

T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN DOĞAN
SORUMLULUĞU VE İŞ SAHİBİNİN HAKLARI**

Yüksek Lisans Tezi

BÜŞRA DEMİRAY

İSTANBUL, 2020

T.C

MARMARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN DOĞAN
SORUMLULUĞU VE İŞ SAHİBİNİN HAKLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Büşra DEMİRAY

Danışman: Doç. Dr. İpek SAĞLAM

İSTANBUL, 2020

ÖZET

Eser sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Günlük ve ticari hayatta sıklıkla karşılaştığımız bir sözleşme türü olması nedeniyle eser sözleşmesi ayrı bir öneme sahiptir. Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 474 ile 478'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk halinde, iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ise mezkur kanunun 475. maddesinde ele alınmıştır. Tezde, eser sözleşmesi ayıplı ifa kapsamında ele alınacaktır. Yüklenicinin eser sözleşmesinde asli borcu, eseri ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslim etmektir. Eser sözleşmesinde ifanın ayıplı ifa mı yoksa eksik ifa mı olduğu uygulamada sıklıkla karıştırılmaktadır. Ayıplı ifa ve eksik ifa uygulanacak hükümler açısından farklılık arz ettiğinden, bu kavramlar tez kapsamında incelenecektir. Taraflar arasındaki sözleşmede belirtilen niteliklerin eserde bulunmaması veya eserin dürüstlük kuralı gereğince sahip olması gereken özelliklerden yoksun olması hallerinde, yüklenicinin ayıplı ifa nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır. İş sahibi ayıplı ifa nedeniyle yükleniciye karşı kullanabileceği bir kısım seçimlik haklara sahiptir. İş sahibinin ayıba karşı seçimlik haklarını kullanabilmesi için, öncelikle teslim alınan eseri gözden geçirmesi ve ayıbı tespit etmesi halinde bunu yükleniciye bildirmelidir. İş sahibi ayıp bildirimini kanunda aranan şartları taşıyacak bir şekilde yerine getirmelidir. Aksi halde iş sahibi, ayıplı esere katlanmak zorunda kalacaktır. Kullanılacak seçimlik hakkın belirlenmesinde ayıp ve ayıbın çeşidi önem arz etmektedir. Bu doğrultuda yüklenicinin sahip olduğu seçimlik hakların hangi şartlarda kullanılacağı inceleme konusu yapılmıştır. Ayrıca seçimlik haklarla birlikte iş sahibinin yükleniciden ayıplı ifa nedeniyle genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı da bulunmaktadır. Sonuç olarak, eser sözleşmesinde ayıp kavramı, ayıbın çeşitleri, ifanın ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumluluğu, iş sahibinin ayıplı ifadan doğan hakları ve bu hakları kullanabilmesinin şartları ve uygulanacak zamanaşımı süresi tez kapsamında irdelenecektir. Tezin amacı eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine ilişkin olarak uygulamadaki sorunlara karşı hukuki çözümleri ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Eser, Eser Sözleşmesi, Ayıp.

ABSTRACT

Contract for work is a kind of independent contractor agreements. Since it is a type of contract that we frequently encounter in daily and commercial life, the contract for work has special importance. It has been regulated between Articles 474 and 478 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. In case of liability arising from the defect in the contractor agreements, the optional rights of the client are specifically addressed in article 475 of the said law. Within the scope of the thesis proposal, the contractor agreements will be reviewed in detail under the scope of the concept of defective performance. The main debt of the contractor within the contract for work is to deliver the work or service to the business owner without any defect. Defective performance and incomplete performance are usually confused in the practice. Since the applicable articles differ in case of defective or incomplete performances, such concepts shall be addressed in the thesis. The contractor's responsibility arises due to defective performance, in cases where the qualifications specified in the contract between the parties are not met or and the work or service lacks the feature that should exist in accordance with the good faith principle. The client has some optional rights against the contractor due to defective performance. For the client to exercise these optional rights, he or she has the burden of reviewing the received work first and reporting the defects to the contractor if any. The client is required to fulfill the defect notification in a manner that meets the conditions required by the law. Otherwise the client will have to accept the defective work. In determining the optional right to be used, the defect and its type shall be important. Accordingly, the use of the optional rights of the contractor under certain conditions will be examined. In addition to the optional rights, the client has the right to demand compensation from the contractor according to general provisions due to the defective performance. To conclude, the concept of defect in the contract for work, the types of defect, the responsibility of the contractor if the performance is defective, the rights of the client arising from the defective performance and the conditions of the use of these rights, the statute of limitations and the period of expiry to be applied in the exercise of the rights and the competition of the applicable provisions shall be examined within the thesis. The aim of the thesis is to reveal the legal solutions for the problems that arise in practice regarding contracts for work against the defects.

Key Words: Work, Contract To Work, Defect.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
İÇİNDEKİLER.....	iii
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	2
ESER SÖZLEŞMESİ VE AYIP KAVRAMI	2
I. ESER SÖZLEŞMESİ	2
A. Eser Sözleşmesinin Tanımı	2
B. Eser Sözleşmesinin Unsurları.....	3
1. Bir Eser Meydana Getirme	3
a. Eser Kavramı.....	3
b. Meydana Getirme Kavramı.....	8
I. Yeni bir eser meydana getirme.....	10
II. Mevcut Bir Eseri Değiştirme.....	10
III. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma	10
2. Bedel.....	11
3. Anlaşma	15
C. Eser Sözleşmesinin Tarafları.....	16
D. Eser Sözleşmesinin Özellikleri.....	18
1. Rızai Nitelikte Olması	18
2. İş görme Sözleşmesi Olması.....	18
3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Nitelikte Olması	19
4. İvazlı Nitelikte Olması.....	19

5. Ani Edimli Niteliğinde Olması	20
6. Şekle Tabi Olmaması.....	21
E. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	23
1. Satış Sözleşmesi ile Karşılaştırma	23
2. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırma	24
3. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırma	26
II. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP	27
A. Eser Sözleşmesinde Ayıp Kavramı	27
1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Bulunmaması	28
2. Gerekli Niteliklerin Bulunmaması.....	29
3. Ayıbın Tespiti	30
B. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıbın Çeşitleri.....	34
1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp	34
2. Önemli Ayıp – Önemsiz Ayıp	35
3. Maddi Ayıp – Hukuki Ayıp.....	36
4. Birincil Ayıp – İkincil Ayıp.....	37
C. Ayıp Sayılmayan Durumlar	37
1. Başka Bir Şeyin Teslimi (Aliud)	37
2. Eksik İş	38
a. Genel Olarak	38
b. Yüzölçümü Eksikliğinin Değerlendirilmesi.....	41
c. İskan İzninin Değerlendirilmesi.....	42
3. Fazla İş.....	44
4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi	44
5. Garanti Taahhüdü	45
İKİNCİ BÖLÜM	46
YÜKLENİCİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU	46
I. Eserin Tamamlanmasından Önce	46

II. Eserin Tamamlanmasından Sonra Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şartları	47
A. Eser Teslim Edilmiş Olmalı	49
B. Eser Ayıplı Olmalı	51
C. Eser Kabul Edilmemiş Olmalı.....	52
D. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri Yerine Getirilmiş Olmalı:	55
1. Gözden Geçirme Külfeti.....	55
a. Süre	56
b. Yer.....	59
c. Gözden Geçirme Külfetini Yerine Getirecek Kişi	59
2. Bildirim Külfeti	60
a. Süresi.....	60
b. Bildirimin Hukuki Niteliği.....	64
c. Bildirimin Şekli.....	65
d. Bildirimin İçeriği.....	65
3. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmemesinin Sonucu	66
E. İşşahibine Yüklenememesi.....	67
1. İşşahibine yüklenebilecek herhangi bir nedenden kaynaklanmaması	67
2. Yüklenicinin Aydınlatma ve Uyarma Borcu	68
3. Nedensellik Bağı Bulunmalıdır	71
4. Sonuçları:	71
F. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması.....	72
G. Yüklenicinin Kusuru	72
H. Zamanaşımı Süresi	73
1. eBK Dönemi	73
2. TBK Dönemi	75
3. Özellikleri ve Sonuçları	79
4. Def'i Olarak İleri Sürülmesi Hususu	81
5. Garanti Süresinin Yorumu	81
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM.....	83

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN HAKLARI.....	83
I. Genel Olarak.....	83
II. Sözleşmeden Dönme	85
A. Niteliği.....	85
B. eBK – TBK Dönemlerinin İncelenmesi	86
C. Şartları	88
1. Genel Olarak.....	88
2. İşsahibinin Taşınmazı Üzerindeki Eser	94
D. Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Haller	98
E. Sonuçları.....	100
III. Bedelden İndirim Hakkı	102
IV. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı	109
V. Tazminat Hakkı	115
SONUÇ	119
KAYNAKÇA	120

KISALTMALAR

b.	bent
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
Bknz.	Bakınız
C.	Cilt
Der.	Derleyen
dp.	dipnot
E.	Esas
E.T.	Eriřim Tarihi
eBK	818 sayılı eski Borçlar Kanunu
f.	fıkra
FSEK	Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HD.	Hukuk Dairesi
HFD.	Hukuk Fakóltesi Dergisi
K.	Karar
m.	madde
R.G.	Resmi Gazete
S	Sayı
s.	sayfa
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	Tarih
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yıl
Y.	Yargıtay
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu “Eser Sözleşmesindeki Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğu ve İşsahibinin Hakları” oluşturmaktadır. Eser sözleşmesinde ayıp nedeniyle sorumluluk uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Eser sözleşmesinde önemi ve karşılaşıma sıklığı nazara alınarak, ayıp konusu mercek altına alınmıştır. Çalışmamızın amacı, gerek doktrinde gerekse uygulamadaki çalışmacılara ışık tutmaktır.

Tez çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, eser sözleşmesi ve eser sözleşmesi kapsamında ayıp kavramı irdelenmiştir. Bu bağlamda; eser sözleşmesinin özellikleri, unsurları, benzer sözleşmelerden farkları, sözleşmenin tarafları, ayıp kavramı, ayıp çeşitleri, ayıp sayılan ve ayıp sayılmayan durumlar ele alınmıştır.

İkinci bölümde, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun şartları incelenmiştir. Bu noktada, eserin teslim edilmiş olması, ayıplı olması, işsahibi tarafından gözden geçirme – bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması, ayıbın işsahibine yüklenebilir olmaması, taraflar arasında sorumsuzluk sözleşmesinin mevcudiyeti ve zamanaşımı süresi önem kazanmaktadır.

Çalışmamızın son bölümünde ise ayıp nedeniyle işsahibinin hakları konusu ele alınmıştır. İşsahibi; ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, ayıbın giderilmesini isteme, bedelden indirim isteme seçimlik hakları ile birlikte tazminat talebinde bulunabilir. Bu bölümde, işsahibinin sahip olduğu ayıp nedeniyle hakların kullanım şartları, hakkın kullanılmasının sonucu ve diğer özellikler incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİ VE AYIP KAVRAMI

I. ESER SÖZLEŞMESİ

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser sözleşmesi, yüklenicinin meydana getireceği eseri iş sahibine teslim etmeyi üstlendiği, buna karşılık iş sahibinin bir bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir¹. Eser sözleşmesinin tanımına yer verilen TBK m. 470’de, yüklenicinin yalnızca bir eser imal etmeyi üstlendiği ifade edilmiştir. Ancak eser sözleşmesinde yüklenicinin teslim borcu da işin niteliği gereği mevcuttur². Mezkur maddede yüklenicinin eseri iş sahibine teslim etme yükümlülüğünün yer almaması nedeniyle kanuni tanım eksik yapılmıştır³. Yüklenicinin meydana getirdiği eseri iş sahibine teslim etme yükümlülüğü, eser sözleşmesinin asli edim yükümlülüğünü oluşturmaktadır⁴.

Eser sözleşmesi, bir iş görme sözleşmesidir. Eser sözleşmesinde önemli olan husus; iş görme faaliyetinden çok, bu faaliyetten ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenebilen sonuçtur⁵. Bu nedenle eser sözleşmesi sonuç yaratma sözleşmesidir⁶.

TBK dışında eser sözleşmesine ilişkin hükümler barındıran birçok düzenleme bulunmaktadır. Başlıca düzenlemeler: 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri

¹ GÜMÜŞ, M. A., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, 2012, s.1; EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018, s.583-584; YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN B., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2019, s.543-544; ZEVLİLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s.461; ÇİZEL, B., 6098 No’lu Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.92, S.2, Y.2015, S.58-69, s.58; BÜYÜKAY, Y., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2013, s.27.

² ARAL, F./AYRANCI, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s.359-360.

³ GÜMÜŞ, s.1-4.

⁴ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.477; ARAL/AYRANCI, s.359.

⁵ TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 2010, s.1.

⁶ KILIÇOĞLU, A. M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019, s.443; ARAL/AYRANCI, s.361.

Kanunu, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi⁷'dir. Kamu ihaleleri ile ilgili hukuki uyumsuzlıklara, ilgili düzenlemelerde özel hüküm bulunmayan hallerde, TBK'nin eser sözleşmesi ile ilgili hükümleri uygulanacaktır⁸. Belirtmek isteriz ki, çalışmamızda TBK kapsamında eser sözleşmesi inceleme konusu yapılmıştır. TBK dışındaki eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelere ise çalışmamızın gerekli yerlerinde değinilmekle yetinilmiştir.

B. Eser Sözleşmesinin Unsurları

Eser sözleşmesinden bahsedilebilmesi için sözleşmenin, bir eser meydana getirme, bedel ve anlaşma unsurlarını taşıması gerekmektedir⁹.

1. Bir Eser Meydana Getirme

Eser sözleşmesinin konusu, bir eserin meydana getirilmesidir. TBK m.470'de belirtildiği üzere, bir eser meydana getirilmesi borcu eser sözleşmesinde yükleniciye aittir. Bu kapsamda eser ve meydana getirme kavramlarını ayrıntılı olarak inceleyelim:

a. Eser Kavramı

Yüklenicinin borçlandığı iş görme sonucu, eser olarak nitelendirilmektedir¹⁰. Bir eserden söz edilebilmesi için meydana getirilecek şeyin özel niteliklerinin belirtilmiş olması gerekmektedir. Ancak eser meydana getirme borcu, bir parça borcu olarak nitelendirilemez. Zira sözleşmeye konu eserin, bir çeşit borcu olması da mümkündür. Eseri meydana getirecek yüklenicinin, bilim ve sanatta uzman kişi olma zorunluluğu da yoktur¹¹.

⁷ 29.08.1980 T. ve 84/8520 S.ılı Bakanlar Kurulu kararı eki olarak, 09.10.1984 T. ve 18540 S.ılı R.G.'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁸ KILIÇOĞLU, s.442; TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 1977, s.951.

⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.543-547; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.461-474; GÜMÜŞ, s.3-7; EREN, s.588-598, KILIÇOĞLU, s.442-448.

¹⁰ ARAL/AYRANCI, s.360; OKUR, S., Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi HFD., C.14, S.175, Y.2019, s.10, (<https://jurix.com.tr/article/18935>); GÖKYAYLA, K. E., Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009, s.5.

¹¹ TUNÇOMAĞ, s.952.

Eser kavramının içeriği öğretide tartışmalıdır. Temel olarak eser kavramı ile ilgili olarak öğretide iki görüş bulunmaktadır: İlk görüş, eser kavramını dar olarak ele almış ve eseri yalnızca maddi varlıklarla sınırlandırmıştır. Dolayısıyla çalışma sonucu ve ürünleri bir cisim şeklinde değil ise eser olarak nitelendirilemeyecektir. Bu görüşe göre eser, devir ve teslimi mümkün olan, belirli bir çalışma sonucu ortaya konulmuş, belirli bir şekle bürünmüş maddi varlıklardır. Buna göre, maddi varlığı olmayan şey, iş görme sonucunda belirli bir maddi varlık üzerinde cisimlenmiş olsa dahi eser sayılmaz. Eser kavramını dar yorumlayan görüşe göre, maddi varlığı olmayan ve bir iş görme sonucu olan varlıklar, ancak vekalet sözleşmesine konu olabilir¹².

Öğretide baskın olan diğer görüşe ise eser kavramı geniş bir şekilde yorumlanmıştır. Buna göre, maddi veya maddi olmayan varlıklar eser olarak kabul edilmektedir¹³. Bu çerçevede, bir bütün oluşturan ve çalışma sonucu olan, objektif olarak tespiti mümkün maddi veya maddi olmayan her sonuç eser kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, eser sözleşmesi ile ilgili TBK’de yer alan hükümlerin, maddi varlığı olan eserler dikkate alınarak düzenlenmiş olması, eser kavramının dar yorumlanmasına sebebiyet vermez. Aksi halde eser olduğuna şüphe bulunmayan bir inşaat projesi de eser sözleşmesi hükümlerine tabi olmayacaktır. Eser sözleşmesinin tipik özelliği, taahhüt edilen sonucun maddi bir varlığı olmasından öte, bir bedel karşılığında bütün teşkil eden bir çalışma sonucunun taahhüt edilmesidir. Bu sözleşmede esas olan, yüklenicinin taahhüt ettiği çalışma sonucuna ilişkin rizikoyu üstlenmesidir. Bu özellik ise maddi olan eserlerde olduğu gibi maddi olmayan eserlerde de kendini göstermektedir¹⁴.

TBK m.502/f.2 gereğince kanunda düzenlenmemiş iş görme sözleşmelerine, niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Eser kavramı dar yorumlanarak yalnızca maddi olan şeylerle sınırlı tutulması ihtimalinde, maddi olmayan şeyler, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlere tabi olacaktır. Bu durumda ise taraflardan her birinin istediği zaman sözleşmeden dönme hakkı mevcut

¹² EREN, s.588.

¹³ TUNÇOMAĞ, s.953; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544; EREN, s.588; TANDOĞAN, s.7; KILIÇOĞLU, s.443; ARAL/AYRANCI, s.361; BÜYÜKAY, s.28.

¹⁴ TANDOĞAN, s.7; TUNÇOMAĞ, s.953; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544; GÖKYAYLA, Ek İş, s.7.

olacaktır. Ancak dönme hakkı, bu sözleşmenin mahiyetine uygun değildir. Bu nedenle eser kavramının maddi olmayan varlıkları kapsayacak şekilde yorumlanması gerekir. Eser sözleşmesi maddi olmayan varlıkları kapsadığından, kanuni tanımında kullanılan “eser” kavramı, sözleşmenin içeriğine uygun bir tercih olmuştur¹⁵.

Eser sözleşmesinde taahhüt edilen şey, genellikle taşınır veya taşınmaz nitelikte maddi bir varlıktır. Örnek olarak; binaların yıkımı, sulama tesisatı, yer altı veya yer üstü yapılar, elbisenin dikimi, kullanılmaya yarayan taşınır bir eşyanın temizlenmesi, onarımı veya boyanması¹⁶, bir mobilyacının sipariş verilen mobilyaları imal etmesi, bir pastacının ısmarlanan nişan pastasını yapması, bir ceketin ters yüz edilerek yenilenmesi¹⁷, giysideki bir lekenin çıkarılması, bozulan bir aracın tamiri, bir duvarın örülmesi, köprü, yol, baraj, otoyol inşa edilmesi¹⁸ verilebilir.

Maddi varlığı olmayan eser ise elle tutulamayan, gözle görülemeyen, maddi olarak ortaya konulamayan sonuçlardır. Maddi olmayan eserde, yüklenici daha çok zihinsel bir çalışma sonucu ortaya koymaktadır¹⁹. Maddi varlığı olmayan eserler uygulamada karşımıza genel olarak fikri emek ürünleri olarak karşımıza çıkmaktadır. Fikri emek ürünleri bir cisim olmamasına karşın, bu ürünlerin maddi bir desteğe dayanması mümkündür. Örnek olarak; inşaat plan ve projesi, film, dizi, bilirkişi raporları, CD, yazılı bir metin, fotoğraf makinesiyle çekilmiş resim, müzik konserleri, ışıklandırılmış reklamlar, radyo ve televizyon reklamları²⁰, insan vücuduna dövme yapılması verilebilir. Maddi nitelikte olmayan fikir ve sanat eseri veya bir tasarımın eser sözleşmesine konu olması halinde, eserin yaratılması konusu eser sözleşmesine ilişkin hükümlere tabiidir. Bu eserler üzerindeki fikri mülkiyet haklarının iş sahibine devri konusunda ise ilgili fikri mülkiyet hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır²¹.

¹⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544.

¹⁶ TUNÇOMAĞ, s.953.

¹⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.462.

¹⁸ KILIÇOĞLU, s.443.

¹⁹ KILIÇOĞLU, s.444.

²⁰ EREN, s. 590; TUNÇOMAĞ, s. 953; KILIÇOĞLU, s. 444.

²¹ KILIÇOĞLU, s.443-445.

Yargıtay'ın bu konudaki görüşü maddi varlığı olmayan varlıkların da eser olarak kabul edileceği yönündedir²². Yargıtay; fotoğraf çekimi²³, film oyunculuğu²⁴ konulu sözleşmeleri eser sözleşmesi olarak kabul etmiştir.

Belirli bir bütünlüğü bulunan, ekonomik değeri olan, maddi veya maddi olmayan nitelikteki çalışma sonucu olan varlıklar eser kabul edilmektedir²⁵. Eser kavramını geniş yorumlayan görüş, eserin maddi bir şey üzerinde cisimlenip cisimlenmemesine göre ikiye ayrılmaktadır:

Öğretide birtakım yazarlar²⁶ maddi olmayan eser için, maddi olmayan varlığın maddi bir varlık üzerinde yer almasını zorunlu kabul etmektedir. Bu görüşe göre maddi bir cisim üzerinde yer almayan fikir, sanat ve spor gösterilerine ilişkin sözleşmelere vekalet sözleşmesi hükümleri kıyasen uygulanmalıdır²⁷. Zira bu sözleşmelerde, eserin teslimi ve yüklenicinin ayıptan doğan haklarının uygulanma olanağı yoktur. Sözleşmelerin gereği gibi yerine getirilmemesi halinde ise, vekalet ve eser sözleşmesi hükümleri birbirine benzer niteliktedir. Vekalet sözleşmesinde tek taraflı olarak cayma hakkı tanınmıştır. Vekalet hükümleri, eser sözleşmesi hükümlerine nazaran bu sözleşmelerin yapısına daha uygundur. Bu kapsamda fikri eser kavramının kabulü

²² YHGK E.2009/15459, K.2009/541 T.18.11.2009: “...Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. Bugün için artık söz konusu sonucun mutlaka maddi bir şeyde kendisini göstermesi gerekmediği görüşü gerek öğretide ve gerekse uygulamada baskın bulunmaktadır. İnsan emeği ürünü olmak ve maddi bir varlıkta devamlı olarak kendini göstermek kaydıyla, maddi olmayan şeylerin, örneğin fikri çalışma ürünlerinin dahi eser kavramı içine gireceği kabul edilmektedir. Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir...”; Y. 15.H.D., E.2003/6207, K.2004/3320, T.14.06.2004; Y. 21.H.D., E.2019/6599, K.2019/8104, T.24.12.2019; Y. 22.H.D. E.2016/20628, K.2019/19667, T.22.10.2019; Y. 23.H.D., E.2015/6390, K.2016/3589, T.13.06.2016; Y. 9.H.D., E.2015/31263, K.2015/32362, T.16.11.2015; Y. 10.H.D., E.2011/5857, K.2011/12907, T.03.10.2011; Y. 15.H.D., E.2010/589, K.2011/263, T.25.01.2011, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 04.09.2020).

²³ YHGK E.2014/3-727, K.2016/203, T.26.02.2016, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 28.04.2020).

²⁴ Y. 9.H.D., E.2014/21286, K.2015/16588, T.0 6.05.2015, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 28.04.2020).

²⁵ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.463, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544.

²⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544-545; TANDOĞAN, s.19.

²⁷ TANDOĞAN, s.19.

isabetli olmayacaktır. Zira çeşitli meslek faaliyetlerinin çalışma sonuçlarının, maddi bir şeyde kendini gösterip göstermemesine göre ayırım yapılması hakkaniyetli değildir ve makul bir nedeni yoktur. Ayrıca yapılacak bu ayırım, sözleşmenin vekalet mi yoksa eser mi olduğu konusunda hukuki bir kararsızlık ve belirsizliğe yol açacaktır.

Bir iş görme faaliyetinin maddi olmayan sonucunun eser olarak kabul edilmesi iki şartla mümkündür: Birinci şart, taahhüt edilen maddi olmayan sonuç, mahiyeti bakımından taahhüt edilebilmeye elverişli olmalıdır. Bir davada, tedavide veya öğretimde belli bir başarılı sonuca ulaşılması, taahhüt edenin gücü dışında ve mahiyeti gereği tartışılmayan sonuç olduğundan bu şartı sağlamaz. Yağ aldırma, botoks, kırışıklıkların giderilmesi gibi estetiğe yönelik olarak yapılan ve kişinin sağlığı için zorunlu olmayan tıbbi müdahalelerin niteliği eser sözleşmesidir²⁸. İkinci şart ise, maddi olmayan sonucun belirli bir ölçüde sürekli olarak maddi bir şeyde cisimlenmiş olmasıdır. Örnek olarak, ihale şartnamesinin bir kağıtta cisimlenmesi, bazı eserlerin bilgisayar kaydında cisimlenmesi, müzik eserinin bir ses kaydında cisimlenmesi gibi durumlar verilebilir. Bu kapsamda maddi olarak cisimlenme koşulunu taşımayan spor ve sanat gösterileri eser sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Bu sözleşmelere TBK m.502/f.2 hükmü doğrultusunda vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır. GÜMÜŞ'e göre²⁹ ise maddi varlığı bulunmayan iş görme sonuçlarına ilişkin sözleşmeler, sui generis(kendine özgü) sözleşme olarak nitelendirilmektedir.

Diğer görüşe göre³⁰ ise, maddi olmayan varlıkların eser olarak kabul edilebilmesi için maddi bir varlık üzerinde cisimlenmesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu kapsamda maddi bir varlık üzerinde cisimlenmemiş fikir ve sanat eserleri de eser olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre, eser sözleşmesinin temel özelliği, maddi veya maddi olmasından bağımsız olarak bir edim sonucunun borçlanılmasıdır. Bu

²⁸ KILIÇOĞLU, s.443-444; Aksi görüş: TANDOĞAN, s.19, Yazara göre, estetik ameliyatlar sınırdan kalan bir hal olmakla birlikte, tıbbi müdahale ve taraflar arasındaki güven ilişkisi gereğince vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Dişler için dolgu, protez veya köprü yapılmasında diş hekiminin teknik olarak meydana getirme faaliyeti dışında, esas olarak dişleri iyileştirmeye yönelik bir çalışma olduğundan vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır.; ARAL/AYRANCI, s.364, Yazarlara göre, estetik tıbbi müdahalenin vekalet veya eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesinde yapılma amacı gözetilmelidir.

²⁹ GÜMÜŞ, s.6.

³⁰ EREN, s.592-593.

nedenle maddi olmayan bir şeyin eser kabul edilebilmesi için maddi bir şeyde cisimlenmesinin aranması tutarsız olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe göre, objektif bir bütünlük oluşturan ve borçlunun yerine getirmede yeterli olduğu iş göme sonuçları, maddi varlığı olmasa dahi eser olarak kabul edilmelidir. Örneğin, bir hastanın tedavi edilmesi, eğitim ve öğretim faaliyetinin gerçekleştirilmesi, bir davanın takip edilmesi, bir yapının projesinin çizimi ve uygulanmasının denetimi edimleri eser sözleşmesinin konusunu oluşturmayacaktır.

Mimarlık sözleşmelerinin eser sözleşmesine konu olup olmadığı ayrıca değerlendirilmelidir. Mimarlık sözleşmesi uygulamada içerdiği edimlere göre çeşitli şekillerde ortaya çıkmaktadır. Tekil mimarlık sözleşmesi, mimarın inşaatla ilişkin plan ve proje çizimini borçlandığı sözleşmelerdir. Tekil mimarlık sözleşmelerinin hukuki niteliği eser sözleşmesidir. İnşaat yönetim sözleşmeleri, mimarın bir inşaatın yönetim ve denetim işlerini borçlandığı sözleşmelerdir. İnşaat yönetim sözleşmeleri vekalet sözleşmesi niteliğindedir. Tam mimarlık sözleşmeleri ise projenin çizimiyle birlikte uygulanmasının denetlenmesi edimi içerdiğinden karma bir sözleşmedir³¹. Bu karma sözleşme EREN'e göre eser ve vekalet sözleşmelerinin unsurlarını içerir iken, YAVUZ/ACAR/ÖZEN'e göre eser ve hizmet sözleşmesinin unsurlarını barındırmaktadır.

İnşaatla ilgili mühendislik sözleşmelerinin hukuki niteliği, mimarlık sözleşmesine benzer şekilde değerlendirilmektedir. İnşaatla ilgili denetim ve yönetime ilişkin edimler içeren sözleşmeler vekalet sözleşmesi, mühendislik hesaplamalarına ilişkin edimler içeren sözleşmeler ise eser sözleşmesi olarak değerlendirilmelidir. Hem eser sözleşmesine ilişkin hem de vekalet sözleşmesine ilişkin edimler içeren toplu mühendislik sözleşmeleri ise karma sözleşme olarak nitelendirilmelidir³².

b. Meydana Getirme Kavramı

Meydana getirme kavramı ilk olarak yeni bir eser ortaya koymayı ifade etmektedir. Ancak meydana getirme kavramı bununla sınırlı değildir, mevcut bir eserde

³¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544; EREN s.592-593.

³² EREN, s.593.

değişiklik yapma veya ortadan kaldırma durumlarını da kapsamaktadır. Netice olarak meydana getirme kavramı maddede öncekinden farklı bir durumun ortaya konulmasını ifade eder³³. Maddi olmayan eserlerde ise mevcut olmayan bir şeyin dış aleme yansıtılması söz konusu olur³⁴.

eBK’de eser sözleşmesinin tanımında “imal etme” kavramı kullanılmıştır. İmal etme kavramı genellikle yeni bir şey ortaya koymak anlamına gelir. Bu nedenle TBK’de “imal etme” kavramı yerine değişiklik yapma veya ortadan kaldırmayı anlamlarını da ihtiva eden “meydana getirme” ifadesinin kullanılması yerinde olmuştur³⁵.

Eser meydana getirme faaliyeti çoğunlukla yapma edimi niteliğindedir³⁶. Meydana getirilen eserin kabulü için tarafların anlaşması veya alışveriş hayatının görüşleri açısından öncekinden farklı olması yeterlidir³⁷. Bu kapsamda meydana getirildiğinin kabulü için, iş görme sonucunun özellik göstermesi veya öncekinden değer fazlası taşınması önemli değildir. Dolayısıyla eski bir ayakkabının tamiri kadar ayakkabının yıkanması veya boyanması da eser kavramı içerisinde yer almaktadır³⁸.

İnsan vücudu üzerindeki çalışma sonuçları, belirli bir sonuç taahhüdü içermek kaydıyla, bir eser meydana getirme olarak ifade edilir³⁹.

Konusu yer değiştirme olan sözleşmeler, eser sözleşmesi değil taşıma sözleşmesidir⁴⁰. Ancak taşıma işinin, sözleşmedeki bütün işin ikincil bir bölümünü oluşturması halinde, eser sözleşmesinin varlığı kabul edilecektir⁴¹.

³³ GÜMÜŞ, s.4; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.466; EREN, s.594; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; TUNÇOMAĞ, s.955; GÖKYAYLA, Ek İş, s.8.

³⁴ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.466.

³⁵ KILIÇOĞLU, s.445-446, YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.544.

³⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLI, s.466.

³⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; TUNÇOMAĞ, s.955.

³⁸ TUNÇOMAĞ, s.955.

³⁹ ARAL/AYRANCI, s.366; TANDOĞAN, s.24.

⁴⁰ TANDOĞAN, s.24; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545.

Eserin taşınması gereken nitelikler sözleşmede kararlaştırılmadıysa, yüklenici eserin kullanılacağı yeri gözeterek eseri meydana getirmelidir. Zira sözleşmenin yorumlanmasında dürüstlük kuralı uygulanacaktır⁴².

I. Yeni bir eser meydana getirme

Yeni bir eser meydana getirme durumunda, yüklenici mevcut olmayan ve taahhüt edilen eseri ilk defa meydana getirir⁴³. Diğer bir deyişle, ortaya çıkarılan haliyle var olmayan bir şeyin meydana getirilmesi söz konusudur⁴⁴. Örnek olarak bir binanın, ayakkabının, makinanın yapılması verilebilir⁴⁵.

II. Mevcut Bir Eseri Değiştirme

Mevcut olan bir eserin şeklinin değiştirilmesi, düzeltilmesi, temizlenmesi de bir eserin meydana getirilmesidir⁴⁶. Örneğin; bir arabanın veya binanın tamiri, bir elbisenin kuru temizlemeye verilmesi, duvarın veya kumaşın boyatılması, mevcut bir eserin değiştirilmesidir bir eser meydana getirme kavramı kapsamındadır⁴⁷.

III. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma

Mevcut olan bir eserin yok edilmesi de bir eserin meydana getirilmesidir⁴⁸. Ağaçların kesilmesi, binanın yıkılması mevcut bir eserin yok edilmesine verilebilecek örneklerdir⁴⁹.

⁴¹ TUNÇOMAĞ, s.956.

⁴² TUNÇOMAĞ, s.1016.

⁴³ EREN, s.594; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; GÜMÜŞ, s.594; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.466; TUNÇOMAĞ, s.955.

⁴⁴ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.466.

⁴⁵ EREN, s.594-595; GÜMÜŞ, s.594.

⁴⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; GÜMÜŞ, s.4; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.466; EREN, s.594; TUNÇOMAĞ, s.955.

⁴⁷ GÜMÜŞ, s.594; EREN, s.594-595.

⁴⁸ EREN, s.594; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; GÜMÜŞ, s.4; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.466; TUNÇOMAĞ, s.955.

⁴⁹ EREN, s.594-595; GÜMÜŞ, s.594.

2. Bedel

Eser sözleşmesinde işsahibi, bedel ödeme borcu altındadır. Öğretideki bir görüşe göre, eser sözleşmesinin para dışında, başka bir şey karşılığında akdedilebilmesi mümkündür⁵⁰. Öğretide baskın görüşe göre ise, bedel olarak para borcu dışında başka bir edim kararlaştırması halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez⁵¹. Sözleşmenin asli unsuru olan bedel, bir para borcudur. Bu nedenle eser sözleşmesine, TBK'deki para borcuna ilişkin hükümler uygulanır.

İşsahibinin arsasında yapılacak inşaat karşılığında, yükleniciye bedel yerine yapılacak inşaatın bağımsız bölümler verilmesi kararlaştırılabilir. Bu halde uygulamada kat karşılığı inşaat sözleşmesi olarak nitelendirilen karma bir sözleşme meydana gelir⁵². İşsahibinin arsasında yüklenicinin yaptığı inşaatın bağımsız bölümlerin satılması sonucu elde edilen gelirin paylaştırılabilmesi de kararlaştırılabilir. Bu durumda ise gelir paylaşım sözleşmesi söz konusu olur. Yüklenici tarafından taşınmaz üzerinde inşaat ve tesislerin üretilmesi ile bunların bir süre işletilmesi sonrasında işsahibine devredilmesi durumunda, yap-işlet-devret sözleşmesinden bahsedilecektir⁵³.

Bir eserin meydana getirilmesi taahhüdü karşılığında başka bir eserin meydana getirilmesinin taahhüt edildiği sözleşmelerin hukuki niteliği öğretide tartışmalıdır: Öğretideki bir görüşe⁵⁴ göre, bu sözleşmelere trampa hükümleri değil, eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Ayrıca eserin, eser dışında başka bir iş görme sözleşmesi edimi karşılığında taahhüt edildiğinde, sözleşmenin çift tipli karma sözleşme olduğu ifade edilmektedir. Öğretideki diğer görüşe⁵⁵ göre ise, eser karşılığında eser meydana getirme taahhüdü olan sözleşmeler, iki ayrı eser sözleşmesinin unsurlarını ihtiva ettiğinden çifte tipli karma sözleşmelerdir.

⁵⁰ TANDOĞAN, s.28.

⁵¹ KILIÇOĞLU, s.446; EREN, s.595; BÜYÜKAY, s.32.

⁵² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.469.470; KILIÇOĞLU, s.446-447.

⁵³ KILIÇOĞLU, s.446-447.

⁵⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546; TANDOĞAN, s.28.

⁵⁵ GÜMÜŞ, s.6; TUNÇOMAĞ, s.95.

Eser sözleşmesi ivazlı bir sözleşme olduğundan, bedelsiz olarak kararlaştırılması mümkün değildir. Öğretideki bir görüşe göre, eserin bedel karşılığında meydana getirilmemesi durumunda vekalet sözleşmesi mevcuttur⁵⁶. Öğretideki diğer görüşe göre ise, bu sözleşmelerin, eser sözleşmesi benzeri sui generis isimli sözleşme olduğunun kabul edilmesi yerinde olacaktır⁵⁷. Zira bu şekilde kural yaratma ve kıyas yolları ile sözleşmeye uygun hükümler uygulanabilecektir.

Eser sözleşmesinde bedel açıkça kararlaştırılabileceği gibi zımnen de kararlaştırılabilir. Bedel ödenmesi alışagelmış eserler için bedelin zımnen kararlaştırıldığı karine olarak kabul edilir. Bu doğrultuda, zanaatkarların ve meslek sahiplerinin meydana getirmiş olduğu eserlerin karşılığında bedel ödeneceği karine olarak kabul edilir. Bedelin zımnen kararlaştırıldığına tespitinde, tarafların amaçları ve eserin türü belirleyicidir⁵⁸.

Bedelin hiç kararlaştırılmaması ya da yaklaşık olarak kararlaştırılması halinde bedel, TBK m.481 gereğince yüklenicinin gideri ile eserin yapıldığı yer ve zamandaki değerine göre belirlenir⁵⁹.

Yapılan iş faaliyetine ilişkin mesleki birliklerin tespit ettiği bir tarifenin mevcut olması halinde, bedelin tespiti bu tarife göz önünde tutularak yapılır. Ülkemizde Bayındırlık Bakanlığı tarafından yayımlanan birim maliyet listeleri, Türk Mühendis ve Mimar Odaları Birliği'nce hazırlanmış İnşaat Mühendisliği – Makine Mühendisliği – Elektrik Mühendisliği ve Mimarlık Hizmetleri Asgari Ücret Yönetmeliği ve bu

⁵⁶ TUNÇOMAĞ, s.956; ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979, s.19; EREN, F., I.Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, s.52; ERGEZEN, M., İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007, s.35; BİLGE, N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971, s.247; VELİDEDEOĞLU, H. V./ÖZDEMİR, R., Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel – Özel, Ankara, 1987, s.568, Yazar bu durumda vekalet veya bağışlama hükümlerinin uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

⁵⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.470-471; TANDOĞAN, s.24; OKUR, s.8; BAYGIN, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999, s.15; BÜYÜKAY, s.32.

⁵⁸ TANDOĞAN, s.24; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; BÜYÜKAY, s.32; TUNÇOMAĞ, s.956.

⁵⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546; TUNÇOMAĞ, s.956.

yönetmeliğe ekli olarak her yıl yenilenen Asgari Ücret Yönetmeliği Tabloları, Bayındırlık Bakanlığı tarafından düzensiz aralıklarla yayımlanan birim maliyet listeleri bulunmaktadır. Asgari ücret tarifesinde bir bedel karşılığında akdedilen eser sözleşmeleri geçersiz değildir. Ancak asgari ücret tarifesine aykırı olarak sözleşme akdeden meslek mensubuna disiplin cezası verilebilir. Bayındırlık Bakanlığı'nın yayımladığı birim fiyatları ise sadece resmi kurumlar için bağlayıcı niteliktedir. 2886 sayılı kanuna tabi olarak yapılacak proje, ihale ve mesleki kontrol işleri karşılığında ödenecek bedellerin hesaplanma esasları, Bakanlar Kurulunun 16.07.1985 gün ve 85/9707 S.lı kararı ile yürürlüğe konulan "Mimarlık ve Mühendislik Hizmetleri Şartnamesi" m.5-7'de belirlenmiştir⁶⁰.

Bedel, kural olarak Türk Lirası olarak kararlaştırılır⁶¹. Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar kapsamında eser sözleşmesinde belirlenecek bedel ile diğer ödeme borçları döviz cinsinden kararlaştırılmaz. Eser sözleşmesinde bedelin döviz cinsinden belirlenmesi, eserin maliyetine ilişkin unsurların yabancı paraya bağlı olması hali ile sınırlı olarak kabul edilmiştir⁶².

⁶⁰ TANDOĞAN, s.27; TUNÇOMAĞ, s.957.

⁶¹ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.468.

⁶² 12.09.2018 T. ve 85 karar no.lu Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 1. Maddesi ile 07.08.1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4 üncü maddesine şu bent eklenmiştir: "(g) Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, finansal kiralama dahil her türlü kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılmaz.". Aynı kararda m.2 ile 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karara şu şekilde geçici m. 8 eklenmiştir: "Bu Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.", 16.11.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-32/34)'de Değişik Yapılmasına Dair 2018-32/52 no.lu Tebliğ'in m.8/f.8 ise şu şekildedir: "Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmelerinde, sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.

Sözleşmenin kurulması için taraflarca bedelin ödeneceğini kararlaştırılması yeterli olup, ayrıca miktarının belirlenmesi gerekli değildir⁶³. TBK m.479 gereğince, taraflarca belirli bir bedel belirlenmesi durumunda, bu bedelin ödenmesi gereklidir.

Eser sözleşmesinde bedel, yaklaşık ya da kesin olarak belirlenebilir. Taraflarca kesin olarak belirlenen bedel, götürü bedel olarak isimlendirilir. Kesin olarak belirlenen bedel sonrasında maliyetlerin artması gibi nedenlerle bedel artırılamaz. Bedelin yaklaşık olarak kararlaştırılması halinde ise bazı nedenlerle bedelin artırılması mümkündür⁶⁴. Sözleşmede götürü bedel çeşitli şekillerde kararlaştırılabilir: Sözleşmenin anahtar teslim götürü bedel şeklinde düzenlenmesi halinde maliyetlerin artması vb. nedenlere dayalı olarak bedel artmayacaktır. Sözleşmenin değişken götürü bedel şeklinde düzenlenmesi halinde ise, taraflarca sabit bir götürü bedel belirlenmektedir. Ancak bu bedelin işçi maliyetleri, döviz kuru, malzeme ve enflasyon gibi nedenlerle artabileceğine ilişkin sözleşmede hüküm konulabilir. Dolayısıyla bedel bu şartlara göre değişkenlik gösterebilir. Son olarak sözleşmede birim fiyatlarına göre götürü bedel düzenlenebilir. Bu durumda birim fiyatlarının içerisine genel giderler ve kar payı dahildir. Birim fiyatı eserin küçük parçalarının bedelini ifade etmektedir. Yüklenicinin eserde yapacağı işlerin birim fiyatına çarpılmasıyla götürü bedel tespit edilir. Birim fiyatlı götürü bedelde, bedel sabittir. Ancak taraflarca çeşitli durumlarda birim fiyatlarının artırılabilmesi kararlaştırılabilir⁶⁵.

Bedelin hesaplama biçimi sözleşmenin niteliğini değiştirmemektedir. Eser sözleşmesinde bedelin, emek harcanan zamana, eserin ölçüsüne, ağırlığına veya parça başı birim fiyatına göre belirlenmesi mümkündür⁶⁶. Bedelin zamana endeksli olarak

⁶³ TANDOĞAN, s.26; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.469; GÜRPINAR, D., Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006, s.72; DİRİCAN, G., Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007, s.12; BÜYÜKAY, s.35.

⁶⁴ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.469; OLGAC, S., İstisna Akdi, İstanbul, 1966, s.481, 499; GÖKYAYLA, s.217, 235.

⁶⁵ ÖZDEMİR, H., Eser Sözleşmesinde İşsahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul, 2018, s.35-48, BAYGIN, s.30-33-34; GÖKYAYLA, s.219-224.

⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.545; TUNÇOMAĞ, s.956; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s. 469.

hesaplanması sözleşmeyi hizmet sözleşmesi haline getirmeyecektir. Buna karşın, hizmet sözleşmesinde ise ücretin parça başına belirlenmesi mümkündür⁶⁷.

Bedel ödeme borcu kural olarak eserin teslimi anında muaccel olur. Ancak eserin parça parça teslimi ile parçalara göre bedel belirlenmesi mümkündür. Bu durumda, her parçanın teslimi anında o parçaya ilişkin olarak belirlenen bedel muaccel olacaktır⁶⁸.

Sözleşmede köprü, tünel gibi bir eser meydana getirilmesinin borçlanıldığı hallerde, esere ilişkin yapılacak planın sözleşmeye dahil olup olmadığı, öncelikle sözleşmeye göre belirlenecektir. Bu işler ücretsiz olarak yaptırılmak isteniyorsa açıkça belirtilmelidir⁶⁹. Bu işlere ücret ödenip ödenmeyeceği sözleşmede kararlaştırılmamış ancak sözleşmede götürü bir bedel belirlendiyse, ikincil nitelikteki plan yapma yükümlülüğü için yüklenicinin ayrı ücret talep edemeyeceği kabul edilmelidir. Buna karşın, plan yapılmasının ayrıca bir ücret istemeyi gerektirecek ölçüde genişlik kazandığı durumlarda, yüklenici plan yapma işi için ayrı bir ücret talep edebilir.⁷⁰

Yüklenicinin asıl işi almadığı ve asıl işi almak ümidiyle hazırladığı planlar için ücrete hak kazanıp kazanmama durumu değişkenlik göstermektedir. Şöyle ki; yüklenici tarafından kendisinden talep edilmeksizin hazırlanan planlarda, yüklenici ücrete hak kazanamaz. Bir yarışmaya katılanlar, yarışma şartnamesi belirtilen şartlar dışında, ücrete hak kazanamaz. Buna karşın, yüklenici ile yapılan müzakereler kapsamında işin kime yaptırılacağı kesinlik kazanmaksızın işsahibinin talebi ile hazırlanan planlarda, işsahibinin menfaati mevcuttur ve yüklenici bedele hak kazanacaktır⁷¹.

3. Anlaşma

Eser sözleşmesi, sözleşmenin asli ve kurucu unsurları üzerinde tarafların anlaşması ile kurulur. Tarafların, yüklenicinin meydana getireceği eser ve teslimi ile

⁶⁷ TANDOĞAN, s.27-28.

⁶⁸ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.469; TANDOĞAN, s.26.

⁶⁹ TANDOĞAN, s.25.

⁷⁰ TUNÇOMAĞ, s.957.

⁷¹ TANDOĞAN, s.26.

bunun karşılığında işsahibinin ödeyeceği bedel hususlarında anlaşmaları gereklidir. Bu konular üzerinde tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun olmasıyla sözleşme kurulur⁷². Eser sözleşmesi rızai bir sözleşme olduğundan, sözleşmenin kurulması için tarafların bu hususlarda anlaşmış olması yeterlidir. Taraflar iradelerini açıkça beyan edebileceği gibi zımnen de beyan edebilirler⁷³. Tarafların anlaşmasında, ehliyet gibi diğer konularda genel hükümler uygulanacaktır⁷⁴.

Anlaşma sözlü veya yazılı olarak yapılabilir. Eser sözleşmesi için TBK’de öngörülmüş bir şekil şartı yoktur. Örneğin, kirli kıyafetlerin temizlenmesi için kuru temizlemeciye bırakılması durumunda zımnen sözleşme kurulmuştur. Bu durumda ücret, tarife üzerinden veya yüklenicinin gideri ve yapılan işin değerine göre belirlenir⁷⁵.

C. Eser Sözleşmesinin Tarafları

İş görme sözleşmelerinin bir türü olan eser sözleşmesinde, işin görülmesini talep eden, sipariş veren “işgördüren taraf” ile; sipariş verilen, eseri meydana getirme borcu altında olan “işgören taraf” bulunmaktadır. Eser sözleşmesinde işgördüren taraf “işsahibi” olarak adlandırılır⁷⁶. İşsahibi kavramı, iş sözleşmesindeki işveren kavramı ile karışıklık yaratabilir. Bununla birlikte eser sözleşmesi başkasına ait bir işin yapılması niteliğinde olduğundan, işsahibi ifadesinin kullanılması yerinde olmuştur⁷⁷. Eser sözleşmesinde işgören taraf eBK’de “müteahhit” olarak adlandırılırken, TBK’de “yüklenici” olarak adlandırılmıştır⁷⁸. Yüklenici için müteahhit, ısmarlanan; işsahibi için ise ısmarlayan, amir ifadelerinin kullanıldığı görülmektedir⁷⁹. Çalışmamızda TBK

⁷² GÜMÜŞ, s.7; TUNÇOMAĞ, s.959; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.471; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546; EREN, s.595; ŞENOCAK, Z., Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002, 6-7; BÜYÜKAY, s.33.

⁷³ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.471; EREN, s.595; GÖKYAYLA, s.11.

⁷⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546; TUNÇOMAĞ, s.958.

⁷⁵ TANDOĞAN, s.29; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.472; ARAL/AYRANCI, s.366-367.

⁷⁶ GÜMÜŞ, s.7; KILIÇOĞLU, s.442; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.475; EREN, s.584; GÖKYAYLA, s.12.

⁷⁷ TANDOĞAN, s.2.

⁷⁸ KILIÇOĞLU, s.442.

⁷⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546.

m.470'in terminolojisine uygun olarak eser sözleşmesinin tarafları için işsahibi ve yüklenici kavramları tercih edilmiştir.

Eser sözleşmesinin tarafları gerçek veya tüzel kişi olabilir. Yüklenicinin adı ortaklık şeklinde olması da mümkündür. Yüklenici uygulamada genellikle bağımsız çalışan bir işletmeci olarak karşımıza çıkmaktadır⁸⁰. Taraflar uygulamada sıklıkla rastlanıldığı üzere kamu tüzel kişisi de olabilir. Eser sözleşmesi tarafların kamu tüzel kişisi olmasından bağımsız olarak özel hukuk karakterlidir⁸¹. Hukuksal işlem ehliyeti olan gerçek kişiler eser sözleşmesi akdedebilirler. Kısıtlanmış kişilerin olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işlerinde, vasinin vesayet makamının iznini alması gereklidir. Tüzel kişilerde ise tüzel kişiliğin yetkili temsilcisi eser sözleşmesi yapma yetkisini haizdir⁸².

Günümüzde bir eserin meydana getirilmesi genellikle çok kişinin katılımıyla gerçekleşmektedir. Eser sözleşmesinin klasik konusunu oluşturan terzinin elbise dikmesi, marangozun pencere onarması gibi konular yerini, kapsamı geniş olan organize işlere bırakmıştır. Uygulamada rastlanan inşaat sözleşmesinde bu durum açıkça görülmektedir⁸³.

Eserin tamamını meydana getirmeyi borçlanan yüklenici, “genel yüklenici” olarak adlandırılmaktadır. Genel yüklenici, uygulamada sıklıkla inşaat sözleşmelerinde görülmektedir. Toptan yüklenici ise genel yüklenicinin projeleri yapmakla da yükümlü olması durumlarında mevcuttur. Yüklenici eserin yalnızca belirli kısımlarını meydana getirmeyi borçlanıyorsa, “kısmi yüklenici” olarak adlandırılır. Yan yüklenici ise yüklenici eserin bir kısmını meydana getirmekle birlikte, işsahibine karşı doğrudan doğruya sorumlu olduğu hallerde söz konusudur. İşsahibinin birden fazla yüklenici ile ayrı ayrı sözleşme yapması da mümkündür. Örneğin işsahibi, bir fabrikanın elektrik işleri için bir yüklenici ile, fabrika binası için başka bir yüklenici ile, fabrikanın bahçe duvarının inşası için başka bir yüklenici ile anlaşabilir. Bu halde yükleniciler arasında

⁸⁰ EREN, s.584.

⁸¹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.475.

⁸² KILIÇOĞLU, s.442.

⁸³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.468.

sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bazı hallerde yüklenici, altyükleniciler ile anlaşılabilir. Bu halde ise altyükleniciler ile işsahibi arasında sözleşme ilişkisi yoktur⁸⁴.

Uygulamada inşaat sözleşmelerinde işsahibi, çoğunlukla bir mimarı veya mühendisi işlerin yönetimi için görevlendirmektedir. Eser sahibi ile görevlendirilen kişi arasındaki ilişkinin hukuki niteliği vekalet sözleşmesidir. İnşaatın yapılması işlerinde, yönetimle görevlendirilen kişi, yükleniciye karşı işsahibinin temsilcisi konumundadır. Bu temsil yetkisinin kapsamı, taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine göre belirlenecektir⁸⁵.

Eser sözleşmesinin taraflarından birinin tüketici sıfatını haiz olması durumunda, TKHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁸⁶.

D. Eser Sözleşmesinin Özellikleri

1. Rızai Nitelikte Olması

Eserin meydana getirilerek teslimi ve karşılığında bedel ödenmesi edimleri, sözleşmenin kurulması ile ilgili olmayıp sözleşmenin ifası ile ilgilidir. Eser sözleşmesi rızai bir sözleşmedir. Tarafların borçlarını yerine getirip getirmemesinden bağımsızdır. Bu nedenle eser sözleşmesi, tarafların karşılıklı olarak irade beyanlarının sözleşmenin esaslı unsurlarında uyuşması ile kurulur⁸⁷.

2. İş görme Sözleşmesi Olması

Eser sözleşmesi iş görme edimi içeren bir sözleşmedir. Bu sözleşmede yüklenici belirli bir faaliyette bulunmayı değil, belirli bir sonucu taahhüt eder. Bu nedenle yüklenicinin borcunu yerine getirmesi için taahhüt ettiği eseri meydana getirmesi şarttır⁸⁸.

⁸⁴ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 475.

⁸⁵ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.543.

⁸⁶ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.477.

⁸⁷ EREN, s.587; ARAL/AYRANCI, s.360; EREN, s.587; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s543-547; KILIÇOĞLU s.447-448; TANDOĞAN, s.28; GÖKYAYLA, s.11; BÜYÜKAY, s.37.

⁸⁸ KILIÇOĞLU, s.448; ŞENOCAK, s.6.

3. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Nitelikte Olması

Sözleşmenin kurulması için tarafların irade beyanlarının uyuşması gerekir. Eser sözleşmesi, borç doğurucu bir sözleşmedir. Tarafların borçlandıkları asli edimler, sözleşmenin esaslı unsurlarını oluşturmaktadır. Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmede yüklenici belirli bir eseri meydana getirme ve eseri teslim etme, buna karşın işsahibi ise bedel ödeme edimlerini borçlanmaktadır. Tarafların bu borçları değişim (synallagma) içerisindedir. Dolayısıyla sözleşmede belirlenen eseri meydana getirip teslim etmeyi taahhüt eden yüklenici, borcunu ifa etmeden bedele hak kazanamaz⁸⁹.

4. İvazlı Nitelikte Olması

Yüklenici belirli bir bedel karşılığında, bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi taahhüt etmektedir⁹⁰.

Yüklenicinin eser meydana getirme borcunun bedelden başka bir edim karşılığında veya ivazsız olarak yerine getirilmesi halinde, eser sözleşmesinden bahsedilemez⁹¹. Yüklenicinin karşılıksız olarak bir eseri meydana getirme ve teslim etmeyi taahhüt ettiği sözleşme, eksik sözleşme niteliğinde isimsiz bir sözleşme olacaktır⁹². Bu halde sözleşmenin eser sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme mi yoksa vekalet sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme mi olacağı öğretide tartışmalıdır. Sözleşmenin niteliği somut olayın şartları gözetilerek belirlenmelidir. TBK m.502/ f. 2'de vekalet sözleşmesinin hükümlerinin, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hükme rağmen, sözleşmenin niteliğinde tereddüt bulunması halinde, sözleşmenin eser

⁸⁹ KILIÇOĞLU, s.447-448; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.477, GÜMÜŞ, s.2; ARAL/AYRANCI, s.360; EREN, s.585; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.543-547; ŞENOCAK, s.5-6; OKUR, s.8; GÖKYAYLA, s.17-18; BÜYÜKAY, s.37.

⁹⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.543-547; UÇAR, A., İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi HFD., C.1, S.1, Y.1997, s.31-32, (<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1997-3.pdf>); TANDOĞAN, s.24; GÜMÜŞ, s.2; ARAL/AYRANCI, s.360; EREN, s.585; KILIÇOĞLU, s.447-448; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.477.

⁹¹ ARAL/AYRANCI, s.359; GÜMÜŞ, s.2.

⁹² GÜMÜŞ, s.2.

sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme olduğu kabul edilmesi, sözleşmenin mahiyetine uygun düşecektir⁹³.

5. Ani Edimli Niteliğinde Olması

Öğretide eser sözleşmesinin edim türü tartışmalıdır: Öğretideki baskın olan görüşe göre⁹⁴, eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Bu görüşe göre, sözleşmenin ifası aşaması sürekli bir şekilde zamana yayılmamıştır. Eserin meydana getirilmesi aşamasının uzunluğu, zamanın uzunluğu yönünden bir benzetmedir. Bu durum, eser sözleşmesini sürekli borç doğuran bir sözleşme türü haline getirmez. Keza kanunda zamanın geçmesi veya fesih hakkı olağan bir sona erme hali olarak öngörülmemiştir. Sözleşmedeki asli edim yükümlülüğü için önemli olan eserin meydana getirilme süreci değil, meydana getirilen eserin teslimidir. GÜMÜŞ⁹⁵'e göre, eserin meydana getirme faaliyeti; edim niteliği taşımayan, nitelikli bir ifaya hazırlık fiilinden öte, teslim yükümünü tamamlayan, karşılıklılık içerisinde yer almayan bir asli yükümdür.

Öğretideki azınlıkta kalan görüş⁹⁶ ise, eser sözleşmesinin sürekli edimli bir sözleşme olduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre, yüklenicinin bir eser meydana getirme borcu, zamana yayılan bir fiildir. Bu nedenle iş görme edimi, sözleşmeye sürekli edim niteliği kazandırmaktadır. Öğretideki diğer görüşe göre⁹⁷ ise eser sözleşmesinin ani ve sürekli edimlerinin karmaşık bir yapıda olduğu savunulmaktadır.

⁹³ EREN, s.586.

⁹⁴ ARAL/AYRANCI, s.360; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.547; KILIÇOĞLU, s.448; GÜMÜŞ, s.2-3; EREN, s.587; ÜREM, M., Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017, s.36-37; PAKET, S., Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020, s.55-56; BUZ, V., İşsahibinin B.K. m.369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, Y.2001, s.223.

⁹⁵ GÜMÜŞ, s.3: Yazar, sözleşme tipini belirleyen yükümlerin bir edim yükümlülüğü olma zorunluluğu olmadığını savunmuştur. Bu kapsamda yüklenicinin meydana getirme faaliyetini asli yüküm olarak nitelendirir. Öğretideki genel kabul ise, edim niteliği olmayan yükümlerin sözleşmenin tipini belirlemeyeceği yönündedir. Bu doğrultuda meydana getirme faaliyeti, yazarın aksine asli edim yükü olarak kabul edilir.

⁹⁶ ERMAN, Beklenilmeyen Hal, s.10-11.

⁹⁷ SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007, s.166; GÖKYAYLA, s. 18-19; ŞENOCAK, s.10-12; BÜYÜKAY, s.43.

Yargıtay⁹⁸’a göre, eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşmedir. Ancak eser sözleşmesinin türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri⁹⁹, mahiyetleri gereği ani ve geçici-sürekli edim özelliklerini taşıyan karma yapıda bir sözleşme olarak kabul edilmiştir.

6. Şekle Tabi Olmaması

Eser sözleşmesi, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir¹⁰⁰. Buna karşın eser sözleşmesi taraflarca, yazılı veya resmi şekle tabi tutulabilir. Bu halde, TBK m.17 gereğince taraflarca belirlenen şekil şartının, iradi geçerlilik koşulu olduğu kabul edilir¹⁰¹.

Eser sözleşmesini yazılı yapan taraflar, sonradan yapacakları sözleşme değişikliklerini de yazılı yapmalıdır. Ancak sonradan yapılan değişikliklerin yazılı olmamasına rağmen, yüklenici tarafından değişikliklerin kabul edilmesi mümkündür. Hatta sözleşmede sonradan yapılacak değişikliklerin yazılı olması gerektiği açıkça ifade edilmesine karşın, sözleşmede sözlü olarak veya zımnen değişiklikler yapılabilir. Bu durumda ise yazılı olmayan bu değişiklikler geçersiz sayılmalıdır. Ancak bu geçersizliğin sözleşme ifa edildikten sonra ileri sürülmesi, somut olayın şartlarına göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir. Özellikle tarafların sözleşmedeki borçlarını tamamen veya büyük ölçüde ifa ettikten sonra sözleşmedeki şekil eksikliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilir¹⁰². Sözleşmelerin geçerlilik koşuluna uygunluğu, mahkeme tarafından re’sen dikkate alınır¹⁰³.

Sözleşme konusu olan maddi şeyin veya hakkın devri, bir geçerlilik şekline tabi ise eser sözleşmesinin geçerliliği de bu şekle tabidir. Taşınmaz mülkiyetinin devrini

⁹⁸ YHGK E.2017/152334, K.2019/443, T.11.04.2019; Y. 23.HD., E.2017/795, K.2018/2763, T.12.04.2018; Y. 14. HD., E.2011/11235, K.2011/12627, T.25.10.2011; Y. 15. HD., E.2003/5231, K.2004/1725, T.29.03.2003, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 01.05.2020).

⁹⁹ YİBGK E.1983/3, K.1984/1, T.25.01.1984; Y. 23. HD, E.2012/2501, K.2012/4840, T. 11.07.2012; Y. 15. HD, E.1996/6770, K.1997/1356, T.13.03.1997, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 01.05.2020).

¹⁰⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.547; EREN, s. 587; GÜMÜŞ, s.7; TANDOĞAN, s.7-8; TUNÇOMAĞ, s.959; GÖKYAYLA, Ek İş, s.15; BÜYÜKAY, s.37.

¹⁰¹ EREN, s.598; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.546; TUNÇOMAĞ, s.959.

¹⁰² TUNÇOMAĞ, s.959-960; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.473.

¹⁰³ EREN, s.597.

veya devir vaadini içeren sözleşmelerin, TMK m.706/2, TBK m.237 ve Tapu Kanunu m.26, Noterlik Kanunu m.60 uyarınca, tapu sicil müdürlüklerince ya da noterlerce düzenlenme şeklinde yapılması zorunludur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin de resmi şekilde yapılması zorunludur. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, eser ve satış vaadi sözleşmelerinden oluşan karma nitelikte¹⁰⁴ bir sözleşmedir. Bu nedenle, sözleşmedeki her edime tabii olduğu sözleşme hükümleri uygulanır. Bu doğrultuda yüklenicinin inşaat yapma edimine eser sözleşmesi hükümleri uygulanacak iken; iş sahibinin arsa payını yükleniciye devir borcuna taşınmaz satış vaadine ilişkin hükümler uygulanacaktır. Esasında inşa etme unsuru nedeniyle bu sözleşmelerin şekle bağlı olmaması gerektiği halde, taşınmaz mülkiyetinin devrini barındırması nedeniyle bu sözleşmelerin noterlikçe düzenleme şeklinde yapılması gereklidir¹⁰⁵. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin resmi şekle uyulmaksızın sözleşmenin adi şekilde veya noterden tasdik edilmiş şekilde tanzim edilmesi halinde, sözleşme geçersizdir. Ancak belirli şartlar halinde, şekil eksikliğinin ileri sürülmesi Yargıtay¹⁰⁶,ca hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmektedir¹⁰⁷. Ayrıca TMK m.1009 gereğince arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinden doğan hakkın tapuya şerh edilebilmesi mümkündür.

Eser meydana getirme unsurunu içeren karma bir sözleşmede ise, karma sözleşmenin içeriğini oluşturan diğer sözleşmenin geçerlilik şartı, karma sözleşmenin geçerliliği için de gereklidir¹⁰⁸.

FSEK m.57 uyarınca fikri mülkiyet haklarının eser üzerindeki mali haklarının devri ve SMK m.148 uyarınca tasarım üzerindeki hakkın devri, yazılı geçerlilik koşuluna tabidir. Örneğin, yüklenicinin bir otomobil kaportası tasarımı meydana getirme ve teslim etme borcu altında olduğu sözleşmede, tasarım üzerindeki hakların iş sahibine devri yazılı geçerlilik koşuluna tabidir. Eserin yaratılmasına ilişkin

¹⁰⁴ Y. 23.HD., E.2016/5132, K.2019/4096, T.08.10.2019; Y. 23.HD., E.2016/6059, K.2020/1489, T.04.03.2020, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 31.08.2020).

¹⁰⁵ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.473; EREN s.596.-597; ARAL/AYRANCI, s.368.

¹⁰⁶ Y. 23.HD., E.2015/4002, K.2018/2497, T.29.03.2018; Y. 14.HD., E.2016/17664, K.2017/3572, T.02.05.2017, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 31.08.2020).

¹⁰⁷ TANDOĞAN, s.29-30.

¹⁰⁸ GÜMÜŞ, s.7.

sözleşmeler herhangi bir geçerlilik şekline tabi değilken, eserin meydana getirilmesi sonrası devrinde ise mevzuatta aranan özel geçerlilik şartlarına uyulması gerekmektedir¹⁰⁹.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'na tabi olarak yapılan ihaleler, yazılı sözleşme ile yapılmalıdır. Bu sözleşmelerdeki imzaların noterlikçe tasdik edilmesi gereklidir. Mezkur kanunun 57. maddesinde açıkça belirtildiği üzere, bu şekil şartı geçerlilik koşuludur. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki yapım işlerinin ise, yazılı sözleşme ile yapılacağı, bu sözleşmenin idare tarafından tanzim edilerek yüklenici ve ihale yetkilisi tarafından imzalanacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca bu kanuna tabi yapı işlerine ilişkin sözleşmelerin de noterde onaylatılarak tescili gereklidir¹¹⁰.

E. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

1. Satış Sözleşmesi ile Karşılaştırma

Satış sözleşmesinde amaç, satılanın teslimi ve mülkiyetin alıcıya devridir. Satıcı, eser meydana getirmeyi değil, mevcut olan bir malın mülkiyetini alıcıya devretmeyi taahhüt eder¹¹¹. Bu kapsamda satılanın meydana getirilme aşaması, alıcı için önem taşımamaktadır. Eser sözleşmesi ise, bir iş görme sözleşmesi olup yüklenici eseri iş sahibinin talepleri doğrultusunda meydana getirme borcu altındadır. Eserin meydana getirileceği malzemenin mülkiyeti, yükleniciye veya iş sahibine ait olabilir. Satış sözleşmesinde mevcut veya benzeri hazır edilecek satılan söz konusudur. Bu sözleşmede kural olarak alıcının mevcut satılanın niteliklerinin değiştirilmesini talep hakkı yoktur. Eser sözleşmesinde ise, sipariş üzerine üretilecek bir eser söz konusudur.¹¹² Sözleşmenin yapıldığı anda, bedel karşılığında teslimi kararlaştırılan şey mevcut ise sözleşmenin satış sözleşmesi olduğu açıktır. Sözleşmenin yapıldığı anda

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, s.447-448.

¹¹⁰ TANDOĞAN, s.33vd.; ARAL/AYRANCI, s.368; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.472; EREN, s.597-598; TUNÇOMAĞ, s.959.

¹¹¹ ERZURUMOĞLU, E., Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2018, s.71-21; KILIÇOĞLU, s.448-449; GÜMÜŞ, s.8; OKUR, s.23; UÇAR, Dergi, s.39-40.

¹¹² KILIÇOĞLU, s.448-449; GÜMÜŞ, s.8; BÜYÜKAY, s.47.

teslimi taahhüt edilen şey, mevcut değil ve talep eden tarafından malzeme verilecek ise eser sözleşmesi olduğu açıktır¹¹³.

İleride imal edilecek şeylere ilişkin satış sözleşmesi ile yüklenicinin kendi malzemesiyle imal edeceği şeylere ilişkin eser sözleşmesi birbirine benzemektedir. Bir eserin imali, ifası talep edilebilecek şekilde sözleşmenin konusunu oluşturuyorsa eser sözleşmesi; aksi halde ise satış sözleşmesi mevcuttur. Sözleşmeye göre yapılacak işin asıl olduğu, hammaddenin ikinci derecede önemli olduğu durumlarda eser sözleşmesi; hammaddenin ağır bastığı, işin ise ikincilik nitelikte olduğu durumlarda satış sözleşmesi söz konusudur¹¹⁴. Seri üretim halinde kural olarak satış sözleşmesi mevcuttur. İş sahibinin seri üretim sürecine talimatları ile müdahale edebildiği durumlarda ise eser sözleşmesi vardır¹¹⁵.

Satış sözleşmesinin konusunun bir taşınmaz olması durumunda, sözleşmenin resmi yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşuludur. Eser sözleşmesinde ise iş sahibine ait bir taşınmaz üzerinde eser meydana getirilmesi durumunda, taşınmazın mülkiyetinin devri gerekmediğinden, sözleşme geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak taşınmazın mülkiyetinin yükleniciye ait olması durumunda, eserin meydana getirilmesinden sonra taşınmazın mülkiyetinin iş sahibine devri gerekeceğinden, sözleşmenin resmi yazılı şekilde yapılması gerekir¹¹⁶.

2. Hizmet Sözleşmesi ile Karşılaştırma

Hizmet sözleşmesi ve eser sözleşmesi, iş görme sözleşmeleridir. Hizmet sözleşmesinde işgören taraf olan işçi, zamansal olarak işverene bağımlı bir şekilde iş görme borcu altındadır. İşçi, işverenin emir ve talimatları doğrultusunda çalışır. İşçinin işverene bağımlılığı hukuken ve ekonomik olmaktadır¹¹⁷. Eser sözleşmesinde ise

¹¹³ ARPACI, Ö., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara, 2019, s.45-46; TANDOĞAN, s.42.

¹¹⁴ TUNÇOMAĞ, s.970.

¹¹⁵ TANDOĞAN, s.42 vd.

¹¹⁶ KILIÇOĞLU, s.449.

¹¹⁷ MOLLAMAHMUTOĞLU, H., Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş – İçerik – Sona Erme), Ankara, 1995, s.27-28; GÜMÜŞ, s. 9; ERZURUMLUOĞLU, s.150-152; EREN, s.598; KILIÇOĞLU, s. 449-450; TANDOĞAN, s. 36; ARPACI, s.43; BÜYÜKAY, s.43.

işsahibinin talimatları doğrultusunda eser meydana getirilme borcu mevcuttur. Fakat temelde yüklenici işsahibinden bağımsız bir şekilde faaliyet göstermektedir.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin meydana getirme aşamasında gösterdiği dikkat ve özenin önemi bulunmamaktadır. Yüklenici talep edilen eserin meydana getirilmiş olması halinde bedele hak kazanacaktır. Dolayısıyla eser sözleşmesinde sonuç yaratma taahhüdü vardır. Hizmet sözleşmesinde ise işçi, sonuçtan bağımsız, sözleşmeye uygun olarak özenle yapması halinde ücrete hak kazanır. Zira sözleşmede borçlanılan husus, işin sonucunun gerçekleşmesi değildir. Bu husus, iş görme fiili diğer bir anlatımla emektir¹¹⁸.

Eser sözleşmesinde yüklenici, sonuç taahhüdünde bulunduğundan TBK m.475 gereğince, eserin ayıplarından sorumludur. Hizmet sözleşmesinde işçi ise, TBK m.400 gereğince yalnızca kusuruyla sebep olduğu zararlardan sorumludur. Eser sözleşmesinde hasar kural olarak yükleniciye ait iken, hizmet sözleşmesinde hasardan işveren sorumludur. Eser sözleşmesinin her iki tarafı da tüzel kişi olabilir, hizmet sözleşmesinde ise işçi tüzel kişi olamaz. Hizmet sözleşmesinde iş görme edimi borçlanıldığı için sürekli edim; eser sözleşmesi ise iş görme edimi neticesinde meydana getirilen eser borçlanıldığından ani edim söz konusudur¹¹⁹. Bu doğrultuda eser sözleşmesi, geçmişe etkili olarak sözleşmeden dönme yoluyla sona erdirilebilirken, hizmet sözleşmesi fesih yoluyla ileriye etkili olarak ortadan kaldırılabilir¹²⁰.

Belirli bir zaman diliminde belirli olmayan sayıda eşyaların meydana getirilmesine konu sözleşmeler, hizmet sözleşmesidir. Belirli sayıda şeyin meydana getirilmesine ilişkin sözleşmelerde ise gerekli zamanın mı yoksa belirli sayıdaki imalat sonucunun mu yüklenildiği dikkate alınmalıdır. Kural olarak belirli zamanın yüklenildiği sözleşmeler hizmet sözleşmesi; belirli sayıda şeyin meydana getirme

¹¹⁸ GÜMÜŞ, s. 9; EREN, s.598; KILIÇOĞLU, s. 449-450; TANDOĞAN, s. 36; OKUR, s.33-34; ARPACI, s.43; AKKURT, S. S., Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi HDF., C.10, S.2, Y.2008, s.49, (<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf>).

¹¹⁹ EREN, s.599.

¹²⁰ KILIÇOĞLU, s. 450.

sonucunun yüklenildiği sözleşmeler ise eser sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır¹²¹.

Kanuni tanımlarda hizmet sözleşmesinde yer alan ücret yerine, eser sözleşmesinde bedel kavramı kullanılmıştır¹²².

3. Vekalet Sözleşmesi ile Karşılaştırma

Vekalet sözleşmesi ile eser sözleşmesi birçok noktada birbirinden ayrışır: Vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi gibi bağımlılık unsuru içermeyen bir iş görme sözleşmesidir. Vekilin müvekkilin talimatı ile bağımlılığı, hukuki işlemlerde müvekkil adına işlem yapmasına yönelik vekalet ilişkisinde ortaya çıkar. Vekalet sözleşmesinde bir sonuç yaratma değil, belirli bir sonuca yönelik özen faaliyeti borçlanılmaktadır¹²³. Bu doğrultuda çalışma sonucunda istenilen sonuç elde edilebilir veya edilemeyebilir. Bu sözleşmede asıl olan vekilin özen ve sadakatle belirli bir sonucu elde etmeye yönelik olarak çalışmasıdır. Dolayısıyla vekil, edim sonucunu değil, edim fiilini borçlanmaktadır. Vekilin ücrete hak kazanması için dikkat ve özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmesi yeterlidir. Buna ilişkin ayırım yapılırken, sözleşmenin amacı, niteliği, somut olaydaki hal ve durumlar gözetilmelidir. Bu doğrultuda bir faaliyette bulunmanın mı yoksa belirlenmiş bütün teşkil edici nitelikteki bir sonucun mu borçlanıldığı tespit edilmelidir¹²⁴.

Eser sözleşmesinde bedel zorunlu bir unsur iken, vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu değildir. Zira ücretsiz vekalet sözleşmesi de söz konusu olabilir¹²⁵. Vekalet sözleşmesinde kural olarak vekilin veya vekalet verenin ölümü neticesinde sözleşme kendiliğinden sona erer. Eser sözleşmesinde ise iş sahibinin ölümü ya da şahsen ifa

¹²¹ TANDOĞAN, s.36.

¹²² ARAL/AYRANCI, s.366; KILIÇOĞLU, s.446; AKKURT, s.52-53.

¹²³ OKUR, s.8; TUNÇOMAĞ, s.971; TANDOĞAN, s.39; KILIÇOĞLU, s.450; UÇAR, Dergi, s.56; BÜYÜKAY, s.44; AKKURT, s.147 vd.

¹²⁴ ERZURUMLUOĞLU, s.194-196; TUNÇOMAĞ, s.971; TANDOĞAN, s.39; KILIÇOĞLU, s.450; GÜMÜŞ, s.9; ÖZKAYA, E., Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 2016, s.1022 vd.; OKUR, s.35; UÇAR, Dergi, s.57.

¹²⁵ EREN s.9; OKUR, s.33; ARPACI, s.44; BÜYÜKAY, s.44; AKKURT, s.154-155.

gerektirmeyen hallerde yüklenicinin ölümü sözleşmeyi sona erdirmez¹²⁶. Örneğin, dava takibi, hukuki mütalaa, hasta tedavisi, ameliyat konulu sözleşmeler özel bir güven gerektiren vekalet sözleşmeleridir. Buna karşın takma dişin veya dolgunun yapımını konu olan diş teknikeri ile doktor arasındaki sözleşme eser sözleşmesidir¹²⁷.

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP

A. Eser Sözleşmesinde Ayıp Kavramı

Eser sözleşmesinde ayıp, sözleşmede tarafların kararlaştırdığı nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereğince beklenen nitelikleri, eserin taşımaması durumudur. Diğer bir anlatımla ayıp, eserdeki mevcut niteliklerin, mevcut olması gereken niteliklerden farklı olmasıdır. Eserde ayıp iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Birincisi, eserin sözleşmede kararlaştırılan niteliklerden yoksun olmasıdır. İkincisi ise eserin dürüstlük kuralı ve ticari doğruluk gereğince bulunması gereken özellikleri haiz olmamasıdır¹²⁸.

Eserde ayıp olup olmadığı, sözleşmede kararlaştırılan nitelikler ile eserin fiilen taşıdığı niteliklerin karşılaştırılması neticesinde tespit edilir. Ayrıca iş sahibinin sözleşmenin içeriği ve dürüstlük kuralı gereğince beklemekte haklı olduğu nitelikleri, bu karşılaştırmada esas alınmalıdır. İş sahibi eserin değer veya kullanılabilirlik açısından

¹²⁶ KILIÇOĞLU, s.450; EREN s.9.

¹²⁷ TUNÇOMAĞ, s.971-972.

¹²⁸ TANDOĞAN, s.161; ÖZ, T., İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016, s.192; ÖZ, T., İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989, s.92; KURSAT, Z., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017, s. 67-68; KOCAAĞA, K., İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s.138; BURCUOĞLU, H., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990, s.284; ERMAN, H., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010, s.121-124; YAVUZ, N., Ayıplı İfa, Ankara, 2014, s.637; EREN, s.634; KILIÇOĞLU, s.463; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.522; KAHRAMAN, Z., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015, s.435; ŞAHİNİZ, S., Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014, s.101; YENER, M. D., Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş sahibinin Hakları, Erzincan Üniversitesi HFD., C.4, S.1, Y.2009, s.157; ÖKTEM, S., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.5, Y.2006, s.1949.

gerekli olan nitelikleri veya sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri taşımasını beklemekte haklıdır¹²⁹.

Ayıp eserin tamamında veya bir kısmında bulunabilir. Örneğin; inşaatta gerekli miktarda çimento kullanılmaması halinde yapının tamamında, inşaatta zemine döşenen bazı mermer plakalarının çatlak olması halinde ise eserin bir kısmında ayıp bulunur¹³⁰.

Eser sözleşmesinde ayıp, yüklenicinin kendisinden veya yardımcısından kaynaklanabilir¹³¹.

1. Sözleşmede Kararlaştırılan Niteliklerin Bulunmaması

Eserin nitelikleri sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılabilir. Sözleşmede kararlaştırılan genel veya özel niteliklerin eserde bulunmaması halinde, eser ayıplıdır¹³². Genel nitelikler: esere ilişkin yer, biçim, imal şekli, ölçü, renk gibi somut eseri belirlemeye ilişkin vasıflardır. Özel nitelikler ise, genel itibarıyla belirlenmiş eseri daha yakından tanımlayan özelliklerdir¹³³. Örneğin, makinenin hassasiyet ölçüsü, kalorifer tesisatının ısıtma derecesi, köprünün taşıma gücü gibi nitelikler özel nitelik; eserin sahip olması gereken metrekare ölçüsü, yapının uzunluğu gibi nitelikler ise genel niteliklerdir¹³⁴.

Sözleşmede yüklenicinin taahhüt ettiği nitelikler olumlu veya olumsuz nitelikler olabilir. Örneğin, fayansların yüksek kalitede olacağı olumlu bir taahhüt iken, çatının veya yüzme havuzunun su geçirmeyeceğine ilişkin bir taahhüt olumsuzdur. Yüklenici eserin niteliklerine ilişkin olumlu taahhütleri yerine getirmediğinde, eser

¹²⁹ TANDOĞAN, s.162; KOCAAĞA, s.140; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565.

¹³⁰ AYDEMİR, E., Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016, s.342.

¹³¹ EREN, s.634; KOCAAĞA, s.142.

¹³² GÜMÜŞ, s.49; ŞENOCAK, s.94; DURAK, Y., Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C.1, Y:2015, s.226.

¹³³ TANDOĞAN, s.162; GÜMÜŞ, s.49; KURSAT, s.69; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; ŞAHİNİZ, s.102; ÖKTEM, s.1950.

¹³⁴ GÜMÜŞ, s.49; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565.

ayıplı olmaktadır. Aynı şekilde olumsuz taahhütlerin yerine getirilmeyerek, olumsuz taahhütteki istenilmeyen nitelikleri taşıyan eser de ayıplıdır¹³⁵.

Yüklenici tarafından bildirilen niteliklerin eksikliği, satış sözleşmesinde satılanı ayıplı hale getirmektedir. Oysaki bu kavrama eser sözleşmesine ilişkin hükümlerde yer verilmemiştir. Öğretide sözleşmede kararlaştırılmamasına rağmen, yüklenici tarafından taahhüt edilen niteliklerin yoksunluğu halinde, eserin ayıplı olduğu kabul edilmektedir¹³⁶.

2. Gerekli Niteliklerin Bulunmaması

Eser, sözleşmede kararlaştırılan nitelikler dışında, dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken nitelikleri de haiz olmalıdır. Dürüstlük kuralı, eserin normal bir değere ve kullanım elverişliliğine sahip olmasını gerekli kılar. Dürüstlük kuralına aykırı olan eser, ayıplıdır¹³⁷.

Eserin kullanım elverişliliği, sözleşmede açıkça kararlaştırılan veya sözleşme içeriğine göre belirlenen ve yüklenici tarafından anlaşılabilir olan kullanım amacına göre belirlenir¹³⁸. Örneğin, yüklenicinin soğuk iklimde imal ettiği yapıda, sıcak iklimde kullanılan ısı yalıtımı ile yetinmesi halinde, eser ayıplıdır¹³⁹.

¹³⁵ ÖZ, s.192; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.566.

¹³⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.522; TANDOĞAN, s.162-163; DUMAN, İ. H., İnşaat Hukuku, Ankara, 2018, s.787; GÜMÜŞ, s.49. GÜMÜŞ'e göre, yüklenici zamansal olarak eseri tamamlayana kadar bildirdiği niteliklerin eksikliklerinden, ayıp nedeniyle sorumludur.

¹³⁷ GÜMÜŞ, s.50; TANDOĞAN, s.164; ERMAN, s.124; TUNÇOMAĞ, s.1016; ŞENOCAK, s.97-98; ŞAHİNİZ, s.104; DURAK, s.226; TURANBOY, A., Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi, Y.1991, s.159; ÖKTEM, s.1950.

¹³⁸ ŞENOCAK, s.98-99; GÜMÜŞ, s.50.

¹³⁹ GÜMÜŞ, s.50.

3. Ayıbın Tespiti

Eserdeki ayıbın tespiti için, her eser sözleşmesinde geçerli olan genel bir ölçüt getirmek mümkün değildir. Ayıbın tespiti ancak somut sözleşme özellikleri dikkate alınarak yapılabilir. Bu nedenle eser sözleşmesindeki ayıp kavramı nispidir¹⁴⁰.

Ayıbın tespiti teknik bir husustur. Bu sebeple uygulamada genellikle teknik bilirkişilerden faydalanılarak ayıbın tespiti yapılır¹⁴¹.

Eserdeki ayıbın tespitinde, ilk olarak taraflar arasında kararlaştırılan nitelikler gözetilmelidir. Eser, sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri haiz değilse, ayıplıdır¹⁴². Sözleşmede kararlaştırılan niteliğin eksikliğinde, eserin teknik olarak kusursuz olması önemli değildir. Bu durumda eser teknik olarak kusursuz olsa dahi ayıplıdır. Yine eserin eksik niteliğine karşın, sözleşmede kararlaştırılan eser ile aynı kullanılabilirliği veya değeri taşıması, eserin ayıplı sayılmasına engel değildir¹⁴³. Hatta sözleşmedeki niteliklerin eksikliği, eserin kullanılabilirliğini veya değerini artırmış olsa bile eser ayıplıdır. Ancak iş sahibinin buna ilişkin talepleri, somut olayın şartlarına göre hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olabilir¹⁴⁴.

Sözleşmede kararlaştırılan nitelikler, eserin kullanılabilirliğini engelliyor veya kullanım amacına aykırı ise, bu niteliklerin eserde bulunmaması ayıp sayılmayabilir. Tarafların sözleşmenin kurulması esnasında bu durumu bilmeleri halinde, makul ve dürüst kişiler olarak verecekleri karar, uyuşmazlığın çözümünde esas alınmalıdır¹⁴⁵.

Uygulamada inşaat sözleşmelerine ek olarak hazırlanan teknik şartnameler, eserin sahip olması gereken nitelikleri ayrıntılı bir biçimde düzenlemektedir. Bu nedenle

¹⁴⁰SELİÇİ, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.136; ÖZ, Dönme, s.92, 97; BURCUOĞLU, s.285; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565.

¹⁴¹ ERMAN, s.122.

¹⁴² KURSAT, s. 69; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.566; ŞENOCAK, s.94.

¹⁴³ TANDOĞAN, s.163; BURCUOĞLU, s.285; ERMAN, s.110; KIRMIZI, M., Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014, s.192; ŞENOCAK, s.95-96.

¹⁴⁴ TANDOĞAN, s.163-164; ERMAN, s.122; KIRMIZI, s.192.

¹⁴⁵ ERMAN, s.122-123; TANDOĞAN, s.165.

ayıbın tespitinde teknik şartnameler kolaylık sağlamaktadır. Teknik şartnamelerdeki nitelikleri taşımayan eser ayıplıdır¹⁴⁶.

Teknik şartnameler dışında proje, vaziyet planı gibi sözleşmenin eki niteliğindeki belgeler de eserin sahip olması gereken nitelikleri ortaya koymaktadır¹⁴⁷. Dolayısıyla bu belgelerdeki nitelikleri taşımayan eser ayıplıdır.

Eserin niteliklerine ilişkin sözleşme hükümleri ile sözleşme ekleri birbiriyle çelişkili olabilir. Bu ihtimalde, duruma göre sözleşme eki olan projeye onay verilmesi sözleşme hükümlerinin değiştirilmesine yol açabilmektedir¹⁴⁸.

İşsahibi sözleşme hükümlerine uygun olarak meydana getirilen eserin ayıplı olduğunu iddia edemez. İleride ayrıntılı şekilde değinildiği üzere, sözleşmede belirlenen niteliklerin, teknik kurallara aykırı olması ya da eserin amacı doğrultusunda kullanım elverişliliğini azaltması durumunda, yüklenicinin işsahibini uyarma yükümlülüğü bulunur. İşsahibi uyarmaya rağmen sözleşme niteliklerinin uygulanmasını istemesi durumunda, eserin ayıplı olduğunu ileri süremeyecektir¹⁴⁹.

Sözleşmede kararlaştırılmayan hususlarda ise, dürüstlük kuralı ve ticari doğruluğun gerekleri esas alınır. Bu kapsamda meydana getirilecek eserin niteliği, tahsis ve kullanma amacı gözetilerek ayıbın varlığının tespiti gereklidir. Örneğin; mütevazı bir konutta ucuz fayans kullanılması ayıp sayılmayabilir iken, lüks bir otelin inşasında sözleşmede açıkça belirtilmese de yüksek kalitede fayansların kullanılmaması eseri ayıplı hale getirebilir¹⁵⁰.

¹⁴⁶ ÖZ, s.192; KURSAT, s.69.

¹⁴⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565.

¹⁴⁸ KURSAT, s.69, dp. 142; "...dosyada bulunan onaylı projenin incelenmesinden davacıların kendilerine ait daireler üzerinde onay imzalarının bulunduğu anlaşılmıştır. Sözleşmeye uygun düzenlenmeyen projeye dayanılarak, kat irtifakı veya kat mülkiyeti kurulmuş ise sözleşme hükümlerinin değiştiğinin kabulü gerekir..." Y. 23. HD., E. 2012/2388, K. 2012/4910, T. 12.07.2012, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 06.05.2020).

¹⁴⁹ ŞENOCAK, s.96-97; DUMAN, s.786; ŞAHİNİZ, s.103.

¹⁵⁰ ÖZ, s.192; KURSAT, s.76-79.

Eser, sözleşmede açıkça veya örtülü olarak kararlaştırılan özel kullanma amacına uygun imal edilmelidir¹⁵¹. Ancak işsahibi eseri normal işlevinden farklı bir amaç için kullanmayı düşünmesine karşın, yüklenicinin bundan haberinin olmaması veya haberi olmasının kendisinden beklenememesi durumu ayrıdır. Bu halde işsahibi, özel amaca uygun olmadığından ötürü eserin ayıplı olduğu ileri süremez¹⁵².

Eserin nitelikleri, sözleşmeden ya da işin gereğinden anlaşılamadığında, kıyasen TBK. m.86 hükmü uygulanmalıdır. Mezkur hüküm gereğince, eser ortalama nitelikleri haiz olmalıdır. Bu durumda, ortalamanın altındaki malzeme ve işçiliğin, eserin kullanımını ve sağlamlığını etkilememesi önemli değildir. Eserin kullanımı ve sağlamlığı yerinde olsa dahi, ortalamanın altındaki malzeme ve işçilik eseri tek başına ayıplı kılmaya yeter. İşsahibi ise eserin malzeme ve işçiliğin yüksek kalitede olmadığından bahisle eserin ayıplı olduğunu iddia edemez¹⁵³.

Dürüstlük kuralı gereğince sözleşmede kararlaştırılan bedel de ayıbın tespitinde rol oynayabilir. Olağan maliyetten çok yüksek bir götürü bedel, yüksek kalitede işçilik ile malzeme kullanılmasının beklendiğini gösterebilir. Aynı şekilde, oldukça düşük bir götürü bedel, düşük kalitede işçilik ile malzeme kullanılmasına işsahibinin razı olduğu anlamına gelebilir. Ancak düşük kalitedeki malzeme ve işçilik, bir takım arıza ve bozukluklara neden oluyorsa, eser ayıplıdır. Zira düşük götürü bedel, yüklenicinin ayıpsız bir eser teslim borcunu ortadan kaldırmaz. Bu nedenle yüklenici düşük götürü bedeli ileri sürerek, eserdeki bozuklukların ayıp teşkil etmediğini savunamaz. Örneğin, cüzi bedelli bir sözleşmede yüklenici, sızdıran ve paslı boru sistemli bir eserden ya da yalıtımın bozuk olması nedeniyle tavanı akan bir eserden ayıp nedeniyle sorumlu olacaktır¹⁵⁴.

Sözleşmede kararlaştırılmayan eserin niteliklerine ilişkin hususlarda, mevzuat hükümleri de gözetilmelidir. Örneğin; eserin mahiyetine göre imar mevzuatı, inşaat

¹⁵¹ TANDOĞAN, s.164.

¹⁵² ÖZ, Dönme, s. 93; SELİÇİ, s.140-141; KURSAT, s. 79.

¹⁵³ ÖZ, s.193; KURSAT, s.76-77; DUMAN. s.789; TANDOĞAN, s.164.

¹⁵⁴ ÖZ, s.192-193; KURSAT, s.79.

teknikğine ilişkin mevzuat, deprem yönetmeliği gibi mevzuatlar dikkate alınmalıdır. Ayıbın tespitinde mevzuatta yer alan asgari ölçütler önem kazanmaktadır¹⁵⁵.

Sözleşmenin kurulması aşamasında iş sahibinin eserde meydana gelecek eksik nitelikleri bilmesi durumunda, eser ayıplı değildir. Zira bu durumda eserin eksik niteliklerle olacağı sözleşmede kararlaştırılmış sayılır. Yine eserin benzerlerine nazaran düşük kalitede olacağını iş sahibi biliyor ise, eserin düşük kalitede olması ayıp olarak nitelendirilmez. Örneğin, yüklenicinin düşük kalitede malzeme kullanmasına, eserin ucuz olması için kasten göz yuman iş sahibinin durumu böyledir¹⁵⁶.

İş sahibinin ticari veya mesleki olmayan amaçlarla kurduğu eser sözleşmesi, tüketici işlemi niteliğindedir¹⁵⁷. Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerine ise 6502 sayılı TKHK hükümleri öncelikle uygulanır. Tüketici işlemlerinde sözleşmede kararlaştırılmamasına ve işin niteliği gerektirmemesine rağmen, reklam ve ilanlardaki niteliklerin eksikliği nedeniyle, eser ayıplı sayılmaktadır. Ancak ayıbın varlığı için sözleşmenin reklam ve ilanlar sayesinde yapılması gerekir. Karşılaşılması çok düşük bir ihtimalde olsa yüklenici, tüketicinin reklam ve ilanlardan haberdar olmadığını, haberdar olmasının kendisinden beklenemeyeceğini veya sözleşmenin yapılmasında reklam ve ilanların hiçbir etkisinin olmadığını ispatlayarak, eserin ayıplı sayılmasını engelleyebilir¹⁵⁸.

Uygulamada rastlanılan büyük ölçekli yerleşim yeri, site, plaza yapımına ilişkin inşaat sözleşmelerinde sosyal tesislerin çevre düzenlemesinin eksikliği ayıp niteliğindedir. Ancak bu projeler uygulamada genellikle inşaat sözleşmeleri değil, taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri şeklinde yapılmaktadır. Ancak yapılacak inşaat,

¹⁵⁵ KURSAT, s.76.

¹⁵⁶ ÖZ, Dönme, s.94.

¹⁵⁷ 6502 sayılı TKHK m.3/b. I: “Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi...ifade eder”.

¹⁵⁸ ÖZ, s.192.

yalnızca daire tipi seçiminin ötesinde, müşterinin belirlediği niteliklerle inşaat yapılması durumunda, eser sözleşmesi mevcuttur¹⁵⁹.

Ayıbı ispat külfeti, iş sahibine aittir. Ayıp, her türlü delil ile ispat edilebilir¹⁶⁰. İhraç edilip geri getirilemeyen mallara ilişkin ayıp iddiası, uygulamada genellikle reklamasyon faturası ile yükleniciye bildirilmektedir. Ayıbın tespiti için eser üzerinde inceleme yapılması gereklidir. Bu nedenle üzerinde inceleme yapılamayan eserler için tek başına reklamasyon faturası, ayıp iddiasını ispatlamaz¹⁶¹.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ayıbın yalnızca yükleniciye ait olan bağımsız bölümlerde olması durumu ayrıca değerlendirilmelidir. Bu halde, iş sahibine ait bağımsız bölümlerde veya ortak alanda ayıp olmadığından, iş sahibinin zararı yoktur. Dolayısıyla iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamaz¹⁶².

B. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıbın Çeşitleri

1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp

Açık ayıp ve gizli ayıp ayrımı iş sahibinin haklarını kullanırken tabii olacağı şartları belirlemesi açısından önemlidir¹⁶³. Eserin teslimi anında açıkça veya basit bir incelemeyle görülebilecek ayıplar, açık ayıptır¹⁶⁴. Örneğin; tamir edilen telefonda arızanın devam etmesi, çıkarıldığı ifade edilen lekenin halen mevcut olması gibi durumlarda açık ayıp söz konusudur¹⁶⁵.

¹⁵⁹ ÖZ, s.193-194.

¹⁶⁰ EREN, s.634; GÜMÜŞ, s.67; KOCAAĞA, s.142.

¹⁶¹ İthalatçı firmanın eseri iade etmemesi ve ayıptan dolayı telafi amacıyla kestiği fatura, reklamasyon faturası olarak nitelendirilir.; SELİMOĞLU, Y. E., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017, s.152.

¹⁶² AYDEMİR, s.351; Y. 15. HD., E. 1983/322, K. 1983/347, T. 24.2.1983.

¹⁶³ BURCUOĞLU, s.286; ERMAN, s.125; BÜYÜKAY, s.98.

¹⁶⁴ KILIÇOĞLU, s.465; GÜMÜŞ, s.51; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; TANDOĞAN, s.167; KOCAAĞA, s.141; BURCUOĞLU, s.286; ERMAN, s.125; KURSAT, s.68; YAVUZ, s.638; AYDEMİR, s.346; KOSTAKOĞLU, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015, s.448; ŞENOC AK, s.104; ŞAHİNİZ, s.106; DURAK, s.226; ŞAHİN, S.139; TURANBOY, s.161; YENER, s.157; UÇAR, s.130.

¹⁶⁵ KILIÇOĞLU, s.465; Ayrıca eserde nefaset kesintisi yapılmasını gerekli kılan ayıplar da açık ayıp niteliğindedir. Bknz. KARATAŞ, İ., Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009, s.177; Y. 15. HD., E.2007/3691, 2008/2624, T. 21.04.2008.

Eserin teslimi anında açıkça belli olmayan veya basit bir incelemeyle ortaya çıkmayan ayıplar, gizli ayıptır. Diğer bir anlatımla usulüne göre gözden geçirme sırasında görünmeyen, detaylı ve teknik bir inceleme ile ortaya çıkan veya sonradan ortaya çıkan ayıplar gizli ayıptır¹⁶⁶. Örneğin; sipariş verilen takının 22 ayar değil 18 ayar olması, motorlu aracın gözle görülmeyen bir yerinde yapılan tamirde kullanılan yedek parçanın orijinal değil ikinci el olması durumlarında gizli ayıp söz konusudur¹⁶⁷.

Kasten gizlenen ayıbın varlığı için, ayıbın olağan bir inceleme ile gözükmeyecek şekilde gizlenmiş olması ve yüklenicinin kötü niyetli olması gereklidir. Kasten gizlenen ayıp, açık ayıp veya gizli ayıp niteliğinde olabilir¹⁶⁸.

2. Önemli Ayıp – Önemsiz Ayıp

Önemli ayıp – önemsiz ayıp ayrımı, iş sahibinin yararlanabileceği hakların türünün belirlenmesi yönünden önemlidir¹⁶⁹.

Önemli ayıp, eserdeki ayıp nedeniyle eserin iş sahibi tarafından kullanılmadığı veya iş sahibinden haklı olarak eseri kabul etmesinin beklenemediği ayıplardır. Önemsiz ayıp (diğer bir ifadeyle daha az önemli ayıp) ise, ayıba rağmen iş sahibinden eseri kabul etmesinin beklenebildiği ayıp çeşididir¹⁷⁰.

Önemli ayıp durumunda iş sahibi diğer koşulları sağlaması şartıyla tüm seçimlik haklarını kullanabilirken, önemsiz ayıpta sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklara başvurabilecektir¹⁷¹.

¹⁶⁶ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; KILIÇOĞLU, s.465; GÜMÜŞ, s.51; TANDOĞAN, s.167; BURCUOĞLU, s.286; KOCAAĞA, s.141; RUHİ, C./RUHİ, A. C., Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2018, s.48; ERMAN, s.125; YAVUZ, s.638; AYDEMİR, s.350; KOSTAKOĞLU, s.451; ŞENOCAK, s.104; ŞAHİNİZ, s.106; DURAK, s.226; ŞAHİN, s.140; TURANBOY, s.161; YENER, s.157.

¹⁶⁷ KILIÇOĞLU, s.465.

¹⁶⁸ GÜMÜŞ, s.52-53.

¹⁶⁹ BURCUOĞLU, s.286; KOCAAĞA, s.142; ERMAN, s.126; BÜYÜKAY, s.99.

¹⁷⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; TANDOĞAN, s.167; KOCAAĞA, s.141-142; BURCUOĞLU s.286; ERMAN, s.126; ŞENOCAK, s.104; ŞAHİNİZ, s.108; BÜYÜKAY, s.99.

¹⁷¹ GÜMÜŞ, s.51; KOCAAĞA, s.142; ŞENOCAK, s.104-105; DURAK, s.227; ŞAHİN, s.140; TURANBOY, s.162; YENER, s.157; BÜYÜKAY, s.99.

3. Maddi Ayıp – Hukuki Ayıp

Maddi ayıp, eserde sözleşmede belirlenen fiziksel niteliklerin veya dürüstlük kuralı gereğince sahip olması gereken niteliklerinin bulunmamasıdır. Bu ayıp türü, eserin fiziksel, kimyasal veya teknik yapısında bulunan bir ayıptır. Hukuki ayıp ise eserden tasarruf etme veya eserden yararlanma imkanını tamamen ortadan kaldıran ya da kısıtlayan her türlü kamu hukuku sınırlamasıdır¹⁷². Örneğin, elbisenin paça boylarının eşit olmaması, yapılan inşaatla duvarların çatlak olması durumlarında maddi ayıp¹⁷³; inşaatın arsa çapının dışına taşırılması, projeye aykırı oluşturulan yapılar, yapı kullanma izni verilmemiş inşaatlar durumlarında ise hukuki ayıp mevcuttur¹⁷⁴. Ayrıca yapı kullanma izninin, eserdeki birtakım eksiklikler ve bozukluklar nedeniyle verilmemesi durumunda, eserde maddi ayıp mevcuttur¹⁷⁵. Yargıtay, yapı kullanma izni verilmemiş yapılarda, fiilen yapıda oturulması durumunda, işsahibinin gecikmeden kaynaklı kira tazminatı talep edemeyeceğini kabul etmektedir¹⁷⁶. Ayrıca üçüncü kişilerin eser üzerindeki üstün hak iddiaları, hukuki ayıp olarak nitelendirilemez. Bu durumda, zapttan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁷.

ÖZ¹⁷⁸'e göre, eser sözleşmesi hükümleri maddi ayıplar yönünden düzenlenmiştir. Bu nedenle hukuki ayıp durumunda işsahibi ayıptan doğan haklara

¹⁷² BURCUOĞLU, s.285-286; ERMAN, s.125; TANDOĞAN, s.167; GÜMÜŞ, s.50; KOCAAĞA, s.141; AYDEMİR, s.343; DAYINLARLI, K., İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2008, s.52; ARPACI, s.252-253; ŞENOC AK, s.103; ŞAHİNİZ, s.105; ŞAHİN, s.139; YENER, s.157; BÜYÜKAY, s.96-97.

¹⁷³ ERMAN, s.125; TANDOĞAN, s.167; BURCUOĞLU, s.285-286; YAVUZ, s.638-639; GÜMÜŞ, s.50; KOCAAĞA, s.141.

¹⁷⁴ AYDEMİR, s.343-344; KURSAT, s.72-73.

¹⁷⁵ ÖZ, s.193.

¹⁷⁶ AYDEMİR, s.344, dp.174; Y. 15. HD., E. 1988/4421, K. 1989/2513 ve T. 25.05.1989: “...Her ne kadar sözleşmenin 6. maddesinde, yükleniciye verilmesi gereken dava konusu iki bağımsız bölümün yüklenici adına tescili için iskan raporunun alınmasına bağlı tutulmuş ise de, dairemizin öteden beri yerleşmiş içtihatlarına göre oturma izninin alınmaması inşaat açısından hukuki bir ayıp teşkil eder. Diğer kusurlu ve eksik işlerde olduğu gibi oturma iznine bağlı hukuki ayıbın giderilmesi masraflarının yükleniciye ait olacağı tabiidir. Diğer bir anlatımla, oturma izni bulunmayan bağımsız bölümlerin fiilen teslim alınmasına ve kullanılmasına engel bir durum mevcut değildir...”, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 17.05.2020); YHGK, E.2012/13352, K.2012/913, T.28.11.2012, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 31.08.2020).

¹⁷⁷ KOCAAĞA, s.141.

¹⁷⁸ ÖZ, Dönme, s.93; BURCUOĞLU, s.286.

değil, genel hükümlere başvurabilir. Yazara göre, hukuki ayıbın eserdeki maddi ayıptan kaynaklanması hallerinde iş sahibi ayıptan doğan haklara başvurabilir. Yapıdaki maddi ayıptan dolayı oturma izninin alınmaması bu duruma örnek verilebilir.

4. Birincil Ayıp – İkincil Ayıp

Muayene sırasında mevcut olan, önce gelen, kaynak niteliğindeki ayıp birincil ayıptır. Birincil ayıptan kaynaklanan, sonradan ortaya çıkan ayıplar ise ikincil ayıptır. İş sahibi ayıplar arasındaki bağlantıya rağmen, ikincil ayıp için ayrıca yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilir¹⁷⁹. Örneğin, ayıplı olan bir beton duvarının sonradan yıkılması durumunda ikincil bir ayıp mevcuttur¹⁸⁰.

Eserde teslimden sonra oluşan bozulmanın, önceki ayıpla ilgisi yoksa, iş sahibi ayıp hükümlerine başvuramayacaktır¹⁸¹.

C. Ayıp Sayılmayan Durumlar

1. Başka Bir Şeyin Teslimi (Aliud)

Yüklenicinin borçlandığı eserden bambaşka bir eser meydana getirerek iş sahibine teslim etmesi halinde, başka bir şeyin teslimi mevcuttur¹⁸². Örneğin, mevcut bir binanın yıkılarak yenisinin yapılmasının borçlanıldığı sözleşmede, yüklenici tarafından mevcut yapının tadil edilmesi halinde aliud söz konusudur¹⁸³.

¹⁷⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; GÜMÜŞ, s.52; TANDOĞAN, s.167; BURCUOĞLU, s.28; ERMAN, s.114; KURŞAT, s.68; BÜYÜKAY, s.99; ACUN'a göre, birincil ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerinin yerine getirilmesi sırasında, iş sahibinin birincil ayıbın ileride ikincil ayıbı oluşturacağını öngörmesi halinde, iş sahibi ikincil ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğuna başvuramaz. Bknz, ACUN, H., Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Antalya, 2018, 15.

¹⁸⁰ BURCUOĞLU, s.286; KURŞAT, s.68; ERMAN, s.126.

¹⁸¹ SELİÇİ, s.142.

¹⁸² GÜMÜŞ, s.53; TANDOĞAN, s.166; YAVUZ, s.637-638; GÖKYAYLA, s.137.

¹⁸³ YAVUZ, s.637-638; TANDOĞAN, s.166.

Ayıplı ifa halinde meydana getirilen eserin niteliklerinde sözleşmeden sapma oluşmuştur. Aliud halinde ise, sözleşmeden sapma değil, sözleşmeye uygun olmayan başka bir şey teslim edilmiştir. Aliud hiç ifa etmemenin bir çeşididir¹⁸⁴.

Başka bir şeyin teslimi halinde, ayıplı ifa hükümleri değil, borcun ifa edilmemesine ilişkin genel hükümler uygulanacaktır¹⁸⁵. Aliud durumunda ayıplı ifa halinde aranan muayene ve bildirim külfetleri bulunmamaktadır¹⁸⁶.

2. Eksik İş

a. Genel Olarak

Eksik iş, sözleşmede kararlaştırılan işlerin veya eserin kullanım amacına göre yapılması gerekli işlerin, bir kısmının yapılmamasıdır. Bu kapsamda eksik iş, nitelikteki bozukluktan ziyade, yapılması gereken birtakım işlerin hiç yapılmamış olmasıdır¹⁸⁷. Eksik iş sözleşmedeki eserin kullanım amacına göre belirlenir. Örneğin, bina yapımında kapıların takılmaması eksik iş olmasına karşın köprü inşaatında bu durum eksik iş olarak nitelendirmez. Eksik iş, ifanın eksik olması diğer bir anlatımla ifanın tam olarak yerine getirilmemesidir. Eksik iş durumunda işsahibi eseri kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda, işsahibi temerrüt nedeniyle borca aykırılık hükümlerine başvurabilir¹⁸⁸. Eksik iş halinde eserden kullanım amacına göre faydalanmak mümkün değildir. Ayıplı bir eser halinde ise eserden kullanım amacına göre faydalanmak mümkündür ancak faydalanmanın kalitesi azalmaktadır. Örneğin, inşaatın katlarının

¹⁸⁴ İPEK, E., Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul, 2016, s.271-272.

¹⁸⁵ KURSAT, s.83; BURCUOĞLU, s.286-287; TANDOĞAN, s.166; ŞENOCAK, s.105-106; GÜMÜŞ, s.53; YAVUZ, s.637-638.

¹⁸⁶ İPEK, 272; ŞENOCAK, s.105-106.

¹⁸⁷ KOCAAĞA, s.142; GÖNEN, C., İnşaat Sözleşmelerin İfasında Eksik İş – Ayıplı İfa Ayrımı, Prof. Dr. Hasan ERMAN' a Armağan, İstanbul 2015, s.344; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.523; DURSUN, S. A., Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları, Legal Hukuk Dergisi, S.101, Y.2011, s.1847; ACAR, F., Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.134, Y.2013, s.7; ÖZCAN, Z., İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.11, Y.2018, s.325.

¹⁸⁸ KURSAT, s.81 vd.; BURCUOĞLU, s.286; KOCAAĞA, s.142; GÖNEN, s.344; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.523; DURSUN, s.1855.

bitirilmemesi, çatısının yapılmaması eksik iş iken projeye göre küçük yapılmış, fayansları ters yerleştirilmiş olan yapı ise ayıplıdır.¹⁸⁹

Eserin tamamına kıyasla çok küçük bir kısmının yapılmaması durumunun, eksik iş mi yoksa ayıplı eser mi olduğu tartışmalıdır. Bu duruma örnek olarak inşaattaki kapı kollarının veya elektrik düğmelerinin takılmaması verilebilir. KURSAT'a göre bu hal eksik iş olarak değerlendirilmelidir¹⁹⁰. ÖZ'e göre ise, bu durumda ayıplı ifa mevcuttur¹⁹¹. ÖZ, bazı istisnai hallerde eksik kalan işin değeri çok yüksek olmasına karşın, bunun eksik iş değil, ayıp olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmuştur. Örneğin, sözleşmeye göre ucuz bir villanın içine yapı maliyetinin yüzde 50'sini oluşturacak çok pahalı fayanslar kullanılması gerekirken, yüklenicinin ucuz fayans kullanması halinde, eksik iş değil ayıplı eser mevcuttur.

Ayıplı bir eser mi yoksa eksik iş mi olduğunun tespiti pratikte oldukça karmaşıktır. Doktrinde bir görüşe göre bu ayrım şu kıstas ile yapılabilir: Öncesinde yapılan işler bozulmadan veya değiştirilmeden eser tamamlanabiliyorsa eksik iş aksi halde ise ayıplı bir eser mevcuttur. Örneğin, bu görüşe göre inşaatta astardan önce boya sürülmesi durumunda eksik iş değil ayıplı bir eser vardır¹⁹². ÖZ'e göre ise, bu kıstasa gerek kalmamıştır. Zira yazar, kısa ayıp ihbarı yükümlülüğü ile TTK'deki kısa zamanaşımı süresine karşı, işsahibini zor durumda bırakmamak için Yargıtay'ın önceden böyle bir ölçüt kullandığını savunmuştur. Yazara göre, TTK'deki kısa zamanaşımı süresi kaldırıldığından ve işsahibinin ihbar yükümlülüğüne geniş istisnalar getirildiğinden, artık bu içtihadın uygulama alanı kalmamıştır. Ayrıca bu durumun eksik iş olarak kabulü işsahibini ayıba karşı seçimlik haklarından mahrum bırakacağından, işsahibinin aleyhinedir¹⁹³.

¹⁸⁹ ÖZ, s.194-195.

¹⁹⁰ KURSAT, s.86.

¹⁹¹ ÖZ, s.195.

¹⁹² TANDOĞAN, s.160-161; KURSAT, s.86; DURSUN, s.1847.

¹⁹³ ÖZ, s.192, dp.86; KURSAT, s.87.

Genel kabule göre, eser sözleşmesinde, satış sözleşmesinin aksine ayıp hükümleri, genel hükümleri dışlayıcı nitelikte özel hükümlerdir¹⁹⁴. KURSAT'a göre ise, satış sözleşmesindeki ayıba ilişkin hükümlerle genel hükümlerin yarıştığı görüşünün, eser sözleşmesine uygulanmasına engel bir husus yoktur. Yazara göre, eksik işin eserin kullanım amacını da etkilediği şüphesizdir. Bu nedenle eksik iş durumunda, iş sahibi eseri kabul etmeyip genel hükümlere başvurabileceği gibi, eseri kabul edip genel hükümlere veya ayıp hükümlerine de başvurabilmelidir. Eserin teslim edilmiş olması, işin eksik yapıldığı gerçeğini ve eksiklikler nedeniyle ayıp etkisini ortadan kaldırmamaktadır¹⁹⁵.

Taraflardan birinin tüketici olduğu eser sözleşmeleri ile ilgili olarak şunu belirtmek gerekir: TKHK'de eserin sözleşmedeki süre içerisinde eser teslim edilmemesi (m.8/f.3) ve işe sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde başlanmaması (m.13/f.1) durumları ayıp olarak nitelendirilmiştir. Bu hallerde borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. ÖZ'e göre kanundaki bu durumların ayıp olarak belirtilmesi açık bir hatadır¹⁹⁶.

Eserin teslim alınma zorunluluğu konusu öğretide tartışmalıdır. Öğretideki bir görüşe göre, eserin ayıplı olması halinde eserin teslim alınması zorunludur; eksik iş halinde ise eserin teslim alınma zorunluluğu yoktur¹⁹⁷. Öğretideki diğer görüş ise eserin teslim alınma zorunluluğunu, ayıp veya eksik iş durumuna göre değil, aykırılığın ağırlığına göre belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁸.

¹⁹⁴ YÜCER AKTÜRK, İ., Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012, s.264.

¹⁹⁵ KURSAT, s.88-89.

¹⁹⁶ ÖZ, s.196.

¹⁹⁷ ŞAHİNİZ, s.64 vd.

¹⁹⁸ KURSAT, s.90.

b. Yüzölçümü Eksikliğinin Değerlendirilmesi

Doktrinde yüzölçümü eksikliği halinde, eser genellikle ayıplı sayılmaktadır¹⁹⁹. Bu görüş, TBK. m.244'te satış sözleşmesine ilişkin olarak yüzölçümü eksikliğinin ayıp olarak nitelendirilmesini dayanak olarak kabul etmiştir²⁰⁰. Ayrıca yapının diğer kısımlarına zarar verilmeksizin, yüzölçümü eksikliğinin giderilmesi mümkün değildir. Bu nedenle yüzölçümü eksikliğinin ayıp olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur²⁰¹.

Yargıtay'ın yüzölçümü eksikliğine ilişkin kararları ise istikrarlı değildir. Yargıtay, yüzölçümü eksikliğini, önceki içtihatlarında ayıp²⁰² olarak nitelendirmekteydi. Ancak Hukuk Genel Kurulu Kararı ile birlikte yüzölçümü eksikliği eksik iş olarak kabul edilmektedir²⁰³. Hukuk Genel Kurulu Kararı ve sonraki yargıtay kararlarında, bu

¹⁹⁹ KURSAT, s.89-90; ŞAHİNİZ, s.54; AYAN, s.62; ÖZÇELİK, Ş. B., 6502 Sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanuna Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi HFD., C.64, S.4, Y.2015, s.1174, (<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/49154/21484.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

²⁰⁰ DURSUN, s.1848.

²⁰¹ ŞAHİNİZ, s.54.

²⁰² KARAHASAN, M. R., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. IV, İstanbul, 2004 s.1396, Y. 15. HD., E.1988/3833, K.1988/3756, T.15.11.1988; Y. 13. HD., E. 2013/15540, K. 2014/12779, T. 22.04.2014., Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 17.05.2020).

²⁰³ YHGK E.1992/15649, K.1992/732, T. 09.12.1992, "...Satım ile eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerinde yakın benzerlik varken, taşınmaz satışında yüzölçümünün eksik çıkmasını ayıp sayan BK.nun 215. maddesi hükmüne, benzer bir hükme eser sözleşmesinde yer verilmemiştir. Yüzölçümündeki noksanlığı satıma hasren vasfa ilişkin ayıp sayan bu hükmün, eser sözleşmesinde de uygulanması gerekmez. Hukuk Genel Kurulu'nun 13.11.1957 gün, 4/80 Esas, 77 Karar sayılı ilamında da,"... Satılan bir gayrimenkulün yüzölçümünün eksik çıkması durumunun, vasıfla ilişkisi bulunmaması dolayısıyla aslında malın vasfındaki ayıp halindeki tekeffüle ait hükümlerle bir ilgisinin bulunmaması gerekirdi" denilmekle, genelde yüzölçüsündeki noksanlığın ayıp sayılamıyacağı görüşü benimsenmiştir. Aksine düşünce, muayene ve ihbar külfetine ilişkin hükümlerin tacir olmayan alıcılar -iş sahipleri için ağır olduğu, muayene biçim ve süreleri, için daha geniş davranılmasının uygun olacağı, aktin gereği gibi yerine getirilmemesinden dolayı genel hükümlere göre istemde bulunabilme olanağı tanınmasını savunan yeni görüşlere de ters düşmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan-Borçlar H., C. I/1, s. 170 vd.).Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmedeğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölüme mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir. İnşaat davacı arsasında yapıldığından eseri red olanağı olmayan arsa sahibi, çoğu kez taşıyıcı duvarın varlığı, statik hesaplar, komşu bağımsız bölümün el değiştirmesi vs. zorunlu nedenlerle aynen ifayı, eksikliğin giderilmesini isteme olanağından da mahrumdur. Yüzölçümünde noksanlığın fahiş boyutlara ulaştığı ve uygulamada zaman zaman karşılaşılan üç odalı yerine iki odalı daire teslimi gibi hallerde ise "değişik eser"in (aliud) varlığı söz konusudur. Kuşkusuz bu durumlarda da borcun ifasına dair genel hükümlere başvurulabilmektedir (Prof. Dr. H. Tandoğan age., 2. c., s. 166; T. Öz, İşsahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, 1989 B., s. 94; Dç. Dr. H. Burcunoğlu H.

durumun eksik iş olarak kabul edilmesinde, tacir olmayan işsahibi kimseler için ağır olan muayene ve ihbar külfetleri aranmaması düşüncesi etkili olmuştur²⁰⁴.

c. İskan İzninin Değerlendirilmesi

İmar Kanunu m.30 gereğince iskan izni alınmasından inşaat sahibi sorumludur. Eserin işsahibinin taşınmazı üzerinde imal edilmesi durumunda işsahibi, yüklenicinin taşınmazı üzerinde imal edilmesi durumunda ise yüklenici imar iznini almakla yükümlüdür²⁰⁵. Buna karşın sözleşmede taraflar genellikle iskan iznini alma yükümlülüğünü yükleniciye bırakmaktadır²⁰⁶. Yargıtay kararlarında, anahtar teslim şeklinde yapılan sözleşmelerde taraflar açıkça kararlaştırmış olmasa dahi sözleşmenin iskan izninin alınmasını da kapsadığı ifade edilmektedir²⁰⁷.

İskan izninin alınmamasının, hukuki ayıp mı yoksa eksik iş mi olduğu öğretide tartışmalıdır. Eksik iş nedeniyle sorumlulukta, yüklenicinin muayene ve ihbar külfeti yoktur. Ayıp nedeniyle sorumlulukta ise işsahibinin muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmesi şarttır.

Öğretide bir görüşe göre iskan izninin alınmaması durumunda, işsahibi ayıba ilişkin hükümlere başvurabilir²⁰⁸. Öğretideki diğer bir görüşe göre, iskan izninin alınmaması eksik ifa olarak kabul edilmelidir. Bu durumda yüklenici eksik ifa nedeniyle

Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve T.H.Ar. Enstitüsü, Y. 1990 B., s. 286 vd) Bu itibarla; yüklenici tarafından bağımsız bölümün kararlaştırılardan küçük yapılması halinde teslimde çekince koymaya, ya da ihbara gerek olmaksızın eksik ifadan ötürü genel hükümlere göre BK.nun değişik 126 /son maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresinde dava açılabilceği gözönünde tutularak Özel Daire kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi doğru değildir. O halde usul ve Yasaya uygun bulunmayan direnme kararı bozulmadır..."; YHGK., E.2000/151134, K.2000/1191, T. 27.09.2000; YHGK., E.2013/131172, K.2014/1081, T.24.12.2014; Y. 23. HD., E.2016/1343, K.2018/2843, T.17.04.2018; Y. 15. HD. 2019/77, K.2019/34/78, T.16.09.2019; Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 10.05.2020); ÖZCAN, s.330-331.

²⁰⁴ DURSUN, s.1849; ŞAHİNİZ, s.50-51.

²⁰⁵ ALTINER YOLCU, F. Z., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Konut Satışlarında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018, s.289.

²⁰⁶ ŞAHİNİZ, s.42.

²⁰⁷ Y. 15.HD. E.2012/2334, K.2012/3573, T.17.05.2012, KIRMIZI, s.473, dp.756; ŞAHİNİZ, s.16.

²⁰⁸ SELİÇİ, s.138-139; Yazar, iskan izninin alınmamasını teslim engeli olarak kabul etmektedir. Ancak iskan izninin alınmamasına rağmen işsahibi tarafından eserin teslim alınması halinde, ayıp hükümlerine başvurulabileceğini ifade etmektedir.; GÜMÜŞ, s.50; ŞENOC AK, s.102.

temerrüte ilişkin hükümlere başvurabilir²⁰⁹. Bu görüşe göre, eser fiilen teslim alınmış olsa dahi, hukuken teslim gerçekleşmemiştir. Zira iskan izninin alınmamış olması nedeniyle yapı tamamlanmamış olup, tamamlanmayan eserin tesliminden hukuken bahsedilemez. ÖZ, iskan izninin alınmamasını hukuki ayıp olarak kabul etmekle birlikte ayıba ilişkin hükümlere değil, genel hükümlere başvurulacağını belirtmiştir. Zira yazar, eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin yalnızca maddi ayıplara ilişkin olarak düzenlendiğini savunmaktadır²¹⁰. Öğretideki diğer görüş ise, bu duruma ilişkin eserin teslim alınıp alınmamasına göre ayırım yapmaktadır. Sözleşmede yüklenicinin iskan ruhsatı alma yükümlülüğünün olduğu durumda, iskan ruhsatının alınmaması, eksik ifa olarak veya ayıplı ifa olarak nitelendirilebilir. Bu halde işsahibi eserin teslimini kabul etmeyerek eksik ifa nedeniyle temerrüt hükümlerine başvurabileceği gibi, eseri teslim alarak ayıplı ifa hükümlerine de başvurabilir²¹¹.

Yargıtay önceki içtihatlarında iskan izninin alınmamasını ayıplı ifa olarak nitelendirmiştir²¹². Dolayısıyla eserin fiilen teslim alınmasında işsahibi açısından bir sakınca bulunmamaktaydı²¹³. Buna karşın, Yargıtay güncel içtihatlarında ise, bu içtihadından dönerek, iskan izninin alınmamasını eksik ifa olarak nitelendirmektedir²¹⁴. Bu nedenle işsahibi, iskan izni bulunmayan taşınmazı fiilen teslim almasıyla birlikte, hukuki teslim de gerçekleşecektir. Dolayısıyla, muayene ve bildirim külfetlerine ilişkin süreler, işsahibinin eseri fiilen teslim aldığı tarih itibarıyla başlayacaktır²¹⁵.

²⁰⁹ ŞAHİNİZ, s.49; AYAN, S., İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008, s. 67-70; Nezih SÜTÇÜ, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. I, Ankara 2013, s.516.

²¹⁰ ÖZ, Dönme, s.93.

²¹¹ KURSAT, s. 74.

²¹² KURSAT, s. 75; Y. 15. HD. E. 1658, K. T. 1746, 29.09.1977; Y. 15. HD. E. 1968/4243, K. 1987/2172, T. 14.05.1987; Y. 15. HD. E. 2731, K. 4015, T. 04.10.1989.

²¹³ ŞAHİNİZ, s.42.

²¹⁴ KURSAT, s. 75; Y. 15. HD. E. 1739, K. 5138, T. 31.10.2003, Y. 15. HD. E. 2003/6625, K. 2004/3541, T. 24.06.2004; Y. 15. HD. E. 2004/2902, K. 2005/1354, T. 10.03.2005; E. 2006/6821, K. 2007/7876, T. 06.12.2007; Y. 15. HD. E. 325, K. 4061, T. 14.07.2010; YHGK, E. 2015/525, K. 2015/619, T. 01.12.2010; Y. 15. HD. 2012/7797, K. 2013/2190, 01.04.2013; YHGK, E. 2013/1140, K. 2014/905; 12.11.2014. (KAZANCI); Y.23. HD. E.16.03.2017, K.2017/851, T.16.03.2017 Kazancı E.T. (Bknz. ÇETİNTEPE, E., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Ankara, 2020, s.99-100); ÖZCAN, s.328-329.

²¹⁵ ŞAHİNİZ, s.43; ALTINER YOLCU, s.289-299.

3. Fazla İş

Eserin taraflarca kararlaştırılan sayı ve büyüklükten daha fazla imal edilmesi durumunda fazla iş mevcuttur. Kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kararlaştırılardan daha değerli ya da daha fazla veya daha büyük bağımsız bölümler imal etmesi durumuna sıklıkla karşılaşılmaktadır. Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan eseri meydana getirmekle yükümlüdür. Bu nedenle, imar durumunun imkan verdiğinden bahisle yüklenici eseri kararlaştırılardan daha büyük olarak imal edemez. Aksi halde yüklenici sözleşmeyi ihlal etmektedir. Ayrıca işsahibi tarafından fazla işten faydalanıldığı halde, bunun borca aykırılık olarak ileri sürülmesi, somut olaya göre dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir²¹⁶.

Fazla işin ayıp niteliğinde olup olmadığı değişiklik göstermektedir. Fazla yapılan inşaat, yapı kullanım belgesi almaya engel değilse ve taraflara ait bağımsız bölümler eşit oranda artırıldıysa, ayıptan bahsedilemeyecektir. Ancak sözleşmedeki paylaşım hükmü bozularak, yüklenicinin yalnızca kendisine kalacak bölümleri artırması halinde, ayıplı bir eser mevcuttur²¹⁷.

4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi

Yüklenici eseri sözleşmedeki niteliklere ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Bu nitelikleri haiz olarak ayıpsız bir şekilde eserin işsahibine tesliminden sonra, eserin kötüleşmesi durumunda, ayıp söz konusu değildir. Zira yüklenicinin teslimden sonra eseri koruma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Sözleşme ile yüklenicinin teslimden sonra eseri koruma yan yükümlülüğü kararlaştırılmış olabilir. Bu ihtimalde ise yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu değil, genel hükümlere göre sözleşmenin ihlalinden dolayı sorumluluğu söz konusudur. Eserin teslimi anında mevcut olan bir ayıbın sonradan büyümesi veya ikincil bir ayıba neden olması durumunda, yüklenici ayıptan sorumludur²¹⁸.

²¹⁶ KURSAT, s.79-80.

²¹⁷ ÖZ, s.194; KURSAT, s.80.

²¹⁸ DUMAN, s.789; ŞENOCAK, s.107; TANDOĞAN, s.166.

5. Garanti Taahhüdü

Yüklenici tarafından, eserin nitelikleri ile ilgili olmayan, edim konusu dışında başkaca etkenlerin sonuçlarıyla ilgili taahhütler verilebilir. Eserin teslim sonrası iş sahibine sağlayacağı yararlarla ilişkin taahhütler bu kapsamdadır. Ayıp, teslim anında mevcut olan ve gerçekleşmesi mümkün olan olgulara ilişkindir. Bu nedenle yüklenicinin bu tür taahhütleri, eseri ayıplı hale getirmez. Yüklenicinin bu kapsamdaki taahhüdü, sözleşmeden ayrı bir garanti taahhüdü olarak değerlendirilmelidir. Örneğin, eserin sağlayacağı menfaat veya kira getirisine ilişkin yüklenicinin vermiş olduğu taahhütler, garanti taahhüdüdür. Açıklanan nedenlerle garanti taahhüdünde, ayıba ilişkin muayene ve ihbar süresi ile ayıba ilişkin zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmaz²¹⁹.

²¹⁹ KURSAT, s.71-72; SELİÇİ, s.139; ÖZ, Dönme, s.93; ERMAN, s.123; TANDOĞAN, s.163.

İKİNCİ BÖLÜM

YÜKLENİCİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞU

I. Eserin Tamamlanmasından Önce

Eser sözleşmesine ilişkin TBK m.473/f.2’de eserin ayıplı olacağının önceden anlaşılması halinde, iş sahibine bazı özel haklar tanınmıştır. Bu hakların kullanımı için ilk olarak yüklenicinin işi ayıplı olarak yapacağı, kesin bir şekilde belirlenebilmelidir²²⁰. Eserin ayıplı olacağına ilişkin söylentiler, mezkur hükme başvurmak için yeterli değildir. Örneğin, yüklenicinin projeye aykırı bir şekilde inşaatla başlaması veya inşaatla eksik demir kullanması halinde eserin ayıplı olacağı, eserin tamamlanmasından önce ortaya çıkmıştır. İkinci şart ise, ayıba neden olan davranışın, yüklenicinin kusurundan meydana gelmesi gerekmektedir. İspat yükünü borçluya yükleyen TBK m.112 hükmü burada da geçerlidir. Bu nedenle iş sahibi, yüklenicinin kusurlu olduğunu kabul ederek haklarını kullanabilir. Zira yüklenici kusursuz olduğunu ispat etmekle yükümlüdür. Yüklenicinin kusursuz olduğunu ispatlaması durumunda, iş sahibi mezkur hükümden faydalanamayacaktır. Üçüncü şart ise iş sahibi, yükleniciye uygun bir süre vererek ayıp tehlikesinin ortadan kaldırılmasını talep etmelidir. Verilen bu süre, sözleşmedeki vadeyi etkilemez. Yüklenicinin verilen süre içerisinde ayıp tehlikesini ortadan kaldırmaması halinde, TBK m.473/f.2 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda iş sahibi işi başkasına tamamlayabilir ve bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini yükleniciden talep edebilir. Buna karşın iş sahibinin yükleniciye sözleşme gereğince bedel ödeme borcu devam eder. İş sahibinin uğramış olduğu zarar ile eser

²²⁰ ÖZ, s.196-197; HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1992, s.362; SEÇER, Ö., Eser Sözleşmesinin İş sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, 2020, s.177-178; KOCAAĞA, K., 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 HFD., C.6, S.1, Y.2004, s.182-183, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754352>); KIR ÇELİK, Ş. T., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde TBK. m.473/II Hükümünün Uygulanması, Kocaeli Üniversitesi HFD., C. 8, S.16, Y.2017, s.4-5, (<https://jurix.com.tr/article/17868>); Aksi Görüş: GÜNDOĞDU, F., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin İş Başkasına Yaptırma Hakkı, İstanbul, 2019, s.164, Yazara göre MK. M.473/f.2 hükmünün dar yorumlanmaması gerekir. Hükümün uygulanmasında kesinlik aranmamalı buna karşın küçük bir ihtimal de yeterli sayılmamalıdır. Mezkur hükmün uygulaması konusunda hakimın TMK. m.4 gereğince taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek hakkaniyete göre bir karar vermesi gerekmektedir.

sözleşmesinden doğan bedelin takas edilmesi mümkündür²²¹. Ayrıca bu durumda işsahibi TBK m.125'deki haklarını da kullanabilir²²².

Açıklanan şartların bulunmaması halinde ise yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, sözleşmede belirlenen vadenin geçmesi ve ifanın gerçekleşmesiyle doğacaktır. Tüm şartların bulunmasına rağmen işsahibi eserin tamamlanmasını bekleyebilir. İşsahibinin susma tutumu ayıbı kabul anlamına gelmediği sürece, işsahibinin teslimden sonra ayıptan doğan haklarını kullanması mümkündür²²³.

II. Eserin Tamamlanmasından Sonra Yüklenicinin Ayıptan Doğan Sorumluluğunun Şartları

TBK'de kötü ifaya ve ayıplı ifaya ilişkin genel bir düzenleme yoktur. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, eser sözleşmesi hükümlerinde özel olarak düzenlenmiştir. Öğretide yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu, asli edim borcunun tamamlayıcısı olarak kabul edilmektedir²²⁴.

Ayıp, eserin sözleşmeye aykırı olduğunu ve yüklenicinin sözleşmeyi gereği gibi ifa etmediğini göstermektedir. Ancak ayıp nedeniyle yüklenici, edimini yerine getirmemesinden dolayı borçlu temerrüdüne düşmez. Ayıp durumunda, edimin kötü ifası veya gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur²²⁵. Ayrıca ayıp şeklinde ortaya çıkmayan diğer kötü ifa hallerinde, yüklenici özen borcunu ihlal ettiğinden, TBK m.112'deki genel borca aykırılık hükmü uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, duvar onarımını üstlenen yüklenicinin özensiz bir şekilde kurduğu iskeletin çökerek binanın

²²¹ ÖZ, s.196-197; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.362; GÜMÜŞSOY KARAKURT, G. G., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017, s.230vd.; KOCAAĞA, Özen Yükümü, s.185 vd.; KIR ÇELİK, s.5 vd.

²²² KOCAAĞA, Özen Yükümü, s.195-196; SELİÇİ, s.113-114; KIR ÇELİK, s.8-9.

²²³ ÖZ, s.200.

²²⁴ ÖZ, Dönme, s.90; TANDOĞAN, s.160.

²²⁵ ERMAN, s.121.

alt kat camlarının kırılmasında, yüklenici özen borcuna aykırılık nedeniyle zarardan sorumludur²²⁶.

Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri meydana getirme ve ayıpsız bir şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Teslim edilen eserin, yüklenicinin belirttiği ve sözleşmede öngörülen nitelikleri ihtiva etmemesi halinde, yüklenici ayıptan sorumludur²²⁷. İş sahibi ayıplı olan bir eseri teslim almayarak borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurabileceği gibi, eseri teslim alarak yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna da başvurabilir. Ancak TBK m.475/f.1'deki hükmün mefhumu muhalifinden, belirli ağırlıkta olmayan ayıplı eserin iş sahibi tarafından teslim alma zorunluluğu olduğu ve sözleşmeden dönme haricindeki diğer seçimlik hakları kullanabileceği anlaşılmaktadır²²⁸.

Yüklenici sonuç sorumluluğu yerine, teslim borcuna bağlı olarak ayıptan sorumlu olmuştur. Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmasına karşın, eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk, TBK'de temlik borcu doğuran satış sözleşmesine benzer şekilde düzenlenmiştir²²⁹. Ancak satış sözleşmesinin hükümleri kıyasen eser sözleşmesine uygulanamaz. Zira her iki sözleşmenin niteliği ve mahiyeti birbirinden farklıdır²³⁰.

Devlet İhale Kanunu'na tabi olarak yapılan inşaat sözleşmelerinde, Bayındırlık Genel Şartnamesi m.41 gereğince geçici kabul belgesi düzenlenmektedir. Bu belge, eserdeki ayıpları belirten ve eserin teslimi anlamına gelen bir belgedir. Taraflardan birinin geçici kabul işlemlerine geçerli bir sebebi olmaksızın engel olması halinde, diğer tarafın bu durumu ispatlaması ile ayıptan doğan haklara başvurulması mümkündür²³¹.

²²⁶ TANDOĞAN, s. 39, dp.17'deki yayımlanmamış karar: Y. 15 H.D., E.154, K.294 ve T.23.03.1974; ÖZ, Dönme, s. 91.

²²⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.564; EREN, s.634; ERGEZEN, M., İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmesi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007, s.69.

²²⁸ ÖZ, s.195.

²²⁹ TANDOĞAN, s.160; KOCAĞA, s.138; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 564; EREN, s.634.

²³⁰ EREN, s..633-634.

²³¹ ÖZ, s.198.

Ayrıca anahtar teslim inşaat sözleşmelerinde ayıp nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu, çalışmamızın konusunu oluşturan eser sözleşmesi hükümleri başta olmak üzere, satış sözleşmesi ve know-how sözleşmeleri ile ilgili ürün kirası hükümlerinin kıyasen uygulanması ile belirlenecektir²³².

A. Eser Teslim Edilmiş Olmalı

Ayıptan doğan sorumluluğun doğması için öncelikle yüklenicinin eseri tamamlayarak iş sahibine teslim etmiş olması gerekmektedir²³³. Keza eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin olarak TBK m.474’te, “eserin tesliminden sonra” iş sahibinin eseri gözden geçirmesi gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Teslim edilmemiş eserin iş sahibi tarafından gözden geçirilmesi mümkün olmadığından, ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulanamayacaktır²³⁴. Bu nedenle eserin teslim edilmemesi halinde, ayıba ilişkin gözden geçirme ve bildirim süreleri işlemeye başlamayacağı gibi zamanaşımı süresi de işlemeye başlamaz²³⁵.

Ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanması için kural olarak yüklenicinin tamamlanmış olan eseri teslim etmesi gerekmektedir. Ancak önemli olmayan eksiklikleri olan eserin fiilen teslim edilmesi halinde, hukuken eserin teslim edildiği kabul edilir. Bu durumda eserin tamamlanan kısmı için ayıptan doğan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur²³⁶. Yargıtay’ın önceki tarihli kararlarında, inşaat ruhsatı olmayan bir yapıda, iş sahibinin eseri yasal ve sözleşmeye uygun hale getirmesi, bunun mümkün olmadığı hallerde ise yıkım talebinden başkaca bir talepte bulunma hakkı yoktur. Yalnızca sözleşme geçerliliği devam ettiği için ve inşaatın süresinde teslim edilmemesinden dolayı kira kaybı zararının talep edilebilmesi

²³² TOPRAK ALDEMİR, İ. B., Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2020, s.173-174.

²³³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.564; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.521; EREN, s.634; TANDOĞAN, s.160; DURAK, s.225; ŞAHİN, T., Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Süleyman Demirel Üniversitesi HFD., C.1, S.2, Y.2011, s.137, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213667>); TURANBOY, s.153; UÇAR, Dergi, s.34; YENER, s.158; ÖKTEM, s.1949.

²³⁴ KILIÇOĞLU, s. 464; KOCAĞA, s.142; KURSAT, s.285.

²³⁵ KOCAĞA, s.142-143.

²³⁶ GÜMÜŞ, s.48; TURANBOY, s.154-155.

mümkündür. Kaçak yapılan yapının, hukuken teslimi mümkün değildir. Bu nedenle işsahibi ayıba karşı tekeffül hükümlerinden faydalanamaz²³⁷.

Eserde bulunan ayıp, belli bir önemde değilse ya da dürüstlük kuralı doğrultusunda işsahibinin ifayı reddebileceği derecede ayıplı değilse, işsahibi eseri teslim almak zorundadır. Buna rağmen işsahibi eseri teslim almazsa, ayıplı bir eser olmasına karşın alacaklı temerrüdü söz konusu olur. Bu durumda işsahibi ayıptan doğan haklarına başvuramayacağı gibi borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlere de başvuramaz²³⁸.

Ayıbın belli bir önemde olması halinde işsahibi eseri teslim alarak ayıptan doğan haklarını kullanabileceği gibi, eseri teslim almaktan kaçınarak temerrüt hükümlerine de başvurabilir. Temerrüt hükümlerine başvurması durumunda işsahibi, temerrüt ihtarı göndermek ve ifa için yükleniciye süre vermek zorunda kalacaktır. Oysa işsahibi ayıptan doğan haklarına başvurması durumunda, ayıp bildirimine müteakip süre vermesine gerek kalmaksızın doğrudan seçimlik haklarını kullanabilecektir²³⁹.

İnşaat sözleşmelerinde teslim, arsanın mülkiyetinin yüklenici tarafından işsahibine devredilmesi ve zilyetliğin devri ile gerçekleşmektedir. Bu durumda işsahibi mülkiyetin devri ve zilyetliğin devri gerçekleşmeden ayıp hükümlerine başvuramaz. Uygulamada sıklıkla rastlanan işsahibine ait arsa üzerindeki inşaat sözleşmelerinde, gerçek anlamda bir teslimden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda yüklenicinin arsayı ve zilyetliği terk etmesiyle teslimin gerçekleştiği kabul edilmektedir. Bu durumun tespiti için uygulamada taraflar devir – teslim protokolü imzalamaktadır. Devir – teslim protokolü, sadece ispat kolaylığı sağlamaktadır. Bu protokolün imzalanmasından

²³⁷ Y. 15.H.D., E.2018/1234, K. 2018/2783, T. 02.07.2018; Y. 15.H.D., E.2001/5904, K.2002/1828, T.15.04.2002; Y. 15.H.D., E.2003/2273, K.2003/5317, T.07.11.2003; Y. 15.H.D., E.2002/1577, K.2002/4036, T.19.09.2002; Y. 14.H.D., E.2004/9596, K.2005/142, T.13.01.2005 (E.T. 04.03.2020).

²³⁸ KOCAAĞA, s.140.

²³⁹ ÖZ, Dönme, s.104-105; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.364.

kaçınılmasına rağmen işsahibi arsa üzerindeki zilyetliği yeniden sağlamış ise teslim gerçekleşmiştir²⁴⁰.

Bağımsız varlığı olmayan eserlerin tesliminden bahsetmek oldukça güçtür. Bu durumda eserin teslimsiz ifa edildiğinden bahsedilebilir. Örneğin, berberin saç kesmesi, işsahibinin evinin duvarlarının boyanması hallerinde teslimsiz ifa gerçekleşir²⁴¹.

Ayrıca Yapı İşleri Genel Şartnamesine tabi sözleşmelerde teslim, geçici kabulün yapılmasıyla gerçekleşir. Geçici kabulün yapılabilmesi için eserdeki ayıbın toplam iş miktarının yüzde beşini geçmemesi gerekmektedir.²⁴²

B. Eser Ayıplı Olmalı

Yukarıda ayrıntılı olarak değinildiği üzere, eser sözleşmesinde ayıp, teslim edilen eserin sözleşmede kararlaştırılan veya önemli olan nitelikleri ihtiva etmemesi durumunda söz konusudur. Taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmeye göre bulunması gereken bir nitelik eserde bulunmadığında, sözleşmeye aykırılık mevcuttur. Dolayısıyla bu durumda sözleşme gereği gibi ifa edilmemiştir²⁴³.

Ayıbın kimden kaynaklandığının bir önemi yoktur. Ayıp yükleniciden veya yardımcısından kaynaklanabilir. Eserin ayıplı olduğunu ispat yükü ise işsahibine aittir²⁴⁴.

İşsahibinin teslimden önce eserde bulunan ayıbı öğrenmesi ve eseri bu haliyle kabul edeceğini beyan etmesi durumunda, eserdeki bozukluk ayıp niteliğinde kabul edilemez. Zira burada sözleşmenin tadili suretiyle, sözü edilen bozukluğun ayıp sayılmayacağı kararlaştırılmıştır. Ancak sözleşmenin yazılı yapıldığı ve sözleşmedeki değişikliklerin yazılı yapılması gerektiğinin kararlaştırılması halinde, işsahibinin sözlü

²⁴⁰ ÖZ, s.197.

²⁴¹ ÖZ, Dönme, s.104.

²⁴² TURANBOY, s.156; KILIÇOĞLU, s.467; TANDOĞAN, s.172.; PAKET, s.174 vd.

²⁴³ YAVUZ/ ACAR / ÖZEN, s. 564; GÜMÜŞ, s. 48-50, ZEVKLİLER /GÖKYAYLA, s.522; KILIÇOĞLU, s. 464; TANDOĞAN, s.162; EREN, s.634-635; ŞAHİN, s.138-139; TURANBOY, s.158-159; ÖKTEM, s.1949.

²⁴⁴ EREN, s.634.

beyanı sözleşmenin tadili anlamın gelmeyecektir. Buna karşın iş sahibi dürüstlük kuralı gereğince ayıptan doğan haklarını kullanamaz²⁴⁵.

C. Eser Kabul Edilmemiş Olmalı

Eserin teslimi ve kabulü farklı kavramlardır. Eserin kabulü için öncelikle eserin iş sahibine teslim edilmiş olması gerekir. Ayrıca kabul için, eserin ihtirazı kayıtsız bir şekilde teslim alınmış olması aranır. Kabul, teslim edilen eserin iş sahibi tarafından mevcut haliyle benimsemesidir. Diğer bir anlatımla kabul; iş sahibinin, eserin sözleşmeye uygun olduğuna ilişkin irade açıklamasıdır²⁴⁶. Bu nedenle kabul beyanının hüküm doğurması, yüklenicin onayına bağlı değildir. Kabul beyanı, teslim anında yapılabileceği gibi gözden geçirme veya bildirim sonrasında da yapılabilir. Ancak ayıptan doğan seçimlik haklarının kullanılmasından sonraki kabul beyanı, kullanılan hakkın neticesini ortadan kaldırmayacaktır. Örneğin, sözleşmeden dönme hakkını kullanan iş sahibinin daha sonra eseri kabul ettiğini beyan etmesi durumunda, önceki dönme beyanı gereği sözleşmenin sona ermesi durumu değiştirmeyecektir²⁴⁷.

Kabul açık veya örtülü olarak gerçekleşebilir. Örneğin, iş sahibinin eserden memnun olduğunu bildirmesi halinde açık kabul mevcuttur. İş sahibinin eserdeki ayıpları yükleniciye bildirmesine karşın haklarını saklı tutmaksızın eserden tasarruf etmesi veya onu kullanması ise örtülü kabul anlamına gelmektedir²⁴⁸. İş sahibinin haklarını saklı tutmaksızın ayıplı bir eseri teslim alması, kural olarak eserin kabulü anlamına gelmemektedir. Eserin tesliminden sonra iş sahibi ayıba ilişkin yükleniciye derhal bildirimde bulunmalıdır. İş sahibinin teslim almadaki tutumu, güven teorisi gereğince kabul anlamına gelmemektedir. İş sahibinin somut olaydaki davranışlarının, örtülü kabul anlamına geldiğini ispat yükü yüklenici üzerindedir²⁴⁹.

²⁴⁵ ÖZ, s.205.

²⁴⁶ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 524; GÜMÜŞ, s.57-58; ÖZ, Dönme, s.119; SELİÇİ, s.198-200; EREN, s.640; PAKET, s.166-167; TURANBOY, s.183.

²⁴⁷ ÖZ, s.205.

²⁴⁸ TUNÇOMAĞ, s. 1021; EREN, s.640-641; PAKET, s.170.

²⁴⁹ ÖZ, s.205.

Kabul beyanı, işsahibi tarafından bizzat veya yetkili temsilcileri aracılığıyla yapılabilir. Koşula bağlı olarak kabul beyanında bulunulabilir²⁵⁰. İşsahibi, kabul beyanında bulunduktan sonra, ayıptan doğan haklarına başvuramaz. Yalnızca iradeyi sakatlayan sebeplerden birinin mevcut olması halinde, kabul beyanının iptali ile sonuçlarının ortadan kaldırılması mümkündür. Eserde birden fazla birbirinden bağımsız ayıbın bulunması halinde, işsahibi ayıpların bir kısmını kabul edebilir. Bu durumda işsahibi kabul etmediği ayıplar için yüklenicinin sorumluluğuna başvurabilme hakkına sahiptir²⁵¹. İşsahibinin açık veya örtülü olarak eseri kabul etmesi halinde, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu sona erecektir²⁵².

TBK m.477 gereğince teslim edilen eserde açık ayıp olması halinde, eserin kabulünden sonra yüklenici ayıptan sorumlu tutulamaz. Açık ayıplı olan bir eserin işsahibi tarafından gözden geçirilmeksizin teslim alınması halinde, ayıplı olma rizikosu işsahibi tarafından bizzat yüklenilmiş ve eser kabul edilmiştir²⁵³. İşsahibinin açık ayıplı olan bir eseri ihtirazi kayıt ileri sürerek teslim alması halinde ise yüklenicinin ayıba ilişkin sorumluluğu devam edecektir. Ayrıca TBK m.477 gereğince ayıbın kasten gizlenmesi durumunda, işsahibi tarafından açık ayıplı olan eserin kabul edilmesine rağmen, kasten gizlenen ayıplara ilişkin yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir²⁵⁴. Ayıbın kasten gizlendiğinin işsahibi tarafından bilinmesi durumunda ise eserin teslim alınması ile işsahibinin eseri kabul ettiği varsayılır²⁵⁵. Ayıbın kasten gizlenmiş olması için, yüklenicinin aldatma iradesine sahip olması şarttır. Aldatma iradesinde, yüklenicinin ayıbı bilmesine rağmen susması ve işsahibinin ayıbı bilmemesi hali yeterlidir. Ayrıca yüklenicinin aldatıcı beyanlarda bulunması gerekli değildir²⁵⁶.

²⁵⁰ SELİÇİ, s.199; ÖZ, Dönme, 120-121; GÜMÜŞ, s.57.

²⁵¹ ÖZ, Dönme, 120-122.

²⁵² Kabulün başkaca sonuçları da vardır: İfanın gecikerek yüklenicinin temerrüte düştüğü durumlarda işsahibinin kabul beyanında bulunarak cezai şarta ve gecikme tazminatına ilişkin taleplerde bulunamaz. Bknz. SELİÇİ, s.200; TANDOĞAN, s.90; ÖZ, Dönme, s.119, dp.172; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 524.

²⁵³ TUNÇOMAĞ, s.1025; RUHİ/RUHİ, s.48; TURANBOY, s.183.

²⁵⁴ KILIÇOĞLU, s.465; RUHİ/RUHİ, s.48; TANDOĞAN, s.219.

²⁵⁵ EREN, s.646.

²⁵⁶ TUNÇOMAĞ, s.1028; EREN, s.646.

Eserin açık ayıplı veya gizli ayıplı olması, ayıp hükümlerinin uygulanması bakımından önem teşkil etmektedir. İhtirazı kayıt ileri sürülmeksizin açık ayıplı bir eserin kabulü halinde, işsahibi ayıptan doğan haklarına başvuramaz. Henüz ortaya çıkmamış gizli ayıplar ve kasten gizlenmiş ayıplarda ise işsahibinin eseri kabul etmesine karşın yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu devam etmektedir²⁵⁷. Zira eserin teslimi anında gizli ayıplar belli olmadığından, işsahibinden eseri ihtirazı kayıtle teslim alması beklenemez. Gizli ayıbın ortaya çıkmasından sonra eserin kabul edilmesi durumunda, gizli ayıba ilişkin olarak ayıptan doğan hakların kullanılması mümkün değildir²⁵⁸. Ayıbın açık olduğunu iddia eden taraf, bu iddiasını ispat ile yükümlüdür²⁵⁹.

Ayrıca TBK. m.477 gereğince gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin zamanında yerine getirilmemesi halinde, işsahibi tarafından eserin kabul edildiği varsayılır. Bu halde işsahibi, ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır²⁶⁰.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında giren yapı işlerinin kabulü, Yapı İşleri Genel Şartnamesinin 42. ve 45. maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenlemeye göre eserin kabulü, kurum tarafından oluşturulan komisyon aracılığı ile geçici kabul ve kesin kabul olarak iki aşamada gerçekleşmektedir. Geçici kabulün yapılabilmesi için eserdeki ayıbın toplam iş miktarının yüzde beşini geçmemesi gerekmektedir. Geçici kabulde belirtilen ayıpların yüklenici tarafından giderilmesine müteakip eserin komisyon aracılığı ile kesin kabulü gerçekleşmektedir²⁶¹.

Sözleşme gereğince eserin geçici kabul ile teslim alınması halinde, yüklenicinin sorumluluğu kesin kabule kadar devam etmektedir²⁶².

²⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.565; KILIÇOĞLU, s.465; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363; TANDOĞAN, s.220.

²⁵⁸ KILIÇOĞLU, s.465; TANDOĞAN, s.221.

²⁵⁹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.524.

²⁶⁰ TUNÇOMAĞ, s.1021; ARAL/AYRANCI, s.403; GÜMÜŞ, s.53; PAKET, s.170 vd.

²⁶¹ KILIÇOĞLU, s.467; TANDOĞAN, s.172.; PAKET, s.174 vd.; TURANBOY, s.185-186.

²⁶² RUHİ/RUHİ, s.48.

D. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri Yerine Getirilmiş Olmalı:

Yüklenicinin iş sahibine teslim ettiği eserle ilgili olarak bir sorumlulukla karşılaşp karşılaşmayacağını öğrenmesinde menfaati vardır. Bu nedenle TBK m.474/f.1 gereğince iş sahibine yönelik olarak eseri gözden geçirme ve bildirim külfetleri düzenlenmiştir²⁶³. İş sahibinin eseri gözden geçirerek ayıbı yükleniciye bildirmesi bir yükümdür(külfettir), bir yükümlülük (borç) değildir. Zira iş sahibinin ayıp bildirimini yapmaması halinde, tazminat sorumluluğu yoktur. Yüklenici iş sahibinden ayıp bildiriminde bulunmasını talep edemez. Ayıp bildiriminde bulunup bulunmama hususu iş sahibinin inisiyatifindedir. Külfetlerin zamanında yerine getirilmesi, ayıp sorumluluğuna ilişkin hakların doğmasının bir şartıdır. TMK m.477/f.2 gereğince külfetlerin yerine getirilmemesi halinde iş sahibi, eseri kabul etmiş sayılacaktır²⁶⁴. İş sahibinin buradaki eseri kabul etmiş sayılması durumu, aksi ispatlanabilir bir karine veya zımni bir kabul beyanı değildir. Süresinde gözden geçirme ve bildirim külfetinin yerine getirilmemesi nedeniyle iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybetmektedir²⁶⁵. Bu durumun ise ağır bir yaptırım olduğu ifade edilmektedir²⁶⁶.

1. Gözden Geçirme Külfeti

Gözden geçirme, sözleşmede belirtilen özellikler ve dürüstlük kuralına göre eserin taşınması gereken nitelikleri taşıyıp taşımadığının tespit edilmesidir²⁶⁷.

Gözden geçirmeye ilişkin eserde yapılan incelemenin kapsamı, yöntemi ve tarzı eserin çeşidine göre değişiklik gösterecektir. Eserin çeşidi doğrultusunda, gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi için bir teamül de mevcut olabilir. Örneğin,

²⁶³ KURŞAT, s.297; TANDOĞAN, s.168.

²⁶⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.566; KILIÇOĞLU, s. 466; TANDOĞAN, s.168; EREN, s.641-642; ÖZ, Dönme, s.112, SELİÇİ, s.192; KURŞAT, s.297-298; ŞAHİN, s.141; ERDOĞAN, İ., İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi HFD., C.3, S.1, Y.1990, s.148, ÖKTEM, s.1951; TURANBOY, s.163.

²⁶⁵ ÖZ, s.199.

²⁶⁶ TANDOĞAN, s.168.

²⁶⁷ EREN, s.642-643.

otomobil tamiri sonrasında otomobilde usta ile gezinti yapmak suretiyle gözden geçirme külfetinin yerine getirilmesi, bir teamül halini almıştır²⁶⁸.

a. Süre

Gözden geçirme yükümünün yerine getirilmesi için öncelikle eserin teslim edilmiş olması gerekmektedir²⁶⁹. Maddi varlığı olan eserlerde, eserin fiili olarak teslimi ile teslim gerçekleşir. Maddi varlığı olmayan ancak imal edilmesiyle maddi bir görünüm kazanan eserlerde ise meydana gelen maddi görünümünün teslimi ile teslim gerçekleşecektir. Örneğin, projenin, ses görüntü kayıtlarının, CD'nin teslimi²⁷⁰ ile eserin teslimi gerçekleşir.

Eserin tesliminin gerçekleşmesinden önce, ayıbın iş sahibi tarafından öğrenilmesi durumunda, gözden geçirme ve bildirim külfetleri henüz doğmamıştır. Bu durum hakkaniyete aykırı olarak değerlendirilmemelidir. Zira ayıbın mahiyeti, kapsamı, önemi genellikle teslim gerçekleştikten sonra net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Buna karşın iş sahibi külfetlerin doğmasından önce yükleniciye erken bildirimde bulunabilir. Diğer bir anlatımla iş sahibinin teslimden önce yükleniciye bildirimde bulunması, bildirimin sonuçlarının doğmasına engel değildir. Dolayısıyla iş sahibinin bildirdiği ayıplara ilişkin yükleniciye teslimden sonra yeniden bildirimde bulunmasına gerek yoktur²⁷¹.

TBK tarafından gözden geçirme yükümü için kesin bir süre tayin edilmemiştir. Zira somut olayın şartlarına göre, gerekli gözden geçirme süresi değişiklik arz edecektir. TMK m.474'te belirtildiği üzere gözden geçirme yükümü, “imkan bulur bulmaz” yerine getirilmelidir. Gözden geçirme süresi; yerel adete, iş hayatındaki teamüllere, taraflara ve eserin türüne, çeşidine ve mahiyetine göre her somut olayın şartları doğrultusunda tayin edilecektir²⁷². Sürenin belirlenmesinde özellikle tarafların tacir olup olmadığı ve

²⁶⁸ TUNÇOMAĞ, s.1021; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567.

²⁶⁹ TUNÇOMAĞ, s.1018; KURŞAT, s.298; DURAK, s.243.

²⁷⁰ EREN, s.642.

²⁷¹ ÖZ, Dönme, s.113.

²⁷² KILIÇOĞLU, s.467; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.525; EREN, s.643; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.362; KURŞAT, s.300; YÜCER AKTÜRK, s.126.

teamüller önem kazanmaktadır²⁷³. Gözden geçirme süresinin tespiti için herhangi bir teamül ya da uygulama yoksa yalnızca “imkan bulma” unsuru dikkate alınacaktır. Gözden geçirme yükümü, objektif olarak mümkün ve makul beklenebilecek bir sürede gerçekleştirilmelidir. Örneğin, ısı kaybını önleme tesisatı için kış mevsiminin gelmesi olağan bir süre iken iş sahibinin başka yere gitmesi bu sürede göz önüne alınmayacaktır²⁷⁴.

İş sahibi, imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmelidir. Açık ayıplarda gözden geçirme süresi, ayıbın belli olması sebebiyle teslim anından itibaren başlar²⁷⁵. Eserin tesliminin maddi teslim dışı bir yolla gerçekleşmesi durumunda, iş sahibinin eseri incelemeye imkan bulması ile süre başlayacaktır²⁷⁶. Bir evin inşasına konu sözleşmede evin tamamlanmaksızın iş sahibinin eve taşınması halinde, teslim gerçekleşmediğinden gözden geçirme ve bildirim süreleri de başlamayacaktır. Anahtar teslimi taahhüt edilen bir evin inşasında, yüklenici tarafından çeşitli işlerin altyüklenicilere yaptırılması durumunda ise, bu süreler işlerin altyüklenicilerde ayrı ayrı tamamlanması anından değil, evin tüm işlerinin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmesi anından itibaren başlayacaktır²⁷⁷.

Teslimden önce iş sahibinin ayıbı öğrendiği istisnai hallerde dahi, gözden geçirme ve bildirim süreleri teslim ile başlamaktadır²⁷⁸. Ancak ayıplı olduğunu bilmesine rağmen eseri teslim alan iş sahibi, eseri kabul etmiş sayılabilir. Bu durumda iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır. Buradaki iş sahibinin zımni kabul iradesinin, yüklenici tarafından ispat edilmesi şarttır²⁷⁹.

²⁷³ ARAL/AYRANCI, s.404; TUNÇOMAĞ, s.1019; YÜCER AKTÜRK, s.132-133.

²⁷⁴ TANDOĞAN, s.169-170.

²⁷⁵ TUNÇOMAĞ, s.1018; TANDOĞAN, s.167-168; DURAK, s.243; TURANBOY, s.163; ÖKTEM, s.1951.

²⁷⁶ GÜMÜŞ, s.52.

²⁷⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; TANDOĞAN, s.168.

²⁷⁸ ÖZ, s.200; KURŞAT, s.298.

²⁷⁹ ÖZ, s.200; KURŞAT, s.298.

Açık ayıplar için gözden geçirme ve bildirim külfetleri bulunmasına karşın, gizli ayıplarda gözden geçirme külfeti yoktur, yalnızca ihbar külfeti bulunmaktadır²⁸⁰.

Yüklenici tarafından kasten gizlenen ve özenli bir gözden geçirme ile ortaya çıkabilecek ayıbın, iş sahibinin bu yükümünü yerine getirmemesi nedeniyle ortaya çıkmaması durumu önem arz etmektedir. TBK m.477/f.1’de belirtildiği üzere, kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirilme sırasında ortaya çıkmayan ayıplar için yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Mezkur hükmün lafzından hareket edilerek, kullanılan “ve” bağlacı nedeniyle kasten gizleme ve gözden geçirme yükümünün aynı anda yerine getirilmesinin şart olduğu düşünülebilir. Ancak iş sahibi tarafından özenli bir şekilde gözden geçirme yükümünün yerine getirilmemesinden, yüklenici yararlanamaz. Zira yüklenici özen yükümünü ağır bir şekilde ihlal etmiştir. Dolayısıyla iş sahibi tarafından gözden geçirme yükümü yerine getirilmemesine karşın, yüklenici tarafından kasten gizlenen ayıplara ilişkin olarak, yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir²⁸¹.

Gözden geçirme yükümüne ilişkin taraflarca önceden bir süre tayin edilmesi mümkün ve geçerlidir. Ancak, özenli bir şekilde gözden geçirme yükümünü yerine getirmeyi imkânsız kılacak bir süre tayin edilmesi durumunda, belirlenen süre geçersizdir. Bu halde gözden geçirme süresi için somut olaya ilişkin gerekli olağan süre nazara alınacaktır²⁸².

Sözleşmeyle iş sahibinin gözden geçirme külfetinden muaf tutulması mümkündür. Bu durumda gözden geçirme süresi söz konusu olmayacaktır. Bu halde dahi, iş sahibi sonradan ortaya çıkan ayıpları öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirmelidir²⁸³.

²⁸⁰ GÜMÜŞ, s. 55; ÖZ, s.202; Aksi görüş için KILIÇOĞLU, s. 467: Yazara göre gizli ayıplar teslim anında belirli olmadığından ayıbın ortaya çıkması itibari ile gözden geçirme süresi başlayacaktır; DURAK, s.243; BÜYÜKAY, s.99.

²⁸¹ ÖZ, 202-203; ÖZ, Dönme, s.116.

²⁸² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; ÖZ, s.201; ÖZ, Dönme, s.114.

²⁸³ TANDOĞAN, s. 170.

Taraflarca gözden geçirme şeklinin açıkça veya zımnen belirlenmesi mümkündür. Örneğin, taraflar inşaat alçı süslemelerinin konu olduğu bir eser sözleşmesinde gözden geçirmenin teslim anında değil, paketlerin açıldığı anda yapılacağını belirleyebilirler²⁸⁴.

Tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde, TKHK’de işsahibinin gözden geçirme ve bildirim süreleri ortadan kaldırılmıştır. Mezkur kanunun 10. maddesi uyarınca işsahibinin eseri teslim almasından itibaren 6 ay içerisinde ortaya çıkan ayıpların, teslim anında var olduğu karine olarak kabul edilmiştir. 6 aylık sürenin geçmesinden sonra ortaya çıkan ayıplardan yüklenicinin sorumlu olduğunu ise işsahibinin ispatlaması gerekmektedir²⁸⁵.

b. Yer

Gözden geçirmenin yapılacağı yer, sözleşmede açık veya örtülü olarak belirlenebilir. Taraflarca gözden geçirme yerinin kararlaştırılmamış olması durumunda TBK m.89 gereğince, gözden geçirme külfeti eserin teslim edildiği yerde yerine getirilir²⁸⁶. Eserin gözden geçirme yeri, asıl olarak gözden geçirilme imkanının doğduğu yerdir. Kural olarak gözden geçirme yeri teslim yeri olmakla birlikte, somut olayın şartlarına göre başka bir yerde olabilir. Örneğin, teslim yerinde muayene araçlarının mevcut olmaması halinde, gözden geçirme külfetinin teslim yerinde yerine getirilmesi beklenmemelidir²⁸⁷.

c. Gözden Geçirme Külfetini Yerine Getirecek Kişi

Gözden geçirme yükümü işsahibi tarafından bizzat veya bilirkişi aracılığı ile yapılabilir²⁸⁸. TBK m.474/f.2 gereğince eserin gözden geçirilmesi için mahkeme tarafından bilirkişinin atanması mümkündür. Taraflardan yalnızca birinin talebiyle,

²⁸⁴ TUNÇOMAĞ, s.1019.

²⁸⁵ ÖZ, s.201; Yazara göre, THKH belirlenen 6 aylık sürenin bildirim süresi olarak belirlenmesi ve bu süreden sonra ortaya çıkan yalnızca gizli ayıpların derhal bildirilmesiyle işsahibinin ayıptan doğan haklarını kullanması daha uygun olacaktır.

²⁸⁶ EREN, s.644.

²⁸⁷ GÜMÜŞ, s.54.

²⁸⁸ KILIÇOĞLU, s. 467; EREN, s. 643; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.526; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363; YÜCER AKTÜRK, s.96-97.

bilirkişi tarafından tespit yapılabilir. Tespitin bu şekilde yapılabilmesi için eserin büyük olasılıkla ayıplı olması veya ispat vasıtalarının tehlikeye düşmesi şartlarına gerek yoktur. Ayrıca resmi olmayan uzman tarafından gözden geçirme külfetinin yerine getirilebilir. Bu halde, gözden geçirilme süresi gecikirse işsahibinin ayıptan doğan haklarının ortadan kalkacağı gündeme gelecektir. Ancak mahkeme aracılığı görevlendirilen bilirkişi tarafından yapılan tespitlerde, bilirkişinin tespiti geç yapması, işsahibinin ayıptan doğan haklarına zarar vermemektedir. Zira söz konusu gecikme tehlikesi işsahibine yüklenemez²⁸⁹. Ayrıca bilirkişi masraflarına bunu talep eden taraf katlanacaktır. Ancak haklı çıkan taraf, esasa ilişkin açacağı davada bu masrafı karşı taraftan talep edebilir²⁹⁰.

İşsahibinin gözden geçirme külfetini yerine getirmek için mahkeme aracılığı ile bilirkişiye başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak gözden geçirme külfetinin bir uzmana ya da bilirkişiye yaptırılması zorunluluğu sözleşmeden veya teamülden kaynaklanabilir. İş sahibi gözden geçirme külfetini yerine getirmek için ortalama zekada dürüst bir kimsenin göstereceği dikkatle inceleme yapmalıdır. İş sahibi bu kapsamda eserin sözleşmeye uygun ve alışagelmiş şekilde imal edilmesi ile eserin ayıplı olup olmadığı hususlarında makul bir değerlendirme yapmalıdır²⁹¹.

2. Bildirim Külfeti

a. Süresi

Bildirim süresi için TBK’de kesin bir süre tayin edilmemiştir. Gözden geçirme yükümünün yerine getirilmesinden sonra, ayıbın yükleniciye “uygun bir süre içerisinde” bildirilmesi gerekmektedir. Gözden geçirme süreci boyunca, kural olarak bildirim süresi başlamayacaktır. Çünkü gözden geçirmesi tamamlanmayan bir eserin henüz ayıplı olup

²⁸⁹ TUNÇOMAĞ, s. 1020-1021; KILIÇOĞLU, s.467; SELİÇİ, s.148; TANDOĞAN, s.171; ÖZ, s.202; ÖZ, Dönme, s.115; ÖZ’e göre resmi bilirkişiler tarafından tespit edilmesi gerektiği halde raporda tespit edilmeyen ayıplar, iş sahibi aleyhine yorumlanmamalıdır. Zira resmi bilirkişiden faydalanma kanunun tanıdığı bir haktır. Yazara göre bu halde resmi bilirkişilerce tespit edilemeyen ayıpların gizli ayıp şeklinde değerlendirilmesi yerinde olacaktır.

²⁹⁰ TUNÇOMAĞ, s.1020-1021; TANDOĞAN, s.171; GÜMÜŞ, s.55.

²⁹¹ TANDOĞAN, s.170; EREN, s. 643; ÖZ, Dönme, s.114; SELİÇİ, s.147-148; KURŞAT, s.301-302.

olmadığı genellikle belli değildir²⁹². Örneğin, inşaatın projeye aykırılığının tespiti teknik bir inceleme gerektirdiğinden, mahkemeye delil tespiti için başvuru yapıldığında, bilirkişi raporunun iş sahibine tebliğ edilmesine müteakip, bildirim süresi işlemeye başlayacaktır²⁹³.

Bildirim süresi için makul, orta zekada, dürüst bir iş sahibinin somut olayın şartlarındaki ayıbı bildirme süresi esas alınacaktır²⁹⁴. TBK m.471/f.1’de uygun bir süre içerisinde bildirimin yapılması gerektiği belirtilmiştir. Gizli ayıplarda ise iş sahibi, TBK m.477/f.2’de belirtildiği üzere, gecikmeksizin diğer bir deyişle öğrenir öğrenmez yükleniciye bildirimde bulunmalıdır²⁹⁵. Öğretideki bir görüşe göre, gizli ayıpta bildirim süresi, gizli ayıba ilişkin belirtilerin ortaya çıkması ile başlayacaktır²⁹⁶. Öğretideki diğer görüşe göre, gizli ayıba ilişkin bildirim süresinin başlangıcı için sadece belirtilerinin ortaya çıkması yeterli olmayıp, iş sahibinin ayıbın bütün kapsam ve etkileri hakkında fikir sahibi olması gerekir²⁹⁷. Öğretideki bir başka görüşe göre ise, gizli ayıbın belirtilerin ilk fark edildiğinde iş sahibi kural olarak derhal bildirme külfeti altında bırakılmamalıdır. Bu görüşe göre, iş sahibi ayıbın zamanla ulaşacağı boyutları kesin olarak bilmese dahi, ayıbın zamanla artacağını anlayabilecek durumda ise iş sahibinin bildirimde bulunma külfeti doğmaktadır.²⁹⁸

İş sahibinin gözden geçirmeye gerek kalmaksızın eserde gördüğü açık ayıpları ise derhal yükleniciye bildirmesi gerekmektedir²⁹⁹. Öğretideki genel kabule göre, kanunun gizli ayıp lafzı ile sınırlı kalınmaması gerekir. Bu nedenle, yüklenicinin kasten

²⁹² KURŞAT, s.303-304; KILIÇOĞLU, s.468.

²⁹³ KILIÇOĞLU, s.468.

²⁹⁴ EREN, s. 645.

²⁹⁵ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.525; TUNÇOMAĞ, s. 1021; KILIÇOĞLU, s.468; GÜMÜŞ’e göre, gizli ayıplarda ihbar süresinin öğrenir öğrenmez olduğunu ifade eden TBK m.477/f.3 hükmü, açık ayıplarda bildirim süresinin uygun bir süre olduğunu belirten TBK m.474/f.I hükmü ile çelişkilidir. Yazara göre, gizli ayıplardaki ihbar süresine ilişkin kanun koyucunun ihmeline dayalı örtülü bir kanun boşluğu bulunmaktadır. Yazar bu boşluğun, gizli ayıplardaki ihbar süresinin de açık ayıplarda olduğu gibi “uygun bir süre” şeklinde doldurulması gerektiğini ifade etmiştir. (Bknz. GÜMÜŞ, s.56)

²⁹⁶ TANDOĞAN, s.78.

²⁹⁷ SELİÇİ, s.155.

²⁹⁸ ÖZ, Dönme, s.118; SELİÇİ, s.155; KURŞAT, s.306.

²⁹⁹ EREN, s.644; SELİÇİ, s.153, KURŞAT, s.304; TURANBOY, s.164.

gizlenen açık ayıplardan da sorumluluğu devam etmektedir. İş sahibi eserde mevcut olan her çeşit ayıbı en geç TBK m.478’de belirtilen zamanaşımı süresinde ihbar etmek zorundadır³⁰⁰.

Açık ayıplara ilişkin bildirim süresi, kural olarak gözden geçirmesinin sona ermesinden itibaren başlar. Dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde ise, gözden geçirmeden önce ya da gözden geçirmenin başında açıkça belli olan ayıpların, gözden geçirmenin tamamlanması beklenmeksizin derhal yükleniciye bildirilmesi gereklidir³⁰¹. Ayrıca muayenenin teknik bakımdan uzun zaman alacağı hallerde, yüklenicinin korunmaya değer bir yararı varsa tespit edilen ayıbın gözden geçirme tamamlanmadan, yükleniciye gecikmeksizin bildirilmesi gerekir. Gizli ayıp ise ortaya çıktıktan sonra gecikmeksizin yükleniciye bildirilmelidir. Gecikmeksizin bildirmekle ifade edilmek istenilen süre, nefes nefese hemen değil, kısa bir süre düşünme ile iletişim araçlarının seçilmesi gibi hususları içeren uygun bir süredir³⁰².

İş sahibinin öncesinde fark ettiği ancak bildirmediği ayıbın, sonrasında büyük boyutlara ulaşması veya başka sorunlara neden olması durumu ayrıca incelenmelidir. Bu durumda iş sahibinin öncesinde farkına vardığı ayıbın daha sonra başka sorunlara neden olacağı veya büyüyeceğine öngörmesi kendisinden beklenebilir ise gizli ayıp mevcut değildir. Buna karşın iş sahibinin mevcut ayıbın sonrasında daha büyük boyutlara ulaşacağını veya başka sorunlara neden olacağını öngörmesi beklenemiyorsa, gizli ayıp mevcut olduğundan, iş sahibi bildirim yükümünü yerine getirerek ayıptan doğan haklarını kullanabilir³⁰³.

Taraflar arasında garanti süresinin kabul edilmiş olması, kural olarak gözden geçirme ve bildirim sürelerinin de garanti süresi kadar uzatıldığı anlamına

³⁰⁰ GÜMÜŞ, s.56; SELİÇİ, s.202-203; BURCUOĞLU, s.316-317; TANDOĞAN, s.202-203; KURŞAT, s.307.

³⁰¹ SELİÇİ, s.153; ÖZ, Dönme, s.116; TANDOĞAN, s.174; ARAL/AYRANCI, s.405.

³⁰² EREN, s.646; GÜMÜŞ, s.56; TANDOĞAN, s.173-174; ARAL/AYRANCI, s.405.

³⁰³ ÖZ, s.203-204; SELİÇİ, s.154; ÖZ, Dönme, s.117; KURŞAT, s.306-307; BURCUOĞLU, s.316.

gelmeyecektir³⁰⁴. Kısa bir garanti süresinin öngörölmüş olması, gözden geçirme ve bildirim süresinin garanti süresiyle sınırlı tutulmak istendiği anlamına gelebilir³⁰⁵. Taraflarca garanti süresinin kararlaştırılması istinai olarak bildirim süresinin uzatılması anlamına gelebilir. Örneğin, sözleşme konusu eserin niteliğinin sürekli gözlemlenerek ortaya çıkması halinde, belirlenen garanti süresinin bildirim süresini uzattığı kabul edilebilir³⁰⁶.

Tarafların bildirim yükümlölüğüne ilişkin olarak bir süre belirlemesi mümkündür. Ancak bildirimin yapılmasını imkânsız kılacak sürelerin, bildirim için makul olan süreye kadar uzadığı kabul edilir³⁰⁷. Bildirimin yapılacağı makul sürenin belirlenmesinde somut olayın özellikleri nazara alınacaktır³⁰⁸. Yüklenicinin tek taraflı olarak gözden geçirme ve ihbar süresi belirlemesi geçerli değildir. Buna karşın iş sahibinin bu süre içerisinde gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesi durumunda, yüklenici artık külfetlerin zamanında yerine getirilmediğini savunamaz. Ayıp bildiriminin süresinde yapılmadığının, yüklenici tarafından ileri sürölmesi gerekmektedir. Bu durum hakim tarafından re'sen nazara alınmaz³⁰⁹.

Ayıptan yüklenicinin haberdar olduğı durumlarda ayıp bildiriminin bir önemi kalmamaktadır. Yüklenicinin bildiğı ayıpları, iş sahibinin bildirmesine gerek yoktur³¹⁰. Uygulamada yüklenicinin ayıbı bilmesine karşın iş sahibinden saklamasına sıklıkla karşılaşılmaktadır. Ancak iş sahibinin eseri olduğı haliyle kabul ettiğı anlamına

³⁰⁴ TUNÇOMAĞ, s. 1019; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 567; KURŞAT, s.310; TURANBOY, s.166; Aksi görüş: GÜMÜŞ, s.56; Y. 15. HD. E. 2006/2783, K.2007/3293, T. 16.05.2007, Kazancı İçtihat Bankası, (E.T. 03.06.2020); YENER, s.161.

³⁰⁵ Ancak garanti süresinin çok kısa bir süre olarak belirlemesi halinde, ihbar süresinin makul süreye kadar uzatıldığı kabul edilmelidir. (Bknz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; TANDOĞAN, s.175; KURŞAT, s.310, dp. 841).

³⁰⁶ TUNÇOMAĞ, s.1020; TURANBOY, s.166.

³⁰⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; TANDOĞAN, s.174-175; ÖZ, s.201; TURANBOY, s.167.

³⁰⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; ÖZ, s.201; ÖZ, Dönme, s.114; TANDOĞAN, s.174-175; KURŞAT, s.308-309.

³⁰⁹ TANDOĞAN, s.175-176; Yazara göre, ayıbın zamanında bildirilmediğı sabit olursa, ayıptan doğan hakların düştüğü yüklenici tarafça ileri sürölmesine dahi, hakim tarafından re'sen nazara alınır. Zira burada ayıbın vaktinde bildirilmemesi değil, sabit olan vaktinde bildirmeye bağılı olarak hakların düşmesi sonucunun hakim tarafından re'sen dikkate alınması mevzu bahistir.

³¹⁰ KURŞAT, s.311; ÖZ, s.204; SELİÇİ, s.202-203; ÖZ, Dönme, s.118-119.

gelebilecek bir davranışı sergilenmemesi gerekir. İşsahibi, yüklenicinin ayıbı bildiği hallerde, bildirimde bulunmaksızın ayıptan doğan haklarını zamanaşımı süresi içerisinde kullanabilir. Ancak bu durumda işsahibinin, yüklenicinin ayıbı bildiğini ve kendisinden sakladığını ispatlaması gerekir³¹¹.

İşsahibi tarafından eserdeki ayıpların giderilmesi için süre verilmesi veya giderilmesi mümkün olmadığından süre verilmeksizin eserin değer kaybının yükleniciden talep edilmesi mümkündür. Bu hallerde işsahibi tarafından uygun süre aşılırsa zararın artmasına neden olunması durumunda, TBK m.52 ve 114 gereğince tazminattan indirim yapılmalıdır³¹².

Ticari satış sözleşmelerinde TTK m.23/c bendinde ayıbın bildirimi için özel süreler belirtilmiştir. Buna göre teslim sırasında açıkça görülen ayıpların 2 gün içerisinde, normal bir muayene ile ortaya çıkan ayıpların ise 8 gün içerisinde bildirilmesi gerekmektedir. Yargıtay uygulamasına ve öğretideki genel kabule göre, bu süreler ticari eser sözleşmelerine kıyasen uygulanamaz³¹³.

b. Bildirimin Hukuki Niteliği

TBK m.474'te ayıbın yükleniciye “bildirilmesi” ifadesi eksik bir ifadedir. Zira bu bildirim, işsahibinin eserin durumunu yükleniciye bildirmekten ibaret olmayıp, ayıp nedeniyle eseri kabul etmediği ve yüklenicinin sorumlu kılınması hususlarında bir irade beyanıdır³¹⁴. Bu irade beyanı yüklenicinin sorumluluğunu doğuran bir hukuki işlem değildir. Öğretideki genel kabule göre bildirimin hukuki niteliği, hukuki işlem benzeri fiildir³¹⁵. İşsahibinin ayıp bildirimine karşı yüklenicinin susmuş olması halinde dahi,

³¹¹ ÖZ, s.204; SELİÇİ, s.202-203; ÖZ, Dönme, s.118-119.

³¹² TANDOĞAN, s.209; ZEVKLİLER/AYDOĞDU, s.524.

³¹³ ÖZ, s.204; KURŞAT, s.308; Y. 15. HD. E. 2014/2417, K.2015/905 ve T. 23.02.2015; Y. 14. HD. E.20012/9832, K.2012/10921 ve T. 25.09.2012, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 14.08.2020).

³¹⁴ EREN, s.644.

³¹⁵ SELİÇİ, s.152; ÖZ, Dönme, s.116; KURŞAT, s.312; Hukuki işlem benzeri fiil, irade beyanında bulunulmasıyla hukuk düzleminin bağladığı sonucu doğurur. İrade beyanında bulunan kimsenin beyanda bulunurken ki amacı önemli olmadığı gibi hukuk düzleminin bağladığı sonucu bilmesine ve istemesine ihtiyaç yoktur. Bknz. ANTALYA, G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2012, s.60.

eser ayıpsız ise yüklenicinin bir sorumluluğu doğmayacaktır. Zira yüklenicinin sorumluluğu irade beyanına değil eserin ayıplı olmasına bağlıdır³¹⁶.

Bildirim yükleniciye ulaştığı anda değil, işsahibinin gönderme anında sonuç doğurur. Zira bildirimin süresinde gönderilmesine karşın geç ulaşması nedeniyle, işsahibinin ayıptan doğan haklarından mahrum olması yerinde olmayacaktır³¹⁷.

c. Bildirimin Şekli

Ayıbın yükleniciye bildirimi, herhangi bir şekle tabi değildir³¹⁸. Tarafların tacir olduğu eser sözleşmesinde dahi şekil şartı yoktur. Zira TTK m.20/f.3'teki şekil şartı ayıp bildirimini kapsamamaktadır³¹⁹. Ancak işin önemine göre ayıp bildirimin noter kanalıyla veya en azından yazılı şekilde yapılması, ayıbın ispatını kolaylaştırması bakımından önemlidir³²⁰.

Ayıp bildirimin şekli, taraflarca sözleşme ile kararlaştırılabilir. Ancak taraflarca kabul edilen şekil şartının, TBK m.12 gereğince karine olarak geçerlilik şekli olduğu söylenemez³²¹.

d. Bildirimin İçeriği

Ayıba ilişkin bildiriminde bulunurken işsahibinin eserdeki her ayıbı genel hatlarıyla belirtmesi yeterlidir³²². İşsahibinden ayıbı tüm ayrıntılarıyla doğru bir biçimde, nedenleriyle birlikte bildirmesi beklenmemektedir³²³. Ancak yalnızca ayıbın olduğunu veya sözleşmeye aykırılık olduğunu belirten genel bildirimler de yeterli değildir. Ayıp bildirimi, yüklenicinin değerlendirme yapmasına imkân verecek nitelikte,

³¹⁶ TANDOĞAN, s.172-173; ARAL/AYRANCI, s.405.

³¹⁷ SELİÇİ, s.152; KURŞAT, s.312; ÖZ, Dönme, s.116; ÖZ'e göre işsahibinin daha elverişli vasıta ile bildirimi göndermeyerek, kusuru ile bildirimin geç ulaşmasına neden olması halinde, bunun sonuçlarına işsahibinin katlanması gerekir.

³¹⁸ TANDOĞAN, s.173; ARAL/AYRANCI, s.405; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.526; ŞAHİN, s.141; TURANBOY, s.165; YENER, s.160.

³¹⁹ SELİÇİ, s.151; KURŞAT, s.312.

³²⁰ EREN, s.645.

³²¹ TANDOĞAN, s.173.

³²² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.567; TANDOĞAN, s.172; KURŞAT, s.312.

³²³ TUNÇOMAĞ, s.1021; KURŞAT, s.312; TANDOĞAN, s.172.

ayıbın kapsamı ve türü bakımından gerekli ayrıntı ve açıklığı içermelidir³²⁴. İş sahibi tarafından yapılan bildirimde, ayıbın nedeninin belirtilmemesi veya bildirilen nedende yanlış olmasının, bildirim külfetinin yerine getirilmesi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca iş sahibinin ayıp bildirimi ile birlikte veya hemen sonrasında ayıptan doğan seçimlik haklarından hangisini seçtiğine ilişkin irade beyanında bulunma zorunluluğu yoktur. İş sahibi ayıptan doğan seçimlik haklarının hangisini kullandığını zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye bildirebilir. Bununla birlikte ayıp bildiriminde tazminat hakkının saklı tutulmaması, tazminattan feragat edildiği anlamına gelmeyecektir³²⁵.

Eserin gözden geçirilmesi için mahkeme kanalıyla bilirkişilere başvurulması halinde, bilirkişi raporunun yükleniciye tebliği veya iş sahibinin yükleniciye karşı açtığı davada dava dilekçesinin yükleniciyi tebliği, ayıp bildirimi sayılmaktadır³²⁶.

3. Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetinin Yerine Getirilmemesinin Sonucu

Gözden geçirme veya bildirim külfetlerinin yerine getirilmemesi durumunda, TBK m.477/f.2 gereğince, eser iş sahibince kabul edilmiş sayılır. Külfetlerin hiç yerine getirilmemesi veya zamanında yerine getirmemesi halinde bu sonuç doğacaktır³²⁷. Mezkur madde metnindeki “kabul etmiş sayılma” ifadesi öğretide eleştirilmiştir. Zira burada iş sahibinin ayıpsız bir ifaya yönelik eserin kabul edildiğine ilişkin bir tutumu yoktur. Sadece kanun tarafından ayıptan doğan hakların iş sahibi tarafından kullanılması için külfetlerin yerine getirilmesi şartı mevcuttur. İş sahibinin burada kabule ilişkin bir irade beyanı olmadığı gibi yüklenicinin de bunu kabul olarak anlaması gerekmez. Mezkur hükümdeki karine, kesin kanuni karine olup aksi ispat edilemez. Diğer bir anlatımla iş sahibinin kabul iradesinin olmadığına ispatlanmasının bir önemi yoktur³²⁸.

³²⁴ GÜMÜŞ, s.56; EREN, s.644; ÖZ, s.203; SELİÇİ, s.151-154; ÖZ, Dönme, s.117; KURŞAT, s.312.

³²⁵ TANDOĞAN, s.172-173; ÖZ, s.204; KURŞAT, s.312; SELİÇİ, s.151-151.

³²⁶ SELİÇİ, s.151; ÖZ, Dönme, s.118.

³²⁷ KURŞAT, s.311; ŞAHİN, s.141; ÖZ, Dönme, s.112.

³²⁸ ÖZ, Dönme, s.112.

E. İşsahibine Yükleneememesi

İşsahibi eserin meydana getirilme sürecinde aktif bir rol oynamaktadır. Zira taraflar arasında bağımlılık ilişkisi bulunmamakla birlikte, işsahibi yükleniciye emir ve talimat verebilmektedir. Yine işsahibi esere ilişkin malzemeyi, planı, projeyi yükleniciye teslim edebilir. İşsahibinin bu rolü nazara alınarak ayıptan sorumluluk şartları belirlenmiştir³²⁹. TBK m.476’da belirtildiğı üzere, eser sözleşmesinde ayıptan doğan hakların kullanılabilmesi için ayıbın işsahibine yüklenememesi gerekmektedir. Bu hüküm emredici nitelikte olmayıp aksi taraflarca kararlaştırılabilir³³⁰.

Ayıbın işsahibine yüklenebilmesinin şartları şunlardır:

1. İşsahibine yüklenebilecek herhangi bir nedenden kaynaklanmaması

TBK m.476’da açıkça belirtildiğı üzere, ayıbın işsahibinin talimatından veya ona yüklenecek herhangi bir sebepten kaynaklanmaması gerekmektedir. Talimat kavramından, işsahibinin yükleniciye bildirdiğı bağlayıcı nitelikteki her türlü emir ve direktif anlaşılmalıdır. Emredici veya bağlayıcı nitelikte olmayan bildirimler, tavsiyeler ve öneriler bu kapsamda değerlendirilmez. Talimat, sözleşme konusu işin yürütülmesinde kullanılacak malzemeye, yöntemeye veya usule ilişkin olabilir. Talimatın yazılı veya sözlü olarak verilmesi mümkündür³³¹.

İşsahibinden kaynaklanacak herhangi bir sebep ifadesi, genel bir hüküm niteliğindedir. Ayıbın işsahibine yüklenebilmesi, işsahibinin kusurlu olmasını gerektirmez. Bu durum, ayıp rizikosuna işsahibinin katlanması gereken tüm halleri içine almaktadır. Örneğın; esere ilişkin malzemenin, araç-gerecin, planın, projenin işsahibi tarafından yükleniciye teslim edilmesi durumunda, ayıp işsahibine yüklenebilir³³².

³²⁹ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.523.

³³⁰ GÜMÜŞ, s.58; KOCAAĞA, s.143; ARAL/AYRANCI, s.400 vd.

³³¹ EREN, s. 635-636; TANDOĞAN, s.210-211; KOCAAĞA, s.145; ARAL/AYRANCI, s.354.

³³² ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.523; TANDOĞAN, s.208-209; KURŞAT, s.286 vd.; KOCAAĞA, s.144 vd.; ARAL/AYRANCI, s.401; ÖZ, Dönme, s.111.

Uygulamada genellikle işsahibinin gösterdiği arsanın veya temin ettiği malzemenin ayıplı olması nedeniyle ayıbın işsahibine yüklenebilmesi gündeme gelebilir³³³.

İşsahibinin eserin yapım sürecinde yükleniciyi denetleme yükümlülüğü yoktur. Yalnızca koordinasyon yükümlülüğü mevcuttur. Bu nedenle işsahibinin yükleniciyi denetlemesi halinde önlenecek ayıpların, işsahibinden kaynaklandığı ileri sürülemez³³⁴.

Ayıp, doğrudan işsahibinden kaynaklanabileceği gibi TBK m.116 gereğince işsahibinin yardımcılarında doğacak herhangi bir sebepten de kaynaklanabilir. Bu duruma örnek olarak işsahibinin görevlendirdiği mühendis, mimar, kontrol şirketlerinin eylemleri verilebilir³³⁵.

2. Yüklenicinin Aydınlatma ve Uyarma Borcu

TBK m.476'da açıkça düzenlenen yüklenicinin aydınlatma ve uyarma yükümlülüğü, TBK m.471'deki özen borcunun gereğidir³³⁶. Özen borcu gereğince, işsahibi tarafından verilen talimatlara ilişkin olarak yüklenici, işsahibini aydınlatmalı ve uarmalıdır³³⁷. Aynı şekilde işsahibinin temin ettiği malzeme, arsa, plan veya projenin ayıplı olması halinde de yüklenicinin ayıbı derhal işsahibine bildirme

³³³ GÜMÜŞ, s.59.

³³⁴ KOCAAĞA, s.145; EREN, s.638-639; ARAL/AYRANCI, s.403.

³³⁵ ARAL/AYRANCI, s.401; ÖZ, s.199; TANDOĞAN, s.210; KURŞAT, s.290; EREN, 636-637; GÜMÜŞ, s.58; ÖZ, İnşaat, s.199; ÖZ, Dönme, s.112.

³³⁶ EREN, s.637; KARATAŞ, s.187.

³³⁷ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.523; KOCAAĞA, s.146; KURŞAT, s.292-293; Bu konuda Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi m. 11 f.9 hükmü: “İşlerin devamı sırasında Müteahhit, proje uygulaması konusunda kendisine yapılan tebligatın sözleşme hükümlerine aykırı olduğu veya tebligat konusunun teknik ve sanat kurallarına uygun olmadığı kanısına varırsa, bu husustaki karşı görüşlerini (13). madde hükümlerine göre İdareye bildirmek zorundadır.” BİGŞ m.13 f.IV ve V: “Bununla birlikte, Müteahhit kendisine verilen projelerin ve/veya teknik belgelerin, teslim edilen işyerinin veya malzemenin veyahut talimatın, sözleşme ve eklerinde bulunan hükümlere aykırı olduğunu veya teknik ve sanat kurallarına uymadığını ileri sürerse bu husustaki karşı görüşlerini teslim ediliş veya talimat alış tarihinden başlayarak onbeş gün içinde (nitelik ve özelliği bakımından incelenmesi uzun sürebilecek işlerde, müteahhidin isteği halinde bu süre İdarece arttırılabilir.) hem kontrol teşkilatına, hem de İdareye yazı ile bildirmek zorundadır. Bu süre aşılmıca müteahhidin itiraz hakkı kalmaz. Müteahhidin iddia ve itirazlarına rağmen, İdare işi kendi istediği gibi yaptırdığı takdirde Müteahhit, bu uygulamanın sonunda doğabilecek sorumluluktan kurtulur.”.

yükümlülüğü vardır. Aksi halde yüklenici bundan doğan sonuçlardan bizzat sorumlu olur³³⁸.

Yüklenicinin bu yükümlülüğü yerine getirmesi için talimata uyulması halinde eserin ayıplı olacağını ve ayıba ilişkin bir sorumluluk kabul etmediğini açıkça iş sahibine bildirmesi gerekir. Genel bir aydınlatma, yüklenicinin yükümlülüğü yerine getirmesi için yeterli değildir. Yüklenici, iş sahibinin talimatına neden karşı çıktığını, endişe ve şüphelerini ayrıntılı bir biçimde bildirmelidir. Uyarı, doğrudan iş sahibine veya onun yetkili temsilcisine yapılabilir³³⁹. Uyarının talimata uyulması halinde doğacak zarardan yüklenicinin sorumlu olmadığına ilişkin bir ihtarı içermesi gerekliliği öğretide tartışmalıdır. Öğretideki genel kabule göre, TBK’de böyle bir şart aranmadığından, rizikonun iş sahibine geçeceğine ilişkin ihtaraya gerek yoktur³⁴⁰. Ayrıca yüklenicinin mesleki uzmanlığı gereğince iş sahibinin davranışının sonucunu öngörmesi kendisinden beklenemediği durumlarda, yüklenicinin uyarı yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁴¹.

Birden fazla yüklenicinin peşi sıra çalışması halinde, önceki yüklenicinin yaptığı işin devamı sonraki yüklenici tarafından tamamlanabilir. Bu halde, önceki yüklenicinin yaptığı iş, sonraki yükleniciye iş sahibi tarafından temin edilen arsa gibi ele alınır. Dolayısıyla sonraki yüklenicinin, önceki yüklenicinin eserde meydana getirdiği ayıbı fark edip iş sahibine bildirmesi halinde, iş sahibi gerekli önlemleri almazsa veyahut sonraki yüklenicinin ayıbı fark etmesinin kendisinden beklenemediği hallerde, sonraki yüklenici ayıptan sorumlu olmayacaktır³⁴².

İş sahibinin kendisinin uzman olduğu bir konuda veyahut uzman bir kişiden aldığı görüş doğrultusunda yükleniciye talimatta bulunması halinde, yüklenicinin uyarı yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı değişiklik göstermektedir. Şöyle ki,

³³⁸ KOCAAĞA, s.148; ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.523; TANDOĞAN, s.214-215.

³³⁹ EREN, s. 637; ARAL/AYRANCI, s. 402; TANDOĞAN, s.211; KOCAAĞA, s.146-147.

³⁴⁰ TANDOĞAN, s.211; BURCUOĞLU, s.301-302; KURŞAT, s. 296; Aksi yönde açıklamalar için: SELİÇİ, s.107, 194.

³⁴¹ ÖZ, s.199; TANDOĞAN, s.212.

³⁴² KOCAAĞA, s.148-149; TANDOĞAN, s. 216; KURŞAT, s.290.

uzmanlığa dayalı verilmiş talimatın doğru olmadığını yüklenici bilmiyor veya bilmesi gerekmiyorsa, yüklenicinin uyarma yükümlülüğü yoktur. Ancak uzmanlığa dayalı verilen talimatın doğru olmadığını yüklenicinin bilmesi gerektiği hallerde, yüklenicinin uyarma yükümlülüğü mevcuttur. Yüklenicinin kontrol yükümlülüğü olup bu yükümlülüğü yerine getirmemesi nedeniyle talimatın yanlışlığını anlayamadığı hallerde ise talimatın yanlış olduğunu bilmesi gerektiği kabul edilir. Keza iş sahibinin veya yardımcısının uzmanlığa dayalı vermiş olduğu bir talimatta, yüklenicinin talimatı yeniden inceleme yükümlülüğü yoktur. Fakat talimatın yüklenici tarafından yeniden incelenmesi, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde veya taahhüt verilmesi durumunda zorunludur³⁴³.

Yüklenici uyarıda bulunduktan sonra, iş sahibinin davranışında ısrarcı olup olmadığını anlamak için beklemelidir. Ancak bekleme süresi sınırsız değildir. Bu süre somut olayın şartları nazara alınarak dürüstlük kuralı gereğince belirlenir. Yüklenicinin uyarıda bulunmasına ve gerekli süre kadar beklemesine rağmen, iş sahibi sessiz kalabilir. Öğretideki genel kabule göre iş sahibinin sessiz kalması davranışı, talimatta ısrar edildiği şeklinde yorumlanmalıdır³⁴⁴. Dolayısıyla iş sahibinin sessiz kalması durumunda, yüklenicinin işe devam etmesi gerekmektedir.

Yüklenicinin uyarma yükümlülüğünü yerine getirmemesine karşın, uyarıda bulunmuş olsaydı bile iş sahibinin talimatında ısrarcı olacağını ispat etmesi halinde, yüklenici sorumluluktan kurtulur³⁴⁵. Doktrindeki bir görüşe göre, yüklenicinin bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmesi, iş sahibinin veya yardımcısının talimat konusunun uzmanlık alanı olmasıyla mümkündür³⁴⁶. Doktrindeki diğer görüşe göre, iş sahibinin

³⁴³ TANDOĞAN, s.213-214; KURŞAT, s.294-295; KOCAAĞA, s.146; ARAL/AYRANCI, s.402; ERMAN, s.161.

³⁴⁴ SELİÇİ, s.196; KURŞAT, s.296; ERMAN, s.162.

³⁴⁵ EREN, s.638; TANDOĞAN, s.213; TURANBOY, s.183; KURŞAT, s.296-297; ARAL/AYRANCI, s.402; ERMAN, s.161; Doktrinde yüklenicin bu şekilde sorumluluktan kurtulabilmesinin ancak iş sahibinin veya yardımcısının talimat konusunun uzmanlık alanı olması gerektiğini savunmaktadır.

³⁴⁶ KAPLAN, s.124.

veya yardımcılarının talimat konusunda uzman olması gerekmeksizin, bu durumda yüklenici sorumluluktan kurtulur³⁴⁷.

Yüklenicinin aydınlatma ve uyarma borcunu yerine getirmesi için TBK’de herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Uyarı, yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir³⁴⁸. Taraflarca, yazıllık şekil şartı olarak kararlaştırılabilir. Ayrıca Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.5 gereğince yüklenici ile yapı denetim görevlisi arasındaki iletişimlerin yazılı olması zorunludur³⁴⁹.

3. Nedensellik Bağı Bulunmalıdır

Eserdeki ayıbın, münhasıran iş sahibinin talimatından veya iş sahibine yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanması gerekir. İş sahibinin sözleşmeden veya kanundan doğan bir yükümlüğünü ihlal etmesine gerek yoktur. İş sahibinden kaynaklanan nedenle ayıp arasında nedensellik bağı bulunmalıdır³⁵⁰.

4. Sonuçları:

Eserdeki ayıbın münhasıran iş sahibinin talimatından veya ona isnat edilebilen başkaca bir sebepten kaynaklanması halinde, yüklenici ayıptan sorumlu tutulamaz. Ayıbın iş sahibine yüklenebilir bir sebepten kaynaklandığını, uyarma ve bildirimin yükümlülüğünün yerine getirildiğini yüklenicinin ispat etmesi gerekir³⁵¹. Yüklenicinin uyarısına rağmen iş sahibi talimatında ısrar ederse, iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder³⁵².

Ayıbın iş sahibi ile yüklenicinin ortak kusurundan kaynaklanması durumunda, yüklenici ayıptan kısmen sorumlu olacaktır. Bu halde TBK m.476 hükmü değil, TBK m.114/f.2 hükmünün göndermesiyle TBK m.52 hükmü uygulama alanı bulur. Mezkur

³⁴⁷ SELİÇİ, s.20-21.

³⁴⁸ KURŞAT, s.295, ERMAN, s.160-161; EREN, s.637; ARAL/AYRANCI, s.402; TANDOĞAN, s.211; KOCAAĞA, s.146-147; TURANBOY, s.182.

³⁴⁹ TURANBOY, s.182; SELİMOĞLU, s.156.

³⁵⁰ EREN, s. 637; ARAL/AYRANCI, s.402; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363.

³⁵¹ GÜMÜŞ, s. 59; SELİÇİ, s.198; KOCAAĞA, s.149; ERMAN, s.162.

³⁵² ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 522; EREN, s. 639; AYDOĞDU, M./KAHVECİ, N., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019, s.763; GÜMÜŞ, s.58; ÖZ, s.198-199.

hükümde ortak kusur, yüklenicinin tazminat sorumluluğu bakımından bir indirim sebebi olarak öngörülmüştür³⁵³.

Mezkur hükmün seçimlik haklar kapsamında incelenmesi faydalı olacaktır: İş sahibinin bedelden indirim yapılması seçimlik hakkını kullanması halinde, eserdeki ayıp nedeniyle bedelden indirilecek olan tutarın makul miktarı, iş sahibi aleyhine azaltılacaktır. İş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanması halinde, ayıp giderilecek ancak ayıbın giderilme masraflarının hakim tarafından belirlenecek makul kısmına iş sahibi katlanacaktır. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, eserin kabulünün iş sahibi tarafından beklenemeyeceği hallerde mümkündür. Ortak kusur halinde iş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanamayacağı durumlar söz konusu olabilir. İş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabildiği durumlarda ise ortak kusur nedeniyle bedelin bir kısmının yüklenicide kalması sonucu doğacaktır³⁵⁴.

F. Sorumsuzluk Anlaşmasının Bulunmaması

Taraflar arasında akdedilecek anlaşma ile sorumluluğun sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması mümkündür. Taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşmaları TBK m.115 gereğince geçerlidir. Bu nedenle yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu olması için taraflar arasında sorumsuzluk anlaşması bulunmamalıdır. Öğretide genel kabul edilen görüşe göre, -satış sözleşmesindeki TBK m.221 hükmünün kıyasen uygulanması doğrultusunda- eser sözleşmesinde yüklenicinin ağır kusuru ile gizlediği ayıplara ilişkin yüklenicinin her halükârda sorumlu olduğu ifade edilmektedir. Bu kapsamda taraflar arasındaki sorumsuzluk anlaşması, yüklenicinin ağır kusuru ile gizlediği ayıplar için geçerli değildir³⁵⁵.

G. Yüklenicinin Kusuru

Ayıbın iş sahibinin talimatından veya ona yüklenebilen herhangi bir sebepten kaynaklanmadığı hallerde, kusuru olmasa dahi yüklenici ayıptan sorumludur³⁵⁶. Ayıptan

³⁵³ TANDOĞAN, s.209; ÖZ, s.199; KOCAAĞA, s.149; ERMAN, s.151; EREN, s.639.

³⁵⁴ KOCAAĞA, s.149-150.

³⁵⁵ GÜMÜŞ, s.59; ÖZ, s.201.

³⁵⁶ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.524.

doğan sorumluluk kapsamında yalnızca tazminat talebi için yüklenicinin kusurlu olması aranmaktadır. Burada yüklenicinin kusurunun işsahibi tarafından ispatlanması gerekir³⁵⁷.

KILIÇOĞLU'na göre ise yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, kusur sorumluluğunun bir çeşididir. Eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin TBK m.474'de bu husus açıkça ifade edilmemiştir. Ayıplı bir eser meydana getirileceğinin önceden anlaşılması durumuna ilişkin düzenlenen TBK m. 473/f. 2'de ise yüklenicinin kusuru şartı açıkça aranmıştır. Yazara göre ayıp sorumluluğunda, yüklenici sözleşmeden doğan borçlara ilişkin TBK. m.112 genel hükmü gereğince, kusursuz olduğunu kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir³⁵⁸. Yazar'ın görüşü isabetli değildir. Hukukumuzda ayıptan doğan sorumluluk, bir tür kusursuz sorumluluk hali olarak tanzim edilmiştir. Ayrıca ayıptan doğan sorumluluk kanunumuzda genel hükümlerden ayrı, özel hüküm olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla TBK ilgili hükümlerinde yüklenicinin ayıp sorumluluğu için kusur şartı aranmadığından ayıptan doğan sorumluluk kusur sorumluluğu olarak kabul edilemez.

H. Zamanaşımı Süresi

1. eBK Dönemi

eBK döneminde eser sözleşmesinde ayıba ilişkin uygulanacak zamanaşımı süresi, doktrin ve uygulamada oldukça tartışmalı bir konuydu. eBK m.363/f.1'de ayıptan doğan sorumluğa ilişkin uygulanacak zamanaşımı süresinin, satış sözleşmesindeki sürelerle tabii olduğu belirtilmiştir. Satış sözleşmesinde ayıba ilişkin uygulanan süre, eBK m.207'de bir yıl olarak düzenlenmiştir. Taşınmaz yapılara ilişkin uygulanacak zamanaşımı süresi ise eBK m.363/f.2'de beş yıl olarak düzenlenmiştir.

6763 sayılı ve 29.06.1956 tarihli kanunla eBK m.126/f.4'e şu ifade eklenmiştir:

³⁵⁷ ÖZ, Dönme, s.111; KOCAAĞA, s.143.

³⁵⁸ KILIÇOĞLU, s.466.

“...müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydan getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere istisna akdinden doğan bütün davalar...”

Mezkur düzenlemeye göre eser sözleşmesinde belirtilen durumlar için uygulanacak zamanaşımı süresi beş yıldır. Söz konusu düzenleme zamanaşımı süresi bakımından tartışmalara neden olmuştur³⁵⁹. Zira mezkur hüküm, “ağır kusur hali hariç ayıptan doğan hakların bu madde kapsamına alındığı” veya “ağır kusur hali hariç ayıptan doğan hakların bu madde kapsamından çıkarıldığı” şekillerinde farklı anlamlara gelebilir. Bu durum eBK m.126/f.4’ün, eBK m.363 hükmünü yürürlükten kaldırıp kaldırılmadığı tartışmalarına neden olmuştur:

Öğretideki baskın görüşe göre³⁶⁰, eBK m.126/f.4 hükmü ayıplı iş ve ayıplı malzeme kullanımı hususlarını uygulama dışı bırakmıştır. Ayıplı eser halinde eBK m.363 hükmünün yürürlükte olmaya devam ettiği ve madde metnindeki satış sözleşmesine yapılan atfın korunduğu savunulmuştur. Diğer bir anlatımla bu görüşe göre, eBK. m.126/f.4 hükmü yüklenicinin ayıp hali hariç olmak üzere, yalnızca sözleşmeden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi ifa etmemesi hallerine ilişkindir. Buna göre, taşınmaz niteliğindeki eserlere ilişkin olarak eBK m.363/f.2 gereğince 5 yıllık, bunlar haricindeki eser sözleşmelerine eBK m.363/f.1 atfı ile eBK m.207 gereğince 1 yıllık ve kasten gizlenen ayıplar bakımından ise eBK m.207/f.3 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Ayrıca iki tarafın tacir olduğu veya işin niteliği gereği ticari iş olduğu uyuşmazlıklara, TTK. m.25/f.4 gereğince³⁶¹, 6 aylık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. eBK m.126/f.4 hükmü ise ayıp dışında kalan eser sözleşmesine ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanama alanı bulmaktadır. Keza eBK 126/f.4’ün gerekçesinde belirtildiği üzere, hükmün getiriliş amacının fazlaca uzun olan

³⁵⁹ ÖZ, s.872-873; BURCUOĞLU, s.322 vd.

³⁶⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.569; SELİÇİ, s.205-206; ÖZ, s.872-87; ÖZ, Dönme, s. 134; BURCUOĞLU s.324; ERMAN, s.171; GÜNEL, M.C., Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar, Ergun ÖZSUNAY’a Armağan, İstanbul, 2004, s.431.

³⁶¹ Yargıtay’ın yerleşik içtihatları doğrultusunda eBK. m.363/f.1’deki zamanaşımına ilişkin yapılan atfın sadece eBK m.207 için değil, aynı zamanda tarafların tacir olduğu veya ticari nitelikteki sözleşmelerde için uygulanacak TTK. m.24/f.4’deki altı aylık zamanaşımı süresine de yapıldığı ifade edilmiştir. (TANDOĞAN, s.222; Y. 11. HD., E. 1966/1065, K.1968/511, T.03.02.1960, BATIDER, C.V, S.3, Y.1970, s.603.)

zamanaşımı sürelerini kısaltmak olduğu gözetilerek, eBK m.126/f.4'ün eBK m.363 hükmü ortadan kaldırmadığı yorumunun benimsenmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁶².

Buna karşın doktrindeki diğer görüşe³⁶³ ve yerleşik Yargıtay içtihatlarına³⁶⁴ göre, sonraki hüküm olan eBK m.126/f.4 hükmünün, önceki hükmün olan eBK m.363 hükmünü ortadan kaldırdığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla mezkur kanunla eklenen hüküm gereğince, ağır kusur hali hariç olmak üzere eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğun beş yıl olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşe göre, eBK. m.126/f.4 hükmü, eBK m.363/f.1'deki satış sözleşmesine yapılan atfı zımnen ilga etmiştir. Bu görüş doğrultusunda eBK döneminde, taşınmaz veya taşınır esarlere ilişkin ayıp halinde 5 yıllık, kast veya ağır kusur hallerinde ise eBK m.125 gereğince 10 yıllık zamanaşımı süresi mevcuttur.

2. TBK Dönemi

Ayıptan doğan sorumluluk için uygulanacak zamanaşımı süresi, TBK m.478'de çok açık bir şekilde düzenlenmiştir. Buna göre taşınmaz yapılara ilişkin

³⁶² Aksi halde ayıba ilişkin taşınmaz yapılar dışındaki bir yıllık zamanaşımı süresi, hükmün getiriliş amacına aykırı olarak beş yıl olarak uzatılmış olacaktır. TANDOĞAN, s.98-99; BURCUOĞLU, s.324.

³⁶³ KARAYALÇIN, İstisna Akdi – Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara, 1975, s.32; AKYAZAN S., İstisna Akitleri, Adalet Dergisi, S.12, Y.58, Aralık 1967, s.884; KARAHASAN, M. R., Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1975, s.1190; KARAHASAN, M. R., İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara, 1979, s.153-154.

³⁶⁴ YHGK 31.10.1995 ve 12066/14247 s.lı karar ve sonrasındaki Yargıtay kararlarında zamanaşımı süresi beş yıl olarak uygulanmıştır. "...BK.nun 126. maddesine 4. fıkra eklenmeden önce, eser sözleşmelerinde, yapılan şeyin kusurlu olmasından dolayı işsahibinin yükleniciye karşı açacağı davaların zamanaşımı hakkında BK.nun yukarıda açıklanan 363. maddesi ve dolayısıyla BK.nun 207. maddesi ile TTK.nun 25/4. maddesi hükümleri; eser sözleşmelerinden dolayı açılacak diğer davaların zamanaşımı süresi hakkında da, BK.nun 125. maddesi hükmü uygulanmakta idi.1.1.1957 tarihinde yürürlüğe giren 29.6.1956 günlü ve 6763 sayılı "Türk Ticaret Kanununun Mer'iyet ve Tatbik Şekli Hakkında Kanun"un 41. maddesi ile BK.nun 126. maddesine eklenen 4. fıkrada ise; "...müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar hariç olmak üzere, istisna aktinden doğan bütün davalar" beş yıllık zamanaşımı süresine bağlanmıştır. Bu fıkrada (istisna akdinden doğan bütün davalar) denildiği için, artık BK.nun 363. maddesinin uygulanma olanağı kalmamıştır. Müteahhidin kasıt veya ağır kusuru ile akdi hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış yahut ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle açılacak davalar bu fıkra hükmünden hariç tutulmakla, bu gibi, davaların BK.nun 125. maddesindeki on yıllık zamanaşımına tabi tutulması istenmiştir. Böylece eser sözleşmelerinden dolayı açılacak davalar, yüklenicinin kasıt veya ağır kusuru bulunması halinde on yıl, diğer hallerde beş yıllık zamanaşımına tabi tutulmuştur. BK.nun 126/4. maddesi, ayıplı işlerden dolayı açılacak davaları da kapsamına aldığından, 1.1.1957 tarihinden itibaren BK.nun 363 ve dolayısıyla BK.nun 207 ve TTK.nun 25/4. maddelerinin uygulanması mümkün değildir..." Kazancı Bilgi Bankası (E.T. 05.08.2020); ÖZ, s.878, dp.24; SELİMOĞLU, s.177; KOCAAĞA, s.151-152.

uygulanacak zamanaşımı süresi beş yıl, taşınmaz yapılar dışındaki eserlere ilişkin uygulanacak zamanaşımı süresi ise iki yıl olarak belirlenmiştir. Ayrıca yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde eserin niteliğine bakılmaksızın zamanaşımı süresi yirmi yıl olarak düzenlenmiştir³⁶⁵. Mezkur hükümde eser sözleşmesinin ticari nitelikte olup olmamasına ilişkin bir ayırım yapılmamıştır. Ayrıca TBK m.147’de ise yüklenicinin ağır kusuru ile hiç veya gereği gibi ifa etmemesi dışındaki eser sözleşmesinden doğan alacaklara, beş yıllık zamanaşımı süresinin uygulanacağı düzenlenmiştir. İş sahibinin edimini ağır kusuru ile hiç ifa etmemesi veya ayıplı ifa dışında gereği gibi ifa etmemesi hallerinde ise TBK. m.146’daki on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır³⁶⁶.

TBK m.147 ve.478 aynı anda yürürlüğe giren maddelerdir. Bu nedenle önceki hükmün sonraki hükmü kaldırıp kaldırmadığı tartışmaları, yeni kanun döneminde son bulmuştur. Hakeza TBK m.478 hükmü, TBK m.147’ye nazaran özel hüküm niteliğinde olup öncelikle uygulama alanı bulacaktır. TBK’de ayıba ilişkin eser sözleşmesinde uygulanacak zamanaşımı süreleri satış sözleşmesi ile aynıdır³⁶⁷.

Taşınmaz yapı kavramının içeriği doktrinde tartışmalıdır³⁶⁸. Doktrindeki bizim de benimsediğimiz görüşe göre, emek harcanması ve malzeme kullanılması suretiyle arza doğrudan veya dolaylı olarak meydana getirilen şeyler taşınmazdır. Örneğin;

³⁶⁵EREN, s.654; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568; KILIÇOĞLU, s.475; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.533; ARAL/AYRANCI, s.412; ÖZ, s.873-874; KOCAAĞA, s.152; ÖZ, İnşaat, s.224; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765; SELİMOĞLU, s.176; KURŞAT, s.361; RUHİ/RUHİ, s.51-52.; Aksi Görüşteki ÖZ’e göre, TBK m.478’deki ağır kusur halinde uygulanan yirmi yıllık zamanaşımı süresi yalnızca taşınmaz yapılara ilişkin olarak getirilmiştir. Bu nedenle, ağır kusur halinde taşınmaz yapı dışındaki eserlere ilişkin genel hüküm olan TBK. m.147/f.6 gereğince beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır. (ÖZ, s.873-874); Aksi Görüşteki GÜMÜŞ’e göre TBK. m.478’in gerekçesinde tasarının 71. Ve 72. maddelerdeki süresilerin esas alındığı belirtilmiş, 71. Ve 72. maddeler yasalaşırken yirmi yıldan on yıla indirilmiş olmasında karşın TBK m.478’deki sürenin indirilmesi unutulmuştur. Bu kapsamda yazar, taşınmaz yapılara ilişkin ağır kusur hallerinde ihmali bir kanun boşluğu kabul edilerek on yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiğini savunmuştur (GÜMÜŞ, s.72).

³⁶⁶ KILIÇOĞLU, s.475; SELİMOĞLU, s.176; ŞEN, M. S./ŞEN, M. K., Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Ankara, 2015, s.425.

s.37-38.

³⁶⁷

³⁶⁸ ŞENOCAK, s.235.

yüzme havuzu, köprü, kalorifer tesisatı, merdivenler gibi inşaat işleri taşınmaz yapı niteliğindedir³⁶⁹.

Ayıp nedeniyle tazminat talebinin hangi zamanaşımı süresine tabii olduğu ayrıca incelenmelidir. Zira TBK m.475/f.3’de tazminat hususunun genel hükümlere tabii olduğu belirtilmiştir. Mezkur madde gereğince tazminat talebine ilişkin zamanaşımı süresinin de genel hükümlere tabii olduğunun kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla ayıp nedeniyle tazminat taleplerine ilişkin olarak TBK m.112’deki beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. TBK. m.478 ve 112’deki hükümleri süre bakımından bir farklılık arz etmemektedir. Ancak ayıba ilişkin tazminat taleplerinin genel hükümlere tabii olması nedeniyle zamanaşımı süresi anlaşmayla değiştirilemez³⁷⁰. Bu noktada ağır kusur halinde ayıptan doğan tazminat taleplerine, TBK. m.478’deki 20 yıllık zamanaşımı süresine mi yoksa genel hükümlere ilişkin TBK. m.147/f.6 yollamasıyla TBK. m.146’daki on yıllık zamanaşımı süresi mi uygulanacağı incelenmelidir. TBK’nin düzenlenme amacı gözetilerek ağır kusur halindeki ayıba ilişkin tazminat taleplerinin, TBK. m.478’deki yirmi yıllık zamanaşımı süresine tabii olduğu doktrinde kabul edilmektedir³⁷¹.

6101 S.lı Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun m.5 uyarınca, eBK döneminde(1 Temmuz 2012 öncesinde) işlemeye başlayan zamanaşımı süreleri eBK’da yer alan sürelerle tabii olmaya devam edecektir. Ancak söz konusu sürelerin dolmamış kısmı TBK’de öngörülen süreden daha uzun ise 1 Temmuz 2012’den itibaren TBK’de belirtilen sürelerin geçmesi ile zamanaşımı süresi dolmuş kabul edilecektir. Taşınmaza ilişkin eser sözleşmelerinde TBK’de kısaltılan değil, uzatılan ağır kusur halinde uygulanan yirmi yıllık zamanaşımı söz konusudur. ÖZ³⁷²’e göre bu mevzuda mezkur 6101 S.lı Kanun m.2’deki “...*Türk Borçlar Kanununun kamu*

³⁶⁹ ŞAHİNİZ, s.218-219; ŞENOCAK, s.236-23; AYDOĞDU, M./NART, S., İsviçre Borçlar Kanunu’nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı (Art. 210 ve 371 Or) Revize Eden 16 Mart 2012 tarihli İsviçre Federal Kanunu’nun Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S.134, Y.2018, s.474-475; SELİÇİ, s.208-209.

³⁷⁰ KURŞAT, s.364; ÖZ, İnşaat, s.225; KOCAAĞA, s.152.

³⁷¹; KOCAAĞA, s.153; GÜMÜŞ, s.70; ÖZ, İnşaat, s.221 ve 225.

³⁷² ÖZ, s.225-226.

düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları, gerçekleştikleri kurallara bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanır...” hükmünden yararlanılmalıdır. Ağır kusur hali için TBK m.478’deki yirmi yıllık uzun zamanaşımı süresinin özellikle kamu düzenini derinden sarsan deprem zararları için getirildiği ifade edilmektedir³⁷³. Bu kapsamda ağır kusur haline ilişkin eBK dönemindeki sözleşmelerde on yıllık zamanaşımı süresinin dolup dolmadığına bakılmaksızın, yirmi yıllık zamanaşımı süresi nazara alınmalıdır.

Manevi tazminat taleplerine ilişkin olarak TBK’nin genel hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle manevi tazminat taleplerinde, TBK m.146 uyarınca yüklenicinin ağır kusuru ve kastına dayalı tazminat talepleri için 10 yıllık, diğer hallerde ise TBK m.147/f.6 uyarınca 5 yıllık zamanaşımı süresi bulunur³⁷⁴.

2886 S.lı Devlet İhale Kanunu m.7’de, bu kanuna tabi sözleşmelere uygulanacak zamanaşımı süresi için eBK’ye yollama yapılmıştır. TBK’nin yürürlüğe girmesi nedeniyle zamanaşımı süresine ilişkin olarak TBK hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla Devlet İhale Kanunu’na tabi sözleşmelerde taşınmaz yapılarda 5 yıl, taşınmaz yapı dışındaki eserlerde ise 2 yıllık zamanaşımı süresi bulunmaktadır. Mezkur kanun m.87 uyarınca zamanaşımı süresi, idarece kesin kabulün onaylanması ile başlamaktadır. Kamu denetimine tabi, kamu hukukuna dayanan veya kamu kaynağı kullanılan eser sözleşmelerinde uygulanacak zamanaşımı süresi, 4735 sayılı Kamu İhaleleri Kanunu m. 30 ile Yapım İşleri Genel Şartnamesi m.25/f.4 gereğince 15 yıldır. Zamanaşımı süresinin başlangıcı ise eserin kesin kabulünün idarece onaylanması tarihidir³⁷⁵.

TKHK’ye tabi sözleşmelerde ise özel hüküm olması nedeniyle bu kanunun 12. maddesinde belirtilen zamanaşımı süresi uygulanmaktadır. Mezkur hükümde zamanaşımı süresi bakımından eser sözleşmesi veya satış sözleşmesi ayrımı yapılmamıştır³⁷⁶. Tüketici kanuna tabi sözleşmelerde ortaya çıkan ayıpta uygulanacak

³⁷³ ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.533; ÖZ, s.225-226.

³⁷⁴ ŞEN/ŞEN, s.425-426.

³⁷⁵ ŞEN/ŞEN, s.38-40.

³⁷⁶ ÖZ, Armağan, s.874.

zamanaşımı süresi, iki yıldır. Konut veya tatil amaçlı taşınmazlarda ise beş yıldır. Kanunlarda veya sözleşmede zamanaşımı süresinin daha uzun belirlenmesi mümkündür³⁷⁷. Ayrıca ikinci el satışlarda ayıplı maldan sorumluluk bir yıldan, ikinci el malın tatil amaçlı taşınmaz veya konut olması durumunda ise ayıptan sorumluluk üç yıldan az olamaz. Ağır kusur halinde ise TKHK m.12/f.3 ve m.16/f.1’de söz konusu zamanaşımı sürelerinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Tüketici işlemi niteliğindeki sözleşmelere ağır kusur halinde TBK m.478 gereğince yirmi yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır³⁷⁸.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu m.30 gereğince, yüklenici ve altyükleniciler, yapının fen ve sanat kurallarına aykırı olması, yapım işlerinde hileli malzeme kullanılması ve benzeri sebeplerle ortaya çıkan zararlardan kesin kabul tarihi itibari ile on beş yıl müteselsilen sorumludur³⁷⁹.

3. Özellikleri ve Sonuçları

Ayıptan doğan bütün seçimlik haklar zamanaşımı süresine tabiidir. Ancak bedel indirimi ile sözleşmeden dönme seçimlik hakları yenilik doğuran hak niteliğinde olduğundan zamanaşımı süresine değil, hak düşürücü süreye tabii olmalıydı. Buna karşın, yasa koyucu tarafından yapılan tercih nedeniyle TBK m.478’deki özel hükümle zamanaşımı süresine tabii tutulmuştur³⁸⁰.

Seçimlik hakların zamanaşımına tabii olmasının iki önemli sonucu vardır: Birincisi, zamanaşımı süresi bir def’idir. Dolayısıyla alacağın zamanaşımına uğrandığının karşı tarafça ileri sürülmesi gerekir. Bu durum hakim tarafından re’sen gözetilmez. Zamanaşımı def’inin ileri sürülmesi halinde ise alacağın cebri icra veya

³⁷⁷ YÜCER AKTÜRK, s.138; ÖZ, s.224-225, dp.109.

³⁷⁸ ÖZ, s.224-225, dp.109; ŞEN/ŞEN, s.42 vd.

³⁷⁹ SELİMOĞLU, s.176.

³⁸⁰ ÖZ, s.223-224; KURŞAT, s.361-362; ÖZ, Dönme, s.128-129; Aksi Görüşe göre, zamanaşımı süresi içinde ayıp ihbarında bulunulmazsa seçimlik haklar tamamen kaybedilir. Keza ayıptan doğan seçimlik haklar zamanaşımına uğramamaktadır. Yalnızca muayene ve ihbar bildiriminin zamanaşımı süresinin içerisinde zamanında yapılmaması nedeniyle, seçimlik haklar ortadan kalkmaktadır. Bu kapsamda zamanaşımı süreleri, alacağın zamanaşımına uğramasıyla seçimlik hakların düşmesi sonucu doğuran-bir anlamda hak düşürücü nitelik taşıyan- “mutlak ihbar süresi”ni ifade etmektedir. GÜMÜŞ, s.70-73; SELİÇİ, s.206.

dava yoluyla istenmesi ortadan kalkmaktadır. Bu halde alacağın kendisi ortadan kalkmaz³⁸¹. İkincisi önemli sonucu ise, genel hükümlerdeki zamanaşımı süresinin durması ve kesilmesi halleri, seçimlik haklarda uygulama alanı bulmaktadır³⁸².

Zamanaşımı süreleri, eserin teslimden diğer bir anlatımla ayıplı ifadan itibaren işlemeye başlamaktadır³⁸³. Eserin maddi olmayan bir sonuca ilişkin olduğu sözleşmelerde veya işsahibi nezdinde yapılan sözleşmelerde teslim söz konusu değildir. Bu tür sözleşmelerde zamanaşımı süresinin başlangıcında, işin bitim tarihi nazara alınmalıdır³⁸⁴. İşin bitim tarihi, yüklenicinin işi tamamladığını işsahibine bildirerek işi yaptığı yeri terk ettiği zamandır³⁸⁵.

2886 S.lı kanuna tabi inşaat sözleşmelerinde, mezkur kanunun 8. maddesi gereğince, zamanaşımı süresi kesin kabulden itibaren işleyecektir. Kesin kabul, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümlerine göre, yapının ayıpsız olarak kabulü anlamına gelmektedir. Bu husus ayıba ilişkin olarak zamanaşımı süresinin uygulanmasını imkansız kılar. Dolayısıyla mezkur kanuna tabi inşaat sözleşmesinde zamanaşımı süresinin başlangıcının teslim anlamına gelen geçici kabul itibari ile başlatılması gerekmektedir³⁸⁶.

Zamanaşımı süreleri tarafların anlaşması ile uzatılıp kısaltılabilir³⁸⁷. Buna karşın, ayıptan doğan haklarının kullanımını imkansızlaştıran veya hakkaniyete aykırı

³⁸¹ SELİMOĞLU, s.178; KURŞAT, s.361-362; SELİÇİ, s.207, ÖZ, s.222; RUHİ/RUHİ, s.51-52.

³⁸² ÖZ, Dönme, 129; SELİÇİ, s.207.

³⁸³ KILIÇOĞLU, s.475; ERMAN, s.172; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.533; ÖZ, Armağan, s.873-874; SELİMOĞLU, s.176; ÖZ, s.226; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.765; EREN, s.654; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.534; KURŞAT, s.362; ÖZ, Dönme, s.129; TANDOĞAN, s.94; RUHİ/RUHİ, s.51-52; ERDEM, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010, s.104; Y. 15. HD., E.2006/6380, K.2007/617, T.12.01.2007 (BİLGİN, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, Ankara, 2009, s.829-830.).

³⁸⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568; ÖZ, İnşaat, s.226.

³⁸⁵ ÖZ, İnşaat, s.226; ÖZ, Dönme, s.129.

³⁸⁶ KURŞAT, s.362; ÖZ, İnşaat, s.226.

³⁸⁷ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.534; ÖZ, s.225-226; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568; TANDOĞAN, s.226; SELİMOĞLU, s.176; KURŞAT, s.363; SELİÇİ, s.211; UÇAR, s.279 vd.; ÖZ, Dönme, s.131. BURCUOĞLU, s.328.

ölçüde güçsüzleştiren kısaltmalar geçerli kabul edilmemelidir³⁸⁸. Ayrıca ayıplı esere ilişkin ağır kusur halinde, kısaltılan zamanaşımı süreleri TBK. m.115/f.1 gereğince geçerli değildir³⁸⁹.

Eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresinde, genel hükümlerdeki zamanaşımın durması ve kesilmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaktadır³⁹⁰. Belirtmek gerekir ki, ayıp ihbarı ile birlikte ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması, zamanaşımı süresinin durması veya kesilmesini sağlamaz. Zira muayene ve ayıp ihbarının zamanında yerine getirilmesi, yalnızca ayıptan doğan hakların kullanılmasının bir koşuludur³⁹¹.

4. Def'i Olarak İleri Sürülmesi Hususu

Zamanaşımı süresinin geçmesine karşın, ayıp bildiriminin süresinde yapıldığı durumlarda, ayıptan doğan seçimlik hakların def'i yoluyla ileri sürülüp sürülmeyeceği belirsizdir. eBK döneminde eser sözleşmesindeki zamanaşımına ilişkin hükmün satış sözleşmesine atıf yapması nedeniyle, bu hakkın def'i olarak ileri sürülebileceği savunulmuştur³⁹². TBK'nin zamanaşımına ilişkin m.478'de ise satış sözleşmesine herhangi bir atıf yapılmamaktadır. Buna rağmen, satış sözleşmesinde mevcut olan bu imkandan, kıyas yoluyla eser sözleşmesinde de faydalanılması gerektiği kabul edilmektedir³⁹³.

5. Garanti Süresinin Yorumu

Zamanaşımı süresinden daha uzun bir garanti süresi belirlenmesi durumunda, tarafların iradeleri önem kazanmaktadır. Garanti süresi, ayıbın bildirimi veya zamanaşımı süresi için belirlenebilir. Ayrıca taraflarca zamanaşımı süresinin garanti

³⁸⁸ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568; KURŞAT, s.363; SELİÇİ, s.211; ÖZ, Dönme, s.132; TANDOĞAN, s.94.

³⁸⁹ ÖZ, s.225-226; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568; SELİMOĞLU, s.176; SELİÇİ, s.211; ÖZ, Dönme, s.132; TANDOĞAN, s.226-227; BURCUOĞLU, s.329.

³⁹⁰ EREN, s.654; ERMAN, s.173; GÜMÜŞ, s.72; GÜNEL, s.431-432; BURCUOĞLU, s.330.

³⁹¹ BURCUOĞLU, s.330; ERMAN, s.173-174, dp.208.

³⁹² SELİÇİ, s.207, dp. 238; DAYINLARLI, K., İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları, Ankara, 1986, s.79.

³⁹³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.568-569; KURŞAT, s.363; ÖZ, İnşaat, s.224, dp.108; BURCUOĞLU, s.330.

süresinden sonra başlatılacağı kararlaştırılabilir. Bu kapsamda garanti süresinin yorumunda tarafların iradesi dikkate alınmalı³⁹⁴, tereddüt halinde ise süre yüklenici lehine yorumlanmalıdır³⁹⁵.



³⁹⁴ KURŞAT, s.363-364; Aksi Görüş: SELİÇİ, s.201 vd.

³⁹⁵ TANDOĞAN, s.227; KURŞAT, s.363-364; BURCUOĞLU, s.329.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN HAKLARI

I. Genel Olarak

Ayıplı ifa durumunda tarafların ifa menfaatleri ve edim ağırlıkları arasındaki denge, işsahibi aleyhine bozulmaktadır. Bu dengenin bir anlamda yeniden kurulabilmesi için işsahibine belirli haklar tanınmıştır³⁹⁶.

Ayıplı ifa nedeniyle işsahibinin yükleniciye karşı kullanabileceği, TBK. m.475'te birtakım seçimlik haklar (sözleşmeden dönme hakkı, bedelden indirim hakkı ve eserin bedelsiz onarımı hakkı) ile tazminat hakkı tanınmıştır. Mezkur hükümde tanınan seçimlik haklar, hukuksal nitelikleri bakımından yenilik doğuran haklardır. Seçimlik haklar, işsahibi tarafından yükleniciye karşı tek taraflı irade beyanı ile kullanılır ve irade beyanının yükleniciye varması ile sonuçlarını doğurmaktadır. İrade beyanının açık veya örtülü olması mümkündür. Seçimlik hakların kullanımı, geçerlilik şekline tabii değildir³⁹⁷.

Ayrıca seçimlik haklar şarta bağlı olarak kullanılamaz. Seçimlik hakkın kullanılmasıyla hak, kesin hak niteğine dönüşmektedir. Diğer bir anlatımla seçimlik hakların birinin işsahibi tarafından seçilmesiyle birlikte diğer seçimlik haklar tükenmektedir. İşsahibi tek taraflı olarak kullandığı seçimlik haktan vazgeçip diğerlerini kullanamaz³⁹⁸. Yalnızca yüklenicinin rızası ile işsahibinin kullandığı seçimlik haktan vazgeçip, başka bir seçimlik hakkı kullanması mümkündür³⁹⁹. Ayrıca işsahibi tarafından kullanılmasına karşın şartlarının oluşmadığı hakkın yerine, diğer seçimlik hakların kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda hangi seçimlik hakkın kullanacağıının

³⁹⁶ ŞENOCAK, s.33; KAPLAN, s.135; KURŞAT, s.313.

³⁹⁷ GÜMÜŞ, s.60; SELİÇİ, s.158; KAPLAN, s.137; KURŞAT, s.316; ŞAHİNİZ, s.138.

³⁹⁸ KILIÇOĞLU, s.468; SELİÇİ, s.158; ŞENOCAK, s.34; KAPLAN, s.137; KURŞAT, s.316; EREN, s.647; KOCAAĞA, s.160.

³⁹⁹ KILIÇOĞLU, s.468; EREN, s.647; SELİÇİ, s.159; KURŞAT, s.316.

takdiri, hakime aittir⁴⁰⁰. İstisnaen ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının kullanılması ve yüklenicinin ayıbı gidermemesi durumunda, iş sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir⁴⁰¹.

Eser sözleşmesindeki ayıp nedeniyle iş sahibinin ayıpsız başka bir eserin teslimini talep hakkı bulunmamaktadır. Ayrıca TBK m.475 hükmüne, satış sözleşmesine ilişkin TBK m.227/b.4'ün kıyasen uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁴⁰².

Mezkur kanunda tanınan seçimlik haklar sınırlı olarak sayılmış olup, sözleşme ile yeni bir seçimlik hakkın getirilmesi mümkün değildir⁴⁰³. TMK m.475 hükmü, emredici nitelikte değildir. Bu nedenle tarafların sözleşme ile bu hakların kullanımını düzenlemesi mümkündür. Örneğin, seçimlik hakların kullanımı yüklenicinin kusuru şartına bağlanabilir veya iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmayacağı ya da öncelikle ayıbın giderilmesini seçimlik hakkını kullanabileceği şeklinde düzenlemeler yapılabilir.⁴⁰⁴

Ayıbın giderilmesi ile ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazmini talepleri alacağın temlik hükümleri gereğince üçüncü bir kişiye temlik edilebilir. Buna karşın bedelden indirim talep hakkı ile dönme seçimlik haklarının üçüncü bir kişiye temlik mümkün değildir. Zira mezkur haklar, eser sözleşmesinden ayrılmaz nitelikte olan yenilik doğurucu haklardır⁴⁰⁵.

⁴⁰⁰ ŞAHİNİZ, s.155-156; KURŞAT, s.316-317, dp.866; Y. 15. HD., E. 2014/5389, K. 2015/801, T. 18.02.2015.; Y. 15. HD. E.2013/3112, K.2013/4901, T.01.09.2013, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 26.08.2020).

⁴⁰¹ YENER, s.162.

⁴⁰² KAPLAN, s.135; KURŞAT, s.317; KOCAAĞA, s.160.

⁴⁰³ RUHİ/RUHİ, s.49; EREN, s.646. Ancak yazar daha sonraki açıklamalarında tarafların sözleşme ile dönme yerine ayıpsız başka bir eserin yapılması konusunda anlaşabileceklerini ifade etmiştir. Bknz. EREN, s.650; Aksi görüş: KILIÇOĞLU, s.472.

⁴⁰⁴ SELİÇİ, s.160; KURŞAT, s.314.

⁴⁰⁵ GÜMÜŞ, s.60; EREN, s.647.

Tazminat talep hakkı ise diğer seçimlik haklar ile birlikte kullanılabilir. Tazminat talebi için iş sahibinin zarar görmüş olması ve yüklenicinin kusuru şarttır⁴⁰⁶. Buna karşın ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusuru aranmaz⁴⁰⁷.

Daha önce belirtildiği üzere ayıp bildirimi, ayıbın varlığına ilişkin olarak yapılan bir bildirimdir. İş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarından hangisini kullanacağını, ayıp bildirminde belirtmesi gerekmez. Ancak iş sahibinin zamanaşımı süresi içerisinde yükleniciye hangi seçimlik hakkı kullandığını bildirmelidir⁴⁰⁸.

İş sahibinin, ayıp nedeniyle tanınan seçimlik haklardan istediğini her koşulda seçme hakkı yoktur. Zira seçimlik haklara başvurulabilmesi mezkur kanun tarafından çeşitli şartlara bağlanmıştır. Örneğin, ayıbın belirli ağırlıkta olmadığı durumlarda, iş sahibinin ayıptan dönme hakkı yoktur. Ayıbın belirli ağırlıkta olduğu halde ise iş sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkına başvurabileceği gibi bedeldin indirim ya da ücretsiz ayıbın onarımı seçimlik haklarına da başvurabilir⁴⁰⁹.

II. Sözleşmeden Dönme

A. Niteliği

Sözleşmeden dönme seçimlik hakkı, yenilik doğuran bir haktır⁴¹⁰. Bu hak, iş sahibinin tek taraflı, açık veya örtülü irade beyanı ile kullanılır. Dönme beyanı yükleniciye varması ile sonuç doğurur⁴¹¹. Bir kez kullanıldıktan sonra tek taraflı olarak geri alınması mümkün değildir. Buna karşın tarafların anlaşmasıyla, diğer seçimlik

⁴⁰⁶ EREN, s.646; ARAL/AYRANCI, s.406.

⁴⁰⁷ SELİÇİ, s.157; ŞENOCAK, s.33; KAPLAN, s.136; KURŞAT, s.314.

⁴⁰⁸ ÖZ, s.204; SELİÇİ, s.150-151; KURŞAT, s.315.

⁴⁰⁹ ŞENOCAK, s.34; KURŞAT, s.315.

⁴¹⁰ TANDOĞAN, s.177; ŞENOCAK, s.48; SELİÇİ, s.160; KURŞAT, s.338; EREN, s.648; ERMAN, s.146; BURCUOĞLU, s.289.

⁴¹¹ SELİÇİ, s.160-161; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.569; KURŞAT, s.338; TANDOĞAN, s.177-178; EREN, s.648; ERMAN, s.146; BURCUOĞLU, s.289; RUHİ/RUHİ, s.49; KOCAAĞA, s.162; GÜNEL, s.418; SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerimin Sona Ermesi, İstanbul, 1977, s.210; TURANBOY, s.169.

hakların kullanılabilmesi mümkündür⁴¹². Bu hak, açılan bir davada def'i olarak ileri sürülebilir⁴¹³. Hakkın dava yoluyla kullanılma zorunluluğu yoktur. Dava açılması halinde hakim yalnızca yenilik doğuran hakkın koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğini tespit eder⁴¹⁴. Sözleşmeden dönmeye ilişkin irade beyanı, herhangi bir geçerlilik şekline tabi değildir. Ancak tarafların tacir olduğu eser sözleşmesinde irade beyanının TTK m.18/f.3'e uygun olarak kullanılması gerekmektedir⁴¹⁵.

Kat karşılığı inşaat sözleşmelerine ilişkin yargıtay içtihatlarında⁴¹⁶, yüklenicinin kabulü veya mahkeme kararı ile sözleşmeden dönülebileceği kabul edilmektedir⁴¹⁷. Yargıtay'ın bu görüşü doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir. Zira yenilik doğuran haklar mahiyetleri gereği tek taraflı olarak kullanılmasıyla sonuçlarını doğurur. Bu nedenle yenilik doğuran hak niteliğinde olan dönme hakkının sonuçlarının, mahkeme kararına veya yüklenicinin kabulüne bağlanması hakkın niteliği ile örtüşmemektedir⁴¹⁸.

B. eBK – TBK Dönemlerinin İncelenmesi

Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi, belirli şartlara tabidir. TMK m.475/f.1'de iş sahibinin eseri kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde, eserin ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı

⁴¹² BURCUOĞLU, s.290; TANDOĞAN, s.180.

⁴¹³ TANDOĞAN, s.178.

⁴¹⁴ ŞENOCAK, s.49; KURŞAT, s.338; KIRMIZI, s.232; ŞAHİNİZ, s.139.

⁴¹⁵ ZEVLİLER/GÖKYAYLA, s.528; ÖZ, s.218; TANDOĞAN, s.178; ERMAN, s.146; DUMAN, s.837; BURCUOĞLU, s.289-290; GÜNEL, s.418; KURŞAT, s.338; TTK. m.18/f.3: "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."

⁴¹⁶ "...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden, diğer tarafın karşı çıkması halinde tek taraflı dönme-fesih irade beyanının varlığı ve bunun karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sonuç doğurmayıp, dönme-fesih için mahkeme kararının alınması zorunludur..." Y. 15. HD., E.2018/4396, K.2018/4298, T.0.11.2018; Y. 15. HD., E.2019/1278, K.2019/4567, T.13.11.2019; Y. 15. HD., E.2019/643, K.2019/3904, T.24.10.2019, Kazancı İctihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁴¹⁷ Bu görüşü destekleyici açıklamalar: ERMAN, s.103-104.

⁴¹⁸ ÖZ, Dönme, s.142; AYAN, s.253; ŞAHİNİZ, s.140.

olması halinde, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi ifade edilmiştir⁴¹⁹.

eBK m.360/f.1: “yapılan şey işsahibinin kullanamayacağı veya nısfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, işsahibi eseri kabulden imtina edebilir.” hükmünü havidir. Hükümde açıkça sözleşmeden dönme ifadesi kullanılmamıştır. Hükme göre, işsahibi bu nitelikteki eserin teslimini reddedebilir. Bu halde borçlu temerrüdüne ilişkin genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Yine bu hüküm doğrultusunda işsahibi, kabul anlamına gelmeyecek surette eseri teslim aldıktan sonra, ayıp bildiriminde bulunarak sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir⁴²⁰.

TBK m.475/f.1’in uygulanmasında açıklığa kavuşturulması gereken iki sorun vardır. Birinci sorun, TBK m.475/f.1’deki şartları taşıyan ayıplarda, işsahibinin eserin teslimini reddederek, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurma hakkının olup olmadığıdır. TBK m.475/f.1’de kabulden kaçınmaya ilişkin bir ifade yoktur. Hükümün lafzında yalnızca sözleşmeden dönme hakkı ifade edilmektedir. Hükümün lafzı, belirli ağırlıkta olan ayıplarda eserin zorunlu olarak teslim alınması akabinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması gerektiği şeklinde anlaşılabilir. Ancak işsahibinin şeklen eseri teslim almasının zorunlu kılınması hükümün amacına aykırıdır. Bu nedenle işsahibinin şartlarını taşıması halinde sözleşmeden dönme veya eseri kabul etmeyerek borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerden faydalanma hakkına sahip olduğu kabul edilmelidir⁴²¹. Ancak işsahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilen eserlerde, teslim işsahibinin katılımı olmaksızın gerçekleştiğinden, borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulamaz⁴²². Diğer sorun ise, belirli ağırlıkta olmayan eserlerde işsahibinin eseri teslim alma zorunluluğu olup olmadığıdır. Hüküm ile teslim edilen eserdeki ayıbın

⁴¹⁹ EREN, s.648; KURŞAT, s.340-341; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; ARAL/AYRANCI, s.406-407; RUHİ/RUHİ, s.49.

⁴²⁰ ÖZ, Armağan, s.869; ERMAN, s.142-143; TANDOĞAN, s.178; ÖZ, s.212-213; EREN, s.647; GÜNEL, s.415; OLGAÇ, s.465-468.

⁴²¹ ; RUHİ/RUHİ, s.49; SELİMOĞLU, s.161; ÖZ, Armağan, s.870; ÖZ, s.212-213; EREN, s.647; DUMAN, s.818.

⁴²² ÖZ, s.213-214.

belirli ağırlıkta olmaması durumunda işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması engellenmiştir. Buna karşın eserin tesliminden önce aynı nitelikteki ayıp nedeniyle işsahibinin borçlu temerrüdü hükümlerine başvurarak sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmesi, hükmün amacı ile bağdaşmamaktadır. Açıklanan nedenlerle, belirli ağırlıkta olmayan eserleri işsahibinin teslim almasının zorunlu olduğu, teslimden sonra ise dönme hakkı dışındaki ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanabileceği sonucuna varılmalıdır⁴²³.

C. Şartları

1. Genel Olarak

Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanımı, TBK m.475/f.1’de ağır şartlara bağlanmıştır. Bunun nedeni, dönmenin sonuçlarının da ağır olmasıdır. Zira sözleşmeden dönme neticesinde yüklenicinin yoğun emeklerle meydana getirdiği eserin ortadan kaldırılması ve ücrete hak kazanamaması söz konusudur⁴²⁴. Madde metninde ayıbın tanımı yapılmamış, ayıbın derecelendirilmesi yapılarak sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır⁴²⁵.

Ayıptan doğan sorumluluk, sebep sorumluluğunun bir çeşididir. Dolayısıyla sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusuru aranmaz⁴²⁶. Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılabilmesi için öncelikle eserde önemli nitelikte bir ayıbın bulunması gereklidir. Bu kapsamda eser kullanılamaz veya işsahibi tarafından kabulü beklenemez nitelikte ayıplı olmalıdır⁴²⁷.

Sözleşmeden dönme için eserin işsahibinin kabule zorlanamayacağı ile eserin kullanılamayacağı şartları alternatif olarak yer almamaktadır. Buradaki asıl şart işsahibinin eserin kabulüne zorlanamamasıdır. Eserin kullanılamadığı haller, eserin

⁴²³ ÖZ, Armağan, s.870; SELİMOĞLU, s.157, 161.

⁴²⁴ KILIÇOĞLU, s.469; SELİÇİ, s.162, KURŞAT, s.340; ÖZ, s.214; KAHRAMAN, s.435-436.

⁴²⁵ ACAR, ayıp kavramı için TBK’deki satış sözleşmesi hükümlerinden kıyasen yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir, Bknz. ACAR, s.4.

⁴²⁶ EREN, s.648.

⁴²⁷ DURAK, s.227; ŞAHİNİZ, s.142; HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, s.363; DURSUN, s.1854; GÜMÜŞ, s.61; KAHRAMAN, s.435; DUMAN, s.827, OLGAC, s.467.

işsahibince kabule zorlanamayacağı durumunun bir çeşidini oluşturmaktadır. Eserin kabulüne zorlanamaması, kullanılamazlık dışındaki sebeplerle de gerçekleşebilir⁴²⁸.

İlk olarak, eser kullanılamayacak nitelikte ise işsahibi sözleşmeden dönebilir. Eserin kullanılabilir olup olmadığı, tarafların karşılıklı menfaatleri dikkate alınarak belirlenmelidir. Somut olayın nitelikleri, ayıbın büyüklüğü ve çeşidi, bu kapsamda değerlendirilir⁴²⁹. Ayrıca eserin sözleşmedeki kullanım amacı da göz önüne alınmalıdır. Sözleşmede işsahibi tarafından eserin muhakkak taşınması gerektiği özelliklerin bulunmaması halinde, eserin kullanılamaz nitelikte olduğu kabul edilir⁴³⁰.

Eserin kullanılamaz nitelikte olmasına karşın, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayabilir. Örneğin, ayıbın kolaylıkla giderilebilecek olması durumunda işsahibi eserin kullanılamadığını ileri sürerek sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁴³¹. Eserin kullanılamaz olmasının aynı zamanda eserin işsahibi tarafından kabule zorlanamayacağı hal olarak kabul edilmesi için, ayıp nedeniyle eserin kesin olarak ve tamamıyla kullanılamaz nitelikte olması gerekmektedir. Eserin bir kısmının kullanılamaz olması halinde sözleşmeden dönme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir⁴³². Bu tespit, eserin kullanılamamasının ağırlığı, ayıbın giderilmesinin süresi ve niteliği göz önüne alınacaktır⁴³³. Hakkın kullanımı için eserin, herhangi bir şekilde makul olarak kullanımın mümkün olmayacak derecede ayıplı olması gereklidir⁴³⁴.

⁴²⁸KOYUNCU, B. K., Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Değerlendirmeler, Beykent Üniversitesi HFD, C.11, S.145-146, Y.2016, s.6, (<https://www.jurix.com.tr/article/5858>); ERMAN, s.144; GÜMÜŞ, s.61; ŞAHİNİZ, s.142; TANDOĞAN, s.181; KURŞAT, s.341; YENER, s.163; DUMAN, s.823; ARAL/AYRANCI, s.407; ŞAHİN, s.142; Aksi Görüş: Yazara göre TBK. m.475/f.1 hükmünde eserin kullanılamaz ve işsahibince kabule zorlanamaz olma nitelikleri arasında “veya” bağlacı kullanıldığından, bu şartlar dönme hakkının kullanılabilmesi için alternatif olarak yer almıştır. Bknz. KOCAAĞA, s.161.

⁴²⁹ GÜMÜŞ, s.61.

⁴³⁰ KAPLAN, s.139; KURŞAT, s.342.

⁴³¹ ÖZ, Dönme, s.106.

⁴³² TANDOĞAN, s.182; ERMAN, s.143; KURŞAT, s.341-341; ÖZ, s.214; ÖZ, Dönme, s.106-107; TUNÇOMAĞ, s.1030; YAVUZ, s.641.

⁴³³ ÖZ, s.215; KURŞAT, s.342.

⁴³⁴ TANDOĞAN, s.182.

Eserin objektif nitelikte kullanılamaz olması durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirdiği konusunda tartışma yoktur. Buna karşın sübjektif olarak iş sahibinin kabulünün beklenemeyeceği hallerde, sözleşmeden dönme hakkının kullanılabilirliği irdelenmelidir: Doktrinde genel olarak kabul edilen görüşe göre, eserin sübjektif olarak kullanılamaz olması durumunda da iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁴³⁵. Ancak iş sahibinin özel olarak belirlediği kullanım amacını, yüklenicinin bilmesi beklenemiyorsa ve ayıp objektif olarak eseri kullanılamaz hale getirmiyorsa, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilir⁴³⁶.

Eser ekonomik değer taşınamasına karşın kullanılabilir nitelikte olabilir. Bu halde, eserin kullanılabilirliğinden bağımsız olarak iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur⁴³⁷. Doktrindeki baskın görüşe göre, ekonomik değeri olmayan ayıplı eserde iş sahibi yalnızca sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁴³⁸. ÖZ'e göre ise, koşullarını taşıması ve onarımın mümkün olması halinde iş sahibi ayıbın giderilmesini de talep edebilir⁴³⁹.

İkinci olarak, iş sahibinin eserin kabulüne zorlanamadığı hallerde sözleşmeden dönülebilir. İş sahibinin eserdeki ayıba rağmen eseri kabule zorlanıp zorlanamayacağındaki ölçüt, dürüstlük kuralıdır⁴⁴⁰. Örneğin, elektrik topraklama hattı bulunmayan, ısıtma tesisatı yapılmamış, tavanı damlayan taşınmaz nitelikteki eser kullanılabilir olmasına karşın, iş sahibi tarafından kabule zorlanamayacaktır⁴⁴¹.

Eserin kabul edilebilirliğine ilişkin olarak hükmün lafzında yalnızca iş sahibinin durumu dikkate alınmıştır. Ancak yüklenicinin durumunun da göz önüne alınması gerekir. İş sahibinin ayıp nedeniyle azalan menfaati aynı olsa dahi, yüklenicinin aynı

⁴³⁵ ÖZ, s.107; ŞENOACAK, s.52; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.528; YENER, s.163; KOYUNCU, s.6-7, Yazara göre eserin sübjektif olarak kullanılamazlığının belirlenmesinde, sözleşmede belirtilen nitelikler, kullanım amacı ve tarzı esas alınacaktır.

⁴³⁶ ÖZ, s.107; KOYUNCU, s.8.

⁴³⁷ TANDOĞAN, s.182; KURŞAT, s.342.

⁴³⁸ BURCUOĞLU, s.291.TANDOĞAN, s.182.

⁴³⁹ ÖZ, Dönme, s.106.

⁴⁴⁰ ERMAN, s.144; KURŞAT, s.342; DUMAN, Sözleşme, s.96; ÖZ, s.215.

⁴⁴¹ KURŞAT, s.341-342; ÖZ, s.215.

ölçüde menfaatinin azaldığı durumda dönme hakkını kullanılamaz. Buna karşın yüklenicinin menfaatinin aynı ölçüde etkilenmediği durumda ise dönme hakkını kullanılabileceği kabul edilmektedir⁴⁴². Bu kapsamda dönme hakkının kullanılabilirliğinde, hakkaniyet göz önünde bulundurularak, her somut olaydaki tarafların karşılıklı menfaatleri değerlendirilmelidir⁴⁴³. Bu değerlendirmede ayıbın niteliği, türü ve kapsamı önem kazanmaktadır. Ayrıca ayıbın oluşmasında iş sahibinin ortak kusurunun bulunması durumunda, değerlendirmede iş sahibinin kusuru da gözetilmelidir⁴⁴⁴.

İş sahibinin dönme hakkını kullanmada gecikmesi veya ayıbın kolaylıkla giderilebilecek nitelikte olması durumunda, iş sahibinden eserin kabulü beklenebilir. Bedelden indirim veya ayıbın giderilmesi sonrasında eserin iş sahibine beklenen faydayı sağlamayacağı hallerde, eserin kabulü iş sahibinden beklenemez⁴⁴⁵.

Eserdeki ayıpların, kabule zorlanamaz nitelikte olduğunun ispat yükü iş sahibi üzerindedir⁴⁴⁶.

Üçüncü olarak, ayıplı eser kullanılabilir nitelikte ve iş sahibinin kabule zorlanabileceği durumda olmasına rağmen, iş sahibi sözleşmeden dönebilir. Burada eserdeki ayıbın sözleşme şartlarına -eserin kullanılamayacak veya iş sahibinin kabulüne zorlanamayacak ölçüde- aykırı olması halinde, kanun gereğince iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı mevcuttur⁴⁴⁷. eBK m.361 hükmünde, sözleşmeye aykırılığın olmasını sözleşmeden dönme hakkının kullanılması için yeterli görülmekte, aykırılığın belirli bir ağırlıkta olması aranmamaktaydı. Doktrin ve Yargıtay tarafından, eBK m.361'in dürüstlük kuralı gereğince ancak belirli ağırlıkta sözleşmeye aykırılık

⁴⁴² ÖZ, s.216.

⁴⁴³ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.569; TANDOĞAN, s.181; ERMAN, s.144; TURANBOY, s.170; KURŞAT, s.343; KAPLAN, s.138; ÖZ, s.216; BURCUOĞLU, s.290; ARAL/AYRANCI, s.407; ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s.529; KOCAĞA, s.161; KARATAŞ, s.199; TURANBOY, s.170.

⁴⁴⁴ KURŞAT, s.343; KAPLAN, s.138; TANDOĞAN, s.181-182.

⁴⁴⁵ TANDOĞAN, s.182.

⁴⁴⁶ ERMAN, s.146; ÖZ, s.218; GÜNEL, s.418; KURŞAT, s.349-350.

⁴⁴⁷ ÖZ, s.216; KILIÇOĞLU, s.469.

hallerinde uygulanabileceği kabul edilmekteydi⁴⁴⁸. TBK m.475'te ise sözleşmeye aykırılığın belirli ağırlıkta olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir.

Sözleşmeye aykırılığın tespitinde, iş sahibinin sözleşmenin kurulduğu andaki eseri kullanma amacı önem kazanmaktadır. Sözleşmede eserin kullanım amacının belirtilmesi durumunda, iş sahibinin kabule zorlanabilirliği, bu amaca göre değerlendirilecektir. Buna karşın olağan kullanım amacına göre belirli bir ağırlıkta ayıplı olmayan eserlerde veya yükleniciden iş sahibinin eserin kullanım amacını bilmesinin beklenememesi halinde, iş sahibi dönme hakkı kullanamaz⁴⁴⁹.

Eserin kullanılamayacağı veya hakkaniyete göre iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ya da sözleşmeye aynı ölçüde aykırılığın takdiri hakime aittir⁴⁵⁰.

Sözleşmeye aykırı nitelikte olan ayıbın, karine olarak belirli ağırlıkta olduğu kabul edilir. Sözleşmeye aykırılığın belirli ağırlıkta olmadığını ispat yükü yüklenicinin üzerindedir⁴⁵¹.

Eserde birden fazla ayıbın mevcut olması halinde, ayıpların tek başına dönmeyi haklı gösterme şartı aranmamaktadır. Dönme hakkının mevcudiyeti, eserin tamamı ele alınarak, sözleşmenin tümü bakımından değerlendirilmelidir⁴⁵².

Eser sözleşmelerinde yüklenici, bir eser meydana getirmesi edimini borçlanmaktadır. Yüklenicinin ediminin bölünebilir nitelikte olması halinde, ayıplı edimler bakımından sözleşmeden kısmen dönülmesi mümkündür. Genellikle parça parça teslimin söz konusu olduğu sözleşmelerde, dönme hakkı kısmen kullanılabilir. Önceki parçadaki ayıbın sonraki parçayı etkilemesi durumunda, teslim edilmeyen

⁴⁴⁸ BURCUOĞLU, s.291; ÖZ, s.216, dp.102.

⁴⁴⁹ ÖZ, Dönme, s.107.

⁴⁵⁰ EREN, s.648; KOCAAĞA, s.161; ŞAHİN, s.142.

⁴⁵¹ ERMAN, s.144; GÜNEL, s.416; ÖZ, Dönme, s.109; ÖZ, s.216; Aksi görüşe göre sözleşmeye aykırılık halinde, aykırılığın belirli bir ağırlıkta olduğuna ilişkin bir karine kabul edilemez. Bknz. TANDOĞAN, s.182; DUMAN, s.829.

⁴⁵² TANDOĞAN, s.182; KURŞAT, s.339-340.

parçaları kapsayacak şekilde sözleşmeden dönülebilir⁴⁵³. Yine bir bütünün parçalarını oluşturmeyen eserlerin meydana getirilmesine ilişkin sözleşmelerden kısmen dönülebilir⁴⁵⁴. Buna karşın taşınmaz eserlerde, yüklenicinin edimi bölünebilir nitelikte olmadığından sözleşmeden kural olarak kısmen dönülemez⁴⁵⁵. Birden fazla blok yapılmasına ilişkin sözleşmelerde, ayıbın diğer blokları etkilememesi halinde, yalnızca ayıplı blok için sözleşmeden kısmen dönülebildiği kabul edilmektedir⁴⁵⁶.

Dönme beyanındaki ayıbın dönme şartlarını taşınamaması durumunda, işsahibi dönme beyanından sonra öğrendiği ayıbı ileri sürerek dönme beyanını ayakta tutabilir⁴⁵⁷.

Ayıbın giderilmesinin mümkün olması, tek başına işsahibinin sözleşmeden dönme hakkı kullanabilmesini engellemez⁴⁵⁸. Örneğin, ayıbın çok kapsamlı ve büyük olması durumunda, ayıbın giderilmesi mümkün olmasına karşın işsahibi eseri kabule zorlanamaz⁴⁵⁹. İşsahibinden ayıbın giderilmesine izin vermesinin beklenemediği hallerde de işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁴⁶⁰. Yapının kullanılamaz olmasına karşın, ayıp kolaylıkla giderilebilecek nitelik ise, menfaatler dengesi ve dürüstlük kuralı gereğince işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının olmadığı kabul edilmektedir⁴⁶¹. Örneğin, küçük bir parçasının eksik olması nedeniyle asansörün çalışmaması, küçük bir elektrik arızası gibi durumlarda işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz⁴⁶². Eserdeki ayıbın kapsamlı ve büyük olması karşısında, gelişen teknoloji ile birlikte yüklenicinin ayıbı gidermesinin çok masraf gerektirmediği hallerde, işsahibinin ayıbın giderilmesini isteme hakkı mevcuttur. Ancak ayıbın çok

⁴⁵³ ÖZ, Dönme, s.109-110; TUNÇOMAĞ, s.1032; DUMAN, s.830.

⁴⁵⁴ TANDOĞAN, s.180.

⁴⁵⁵ KURŞAT, s.339; ERMAN, s.146; ÖZ, s.217; TANDOĞAN, s.180.

⁴⁵⁶ ÖZ, s.217; KAPLAN, s.140; KURŞAT, s.339.

⁴⁵⁷ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.569; TANDOĞAN, s.182.

⁴⁵⁸ TUNÇOMAĞ, s.1032; ÖZ, Dönme, s.107; ÖZ, s.215.

⁴⁵⁹ ÖZ, Dönme, s.106-107; ÖZ, s.215.

⁴⁶⁰ SELİÇİ, s.163; KURŞAT, s.346; ÖZ, s.215.

⁴⁶¹ KAPLAN, s.139; SELİÇİ, s.143-144; ERMAN, s.143; ÖZ, s.214-215; KURŞAT, s.345.

⁴⁶² KURŞAT, s.345; ÖZ, s.214-215.

kapsamlı ve büyük olması nedeniyle dürüstlük kuralı gereğince, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilir⁴⁶³.

Tüketicinin sözleşmeden dönme hakkı ile ilgili TKHK m.11/f.1-a ve m.15/f.1 hükümlerinde, ayıbın belirli bir ağırlıkta olması şartı bulunmamaktadır. ÖZ'e göre dürüstlük kuralı gereğince, tüketici sözleşmelerinde de ayıbın belirli bir ağırlıkta olmadığı hallerde tüketicinin dönme hakkını kullanamaz⁴⁶⁴.

2. İşsahibinin Taşınmazı Üzerindeki Eser

Eserin işsahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilmesi durumunda, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanımı daha ağır şartlara tabi kılınmıştır. TBK m.475/f.3'te işsahibine ait taşınmaz üzerindeki eserin sökülüp yıkılmasının aşırı zarara neden olmaması koşuluyla, dönme hakkının kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Bu durumda işsahibi dönme dışındaki diğer seçimlik haklarını da kullanabilir⁴⁶⁵.

Hükmün lafzından eserin ayıbının büyüklüğü ne olursa olsun aşırı zarar doğması durumunda sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı anlaşılmaktadır. Bu durum ise çok büyük adaletsizliklere yol açabileceğinden, hüküm doktrinde eleştirilmiştir⁴⁶⁶. Örneğin, büyük ve lüks bir bina düşük şiddetli bir depremde yıkılabilecek nitelikte olsa dahi, aşırı masraf gerektirmesi nedeniyle işsahibi sözleşmeden dönme veya ayıbın giderilmesi hakkını kullanamayacaktır⁴⁶⁷.

Mezkur hükümdeki aşırı zarar kavramı, eserin taşınmaza bağlı şekildeki değeri ile eserin taşınmazdan sökülüp kaldırılması sonucu taşıdığı değer arasındaki farka göre

⁴⁶³ ÖZ, Dönme, s.107; ÖZ, s.215.

⁴⁶⁴ ÖZ, s.217.

⁴⁶⁵ GÜMÜŞ, s.62; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.571; ERMAN, s.145; ARPACI, s.253; EREN, s.648; ÖZ, s.217; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; ÖZ, Dönme, s.125; ARAL/AYRANCI, s.407; KAHRAMAN, s.436.

⁴⁶⁶ ARPACI, s.253-255; ÖZ, s.217-218.

⁴⁶⁷ ARPACI, s.253-255: Yazar, haksız sonuçlar oluşması nedeniyle kanunda gerçek olmayan bir boşluk olduğunu, bu boşluğun TMK m.2/f.2 gereğince somut olay adaleti gözetilerek hakim tarafından doldurulması gerektiğini ifade etmiştir.

belirlenir⁴⁶⁸. Meydana getirilmesi sırasında oluşan hata nedeniyle tamamen yıkılması gereken yapının değeri, moloz değerinden ibaret olduğundan işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Hükümün uygulanmasında adaletsiz bir durumun oluşmaması amacıyla, aşırı zarar kavramı için Doktrinde ve Yargıtay kararlarında başkaca ölçütler getirilmiştir. Eserin ayıplı haliyle tehlike yaratması, kaçak olan, fen veya teknik kurallara aykırı yapılan yapının yıkılması zorunlu olduğundan, aşırı zarar ölçütü değerlendirilmeksizin işsahibi sözleşmeden dönebilir⁴⁶⁹.

TBK m.475/f.3 kapsamında ispat yükü şu şekildedir: İşsahibinin, eserde önemli bir ayıbın varlığını ispat etmesi yeterlidir. Somut olayın TBK m.475/f.3 kapsamında olduğunu ise yüklenici ispat etmekle yükümlüdür⁴⁷⁰. Yapının sökülüp kaldırılmasının aşırı zarara yol açıp açmadığının takdiri TMK m.4 uyarınca hakime aittir⁴⁷¹.

Mezkur hüküm genellikle taşınmaz üzerinde yapılan inşaatlar için uygulama alanı bulmaktadır. Taşınmaz yapının bütünleyici parçası olan, sökülüp kaldırılması aşırı

⁴⁶⁸ GÜMÜŞ, s.63; TANDOĞAN, s.183; SELİÇİ, s.163-164; KURŞAT, s.347; ÖZ, s.217; ÖZ, Dönme, s.125; ERMAN, s.145; BURCUOĞLU, s.291; TUNÇOMAĞ, s.1033; UÇAR, s.194-195; KAPLAN, s.145; ŞENOCAK, s.38; EREN, s.651; TANRIVERDİ, A., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.3, Y.2014, 176.

⁴⁶⁹ ÖZ, Dönme, s.127; SELİÇİ, s.164; TANDOĞAN, s.184; KOYUNCU, s.10; ERMAN, s.145-146; ÖZ, s.218; ŞAHİNİZ, s.149; Y. 15.HD. E.2014/1949, K.2014/3884, T.06.06.2014 “...Mahkemeye bozma sonrası alınan ve benimsenen bilirkişi kurulu rapor ve ek raporlarında yapılan tüm projelerin kamu düzenine dair hükümler ihtiva eden İmar Kanunu, ilgili belediye İmar Yönetmeliği, onaylı imar planı ve notları, imar durumu ve mülkiyet haklarına aykırı olması sebebiyle ruhsat alınması mümkün olmadığı belirtildiğine göre, davalı-karşı davacının çizdiği projeler kabule icbar edilemeyecek derecede ayıplı olduğundan davacı işsahibi kooperatifin bunları kabulden kaçınmakta haklı olduğunun kabulü zorunludur. İşsahibinin kabulden kaçınma-reddetmekte haklı olduğu yasal olmayan ve yasal hale getirilmesi mümkün bulunmayan işlerin ekonomik değeri olmadığından bedeli ve davalı-karşı davacının yaptığı yararlanabilecek iş olmadığından Teknik Uygulama Sorumluluk işi bedeli işsahibinden talep edilemez...” ; Y. 15. HD. E.2006/1309, K.2006/3450, T.09.06.2006; “...Özellikle mühendislik hizmetlerinden fen ve teknik kurallardan yoksun binanın konut olarak kullanılması kimseden beklenilmeyeceğine göre “yaratılan değerlerin korunması”, şeklinde bir düşüncenin de olayda yeri bulunmadığından, doğacak zarar üzerinde durulmaksızın binanın kal'ine dair istemin de kabulü gerekir. Benzer olaylarda Dairemizin örnek kararı da bu yöndedir...” ; Y. 15. HD. E.1998/4289, K.1999/115, T.25.01.1999, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁴⁷⁰ GÜMÜŞ, s.67; KOCAAĞA, s.162; GÜNEL, s.418; ŞAHİNİZ, s.152; ERMAN, s.146; DUMAN, s.844; ÖZ, Dönme, s.126; KURŞAT, s.349-350; ÖZ, s.218.

⁴⁷¹ TANDOĞAN, s.183; DUMAN, s.844-845; ŞAHİNİZ, s.144.

masraf gerektiren eserler hükmün kapsamına girmektedir. Taşınmazın bütünüleyici parçasını oluşturmeyen eserlerde ise bu sınırlama uygulanmamaktadır⁴⁷².

TBK m.475/f.3 hükmü, taşınmaz üzerinde meydana getirilen eserin ekonomik açıdan çok değerli ve yapımı büyük masraf gerektirmeyen şeyler olması durumunda uygulanmaz. Örneğin; binaya ilişkin radyatör, pencere, kapı gibi eserlere ilişkin sözleşmelerde mezkur hüküm uygulanmayacaktır. Buna karşın, bütünlük oluşturan bir eserde, eserin bir kısmında mevcut ayıp için değerlendirme tüm eser göz önüne alınarak yapılır⁴⁷³. Örneğin, taşınmaz üzerinde anahtar teslim şeklinde meydana getirilen bir binada, kapılarda bulunan ayıp, TBK m.475/f.3 kapsamındadır⁴⁷⁴.

Mezkur hükmün uygulanmasında, iş sahibine ait taşınmaz üzerindeki eserin kaldırılma ve uzaklaştırılma masraflarının kime ait olacağı önem kazanmaktadır. Doktrindeki bir görüşe göre⁴⁷⁵, yüklenici eseri uzaklaştırmaya yetkilidir ancak yüklenicinin uzaklaştırma yükümlülüğü yoktur. Eseri kaldırma ve uzaklaştırma masrafları yükleniciye ait olduğundan, iş sahibi bu masrafları yükleniciden talep edebilir. Doktrindeki diğer görüşe göre ise, yüklenici eseri kaldırıp uzaklaştırmaya hem yetkili hem de yükümlüdür. Bu nedenle yüklenici yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, TBK m.473/f.2'nin kıyasen uygulanmasıyla, iş sahibi bu işi üçüncü bir kişiye yaptırarak masrafını yükleniciden talep edebilir veya üçüncü bir kişiye yaptırmaksızın TBK m.123 vd. hükümlerine başvurabilir⁴⁷⁶.

TBK. m.475/f.3 hükmünde her ne kadar iş sahibine ait taşınmazdan bahsedilmiştir. Bununla birlikte hüküm, yüklenicinin eseri iş sahibine ait olmayan bir taşınmazda yapması durumunda da uygulama alanı bulabilir. Örneğin, yüklenici ile

⁴⁷² ÖZ, Dönme, s.125.

⁴⁷³ SELİÇİ, s.164; ÖZ, Dönme, s.127.

⁴⁷⁴ ÖZ, Dönme, s.127.

⁴⁷⁵ TANDOĞAN, s.180.

⁴⁷⁶ ŞENOCAK, s.54-55.

altyüklenici arasındaki eser sözleşmesinde, alt yüklenicinin eseri meydana getirdiği taşınmazın asıl iş sahibine ait olması durumunda mezkur hüküm uygulanacaktır⁴⁷⁷.

Doktrindeki bir görüşe⁴⁷⁸ göre, TBK m.475/f.3 hükmü meydana getirilen eserin değerinin korunması amacıyla getirilmiştir. Zira hüküm neticesinde taşınmaz üzerinde meydana getirilen eserin ekonomiye kazandırılması sağlanmaktadır. Yüklenicinin aşırı zarara uğraması da bu şekilde engellenmektedir. Doktrindeki diğer görüşe göre⁴⁷⁹, hüküm yüklenici ile iş sahibi arasındaki adaleti sağlamak amacıyla getirilmiştir. Bu görüşe göre, hükmün asıl fonksiyonu dönme neticesinde yükleniciye yalnızca sebepsiz zenginleşme değerinin iadesinin adaletsiz olması durumunda, sözleşmeden dönme hakkının kullanımını engellenmektedir. Kaldı ki hükümde eserin ortadan kaldırılmasını engelleyen bir düzenleme yer almamaktadır. Hükmün amacının ekonomiye kazandırılan değerlerin korunması olması durumunda, hükümde eserin ortadan kaldırılmayacağına ilişkin açık bir düzenlenmenin yer alması gerekirdi.

TBK m.475/f.3 hükmünün katı bir şekilde yorumlanmaması gerektiği genel olarak doktrinde kabul edilmektedir. Bu kapsamda eserdeki ayıbın eserin değerini neredeyse tamamen kaldırdığı veya eserden beklenen faydanın ortadan kaldırması hallerinde, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁰.

Borçlu temerrüdüne ilişkin olarak Yargıtay tarafından, inşaatın %90 ölçüde tamamlanması durumunda dönme hakkının kullanılamayacağı ve ileriye etkili olarak feshin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁸¹. Bu içtihatların ayıp hükümlerinde

⁴⁷⁷ GÜMÜŞ, s.62; ŞAHİNİZ, s.148; KIRMIZI, s.234.

⁴⁷⁸ SELİÇİ, s.163; TANDOĞAN, s.183; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s.529; ERMAN, s.145; ARAL/AYRANCI, s.407; KOCAAĞA, s.162; GÜNEL, s.417; TUNÇOMAĞ, s.1032; ARPACI, s.253.

⁴⁷⁹ ÖZ, s.218; ÖZ, Dönme, s.126; YAVUZ, s.642.

⁴⁸⁰ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.569; SELİÇİ, s.164; TANDOĞAN, s.182; KURŞAT, s.348;

⁴⁸¹ Y. 15.HD., E.2018/4947, K.2019/3227, T.08.07.2019; Y. 15.HD., E. 2011/192 K. 2011/3284 T. 2.6.2011; Y. 15.HD., E.2004/7507, K.2005/505, T.04.02.2005: "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup yüklenici Ramazan tanınan ek süreye nazaran inşaatı tamamlayamamış ve borçlu temerrüdüne düştüğünden arsa sahibinin akdin feshini isteme hakkı doğmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporu ile diğer raporda inşaatın seviyesi açısından belirgin çelişki vardır. Ek sözleşmedeki "inşaatın süresinde bitmemesi halinde devredilmeyen bağımsız bölümlerin arsa sahibine kalacağına dair

uygulanma imkanı ise yoktur. Zira TBK. m.475/f.3'te eserin tamamlanma ölçütü dikkate alınmamış, taşınmazın sökülüp yıkılmasının aşırı masraf gerektirmediği hallerde dönme hakkının kullanılabilmesi ifade edilmiştir. Dolayısıyla eserin tamamlanma oranının, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına etkisi yoktur⁴⁸².

TBK m.475/f.3 hükmünün, TKHK'deki hükümlere nazaran özel hüküm niteliğinde olduğu, bu nedenle tüketici sözleşmelerine uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁴⁸³.

D. Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Haller

İş sahibinin ayıplı olduğunu bildiği eseri kullanması durumunda, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmeden dönemeyeceği kabul edilir⁴⁸⁴. Ancak eserin kullanılması geçici olarak bir yere sığınmak vb. zorunluluklara dayanıyorsa⁴⁸⁵ veya eserin kullanılmasında her iki tarafın da yararı varsa iş sahibinin dönme hakkını kullanabileceği kabul edilmektedir⁴⁸⁶. Ancak eserin ayıplı olması nedeniyle, taraflar arasındaki menfaat

hüküm" inşaatın getirildiği seviye nazara alındığında cezai şart olarak tacirin iktisaden mahvına sebep olacak nitelikte bulunup geçersiz sayılmıştır. Bu durumda akdin 25.1.1994 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 nolu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 nolu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde feshi ve tasfiye olunmalıdır. Alınacak raporda belirlenecek inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı takdirde ise akdin geriye etkili feshine ve yükleniciden daireleri satın alan davacı Mustafa'nın yüklenicinin akdi yerine getirmemesi ve tapuyu hak kazanmaması nedeniyle kendisinin de 4 nolu dairenin tapusunun iptalini ve tescilini talep edemeyeceği kabul edilerek 4 nolu dairenin tapusunun iptali istemi red edilmelidir..." ; Y.15.HD. E.1997/3723, K.1997/5352, T.12.12.1997: "...Sözleşmeye göre, yüklenici, inşaatları tamamladığı takdirde, anılan parsellerin tapusuna hak kazanacaktır. Oysa, sözleşmenin fesh edildiği tarih itibarıyla inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kıstas olarak belli bir oranı kabul etmek doğru değilse de, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu -olayın özelliğine göre- % 90'ın üzerindeki bir oranın, ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir..." Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020), (ACAR, s.20-222).

⁴⁸²ACAR, s.5; ÖZ, s.218; Aksi görüş: KILIÇOĞLU, s.471.

⁴⁸³ İNCEOĞLU, M. M., Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Der. M.M. İNCEOĞLU, İstanbul, 2015, s.185vd.; ÖZ, s.218; ÖZÇELİK, s.1177.

⁴⁸⁴ AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; ZEVLİLİER/GÖKYAYLA, s.529; KURŞAT, s.340; BURCUOĞLU, s.292; ÖZ, s.215; TANDOĞAN, s.185-186; YENER, s.164; ŞAHİNİZ, s.154; ŞAHİN, s.144.

⁴⁸⁵ ÖZ, s.215, dp.101; ŞAHİNİZ, s.155.; KURŞAT, s.340.

⁴⁸⁶ KURŞAT, s.340; TANDOĞAN, s.186; ŞAHİNİZ, s.155.

dengeşizliğini ortadan kaldırmak üzere getirilen hükümler, başka bir menfaat dengeşizliğine neden olmamalıdır. Bu kapsamda sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla yüklenici açısından meydana gelecek zarar ile, ayıp nedeniyle işşahibinin uğradığı menfaat yoksunluğu arasında büyük bir dengeşizlik oluşmamalıdır. Aksi halde işşahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanamayacağı kabul edilir⁴⁸⁷.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılamayacağı bir diğer hal, eserin işşahibinin sorumluluk alanından kaynaklanan bir sebeple, esaslı bir şekilde bozulması veya yok olması durumudur⁴⁸⁸. Burada TBK m.228/f.2⁴⁸⁹'nin kıyasen uygulaması gerektiği kabul edilmektedir. Bu hallerde işşahibi sadece bedelden indirim yapılması hakkı ile tazminat hakkını kullanabilir. İşşahibi sözleşmeden dönme ve ayıbın giderilmesini bu durumlarda talep edemez⁴⁹⁰. Bu noktada işşahibinin kusuru gerekmediğini, kendisine yüklenebilen herhangi bir sebebin dönme hakkını ortadan kaldırdığını belirtmek gerekir⁴⁹¹.

Eserin işşahibi tarafından üçüncü bir kişiye devredilmesi veya eserin şeklinin değiştirilmesi hallerinde de dönme hakkı kullanılamaz⁴⁹². Burada yine TBK m.228/f.2 hükmünün kıyasen uygulanması gerekmektedir. Şu kadar ki, işşahibinin eserin yeniden mülkiyetini kazanması veyahut eserin eski biçimine döndürölmesi durumunda, işşahibi dönme hakkına yeniden kavuşacaktır. Ancak bu halde dönme hakkının kullanılabilmesi için, üçüncü kişiye devri ya da eserin şeklinin değiştirilmesi sırasında, ayıbın işşahibi tarafından bilinmemesi gerekir. İşşahibinin taşınmazı üzerinde alt yüklenici tarafından

⁴⁸⁷ ÖZ, s.216; ÖZ, Dönme, s.109; KURŞAT, s.344-345.

⁴⁸⁸ TANDOĞAN, s.184-185; KURŞAT, s.349; ŞAHİNİZ, s.153; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; ZEVLİLİER/GÖKYAYLA, s.529; YENER, s.164; KARATAŞ, s.202; ŞAHİN, s.144.

⁴⁸⁹ “Alıcıya ayıplı olarak devredilmiş olan satılanın ayıptan, beklenmedik hâlden veya mücbir sebepten dolayı yok olması veya ağır biçimde zarara uğraması, alıcının sözleşmeden dönme hakkını kullanmasını engellemez. Bu durumda alıcı, satılardan elinde ne kalmışsa onu geri vermekle yükümlüdür. Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir.”

⁴⁹⁰ TANDOĞAN, s.184-185; KURŞAT, s.349; ŞAHİN, s.144.

⁴⁹¹ BURCUOĞLU, s.292; ŞAHİNİZ, s.153; TANDOĞAN, s.185.

⁴⁹² ZEVLİLİER/GÖKYAYLA, s.529; YENER, s.164; ŞAHİNİZ, s.154; TANDOĞAN, s.185; BURCUOĞLU, s.292; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; AYDEMİR, s.353-354; ŞAHİN, s.144.

bir eserin meydana getirilmesi durumunda, eserin taşınmaz üzerinden kaldırılmasına işsahibi tarafından izin verilmediği sürece, asıl yüklenici dönme hakkını kullanamaz⁴⁹³.

E. Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması neticesinde, ifası gerçekleşmiş edimlerin iadesi gerekmekte ve henüz ifası gerçekleştirmemiş edimlerin ise ifa zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Sözleşmeden dönme hakkını eser sözleşmesi kapsamında değerlendirecek olursak, işsahibinin yükleniciye bedel ödeme borcu ortadan kalkmakta ve işsahibi teslim edilen ayıplı eseri elde ettiği yararlar birlikte yükleniciye iade etmekle yükümlü olmaktadır. Yüklenici ise eserdeki ayıbı gidermek zorunda kalmayacak, bedelin ödenmesi halinde bunu faiziyle birlikte işsahibine iade etmekle yükümlü olacaktır⁴⁹⁴. Dönme hakkı neticesinde, işsahibi bunlar dışında sözleşmenin feshedilmesinden ortaya çıkan zararları ödemekle yükümlü değildir. İşsahibi ise eserin imali için yapmış olduğu sigorta gideri, tamir, bakım vb. giderler ile temin ettiği malzemenin değerini yükleniciden talep edebilir. Hatta yüklenicinin kusuru nedeniyle malzemenin değerinin azalması durumunda azalan değer de yükleniciden talep edilebilir⁴⁹⁵.

Eser sözleşmesinin konusunun inşaat meydana getirme olduğu durumlarda, yüklenicinin emeğinin ve inşaatın yükleniciye iadesi mümkün değildir. İnşaatın yıkılacağı hallerde ortaya çıkan hurdanın; inşaatın yıkılmayacağı durumlarda ise malzeme ve işçilik masraflarının yükleniciye ödenmesi gerektiği kabul edilmektedir⁴⁹⁶.

Sözleşmeden dönme nedeniyle ortaya çıkan iade yükümlülüklerinde aynı ayna ifa kuralı uygulanır⁴⁹⁷.

Ayıplı eseri teslim borcu, aranacak borç niteliğindedir. Bu nedenle, eserin işsahibine teslimi için yapılan masraflara yüklenici katlanır⁴⁹⁸. İşsahibinin taşınmazı

⁴⁹³ TANDOĞAN, s.185; ŞAHİNİZ, s.153.

⁴⁹⁴ YAVUZ/ACAR/ÖZEN; ÖZ, s.218; KILIÇOĞLU, s.469; KURŞAT, s.337; TANDOĞAN, s.178; KOCAAĞA, s.162.

⁴⁹⁵ TANDOĞAN, s.178-179; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.570.

⁴⁹⁶ ÖZ, s.218; KURŞAT, s.337.

⁴⁹⁷ EREN, s.648-649; ARAL/AYRANCI, s.407; KOCAAĞA, s.162; DUMAN, s.838.

üzerinde meydana getirilen eserin yüklenici tarafından ortadan kaldırılması gereklidir. Aksi takdirde, işsahibi masrafı yükleniciye ait olmak üzere eseri kaldırma yetkisine sahiptir⁴⁹⁹. İşsahibi eserin meydana getirilmesi için gerekli malzemeyi kendisi temin etmiş olsa dahi, dönme hakkını kullandıktan sonra eseri yükleniciye iade etmelidir. Ancak yüklenicinin işsahibinin temin ettiği malzemeyi çıkararak, işsahibine iade etmesi gerekir⁵⁰⁰. Bunun mümkün olmadığı hallerde ise işsahibi kusuru aranmaksızın yükleniciden uygun bir tazminat talep edebilir⁵⁰¹.

Dönme hakkının kullanılmasıyla ifa edilen edimlerin iadesi gerektiği ve henüz ifa edilmemiş borçların sona erme sonuçları tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir⁵⁰². Dönme hakkının kullanılmasının borçlara etkisi ise doktrinde tartışmalıdır:

Doktrinde klasik dönme olarak adlandırılan görüşe göre, dönme hakkının kullanılmasıyla, sözleşme hiç kurulmamış gibi geçmişe etkili olarak ortadan kalkmaktadır⁵⁰³. Dönme sonrasındaki ifa talebine karşı, sona erme itirazı ileri sürülür. Sözleşme ortadan kalktığından, daha önce yerine getirilen edimlerin sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iadesi talep edilmelidir. Yargıtay'ın klasik dönme görüşünü kabul ettiği kararları bulunmaktadır⁵⁰⁴.

Doktrindeki diğer görüş ise klasik dönme teorisini yeniden yorumlamıştır. Bu görüş, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalktığını kabul etmektedir. Klasik dönme görüşünden farklı olarak ise sözleşmeden dönmenin aynı etki doğurduğunu savunur. Bu doğrultuda yerine getirilmeyen edimler, ortadan kalkmaktadır. Daha önce

⁴⁹⁸ TANDOĞAN, s.179; EREN, s.649.

⁴⁹⁹ ŞAHİNİZ, s.169; EREN, s.649.

⁵⁰⁰ EREN, s.649.

⁵⁰¹ GÜMÜŞ, s.62; TANDOĞAN, s.179; EREN, İnşaat, s.85; KOCAĞA, s.162-163.

⁵⁰² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.570.

⁵⁰³ KILIÇOĞLU, s.469; GÜMÜŞ, s.61; KURŞAT, s.337; EREN, İnşaat, s.85; ARAL/AYRANCI, s.407; RUHİ/RUHİ, s.49; GÜNEL, .418; ÖKTEM, s.1953; KARATAŞ, s.198; AYDEMİR, s.352-353.

⁵⁰⁴ Y. 15. HD. E.2003/7040, K.2004/6389, T.09.12.2004, Bknz.TUNÇ, A., İşsahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK Md. 473/ı), Erciyes Üniversitesi HFD., C.11, S.1, Y.2016, s.255, (<https://www.jurix.com.tr/article/5651>).

yerine getirilen maddi edimlerin iadesinin istihkak davası ile iş görme edimlerinin iadesinin ise sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilebileceğini savunmaktadır⁵⁰⁵.

Doktrindeki diğer görüşe göre⁵⁰⁶, dönme hakkının dönüşüm etkisi vardır. Buna göre, dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşme ortadan kalkmamakta, yalnızca yükümlülükler tersine dönüşmektedir. Bu görüş, dönme hakkının bozucu yenilik doğuran hak değil, değiştirici yenilik doğuran hak olduğunu savunmaktadır. Bu doğrultuda, yerine getirilmeyen edimlerin ifasının talep edilmesi halinde, borcun dönüştüğü def'i olarak ileri sürülmelidir⁵⁰⁷. Yerine getirilen edimlerin ise sözleşmeye dayanılarak karşı taraftan iadesi talep edilmelidir. Bu talep sözleşmeye dayalı olduğundan burada, TBK m.82'deki sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı süresi değil, TBK m.146'daki sözleşmelere ilişkin genel zamanaşımı süresi uygulama alanı bulur⁵⁰⁸.

Doktrindeki diğer görüşe⁵⁰⁹ göre, yerine getirilen yükümlülükler sözleşmeye dayanılarak iadesi talep edilecek, henüz yerine getirilmemiş yükümlülükler ise kendiliğinden sona erecektir. Bu görüşte ifa edilen yükümlülükler için klasik dönme teorisi, ifa edilmemiş yükümlülük için dönüşüm teorisi benimsenmiştir.

III. Bedelden İndirim Hakkı

Ayıplı ifa halinde, genellikle eserin değerini olumsuz etkileyen bir unsur mevcuttur. İş sahibi eserin değerinin azalması nedeniyle bedelden indirim yapılmasını bir çözüm olarak görebilir. Kanunda iş sahibinin bu beklentisine karşılık bedelden indirim seçimlik hakkı tanınmıştır. Bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılmasıyla ayıplı eser ve bedel arasında edim dengesi yeniden kurulmuş olacaktır⁵¹⁰. İş sahibinin bizzat veya üçüncü bir kişi aracılığıyla eserdeki ayıbı gidermesinin ise bedelden indirim

⁵⁰⁵ BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1988, s.121vd.

⁵⁰⁶ EREN, s.648-649; TANDOĞAN, s.179; SELİÇİ, s.162; ŞENOCAK, s.48-49; SELİÇİ, Sona Erme, s.210; SEROZAN, s.90; YALÇINDURAN, T., Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, s.130.

⁵⁰⁷ EREN, s.648-649; DUMAN, s.838.

⁵⁰⁸ TANDOĞAN, s.179.

⁵⁰⁹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.570.

⁵¹⁰ UÇAR, s.187; SELİÇİ, s.166 vd.; KURŞAT, s.318.

seçimlik hakkı ile bağlantısı yoktur. Zira işsahibi bedelden indirim seçimlik hakkını kullanıp, yapıyı mevcut hali ile korumaya karar verebilir⁵¹¹. Bedelden indirim hakkı, değıştirici yenilik doğuran bir haktır⁵¹².

Tarafların tacir olması halinde dahi bedelden indirim hakkının kullanımı geçerlilik şartına tabi değildir⁵¹³. Dava açılması durumunda mahkemenin yenilik doğuran nitelikte bir karar vermesi mümkün değildir. Mahkeme yalnızca indirim tutarının miktarını hesaplayabilir⁵¹⁴.

İlk olarak, bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılabilmesi için mevcut ayıplı eserin değerinin, ayıpsız eserin değerinden objektif olarak daha düşük olması şartı aranır⁵¹⁵. Değerin azalmasına sebep olmayan, buna karşın eserin kullanım amacını etkileyen ayıplarda, bedelden indirim seçimlik hakkı kullanılamaz⁵¹⁶.

eBK m.363/f.2 hükmüne göre, eserdeki ayıbın “daha az önemli” olması durumunda, işsahibi sadece bedelden indirim veya ayıbın giderilmesi seçimlik haklarını kullanabilirdi. TBK m.475/f.2’de ise bedelden indirim hakkının kullanılabilmesi için daha az önemli olma koşulu aranmamıştır⁵¹⁷.

İkinci olarak, bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılabilmesi için eserin ayıplı halinin az da olsa bir değer taşıması gereklidir. Aksi halde bedelden indirim hakkı kullanılamaz⁵¹⁸.

⁵¹¹ KURŞAT, s.318; KAPLAN, s.141.

⁵¹² EREN, s.650; GÜMÜŞ, s.63; KAPLAN, s.141; ŞAHİNİZ, s.176; YAVUZ/ACAR/ÖZEN’e göre, bedelden indirim hakkı bozucu yenilik doğurucu hak niteliğindedir, Bknz. YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.571.

⁵¹³ Zira, TTK. m.18/f.3’te bedelden indirim hakkı için bir düzenleme yapılmamıştır, Bknz. BURCUOĞLU, s.293; KURŞAT, s.317; GÜNEL, s.421.

⁵¹⁴ TANDOĞAN, s.187; KURŞAT, s.325.

⁵¹⁵ SELİÇİ, s.166; EREN, s.650; BURCUOĞLU, s.294; TURANBOY, s.171; KAPLAN, s.141; GÜNEL, s.419; KIRMIZI, s.238; ŞAHİN, s.147.

⁵¹⁶ SELİÇİ, s.166; KAPLAN, s.141; EREN, s.650.

⁵¹⁷ GÜMÜŞ, s.63; BURCUOĞLU, s.294; GÜNEL, s.419.

⁵¹⁸ BURCUOĞLU, s.294; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.571; EREN, s.650; TANDOĞAN, s.182; ŞENOC AK, s.60; UÇAR, s.187; KAPLAN, s.142; YENER, s.169; ÖKTEM, s.1959; KURŞAT, S.319; ÖZ, Dönme, s.106; YAVUZ, s.672; ŞAHİN, s.147.

Ayıbın tamamen veya neredeyse sözleşme bedeli kadar değerini azalmasına yol açması durumunda, doktrindeki baskın görüşe göre, işsahibi tarafından bedelden indirim seçimlik hakkının değil, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması gerekir. Bu durumda, TBK m.227/f.5 hükmü uygulanmalıdır. Bu halde giderilebilecek bir değer azalması söz konusu değildir. Bu durumda eserin değerini tamamen yitirmesi, başka bir anlatımla eserin kullanılamaması hali mevcuttur⁵¹⁹. Doktrindeki diğer görüşe göre, işsahibi şartlarını taşıması halinde ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını da kullanabilir⁵²⁰.

Bedelden indirim, sözleşmedeki bedel üzerinden, ayıplı eserin bedeli gözetilerek yapılır. Sözleşmedeki bedel, tarafların belirlediği veya taraflarca belirlenmemiş olması halinde kanun gereğince belirlenen bedeldir. Uyarılama nedeniyle veya sözleşme gereğince bedelin yeniden belirlenmesi durumunda bedelden indirim, belirlenen yeni bedel üzerinden yapılacaktır. Ayrıca bedelin indirilmesi sonrasında, başka bir ayıp nedeniyle yeniden seçimlik hakların kullanılması gündeme gelebilir. Bu durumda bedelden indirim, önceki ayıp nedeniyle indirilmiş bedel üzerinden yapılacaktır⁵²¹.

Eserin mevcut ayıplı değeri belirlenirken işsahibinin sübjektif esasları nazara alınmaz. Eserin mevcut değeri, objektif değerini, diğer bir anlatımla piyasa koşullarına göre belirlenecek rayiç değerini ifade etmektedir⁵²².

Bedelden indirimde, eserin değerindeki azalma ölçüt alınacaktır. Buna karşın, eserin değerini etkilemeyen başkaca malvarlığı azalmaları indirimin konusunu oluşturmaz. Eserin değerini azaltmayan ancak malvarlığını azaltmaya yol açan ayıplar nedeniyle yükleniciden tazminat talep edilebilir⁵²³. Zira bedelden indirim hakkı,

⁵¹⁹ AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.571; EREN, s.650; TANDOĞAN, s.182; ŞENOCAK, s.60; UÇAR, s.187; KAPLAN, s.142; YENER, s.169; ÖKTEM, s.1959; KURŞAT, S.319; TUNÇOMAĞ, s.1034; ARAL/AYRANCI, s.408; KOCAAĞA, s.163.

⁵²⁰ÖZ, Dönme, s.106; BURCUOĞLU, s.294; GÜNEL, s.420.

⁵²¹ KAPLAN, s.144; KURŞAT, s.321; TANDOĞAN, s.189.

⁵²² GÜMÜŞ, s.64; SELİÇİ, s.169; TANDOĞAN, s.188; KURŞAT, s.321; ERMAN, s.151; KAPLAN, s.141; TANRIVERDİ, s.273; KOCAAĞA, s.163; KIRMIZI, s.238.

⁵²³ÖZ, s.207; KAPLAN, s.144; KURŞAT, s.319-320; TANDOĞAN, s.17, SELİÇİ, s.172.

tazminat niteliğinde değildir⁵²⁴. Bu hakkın kullanılması için yüklenicinin kusuru şartı aranmaz. Buna karşın iş sahibinin yüklenici ile birlikte kusurlu olması durumu, bedelden indirimde gözetilir. Çünkü yalnızca yüklenicinin değil, iş sahibinin de neden olduğu bir kusur mevcuttur. Bu duruma TBK m.52'nin kıyasen uygulanması sonucunda, ortak kusur nedeniyle indirim miktarı azaltılacaktır⁵²⁵.

Ayıbın sebep olduğu değer kaybı, teslim anı ve yerine göre belirlenmelidir⁵²⁶. Zira eserin teslimi ile birlikte hasar iş sahibine geçmektedir. Teslimden sonra dış etkenlerin ayıp oranını etkilemesinden yüklenici sorumlu tutulamaz⁵²⁷. Elbette ki, etkisi sonradan anlaşılan ayıplar, gizli ayıp veya kasten gizlenen ayıplarda yüklenicinin sorumluluğu devam etmektedir. Değer kaybında, hangi tarihin esas alınacağı tartışmalıdır. Yargıtay'a ve doktrindeki bir görüşe göre, ayıpların etkisinin ortaya çıktığı tarih dikkate alınarak bedelden indirim yapılmalıdır⁵²⁸. Doktrindeki diğer görüş ise, teslim tarihindeki rayiç değeri esas alınarak bedelden indirim yapılması gerektiğini savunmaktadır⁵²⁹.

Bedelden indirimde, teslimden sonra eserde oluşan bazı durumların gözetilmesi gerekmektedir. Örneğin, yüklenici tarafından ayıbın giderilmesi için birtakım işler yapılmasına karşın ayıbın giderilmesinin zamanında tamamlanmaması durumunda, iş sahibi bedelden indirim talep edebilir. Bu halde, yüklenicinin onardığı kısımlar belirlenecek değerde gözetilmelidir⁵³⁰.

Bedelden yapılacak indirimin tespiti için birçok yöntem bulunmaktadır: mutlak indirim yöntemi, oransal indirim yöntemi (nisbi metod), tazminat yöntemi ve maliyete

⁵²⁴ TANDOĞAN, s.17, SELİÇİ, s.172; KURŞAT, s.320.

⁵²⁵ SELİÇİ, s.172; ERMAN, s.152; KURŞAT, s.320; KAPLAN, s.144.

⁵²⁶ TANDOĞAN, s.189; UÇAR, s.189; SELİÇİ, s.169; ÖZ, s.205; KAPLAN, s.143; KURŞAT, s.321; TANRIVERDİ, s.274; RUHİ/RUHİ, s.50; SELİMOĞLU, s.162; GÜNEL, s.422; KIRMIZI, s.241; AYDEMİR, s.359.

⁵²⁷ KAPLAN, s.143; SELİÇİ, s.169; ÖZ, s.205; UÇAR, s.189; KURŞAT, s.321; TANDOĞAN, s.189.

⁵²⁸ Y. 15.HD., E.2014/4337, K. 2015/2485, T. 11.05.2015 (Bknz. ERMAN, s.151-152); KARATAŞ, s.209; GÜNEL, s.422; AYDEMİR, s.359. Y. 15.HD., E.2010/5449, K.2011/6965, T.28.11.2011 (Bknz. AYDEMİR, s.359, dp.198.); SELİÇİ, s.171 vd., ERMAN, s.151-152.

⁵²⁹ TANDOĞAN, s.190; KAPLAN, s.322; ŞENOCAK, s.61.

⁵³⁰ KAPLAN, s.114; KURŞAT, s.323; TANDOĞAN, s.190.

göre hesaplama yöntemi. Mutlak indirim yönteminde bedelden indirilecek miktar, ayıpsız eserin piyasa değerinden mevcut ayıplı eserin piyasa değerinin indirilmesi ile tespit edilir. Nisbi metod yönteminde ise, ayıpsız eserin piyasa değeri ile ayıplı eserin piyasa değeri arasında orantı kurulmaktadır. Bu orantının sözleşme bedeline uygulanması sonucunda indirilecek bedel bulunur. Bu yöntem doktrinde⁵³¹ en çok kabul gören ve Yargıtay'ın⁵³² uyguladığı yöntemdir. Tazminat yönteminde indirilecek bedel ise, ayıbın giderilmesi için yapılacak masraf miktarıdır. Son olarak maliyete göre hesaplama yönteminde, eserin meydana getirilme masrafının, ayıbın giderilmesi masrafına oranlaması ile indirim miktarı belirlenir⁵³³.

Bu yöntemlerin uygulanması durumunda avantajlı taraf, somut olayın şartlarına göre değişmektedir. Örneğin, ayıbın giderilme masraflarının, oluşan değer kaybından az olması durumunda nisbi metod yöntemi işsahibi lehine olacaktır. Buna karşın ayıbın giderilme masraflarının değer kaybından daha fazla olması durumunda ise bu yöntem işsahibi aleyhine olacaktır⁵³⁴.

KURŞAT'a göre ayıbın giderilmesi halinde eserin değer kaybı tamamen ortadan kalkacak ise tazminat yönteminin kullanılması uygun olacaktır. Yazar, ayıbın giderilmesi ile değer kaybının ortadan kalkması mümkün değil ise, nisbi metod yönteminin uygulanmasının daha makul olacağını ifade etmiştir. Zira işsahibi dilerse ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanabilir. Ayrıca bedelden indirim hakkının tazminat niteliğinde olmadığı bu kapsamda dikkate alınmalıdır⁵³⁵.

⁵³¹ YAVUZ/ACAR/ÖZEN; EREN, s.651; KILIÇOĞLU, s.471; SELİÇİ, s.169; KAPLAN, s.143; GÜMÜŞ, s.63; UÇAR, s.190; KURŞAT, s.324; ÖZ, s.206; YENER, s.169; BURCUOĞLU, s.294; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; ARAL/AYRANCI, s.407-408; KOCAAĞA, s.163; GÜNEL, s.421; KIRMIZI, s.239.

⁵³² YHGK, E.2013/2257, K.2015/1450, T. 27.05.2015; Y. 15.HD., E.2016/3852, K.2017/2949, T.12.09.2017; Y. 15.HD., E. 2014/3717, K.2014/7610, T.29.12.2014, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁵³³ ÖZ, s.208; KURŞAT, s.323-324.

⁵³⁴ ERMAN, s.151; KURŞAT, s.324-325.

⁵³⁵ KURŞAT, s.325.

Bedelden indirim hakkının kullanılmasıyla ile birlikte yükleniciye ödenmesi gereken bedel, indirilecek bedel ölçüsünde doğrudan son bulmaktadır⁵³⁶. Bedelin daha önce ödenmiş olması durumunda yüklenicinin iş sahibine indirim bedelini geri vermesi gerekmektedir. Yüklenicinin iade borcu sebepsiz zenginleşme hükümlerinden değil, sözleşmeden kaynaklanmaktadır⁵³⁷.

Eserin iş sahibi tarafından üçüncü bir kişiye satılması halinde de bedelden indirim seçimlik hakkı kullanabilir. Piyasadaki bedel artışlarından yüklenici faydalanamaz. Dolayısıyla, piyasadaki değer artışı nedeniyle satış bedeli, iş sahibine teslim tarihindeki ayıpsız eserin değerinden yüksek olsa dahi iş sahibi bedelden indirim hakkını kullanılabılır⁵³⁸.

Uygulamada yüklenicinin bedel talebiyle ikame ettiği davalarda, nefaset bedeli adı altında bedelden indirim yapılmasına sıklıkla karşılaşılmaktadır⁵³⁹. Bu indirimin uygulanması için, iş sahibinin eserin ayıplı olduğu yönünde itirazda bulunması gerekir. Bu durum “mahsup def’i” olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla karşı dava açılmasına gerek kalmaksızın, iş sahibi lehine bedelden indirim yapılmaktadır⁵⁴⁰. Ancak

⁵³⁶ TANDOĞAN, s.186; ERMAN, s.149; BURCUOĞLU, s.293; UÇAR, s.186, KURŞAT, s.325; Aksi Görüş: SELİÇİ, s.168.

⁵³⁷ ÖZ, s.206; KURŞAT, s.325-326; TANDOĞAN, s.187; SELİÇİ, s.168; ERMAN, s.149; GÜNEL, s.421.

⁵³⁸ SELİÇİ, s.167; KURŞAT, s.326.

⁵³⁹Y. 15.HD., E.2017/2069, K.2017/3830, T.07.11.2017; Y. 15.HD., E.2016/3180, K.2017/1181, T.20.3.2017; Y. 15.HD., E.2013/5744, K.2014/3788, T.03.06.2014, Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁵⁴⁰ ŞAHİNİZ, s.184-185KARATAŞ, s.206; AYDEMİR, s.356; Y. 15. HD., E.2016/3852, K.2017/2949, T.12.09.2017: “...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1 fıkrasında bulunan "İmal olunan şeyin tesliminden sonra iş sahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur." hükmü gereğince ayıp ihbarı yapılması gerekli bulunmaktadır. Davalı taraf ayıp ihbarının 05.05.2012 tarihli tutanakla ayıp ihbarının yapıldığını savunmakta, davacı taraf ise bu tutanakta bulunan imzanın kendilerini bağlamadığını ileri sürmektedir. Dosyaya ibraz edilen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Formu" başlıklı belgede davacı çalışanın imzası bulunmakta olup, işin niteliği gereği bu imza davacı tarafı bağlar. O halde mahkemeye yapılacak iş; davacı yüklenici tarafından imal edilen pantolonların bahsi geçen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Raporu"nda belirlenen ayıpları taşıdığı ve bu belgenin davacı tarafı bağladığı kabul edilerek iş bedelinden indirim yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. İş bedelinden indirim yapılması konusunda gerek Dairemizin gerekse Yargıtay'ın uygulaması "nisbi metod" yönündedir. Bu sebeplerle mahkemeye, indirim bedeli nisbi metoda göre belirlenip davacı alacağından mahsup edilmek suretiyle iş bedelinin hesaplanarak hüküm altına alınmasından ibarettir. Aksi düşüncelerle verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın davalı

davada ayıp nedeniyle bedelden indirim yapılması için ayıba ilişkin olarak ihbarda bulunulmuş olmalıdır⁵⁴¹.

Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde bedelden indirim seçimlik hakkının ne şekilde uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, bu sözleşmelerde bedel yerine yüklenici arsa payı ve bağımsız bölümlerin mülkiyetini kazanmaktadır. Bedelden indirim halinde, yüklenicinin hak kazandığı arsa payı ve bağımsız bölümlerin indirilmesi yoluna gidilecektir⁵⁴². İndirilecek bedelin, bağımsız bölüm adetine tam olarak denk gelmemesi durumunda, yüklenici ile iş sahibinin arasında paylı mülkiyet tesis edilebilecektir⁵⁴³. Yüklenicinin arsa paylarını seçimlik hakkın kullanılmasından önce devralması durumunda ise, iş sahibi tescilin iptalini talep edebilir⁵⁴⁴. Doktrindeki diğer görüşe göre, bedelden indirim hakkı sözleşmedeki ücret esas alınarak belirlenmektedir. Bu sözleşmelerde ise yüklenici bir bedele hak kazanmadığından, değer düşüklüğü iş sahibinin para talep etmesi şeklinde çözüme kavuşturulmalıdır⁵⁴⁵. Bu görüş, Yargıtay tarafından da kabul edilmektedir⁵⁴⁶.

yararına bozulması gerekmiştir...” ; Y. 15. HD., E.2014/2016, K.2015/846, T.19.02.2015: “...Mahkemece yapılması gereken iş; davacı yüklenici tarafından yapılan ayıplı ifa, eserin tümünden reddini gerektirir nitelikte bulunmadığından bilirkişiden yeniden ek rapor alınarak, olayda zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince bedelden ayıp sebebiyle indirimi gereken miktarın belirlenip iş bedelinden mahsubuyla sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir...” Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁵⁴¹ Y. 15.HD., E.2019/815, K.2019/4872, T.27.11.2019:“...Bu durumda mahkemece hükme esas raporu düzenleyen teknik bilirkişi kurulundan tarafların mutabık kaldıkları 162.604,00 TL bedelli proje dışında davalı yüklenicinin üstlenip gerçekleştirdiği imalatların eksikler dikkate alınarak, ayıplar yönünden süresinde ayıp ihbarı bulunmadığından bedel tenzili yapılmaksızın, işin yapıldığı tarihteki mahalli payasa rayiçleriyle bedeli konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp bulunacak miktara ihtilâfsız proje bedeli eklendikten sonra kanıtlanan ödeme mahsup edilerek ve ayıp nedeniyle herhangi bir bedel tenzili-nefaset indirimi yapılmaksızın sonucuna uygun menfi tespit istemiyle ilgili bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile bedel tenzili yapan ve proforma fatura ile teklif formuna göre hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibar edilerek davanın kısmen kabulü doğru olmamıştır...” Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁵⁴² ERMAN, s.149-150; ÖZ, Dönme, s.96; ÖZ, s.206; GÜNEL, s.420; DUMAN, s.847.

⁵⁴³ KURŞAT, s.326-327; ÖZ, s.206-207.

⁵⁴⁴ ERMAN, s.150; KURŞAT, s.326-327.

⁵⁴⁵ SELİÇİ, s.170.

⁵⁴⁶ SELİMOĞLU, s.162; ŞAHİNİZ, s.175; Y. 15 HD., E.1994/5728, K.1994/4463, T. 30.06.1994: “...Taraflar arasındaki 13.6.1990 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir ve

Doktrindeki diğer görüş ise, bedelden indirilecek tutarın tam bağımsız bölüme denk gelmesi durumunda, bağımsız bölümlerin indirilmesi yoluna gidilmelidir. Buna karşın, indirilecek tutarın tam bağımsız bölüme tekabül etmemesi halinde, tam bağımsız bölümleri aşan tutar için, yüklenici işsahibine para olarak ödemede bulunmalıdır⁵⁴⁷.

Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ne tabii eser sözleşmelerinde, ayıplı inşaat bedeli geçici teminat bedelinden kesilerek, bedelden indirim yapılmaktadır⁵⁴⁸.

IV. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

Ayıplı eser nedeniyle meydana gelen edim dengesizliğinin giderilmesi için işsahibi ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanabilir. Ayıbın giderilmesi hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, ayıbın giderilmesi hakkı edime yönelik bir alacak hakkıdır⁵⁴⁹. Bunun sonucu olarak, ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının kullanılması diğer seçimlik hakları düşürmemektedir⁵⁵⁰. Zira seçimlik haklardan bağımsız olarak, yüklenicinin eseri ayıpsız bir şekilde ifa etme borcu

hakimin bu konuyu re'sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.'nun 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı). Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, işsahibinin eseri kullanamayacağı ve nispet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, işsahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin ıslahı çok büyük masrafı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edilebilir. Gerek, tespit bilirkişisi ve gerekse mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, eserde eksik ve kusurlu işler bulunduğu, ancak bu eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirecek nitelikte olmayıp eksiklikler bedeli ve nefaset farkı verilmesini gerektirdiği hususu saptanmıştır. Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınamazlar (BK. m. 358). Gerek kusurlu ve gerekse eksik işlerin niteliği ve derecesi yönünden tesbit raporuyla, mahkemece alınan bilirkişi raporunda farklılıklar bulunmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor olunarak, eksik ve kusurlu işlerin, teslim için kararlaştırılan 11.6.1992 tarihindeki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak, bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle onlara isabet ederecek arsa payları toplamının davacı yüklenici adına tapuya tesciline ve ayrıca kat mülkiyeti kurmakta muhtariyetlerine biçiminde, birlikte ifaya karar verilmesi olmalıdır. Bu yönler gözden uzak tutularak, karşı dava açılmadığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi ve infazı kabul olmayacak şekilde arsa payları belirlenmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir... ” Kazancı İçtihat Bankası (E.T. 27.08.2020).

⁵⁴⁷ AYAN, s.79; ŞAHİNİZ, s.175-176.

⁵⁴⁸ TURANBOY, s.173.

⁵⁴⁹ ÖZ, s.210; GÜNEL, s.424-425; SELİÇİ, s.173-174.

⁵⁵⁰ TURANBOY, s.175; TANDOĞAN, s.192; EREN, s.651; GÜNEL, s.424-425.

mevcuttur. Doktrindeki baskın görüşe göre ise, ayıbın giderilmesi hakkı yenilik doğuran bir haktır⁵⁵¹.

Ayıbın giderilmesi hakkı iş sahibine tanınan bir haktır. Yüklenicinin, iş sahibinin talebi olmaksızın kendiliğinden ayıbı giderme hakkı yoktur. Bu nedenle iş sahibinin, yüklenicinin ayıpları giderme teklifini reddetmesi, alacaklı temerrüdü sonucunu doğurmaz⁵⁵². İş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanması durumunda bazı hususları da yerine getirmesi gerekebilir. Örneğin, iş sahibi arsasında bulunan inşaata yüklenicinin girmesine izin vermelidir. Aksi halde iş sahibi alacaklı temerrüdüne düşer⁵⁵³.

Ayıbın giderilmesini talep hakkı yüklenicinin kusurlu olup olmamasından bağımsız bir haktır. Ayıbın giderilmesi dışında kalan zararların ise yüklenicinin kusurunun bulunması koşuluyla tazminat olarak talep edilebilmesi mümkündür⁵⁵⁴.

Ayıbın giderilmesi, eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekliliklerin, -masrafları kendisine ait olmak üzere- yüklenici tarafından yerine getirilmesidir. Ayrıca ayıbın giderildiği tarihte meydana gelen maliyet artışına yüklenici katlanmak zorundadır⁵⁵⁵.

İlk olarak ayıbın giderilmesi hakkının kullanılması için ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekmektedir⁵⁵⁶. Ayıbın giderilmesinin kısmen mümkün olmaması durumunda, mümkün olan kısım için ayıbın giderilmesi istenebilir. Sübjektif nedenler, ayıbın giderilmesi hakkını ortadan kaldırmaz. Örneğin, yüklenicinin

⁵⁵¹ TANDOĞAN, s.192; UÇAR, s.194-195; KAPLAN, s.145; ŞENOCAR, s.38; EREN, s.651; TANRIVERDİ, s.276.

⁵⁵² TANDOĞAN, s.193; KURŞAT, s.328; EREN, s.651; AYDOĞDU/KAHVECİ, s.764; DUMAN, s.860.

⁵⁵³ SELİÇİ, s.179; KURŞAT, s.328; TURANBOY, s.175.

⁵⁵⁴ ÖZ, s.211; KURŞAT, s.328; UÇAR, s.209.

⁵⁵⁵ KAPLAN, s.148; TANDOĞAN, s.194-195; KURŞAT, s.329; GÜMÜŞ, s.64.

⁵⁵⁶ SELİÇİ, s.176; KURŞAT, s.331; TANDOĞAN, s.196-197; EREN, s.651; GÜMÜŞ, s.64; KARATAŞ, s.210; KOCAAĞA, s.163; GÜNEL, s.423; YAVUZ, s.673; KIRMIZI, s.242; ŞAHİN, s.145.

ayıbın giderilmesi için mali gücünün olmaması veya çalışma ekibinin dağılmış olması, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasına engel değildir⁵⁵⁷.

İkinci olarak ayıbın giderilmesi hakkının kullanılabilmesi için TBK m.475/f.1 gereğince, ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmemesi şarttır. Aşırı masraf gerektirmesi, iş sahibinin onarım sonucu elde edeceği yarar ile yüklenicinin onarım nedeniyle yapacağı masraf arasında büyük bir dengesizliğin olmasıdır⁵⁵⁸. İş sahibinin ayıbın giderilmesinde elde edeceği yarar öncelikle ekonomik yararadır. Sağlanacak ekonomik yarara kıyasla ayıbın giderilmesi için gerekli masrafın aşırı olup olmadığı, dürüstlük kuralı doğrultusunda, her somut olaya göre belirlenecektir⁵⁵⁹.

Masrafların aşırı olması durumunda, yüklenici bu durumu ispat ederek ayıbın giderilmesini reddetme hakkına sahiptir. Ancak taraflar sözleşme ile herhalde ayıbın giderilmesini isteme hakkının olduğunu kararlaştırabilir. Yine yüklenicinin, eserin bazı niteliklerini garanti etmesi veya ayıbın giderilmesi istemini kabul etmesi durumunda, aşırı masraf gerektirme hususu önemini yitirecektir⁵⁶⁰. Yüklenicinin kasten kötü malzeme kullanarak ayıba neden olduğu durumlarda, yüklenici ayıbı gidermekle yükümlüdür⁵⁶¹.

Yüklenicinin ayıbı giderme borcu, bir yapma borcudur. Bu nedenle, yüklenici tarafından ayıbın giderilmemesi halinde, iş sahibi ayıbı gidermek üzere dava ve talep hakkını haizdir. Bununla birlikte ayıbın giderilmesi borcunun yerine getirmeyen yükleniciye karşı iş sahibi, borçlu temerrüdü hükümlerine de başvurabilir⁵⁶².

Ayıbın giderilmesinin yöntemini, kural olarak yüklenici belirlemektedir. Ancak yüklenicinin ayıbı gidermekte tercih ettiği yöntem, amaca uygun olarak ayıbı

⁵⁵⁷ SELİÇİ, s.176; KURŞAT, s.331; TANDOĞAN, s.196-197.

⁵⁵⁸ ÖZ, s.209; KURŞAT, s.329; ŞENOCAK, s.153; TURANBOY, s.173; SELİÇİ, s.175; GÜNEL, s.423; KIRMIZI, s.242.

⁵⁵⁹ TANDOĞAN, s.197; KURŞAT, s.330; SELİÇİ, s.175; ERMAN, s.153; KILIÇOĞLU, s.472; GÜMÜŞ, s.64.

⁵⁶⁰ EREN, s.651; KURŞAT, s.330; KAPLAN, s.149; BURCUOĞLU, s.297-298; SELİÇİ, s.175-176; DUMAN, s.861.

⁵⁶¹ TANDOĞAN, s.198; KURŞAT, s.331; KAPLAN, s.149.

⁵⁶² YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s.571-572.

giderebilmelidir. Dolayısıyla yüklenici ayıbın tam olarak giderilmesini sağlayacak yöntemden daha ucuz olan, ancak ayıbı tam olarak gideremeyen başka bir yöntemi kullanamaz. Bu doğrultuda yüklenicinin aşırı masraf savunması nedeniyle önerdiği diğer yöntemi, iş sahibinin kabul etme zorunluluğu yoktur. Bundan dolayı alacaklı temerrüdü oluşmaz. Bu durumda iş sahibi, yüklenicinin önerdiği ayıbın giderilmesi yöntemini kabul edebileceği gibi diğer seçimlik haklarını da kullanabilir. Ancak iş sahibinin, yüklenicinin önerdiği yöntemi reddetmesinin makul bir nedeninin olması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁶³. Ayrıca ayıbın giderilmesinin aşırı masraf gerektirmesi durumunda, iş sahibi masrafların bir kısmını üstlenerek, yükleniciden ayıbın giderilmesini talep edebilir⁵⁶⁴.

Eserin bir kısmının yıkılıp yapılması halinde ayıbın giderilmesinden bahsedilir. Ayıplı ifa halinde TBK’de iş sahibine yeniden inşasını talep hakkı tanınmadığından, iş sahibi keyfi olarak yeniden inşa talebinde bulunamaz. Ayıbın giderilmesi hakkı, aşırı masraf gerektirmemesi ve dürüstlük kuralına aykırı olmaması hallerinde kullanılabilir.⁵⁶⁵. Ayıbın giderilmesinin imkansız olması durumunda kural olarak iş sahibinin yapının yeniden inşasını talep hakkı yoktur. Ancak yeniden inşa hakkı kanun tarafından düzenlenmediğinden, TMK m.1/f.1 hükmü gereğince, kanundaki boşluğun hakim tarafından doldurularak, iş sahibine eserin yeniden inşasını talep hakkı verilmelidir⁵⁶⁶. Yeniden inşasını talep hakkının bu şartları taşıması halinde, ayıbın giderilmesini aşan bir durum olmayıp, bizzatihi talebin ayıbın giderilmesi olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁵⁶⁷.

Sözleşmede işin yapılması halinde iş sahibinin katlanacağı giderlere, ayıbın giderilmesi halinde de iş sahibi katlanmalıdır. İş sahibinin ayıbın giderilmesi talebinde

⁵⁶³ KURŞAT, s.331; TANDOĞAN, s.198.

⁵⁶⁴ TANDOĞAN, s.196.

⁵⁶⁵ SELİÇİ, s.177; KURŞAT, s.332.

⁵⁶⁶ KAPLAN, s.146; KURŞAT, s.332.

⁵⁶⁷ KURŞAT, s.332; ŞENOCAK, s.159-160; GÜMÜŞ, s.64; TANDOĞAN, s.194.

gecikmesi veya ayıbın doğmasında etkisi olması nedeniyle masrafların artması durumunda, artan masraflardan işsahibi sorumludur⁵⁶⁸.

TBK’de ayıbın giderilmesine ilişkin herhangi bir süre öngörülmemiştir. Sözleşmede ayıbın giderilmesi için bir süre belirlenmesi halinde, bu süre ayıbın giderilmesinde öncelikli olarak esas alınır. Sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde ise ayıbın giderilmesi için tarafların durumu gözetilerek işin niteliğine göre makul bir süre belirlenecektir⁵⁶⁹.

Belirlenen süre içerisinde, yüklenicinin ayıbı gidermede faydasız olacağı önceden anlaşılıyorsa, işsahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Ayrıca yüklenicinin, ayıbın giderilmesi hakkının kullanılmasını reddetmesi halinde, işsahibi diğer seçimlik haklarını kullanabilir⁵⁷⁰.

İşsahibi ayıbın giderilmesi hakkını kullandıktan sonra, yüklenicinin derhal işe başlaması ve normal bir yükleniciden beklenen makul süre içerisinde ayıbı gidermesi gerekmektedir⁵⁷¹. Yüklenici makul süre içerisinde ayıbı gidermezse, işsahibi ihtarla yükleniciyi temerrüde düşürebilir. İşsahibinin, yükleniciyi ayıbı gidermek için belirli bir süre tayin etmesi halinde ise süre sonunda TBK m.117/f.2’nin kıyasen uygulanmasıyla ihtara gerek kalmaksızın yüklenici temerrüde düşer. Temerrüde düşen yükleniciye, işsahibi tarafından TBK m.123 gereğince uygun bir mehil verilmelidir. İşsahibi bu mehilin sonunda TBK m.125/f.2’deki seçimlik haklarını eser sözleşmesine ilişkin sınırlamaları gözeterek kullanabilir⁵⁷².

İşsahibi mehil verilmesine gerek kalmaksızın aynen ifayı, diğer bir ifadeyle ayıbın giderilmesini her zaman talep edebilir. Bunun dışında, işsahibi TBK m.125/f.2 uyarınca sözleşmeden dönerek menfi zararını veya aynen ifadan vazgeçerek müspet zararını talep edebilir. İşsahibinin aynen ifadan vazgeçip müspet zararını talep etmesi

⁵⁶⁸ TANDOĞAN, s.195-196; KURŞAT, s.333.

⁵⁶⁹ KURŞAT, s.333-334; KAPLAN, s.150; SELİÇİ, s.179; ÖZ, s.210-211; GÜMÜŞ, s.64.

⁵⁷⁰ SELİÇİ, 179-180; TURANBOY, s.174; TANDOĞAN, s.199-200; KURŞAT, s.334; YENER, s.166.

⁵⁷¹ TANDOĞAN, s.198; ARAL/AYRANCI, s.410; KOCAĞA, s.165; YAVUZ, s.640.

⁵⁷² KOCAĞA, s.165; GÜNEL, s.425-426; ARAL/AYRANCI, s.410; TANDOĞAN, s.198-199; KIRMIZI, s.246.

durumunda, yüklenici kusursuz olduğunu ispatlar ise işsahibi yeniden bedelden indirim isteme hakkına sahip olacaktır⁵⁷³. Yüklenicinin eseri ayıplı bir şekilde onarması durumunda ise işsahibi yeniden TBK m.475'te öngörülen seçimlik haklarını elde edecektir. Elbette bu durumda işsahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yeniden yerine getirmesi gerekir⁵⁷⁴.

Yüklenici ayıbın giderilmesi talebini reddetmemesine karşın, verilen süre içerisinde ayıbı gidermemiş olabilir. Bu durumda işsahibi TBK m.125'te tanınan seçimlik haklarını kullanabileceği gibi, ayıbın üçüncü bir kişi tarafından giderilmesini de sağlayabilir⁵⁷⁵. Ayıbın üçüncü bir kişiye yaptırılmasına ilişkin izlenmesi gereken yol doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre⁵⁷⁶, TBK m.113 gereğince ayıbın üçüncü bir kişi tarafından giderilmesinden önce hakimden izin alınması şarttır. Zira burada eserin teslimi gerçekleşmiş ve ayıbın giderilmesi bakımından çoğunlukla aciliyet ortadan kalkmıştır. Ayrıca işsahibine sözleşme ile hakimden izin alınmasına gerek olmaksızın, ayıbın üçüncü kişi tarafından giderilmesine ilişkin yetki verilmesi mümkündür⁵⁷⁷. Doktrindeki diğer görüşe göre⁵⁷⁸, TBK m.473/f.2'nin kıyasen uygulanması ile hakimden izin alınmasına gerek kalmaksızın, ayıbın üçüncü bir kişiye yaptırılması mümkündür. Bu görüşe göre, kanun koyucu hukuki ilişkilerde güveni sağlamak amacıyla hakim izni olmaksızın ayıbın giderilmesini düzenlemiştir⁵⁷⁹.

Uygulamada genellikle işsahibi tarafından bizzat veya üçüncü bir kişi tarafından ayıbın giderildiği görülmektedir. Bu durumda işsahibi ayıp nedeniyle yapmış olduğu masrafları, müspet zarar kapsamında yükleniciden talep edebilmektedir⁵⁸⁰.

⁵⁷³ KOCAAĞA, s.165; TANDOĞAN, s.199; ARAL/AYRANCI, s.410.

⁵⁷⁴ ARAL/AYRANCI, s.410-411; KIRMIZI, s.247; KOCAAĞA, s.165.

⁵⁷⁵ KURŞAT, s.334; EREN, s.652.

⁵⁷⁶ TANDOĞAN, s.200 vd.; BURCUOĞLU, s.298; SELİÇİ, s.180; UÇAR, s.205-206; TURANBOY, s.174; YENER, s.167; ÖKTEM, s.1962; ARAL/AYRANCI, s.410; SELİÇİ, s.176; KURŞAT, s.331; TANDOĞAN, s.196-197; EREN, s.651; GÜMÜŞ, s.64; KARATAŞ, s.210; KOCAAĞA, s.164-165; KIRMIZI, s.243; DUMAN, s.855-856.

⁵⁷⁷ KURŞAT, s.335; SELİÇİ, s.181.

⁵⁷⁸ ŞENOCAK, s.197-198; SELİMOĞLU, s.165; EREN, s.651.

⁵⁷⁹ TURANBOY, s.174.

⁵⁸⁰ ŞENOCAK, s.203.

Ayrıca işsahibi TBK m.475'deki tazminat hakkını kullanarak yüklenicinin kusurunu ispat ettiği ölçüde ayıbın giderilmesi masraflarını yükleniciden talep edebilir⁵⁸¹.

Bayındırlık Genel Şartnamesi'ne tabii sözleşmelerde idare ayıplı eser durumunda TBK m.475'den farklı olarak yükleniciden öncelikle ayıbın giderilmesini talep etmek zorundadır⁵⁸².

V. Tazminat Hakkı

TBK m.475'de ayıptan kaynaklanan zararlara ilişkin tazminat talebinin genel hükümlere göre istenebileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda tazminat talebine TBK m.112 vd. hükümleri uygulanacaktır⁵⁸³. Dolayısıyla seçimlik haklardaki muayene ve ihbar yükümlülüğü tazminat talebi için aranmayacaktır⁵⁸⁴. Ayrıca tazminat sorumluluğunun doğması için yüklenicinin kusurlu olması şarttır. Ayıptan doğan seçimlik haklarda ise yüklenicinin kusuru aranmamaktaydı⁵⁸⁵.

Ayıp nedeniyle uğranılan zarara ilişkin sorumlulukta, satış sözleşmesinden farklı olarak doğrudan zarar- dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır. Yüklenicinin kusuru ile neden olduğu, doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumlu olduğu kabul edilir⁵⁸⁶.

Ayıp nedeniyle uğranılan zararı işsahibi ispatlamalıdır⁵⁸⁷. Buna karşın yüklenicinin kusurlu olup olmadığının ispat külfeti, TBK m.112 uyarınca yüklenicinin üzerindedir. Borçlunun hakimiyet alanındaki olgulara ilişkin ispat yükünün, borçlu üzerinde olması daha doğru olacaktır. Bu nedenle yüklenici

⁵⁸¹ KURŞAT, s.335-336.

⁵⁸² UÇAR, s.191; ŞAHİN, s.145.

⁵⁸³ SELİÇİ, s.130 vd.; ÖZ, Dönme, s.98-99; KURŞAT, s.353-354; ERMAN, s.157.

⁵⁸⁴ ÖZ, s.219; TANDOĞAN, s.205; KAPLAN, s.151; KOCAAĞA, s.168; DUMAN, s.863; KURŞAT, s.354;

⁵⁸⁵ KURŞAT, s.354; ŞENOCAK, s.65-66; ERMAN, s.158; TANDOĞAN, s.192; SELİÇİ, s.184-185; UÇAR, s.194-195; KAPLAN, s.145; ŞENOCAK, s.38; EREN, s.651; TANRIVERDİ, s.177; BURCUOĞLU, s.300; SELİMOĞLU, s.157; ŞAHİN, s.148.

⁵⁸⁶ ARAL/AYRANCI, s.412; GÜNEL, s.427.

⁵⁸⁷ TUNÇOMAĞ, s.1035; KARATAŞ, s.211; OLGAC, s.466.

tazminat sorumluluğundan kurtulabilmek için kusursuz olduğunu ispatlamakla yükümlüdür⁵⁸⁸.

Ayıp nedeniyle tanınan seçimlik haklarda, iş sahibinin zararlarının giderilmesi amaçlanmaktadır. Ayıp, eserde zarara yol açabileceği gibi iş sahibinin malvarlığında da zarara neden olabilir. İş sahibinin malvarlığında oluşan zararın giderilebilmesi için genel hükümlerdeki tazminat sorumluluğuna başvurulmalıdır⁵⁸⁹.

Tazminata hükmedilebilmesi için ayıp ile zarar arasında nedensellik bağının bulunması zorunludur⁵⁹⁰. Örneğin; kazançtan yoksun kalma, fiili zarar ayıp nedeniyle ortaya çıkan zararlardır. Ayıbın giderilme sürecinde eserin kiralanmasından elde edilecek kazançtan mahrum kalınan kar, kazanç karını; otelde konaklayan iş sahibinin konaklama masrafları, fiili zararı oluşturmaktadır. Ayrıca ayıbın giderilmesine karşın oluşan değer düşüklüğü de tazminat kapsamında yükleniciden talep edilebilir⁵⁹¹.

Kira bedelinde azalma, sözleşmeden dönmenin sebep olduğu zarar, satış değerinin azalması, muayene ve ihbar masrafları gibi zararların ayıp nedeniyle ortaya çıktığı kabul edilmektedir⁵⁹². Buna karşın; özen yükümlülüğünün ihlali, eserin geç teslimi, aydınlatma yükümlülüğünün ihlali gibi durumların sebep olduğu zararlarda ayıp ile zarara arasında nedensellik bağı yoktur⁵⁹³.

⁵⁸⁸ SELİÇİ, s.185; ŞENOCAK, s.68; KURŞAT, s.355; TUNÇOMAĞ, s.1035; TANDOĞAN, s.205; ÖKTEM, s.1963; BURCUOĞLU, s.300; GÜNEL, s.426-427; KIRMIZI, s.251.

⁵⁸⁹ KURŞAT, s.350; TANDOĞAN, s.192; UÇAR, s.194-195; KAPLAN, s.145; SELİÇİ, s.181-182; ŞENOCAK, s.38; EREN, s.651; TANRIVERDİ, s.177.

⁵⁹⁰ TANDOĞAN, s.204; SELİÇİ, s.182; UÇAR, s.194-195; KAPLAN, s.145; KURŞAT, s.350; ŞENOCAK, s.38; EREN, s.653; TANRIVERDİ, s.177; YENER, s.170; BURCUOĞLU, s.298; ŞAHİN, s.151; TURANBOY, s.177.

⁵⁹¹ SELİÇİ, s.184; KURŞAT, s.351; DUMAN, s.863.

⁵⁹² KAPLAN, s.152; KURŞAT, s.351.

⁵⁹³ TANDOĞAN, s.204-205; ŞENOCAK, s.74-75; ERMAN, s.157; SELİÇİ, s.182-183; KURŞAT, s.351; BURCUOĞLU, s.299.

Doktrindeki genel kabule göre, manevi zararlar TBK m.475 hükmü kapsamında değerlendirilmemelidir⁵⁹⁴. Ayıp nedeniyle oluşan manevi zararın, genel hükümler doğrultusunda yükleniciden tazmini mümkündür. Manevi zararın yükleniciden talep edilebilmesi için TBK. m.56 ve 58 koşulları bulunmalıdır. Bu kapsamda TBK m.114/f.2 gereğince yükleniciden manevi zararın tazmini talep edilebilir⁵⁹⁵.

TBK m.475/f.2 uyarınca, tazminatın ayıptan doğan seçimlik haklarla birlikte talep edilebilir.. Ayıptan doğan seçimlik hakların kullanılması durumunda tazminat miktarında, seçimlik haklarla giderilecek zararlar göz önünde bulundurulur. Örneğin, ayıbın giderilmesi hakkının kullanıldığı durumda onarım masrafları tazminat olarak değerlendirilmeyecektir⁵⁹⁶. Ayrıca tazminat talebi, seçimlik haklar kullanılmaksızın tek başına ileri sürülebilir⁵⁹⁷.

TKHK'ye tabii sözleşmelerde, tazminat hakkının seçimlik haklara başvurulmaksızın tek başına talep edilebilir olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe göre, tüketici işlemi niteliğindeki eser sözleşmelerinde TKHK m.11/6 ve m.15/f.1 açık hükümleri nedeniyle, seçimlik haklar kullanılmaksızın genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunulamaz⁵⁹⁸. Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüşe göre, tüketici seçimlik haklarla birlikte veya tek başına genel hükümlere göre tazminat talebinde bulunabilir⁵⁹⁹. Tüketicinin korunması amacını taşıyan TKHK'nin, genel hükümlere nazaran tüketici aleyhine bir düzenleme getirdiği görüşü isabetli değildir.

⁵⁹⁴ KAPLAN, s.163; KURŞAT, s.352; TANDOĞAN, s.205; ŞEN/ŞEN, s.425.

⁵⁹⁵ KAPLAN, s.163; KURŞAT, s.352.

⁵⁹⁶ KURŞAT, s.352-353; ÖZ, s.217-218;

⁵⁹⁷ BURCUOĞLU, s.298; KARATAŞ, s.211; KOCAĞA, s.167.

⁵⁹⁸ ÖZ, s.220, Yazar bununla birlikte tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, tüketicinin taraf olmadığı sözleşmelere nazaran daha sınırlı bir sonuca ulaşılmasının isabetsiz olduğunu ifade etmiştir (Bknz. ÖZ, s.220, dp.104.).

⁵⁹⁹ İNCEOĞLU, s.184; ÖZÇELİK, s.1177; AYDOĞDU, M., Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s.179-180; KURŞAT, s.352-353; ZEVLİLİLER, A./ÖZEL, Ç., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016, s.185-186.

Tazminatın talep edildiği anda, seçimlik hakların zamanaşımına uğradığı ya da düştüğü durumlarda, seçimlik haklar aracılığı ile giderilecek zararlar tazminat olarak hesaplanabilecektir. Tazminat talep edildiği anda seçimlik hakkın henüz kullanılmadığı ancak kullanabilme imkanının devam ettiği durum önem kazanmaktadır. Bu halde, seçimlik haklarla talep edilebilecek zararlar tazminat kapsamında talep edilmişse, tazminat hakkının kullanılmasıyla seçimlik hakların düştüğü kabul edilmektedir. Tazminat talebinin seçimlik haklarla giderilebilecek zararları barındırmaması durumunda ise iş sahibinin seçimlik hakları kullanma imkanı devam etmektedir⁶⁰⁰.

Yüklenicinin kusurunun ağırlığı, somut olayın şartları ve iş sahibinin ortak kusuru tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Zararın iş sahibinden veya iş sahibinin görevlendirdiği bir kimseden kaynaklanması halinde, yüklenici lehine tazminat miktarı değişir veyahut yüklenici tazminat ödemekten tamamen kurtulur⁶⁰¹.

⁶⁰⁰ ÖZ, s.220; KURŞAT, s.353; KOCAAĞA, s.167-168.

⁶⁰¹ SELİÇİ, s.188-189; KURŞAT, s.356.

SONUÇ

Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi buna karşılık işsahibinin ise bedel ödemeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir. Yüklenici, eseri ayıpsız bir şekilde işsahibine teslim etmekle yükümlüdür. Aksi halde yüklenicinin eserdeki ayıp nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır. Eserdeki ayıp, sözleşmede kararlaştırılan veya eserin dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken niteliklerden yoksun olması şeklinde karşımıza çıkabilir.

Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için işsahibinin belirli külfetleri yerine getirmiş olması gerekir. Öncelikle işsahibi eseri ayıplı haliyle kabul etmemelidir. İşsahibi teslim edilen eseri, gözden geçirmeli ve ayıbı işsahibine bildirmelidir. Bu külfetlerin zamanında yerine getirilmemesi durumunda, TBK m.477/f.2 gereğince işsahibi eseri kabul etmiş sayılır.

İşsahibi ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ayıbın giderilmesi seçimlik hakları ile birlikte tazminat isteme hakkına sahiptir. TBK m.475 gereğince; eser kullanılamayacak veya işsahibinin kabule zorlanamayacağı ya da aynı ölçüde sözleşmeye aykırılık bulunuyor ise sözleşmeden dönme hakkı kullanılamaz. Ayrıca eserin işsahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilmesi halinde, TBK m.475/f.3 uyarınca aşırı masraf gerekmemesi koşuluyla sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir. Bedelden indirim seçimlik hakkı ise, eserin az da olsa bir değere sahip olması ve ayıp nedeniyle eserde değer eksikliği meydana gelmesi koşullarında kullanılabilir. Ayıbın giderilmesi seçimlik hakkı ise, onarımın aşırı masraf gerektirmediği hallerde kullanılabilecektir.

İşsahibi TBK m.475 gereğince, seçimlik haklarla birlikte veya tek başına ayıp nedeniyle genel hükümlere dayalı olarak tazminat talebinde bulunabilir. Tazminat talebi için seçimlik hakların aksine yüklenicinin kusuru şarttır.

KAYNAKÇA

ANTALYA, G., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, İstanbul, 2012.

ACAR, F., Eser Sözleşmesinde Eserin Tamamlanma Oranı ve Bu Oranın Bazı Etkileri, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, S.134, Y.2013.

ACUN, H., Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri İle Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Antalya, 2018.

AKKURT, S. S., Türk Özel Hukukunda İş Sözleşmesi İle Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Başlıca Yükümlülükler ve Anılan Sözleşmelerin Ayırt Edilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi HDF., C.10, S.2, Y.2008, s.13-64 (<https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz10-2/akkurt.pdf>).

AKYAZAN S., İstisna Akitleri, Adalet Dergisi, S.12, Y.58, Aralık 1967.

ALTINER YOLCU, F. Z., 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Konut Satışlarında Satıcının Ayıptan Sorumluluğu, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2018.

ARAL, F./AYRANCI, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.

ARPACI, Ö., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Edimin İfasına Katılımı, Ankara, 2019.

AYAN, S., İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara, 2008.

AYDEMİR, E., Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara, 2016.

AYDOĞDU, M., Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015.

AYDOĞDU, M./NART, S., İsviçre Borçlar Kanunu'nun Satış ve Eser Sözleşmelerinde Ayıp Sorumluluğuna Yönelik Zamanaşımı(Art. 210 ve 371 Or) Revize Eden 16 Mart 2012 tarihli İsviçre Federal Kanunu'nun Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, S.134, Y.2018.

AYDOĞDU, M./KAHVECİ, N., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.

BAYGIN, C., Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, İstanbul, 1999.

BİLGE, N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, 1971.

BİLGİN, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, Ankara, 2009.

BURCUOĞLU, H., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'a Armağan, Ankara, 1990.

BUZ, V., İş sahibinin B.K. m.369'a Göre Eser Sözleşmesinin Feshi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.21, S.2, Y.2001, s. 209-265 (Fesih).

BUZ, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1988.

BÜYÜKAY, Y., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2013.

ÇETİNTEPE, E., Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmesinin Feshi ve Sonuçları, Ankara, 2020.

ÇİZEL, B., 6098 No'lu Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Eser Sözleşmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C.92, S.2, Y.2015.

DAYINLARLI, K., İstisna Akdinin Ademi İfası ile İlgili Yargıtay Kararları, Ankara, 1986.

DAYINLARLI, K., İstisna Akdinde Müteahhidin ve İş sahibinin Temerrüdü Hüküm ve Sonuçları, Ankara, 2008.

DİRİCAN, G., Eser Sözleşmesinde Temerrüde Dayalı Cezai Şart ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul, 2007.

DUMAN, İ. H., İnşaat Hukuku, Ankara, 2018.

DURAK, Y., Arsa Payı Karşılığı Kat Yapım Sözleşmesi, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı, C.1, Y.2015.

DURSUN, S. A., Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerinde Eksik İş Kavramı ve Kavramın Ayıplı İşten Farkları, Legal Hukuk Dergisi, S.101, Y.2011.

ERDEM, M., Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.

ERDOĞAN, İ., İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi HFD., C.3, S.1, Y.1990, s.135-172.

EREN, F., “I.Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, II. İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, III. İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi”, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici – İşletmeci – Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, s.43-103 (İnşaat).

EREN, F., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018.

ERGEZEN, M., İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmesi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007.

ERGEZEN, M., İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara, 2007.

ERMAN, H., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2010.

ERMAN, H., İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller, İstanbul, 1979 (Beklenilmeyen Hal).

ERZURUMOĞLU, E., Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara, 2018.

GÖKYAYLA, K. E., Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul, 2009 (Ek İş).

GÖNEN, C., İnşaat Sözleşmelerin İfasında Eksik İş – Ayıplı İfa Ayrımı, Prof. Dr. Hasan ERMAN’ a Armağan, İstanbul 2015.

GÜMÜŞ, M. A., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.II, İstanbul, 2012.

GÜMÜŞSOY KARAKURT, G. G., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017.

GÜNDOĞDU, F., Eser Sözleşmesinde İşsahibinin İşi Başkasına Yaptırma Hakkı, İstanbul, 2019.

GÜNEL, M.C., Arsa Payı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeni ile Sahip Olduğu Haklar, Ergun ÖZSUNAY’a Armağan, İstanbul, 2004.

GÜRPINAR, D., Eser Sözleşmesinde Ücretin Artırılması ve Eksiltilmesi, İzmir, 2006.

HATEMİ, H./SEROZAN, R./ARPACI, A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1992.

İNCEOĞLU, M. M., Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Der. M.M. İNCEOĞLU, İstanbul, 2015.

İPEK, E., Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul, 2016.

KAHRAMAN, Z., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu, Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, İstanbul, 2015.

KARAHASAN, İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara, 1979. – isim yok

KARAHASAN, M. R., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. IV, İstanbul, 2004.

KARAHASAN, M. R., Mülkiyet Hukuku, İstanbul, 1975 (Mülkiyet).

KARAHASAN, M. R., İnşaat-İmar-İhale Hukuku, Ankara, 1979.

KARATAŞ, İ., Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara, 2009.

KARAYALÇIN, İstisna Akdi – Zamanaşımı, Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Ankara, 1975.

KILIÇOĞLU, A. M., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2019.

KIR ÇELİK, Ş. T., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde TBK. m.473/II Hükümünün Uygulanması, Kocaeli Üniversitesi HDF., C.8, S.16, Y. 2017, s. 111-126. (<https://jurix.com.tr/article/17868>).

KIRMIZI, M., Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014.

KOCAAĞA, K., İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2014.

KOCAAĞA, K., Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağının Anlaşılması Halinde İşsahibinin BK. M.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, Dokuz Eylül Üniversitesi

HFD., C.6, S.1, Y.2004, s.177-20 (Özen Yükümü)
(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754352>).

KOSTAKOĞLU, C., İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, İstanbul, 2015.

KOYUNCU, B. K., Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Değerlendirmeler, Beykent Üniversitesi HFD, C.11, S.145-146, Y.2016, s.1069-1093, (<https://www.jurix.com.tr/article/5858>).

KURSAT, Z., İnşaat Sözleşmesi, İstanbul, 2017.

MOLLAMAHMUTOĞLU, H., Hizmet Sözleşmesi (Kuruluş – İçerik – Sona Erme), Ankara, 1995.

Nezih SÜTÇÜ, Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi, C. I, Ankara 2013, s.516.

OKUR, S., Türk-İsviçre ve Alman Hukukunda Eser ve Eser Teslim Sözleşmeleri: Tarihsel Gelişim, Kavram, Unsurlar ve Benzer Sözleşme Tiplerinden Ayırt Edilmesi, Bahçeşehir Üniversitesi HFD., C.14, S.175, Y.2019, s. 625-739 (<https://jurix.com.tr/article/18935>).

OLGAÇ, S., İstisna Akdi, İstanbul, 1966.

ÖKTEM, S., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.5, Y.2006.

ÖZ, T., Yeni Borçlar Kanununda Satım ve Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıba Karşı Tekeffül Düzenlenmesindeki Değişikler, İstanbul, 2013 (Armağan).

ÖZ, T., İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, 2016.

ÖZ, T., İş sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul, 1989 (Dönme).

ÖZCAN, Z., İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı ve Eksik İfası, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S.11, Y.2018, s.317-339.

ÖZÇELİK, Ş. B., 6502 Sayılı Tüketici'nin Korunması Hakkında Kanuna Göre Taşınmazlarda Ayıptan Sorumluluk, Ankara Üniversitesi HFD., C. 64, S.4, Y. 2015,

s.1161-1188

(<https://dspace.ankara.edu.tr/xmlui/bitstream/handle/20.500.12575/49154/21484.pdf?sequence=1&isAllowed=y>).

ÖZDEMİR, H., Eser Sözleşmesinde İş sahibinin Ücret Ödeme Borcu, İstanbul, 2018.

ÖZKAYA, E., Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 2016.

PAKET, S., Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020.

RUHİ, C./RUHİ, A. C., Eser Sözleşmesi ve Eser Sözleşmesinden Kaynaklanan Davalar, Ankara, 2018.

RUHİ, S., Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara, 2020.

SEÇER, Ö., Eser Sözleşmesinin İş sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, 2020.

SELİÇİ, Ö., Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerimin Sona Ermesi, İstanbul, 1977 (Sona Erme).

SELİÇİ, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978.

SELİMOĞLU, Y. E., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017.

SEROZAN, R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 2007.

ŞAHİN, T., Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Süleyman Demirel Üniversitesi HDF., C.1, S.2, Y.2011, s.135-157, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/213667>).

ŞAHİNİZ, S., Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014.

ŞEN, M. S./ŞEN, M. K., Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmelerinde Zamanaşımı ve Uygulamaları, Ankara, 2015.

ŞENOCAK, Z., Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara, 2002.

TANDOĞAN, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 2010.

TANRIVERDİ, A., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.3, Y.2014.

TOPRAK ALDEMİR, İ. B., Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, Ankara, 2020.

TUNÇ, A., İşsahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (TBK Md. 473/ı), Erciyes Üniversitesi HFD., C.11, S.1, Y.2016, s. 253-269, (<https://www.jurix.com.tr/article/5651>).

TUNÇOMAĞ, K., Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul, 1977.

TURANBOY, A., Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatteki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, Ankara Üniversitesi, Y.1991, s.152-189.

UÇAR, A., İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara, 2003.

UÇAR, A., İstisna Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Hukuki Mahiyeti ve Diğer Bazı Sözleşmelerle Karşılaştırılması, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi HFD., C.1, S.1, Y.1997, s.31-67, (<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/10/1997-3.pdf>) (Dergi).

ÜREM, M., Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul, 2017.

VELİDEDEOĞLU, H. V./ÖZDEMİR, R., Türk Borçlar Kanunu Şerhi Genel – Özel, Ankara, 1987.

YALÇINDURAN, T., Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000.

YAVUZ, C./ACAR, F./ÖZEN B., 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2019.

YAVUZ, N., Ayıplı İfa, Ankara, 2014.

YENER, M. D., Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İşsahibinin Hakları, Erzincan Üniversitesi HFD., C.4, S.1, Y.2009.

YÜCER AKTÜRK, İ., Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012.

ZEVKLİLER, A./GÖKYAYLA, K. E., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.

ZEVKLİLER, A./ÖZEL, Ç., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016.

Elektronik Kaynaklar

Kazancı İçtihat Bankası

<https://hukuk.deu.edu.tr>

<https://www.jurix.com.tr>

<https://dergipark.org.tr>

<https://dspace.ankara.edu.tr/>

<https://hukukdergi.ebyu.edu.tr>