5, S. 4, s. 728-749.
- Duman, İ. H., *İnşaat Davalarında İspat*, 2. Baskı, Ankara. (İspat).
- Duman, İ. H., 2018. *İnşaat Hukuku*, 9. Baskı, Ankara. (İnşaat Hukuku)
- Dural, M., 1976. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*. İstanbul.
- Ekşi, N., 2015. *Tahkim Öncesi Uyuşmazlık Çözüm Usulleri Ve Bu Usuller Tüketilmeden Tahkime Başvurulmasının Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul.
- Englert, K., NZBau 2016. "Systemrisiko"- ein normierungsbedürftiger Rechtsbegriff.
- Enli, İ., 2017. *Kar Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin İş Teslim Borcu ve Temerrüdü*, 1. Baskı, Ankara.
- Erdem M., 2010. *Özel hukukta zamanaşımı*, 1. Baskı, İstanbul.
- Erdoğan İ., 1990. *İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması*, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 3, C. 1, s. 135-154.
- Eren F., 2017. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*. 5. Baskı, Ankara (Özel Hükümler).
- Eren F., 2019. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. 24. Baskı, Ankara (Genel Hükümler).
- Eren, F., 1996. *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları Ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, İnşaat Sözleşmeleri (Yönetici-İşletmeci-mühendis ve Hukukçular için ortak seminer), Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, s. 49-103. (İnşaat sözleşmeleri)

- Eren, F., 2001. *Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri*, İnşaat Sözleşmeleri (Ortak Seminer, 18-29 Mart 1996), 2.Tıpkı Baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, s. 49-86.
- Ergezen M., 2007. *İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı*, Ankara.
- Ergüne, M. S., 2015. *Eser Sözleşmesinde Götürü Bedele Bağlanan Sonuçların 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Açısından İncelenmesi*, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul s.315-316 (Götürü Bedel).
- Erişen, M., 2011. *Alt Müteahhitlik Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara.
- Erman H., 2010, *Arsa Payı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul. (Arsa Payı)
- Erman H., 2017. Açılış Tebliği: İnşaat Hukukunun Genel Esasları, İnşaat Hukuku ve Uygulaması, 1. Baskı, s. 1-8. (İnşaat Hukukunun Genel Hususları).
- Erman, H., 1979. *İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller*. (BK m. 365/2), İstanbul. (Beklenilmeyen Haller).
- Erman, H., 2010. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi*, 3. Baskı, İstanbul.
- Erman, H., 2016. *Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü ve Kişiler Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul.
- Fıdic, (International Federation Of Consulting Engineers), 1999. *Conditions of Contract For Construction. For Building and Engineering Works Designed by the Employer*, First Edition, Switzerland.
- Gauch, P./Carron, B., 1999. *Le contrat d'entreprise*.
- Gauch, P., 1982. Ein Bauwerk-mehrere Unterneher, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Band 118, 2., s. 65-89.
- Gauch, P., 1989. *Die Haftung für Sachmangel und Verzug bei Bau und Anlagenverträgen*, Berlin.
- Geisinger E./ Cremades A.C., 2019. *Unincorporated Joint Ventures In International Construction Projects: Why?*, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Ortak Girişimler, 1. Baskı, İstanbul.
- Gezder, Ü., 2009, *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa İn Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul.
- Gökyayla, K. E., 2002. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, s. 785-803. (Sadakat ve Özen Borcu)
- Gökyayla, K. E., 2009, *Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği*, İstanbul. (Ek İş).

- Gökyayla, K. E., 2011. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesinin Değerlendirilmesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 579-597. (Değerlendirme)
- Gökyayla, K. E., 2017. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Mahkemece Sözleşmenin Feshine Karar Verilen Hallerde İfaya Eklenen Ceza Koşulunun Akıbeti*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s.47-67 (Ceza Koşulu).
- Gönen, D., 2016, *İnşaat Sözleşmesinde Bedel*, 1. Baskı, İstanbul.
- Gözler, K., 1998, *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği Ve Yorumu Sorunu*. 1. Baskı. İstanbul.
- Güleç, Ş., 2009, *Eser Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller Nedeniyle Feshi*. Ankara.
- Gümüş, M. A., 2013, *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, C. 2, 3. Baskı, İstanbul.
- Gümüşsoy Karakurt, G., 2017. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinin Şerhi*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, S. 1-2; s. 769-785.
- Gümüşsoy Karakurt, G., 2017. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması*, 1. Baskı. İstanbul.
- Gündoğdu, F., 2014. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Vadeden Önce İş Başkasına Yaptırma Hakkı (TBK m. 473 f.2)*, 1. Baskı, İstanbul.
- Gündoğdu, F., 2019. *Kusurlu İfa İmkansızlığı Ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı. İstanbul.
- Günel M. C., 2004, *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni İle Sahip Olduğu Haklar*, Prof. Dr. Ergün Özsunay'a Armağan, 1. Baskı, İstanbul.
- Gür, M., 2017. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları*, 1. Baskı. Ankara.
- Gürpınar .D., 2016, *Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi*, İzmir.
- Hatemi H./Gökyayla E., 2011. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, İstanbul. (Borçlar Genel)
- Hatemi H./Serozan R./Arpacı A., 1992, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul. (Borçlar Özel)
- Havutçu, D., 1995. *Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini*, İzmir.
- Henninger, A., 2009. *Anzeige- und Abmahnungspflichten des Unternehmers/III. Abmahnungspflicht, Schweizerische Baurechtstatut für Alle, die bauen.*

- Hudatlı, O., 2016. *Eser Sözleşmesinde Yüklenici Temerrüdünün Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Işıktaş, Y. /M. S., 2016. *Hukuk Metodolojisi*, 1. Baskı, İstanbul.
- İnal, E. & Baysal, 2017. *İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul.
- İnce, S. T./Kartal, D. B., 2018, *İsviçre Federal Mahkemesi'nin Ayıptan Doğan Sorumluluğa İlişkin 28 Kasım 2006 Tarihli Kararının (BGE 133 II 257) Çevirisi*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 161-162, s. 171-187.
- İpek, E., 2007. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Özen Borcu*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 81, S. 2.
- Kahraman, Z., 2014. *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 FIDIC Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü Ve Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu*, Feridun Yenisey'e Armağan, C. 1, 1. Baskı, İstanbul.
- Kahraman, Z., 2018. *Ayıbın Giderilmesi Talebinin Hukuki Niteliği*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 169-170, s. 121-143.
- Kaplan İ., 1996, *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu Ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, Yönetici-İşletmeci, Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, (18 – 26 Mart 1996), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara.
- Kaplan, İ. 2019. *İnşaat Sözleşmeleri Hukuku ve Endüstri Yatırım Sözleşmeleri*, 2. Baskı, Ankara. (Endüstri Yatırım Sözleşmeleri)
- Kaplan, İ., 1996, *İnşaat Sözleşmelerinde Yapı Sahibinin Ücret Ödeme Borcu ve Yerine Getirilmemesinin Sonuçları*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi Yayınları, Ankara. (Ücret Ödeme Borcu)
- Kaplan, İ., 2013. *İnşaat Sektöründe Müşterek İş Ortaklığı Joint Venture*, 3.Baskı., Ankara (Joint Venture)
- Karaca, M., 2009. *Kamu İhalelerinde İnşaat Sözleşmeleri ve Sözleşmenin Müteahitten Kaynaklanan Sebeple Sona Ermesi*, Ankara. (İnşaat Sözleşmeleri)
- Karaca, M., 2010. *İfa Yardımcısının Fiilinden Borçlunun Sorumluluğu*, Terazî Aylık Hukuk Dergisi, S. 49, s. 47-62 (İfa Yardımcısı).
- Karadaş, İ., 2016. *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri*, 4. Baskı, Ankara.
- Karahasan, M. İ., 1997. *İnşaat İmar İhale Hukuku*, C. 1, İstanbul.
- Karayalçın Y., 1975. *Özel Hukukta Meseleler Ve Görüşler (İstisna Akdi- Zamanaşımı)*, 1. Baskı, Ankara.
- Keskin, A. D., 2016. *Objektif Manevi Zarar Teorisi Açısından Manevi Tazminat*, 1. Baskı.

- Kılıçoğlu A. M., 1975. *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, S. 1, s. 186-199 (Müteahhidin İdaresi).
- Kılıçoğlu, A. M., 2019. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 23. Baskı. Ankara. (Genel Hükümler)
- Kılıçoğlu, A. M., 2019. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*. 1. Baskı. Ankara. (Fikri Haklar)
- Kılıçoğlu, A. M., 1983. *Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir Mi*, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 1, s. 287-294. (Manevi Tazminat)
- Kılıçoğlu, A. M., 2014. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18 Baskı, Ankara. (Borçlar Genel)
- Kılıçoğlu, A. M., 1975. *Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 32, s. 185-199. (Eseri Şahsen Yapma Borcu).
- Kocaağa, K., 2009. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan İlave İş ve İlave Bağımsız Bölüm Sorunu*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 85, s. 86-105. (İlave İş)
- Kocaağa, K., 2008. *Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 79, s. 73-102.
- Kocaağa, K., 2004. *Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK.m.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, s. 177-201. (Özen Yükümünün İhlali)
- Kocaağa, K., 2014. *İnşaat Sözleşmesi*, Ankara. (İnşaat Sözleşmesi).
- Kocaağa, K., 2018. *Ceza Koşulu (Sözleşme Cezası)*, Ankara. (Ceza Koşulu).
- Kocayusufpaşaoğlu, N., 2008. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 4. Baskı, İstanbul.
- Koçhisarlıoğlu, C., 2004. *Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C. 53, S. 4, s. 1-17.
- Koller, A., 2015. *Schweizerisches Werkvertragsrechts*, Zürich/St. Gallen (Werkvertragsrecht).
- Kostakoğlu C., 2017. *İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri*, 10. Baskı, İstanbul.
- Koyuncu, B., K., 2016. *Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Bir*

Değerlendirme, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 145-146, s. 1071-1095.

Köksal, T., 2011. *Uluslararası İnşaat Hukuku*. 1. Baskı. Ankara.

Kurt L. M., 2012. *Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü*, 1. Baskı, Ankara. (Temerrüt)

Kurt L. M., 2016. *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, Ankara. (Sonraki İmkansızlık)

Kurt L. M., 2011. *Eser Sözleşmelerinde Süre Uzatımı*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 27, S. 1, s. 157-206. (Süre Uzatımı).

Kurt, L. M., 2015, *Zarar Görenin Zararı Azaltma Külfeti*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 64, S. 3, s. 775-814. (Zararı Azaltma Külfeti)

Kürşat, Z., 2009. *Eser Ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. 1-2, s. 143-166.

Kürşat, Z., 2017. *İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, İstanbul.

Nomer, H., 1996. *Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminat Belirlenmesi*, 1. Baskı. İstanbul. (Maddi Tazminat)

Nomer, H., 2017. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 15. Baskı, İstanbul. (Genel Hükümler)

Oğuz, H. 2016. *Sorumluluk Hukukunda Kusur*, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 7, S. 28, s. 273-286.

Oğuzman, M. K. & Öz M. T., 2019, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1., 17. Baskı, İstanbul.

Oğuzman, M. K. & Öz M. T., 2017, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C.1., 13. Baskı, İstanbul.

Oral, M., 2020, *Gelir Paylaşımli İnşaat Sözleşmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

Oral, T., 2018. *Tüzel Kişilerin Manevi Zararının Tazmini*, 1. Baskı, İstanbul.

Ozanoğlu H, S., 1999. *İstisna ve Özellikle İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin (Yüklenicinin)Eser Teslimi Zamanında Gecikmesine Bağlanan İfaya Eklenen Cezai Şartlar (Gecikme Cezası) Kayıtları*. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1-2, s. 60-118.

Öktem ,S., 2006. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, s. 1947-1965.

Önen ,T.,1999, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Baskı, Ankara.

- Öz M. T., 1989, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri İle Birlikte)*, 1. Baskı, İstanbul. (Dönme).
- Öz M. T., 2016, *İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat*, 3. Baskı, İstanbul (İnşaat Sözleşmesi).
- Öz T., 1989. *Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönmenin Bu Sözleşme Gereğince Kazanılmış Ayni Haklara Etkisi Ve Klasik Dönme Kuramı İle Yeni Dönme Kuramının Kısa Bir Karşılaştırmalı Eleştirisi*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 13, S. 16, s. 131-150, (Karşılaştırma).
- Özdemir, B./Evirgen, B./Tuncan, A./Onur, M. İ./Tuncan, M., 2015, Zemin Özellikleri ve Zemin Davranışı, 6. Geoteknik Sempozyumu 26-27 Kasım 2015, Çukurova Üniversitesi, Adana, s. 1223-1344.
- Özdemir, H., 2018. *Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ücret Ödeme Borcu*, 1. Baskı, İstanbul.
- Özkan, Y., 2013. *Açıklamalı Kamu İhale Kanunu*, 1. Baskı, Ankara.
- Özmen E. S./Ürem, M., 2016. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Yargıtay Kararları İle Yaratılan “Avans Tapu” Kavramına Yönelik Eleştiriler*, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, s. 13-31.
- Özmen E. S./Ürem, M., 2016. *Geçerli Sebebe Dayanmaksızın Kullanılan Bozucu Yenilik Doğuran Hakkın Hukuki Sonuçları ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Eleştirisi*, İstanbul Barosu Dergisi, C. 90, S. 3, s. 193-218.
- Öztrak, İ., 2005. *Fikir ve Sanat Eserleri Üzerindeki Haklar*, 1. Baskı, Ankara.
- Özyörük S., 1988. *İnşaat Sözleşmesi, Yapısı-Feshi, Borçlar Kanunun 371. Maddesine Göre Feshin Sonuçları*, Ankara.
- Polat, A., 2019. *Sorumluluk Hukukunda Rıza*. 1. Baskı, İstanbul, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı, s. 1305-1338.
- Reisoğlu, S., 2008. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, İstanbul.
- Ruhi, C. & Ruhi, A. C., 2018. *Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar*, 1. Baskı, Ankara.
- Sanlı, K. C., 2007. *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, 1. Baskı, İstanbul
- Seçer, Ö., 2016. *İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu*, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Özer Seliçi’nin Anısına Armağan, C. 11, S. 145-146, s. 727-754. (Bildirim Borcu)
- Seçer, Ö., 2017. *İş Sahibinin Teslim Borcundaki Gecikmeden Dolayı Sorumluluğu, İnşaat Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, s. 521-559. (İş Sahibinin Teslim Borcu).

- Seçer, Ö., 2020. *Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi*. 2. Baskı. Ankara.
- Seliçi, Ö., 1977. *Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, İstanbul. (Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi)
- Seliçi Ö., 1978. *İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu*, İstanbul (Müteahhidin sorumluluğu).
- Selimoğlu Y. E., 1999, *Eser Sözleşmesi ve Kavramlar*, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara, s. 685-693.
- Selimoğlu, Y. E., 2017. *Eser Sözleşmesi*, 4. Baskı, Ankara. (Eser Sözleşmesi)
- Serozan, R., 2002, *Atipik Sözleşmelere Uygulanacak Kuralların Seçimi*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaşgünü Armağanı, C. 2, İstanbul.
- Serozan, R., 2019. *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 4. Baskı, İstanbul.
- Şahin, T., 2011. *Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, S. 2, s. 135-157.
- Şahin, T., 2011. *Konsorsiyum Sözleşmesi*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 92, s. 451-483.
- Şahin, T., 2012. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfade Temerrüdü*, 1. Baskı, Ankara. (Teslim Borcunu İfade Temerrüt)
- Şahin, C. S., 2014. *Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İfa Ve Ayıptan Sorumluluğu*, 1. Baskı, İstanbul.
- Şen M. S./Şen M. K., 2015. *Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zaman Aşımı ve Uygulamaları*, Ankara.
- Şen, E., 2018. *Kısmi İfa*, 1. Baskı. İstanbul.
- Şener, O. H., 2008. *Adi Ortaklık*, 1. Baskı, Ankara.
- Şenocak Z., 2002, *Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı*, Ankara. (Ayıbın Giderilmesi).
- Şenocak, Z., 1995, *Borçlunun İfa Yardımlarından Dolayı Sorumluluğu*, Ankara. (İfa Yardımcısı).
- Ercoşkun Şenol, H. K., 2016. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi. C. LXXIV, S. 2, s. 709-737.
- Şenyüz D., 2011, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*, 5. Baskı, Bursa.
- Tandoğan H., 1970. *İstisna Akdi Kavramı, Unsurları ve Benzeri Akitlerden Ayırt Edilmesi*, İmran Öktem'e armağan, Ankara. (İstisna Akdi).

- Tandoğan H., 1981. *İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.11, S.1, s. 1-17. (Zamanaşımı)
- Tandoğan H., 2010. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C. 2, 5. Baskı, İstanbul (Özel Hükümler).
- Tandoğan H., 2010. *Türk Mesuliyet Hukuku*, İstanbul (Mesuliyet).
- Tandoğan,H., 1986. *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin İş Yardımcı Kişilere, Alt Müteahhitlere Yaptırması, Başkasına Devretmesi, Müteahhitler Konsorsiyumu (Joint Venture)*, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, S. 3-4, s. 57-89. (Alt Müteahhitler).
- Taşkın, A., 1991-1992. *Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 42, S. 1-4, s. 234.
- Tekelioğlu, N., 2017. *İnşaat Sözleşmelerinde Cezai Şart ve Götürü Tazminat*, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, S. 2, s.159-186.
- Tekinalp, G. & Tekinalp, Ü., 1998. *Joint Venture*, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, 1. Baskı. İstanbul.
- Tekinalp, Ü., 2012. *Fikri Mülkiyet Hukuku*, Vedat Yayınevi.
- Trachsel, H., 2000. *Die Verantwortlichkeit des Bestellers bei Werkmängeln*, Bern-Stuttgart-Wien.
- Tunç, A., 2016.İş Sahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK m.473/I),ERÜHFD ,C.II,S.Iİs.253-269.
- Tunçomağ K., 1968, *Borçlar hukuku genel hükümler*, C. 1, 3. Baskı, İstanbul (Genel Hükümler).
- Tunçomağ K., 1977, *Türk borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, C. 2, İstanbul (Özel Hükümler).
- Turanboy A., 1989-1990, Yargıtay kararlarına göre müteahhidin teslimden sonra inşaattaki noksan ve bozukluklardan doğan mesuliyeti, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. ss. 151-189.
- Tutkun, C., 2019. *İnşaat Hukukunda Alt Yüklenicilik Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara.
- Uçar, A., 2003, *İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu*, 1. Baskı, Ankara.
- Uçar, S. 1993. *Hukukta Cezai Şart ve Uygulaması*, 1. Baskı, İstanbul,
- Uluslan, İ., 1982. *Culpa in Contrahendo Üstüne*, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'a Armağan, İstanbul.
- Usta, O., 2017. *Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Cezai Şart ve Kira Tazminatı*, Ankara, 1. Baskı

- Uyanık, N., 2017. *İnşaat Sözleşme Yönetimi*, 2. Baskı, İstanbul.
- Uygur T., 1994, *Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Özel Borç İlişkileri*. 1. Baskı, Ankara (Özel Borç İlişkileri).
- Uygur T., 1997, *Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar Ve Eser Sözleşmesi*, C. 1, 1. Baskı. Ankara (İnşaat Hukuku)
- Vogelheim, M. 2013. Die Lehre vom “Baugrundrisiko”, Berlin.
- von Craushaar, G., 1990. Die Rechtssprechung zu Problemen des Baugrundes, in; Festschrift für Horst Locher.
- Yakuppur, S., 2009. *Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu Ve Teslim Borcuna Aykırılıkları*, 1. Baskı, İstanbul.
- Yalçın, R./Yücel., .R., 2018. *İnşaat Hukuku Yapım İşleri Genel Şartnamesi ve İlgili Mevzuat*, 1. Baskı, Ankara.
- Yalçınduran, T., 2000. Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara.
- Yavaş, M., 2015. *Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Mehmet Akif Aydın’a Armağan, C. 21, S. 2, s. 741-761.
- Yavuz ,C., 2019. *Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler*, 16. Baskı, İstanbul.
- Yavuz, N., 2016. *Ayıplı İfa*, 5. Baskı, Ankara.
- Yener, M. D., 2009, *Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu Ve İş Sahibinin Hakları*, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 1, s.155-176. (Ayıba Karşı Tekeffül)
- Yener, M. D., 2011. *Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Müteahhidin Temerrüdü Ve Sonuçları*, 1. Baskı, İstanbul. (Yüklenicinin Temerrüdü)
- Yeniocak, U., 2014. *Gelir Paylaşımına Dayalı İnşaat Sözleşmesi*, 1. Baskı, Ankara.
- Yüce, M. B., 2015. *Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı*, İstanbul.
- Yücel, Ö., 2008. *Borçlar Kanunu 358/I. Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 57, S. 3, s. 779-790.
- Yücer Aktürk, İ., 2012. *Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri*, 1. Baskı, Ankara.
- Yünlü, S., 2019. *Türk Borçlar Kanunu Hükümlerince Satıcının Ayıp Sorumluluğu Bakımından Alıcının Külfetleri*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 25, S. 1, s. 329-359.
- Zevkliler A./Gökayla E., 2019. *Borçlar hukuku Özel Borç İlişkileri*, 19. Baskı, Ankara.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.karararama.yargitay.gov.tr

www.dergipark.org.tr

www.hukukihaber.net

www.hukukmedeniyeti.org

www.ictihatlar.info

www.jurix.com.tr

www.kararara.com

www.kazanci.com

www.legalbank.com

www.lexpera.com

www.sinerjimevzuat.com.tr