



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hüseyin ACUN

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR
KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Hüseyin ACUN

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR
KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASI

Danışman

Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Yüksek Lisans Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Hüseyin ACUN'un bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Ü. Tanju YAŞAR (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Ü. Selin SERT SÜTÇÜ (İmza)

Tez Başlığı: Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması

Onay : Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 31/05/2018

Mezuniyet Tarihi : 21/06/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Eser Sözleşmesinde Ayrıtan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

İmza

Hüseyin ACUN



T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Hüseyin ACUN
Öğrenci Numarası	20155225021
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Tezli Yüksek Lisans
Programın Türü	(X) Tezli Yüksek Lisans () Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA
Tez Başlığı	“Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması”
Turnitin Ödev Numarası	973705440

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 109 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 08/06/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 6

alıntılar dahil % 9'dur.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

(imzası)

Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	v
ÖZET	vi
SUMMARY	vii
ÖNSÖZ	viii

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU

1.1. Genel Olarak.....	1
1.2. Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Kavramı	1
1.2.1. Genel Olarak.....	1
1.2.2. Ayıplı İfanın Benzer İfa Engelleri ile Karşılaştırılması.....	3
1.2.2.1. Genel Olarak	3
1.2.2.2. İmkansızlık Bakımından	3
1.2.2.3. Borçlunun Temerrüdü Bakımından.....	6
1.2.2.4. Eksik İfa Bakımından.....	6
1.2.2.5. Aliud İfa Bakımından.....	8
1.2.2.6. Aşırı İfa Güçlüğü Bakımından	9
1.2.2.7. Sözleşmenin Müsbet İhlali Bakımından	10
1.3. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıp Çeşitleri.....	11
1.3.1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp – Kasten Gizlenmiş Ayıp	11
1.3.2. Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp	13
1.3.3. Maddî Ayıp – Hukukî Ayıp	14
1.3.4. Asli (Birincil) Ayıp – Fer’î (İkincil / Tali) Ayıp	15
1.4. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları	16
1.4.1. Maddî Koşulları	16
1.4.1.1. Eserin Teslim Edilmiş Olması	16
1.4.1.2. Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması	17
1.4.1.3. Ayıbın İşsahibine Yüklenememesi	17
1.4.1.3.1. Genel Olarak	17
1.4.1.3.2. Eserde Mevcut Bulunan Ayıbın İşsahibine Yüklenebilmesinin	
Koşulları	19
1.4.1.3.2.1. İşsahibine Yüklenebilen Bir Sebep ya da İşsahibinin	
Talimatının Bulunması	19

1.4.1.3.2.2. Yüklenicinin Uyarma ve Aydınlatma Yükümlülüklerini Yerine Getirmesi	20
1.4.1.3.2.3. Uygun Nedensellik Bağı Bulunması	21
1.4.1.3.3. Ayıbın İşsahibine Yüklenebilmesinin Hüküm ve Sonuçları	21
1.4.1.4. İşsahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması	22
1.4.2. Şekli Koşulları	24
1.4.2.1. Genel Olarak	24
1.4.2.2. İşsahibinin Gözden Geçirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması	25
1.4.2.3. İşsahibinin Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması	28
1.4.2.4. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olması.....	31
1.4.2.5. İşsahibinin Ayıp Nedeniyle İleri Sürecek Olduğu Hakların Zamanaşımına Uğramamış Olması	32

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR

KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASI

2.1. Genel Olarak.....	33
2.2. İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475’te Yer Alan Hakları.....	33
2.2.1. Genel Olarak.....	33
2.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı.....	36
2.2.3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı.....	40
2.2.4. Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı	42
2.2.5. Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı	46
2.2.6. Zamanaşımı.....	49
2.3. Taleplerin Yarışması	50
2.3.1. Genel Olarak.....	50
2.3.2. Tarihçe	51
2.3.3. Talep Kavramı	53
2.3.4. Yarışma Kavramı.....	54
2.3.5. Yarışmanın Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması.....	55
2.3.5.1. Genel Olarak	55
2.3.5.2. Yığılma Bakımından.....	56
2.3.5.3. Seçimlik Uygulama Bakımından	56
2.3.5.4. Dışlama Bakımından	57

2.3.6. Taleplerin Yarışmasının Koşulları.....	58
2.3.6.1. Kural Çokluğunun Bulunması.....	58
2.3.6.2. Kurallar Arasında Birbirini Dışlama İlişkisi Bulunmaması.....	59
2.3.6.3. Taleplerin Aynı Kişiye Ait Olması ve Aynı Kişi ya da Kişilere Karşı İleri Sürülebilmesi.....	59
2.3.7. Taleplerin Yarışmasının Özel Bir Görünümü: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Sözleşme Dışı Sorumluluğun Yarışmasının Koşulları	60
2.3.7.1. Zarar Gören ile Zarardan Sorumlu Olan Kişi Arasında Bir Sözleşme İlişkisi Bulunması.....	60
2.3.7.2. Sorumluluk Sebeplerinin Bir Arada Bulunması	60
2.3.7.2.1. Genel Olarak	60
2.3.7.2.2. Bir Davranışın Hem Sözleşmeye Aykırılık Hem de Haksız Fiil Teşkil Etmesi.....	61
2.3.7.2.3. Sorumluluk Sebebinin Hem Kusura Hem de Kusursuz Sorumluluğa Dayanması	63
2.4. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Yarışan Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi	64
2.4.1. Genel Olarak.....	64
2.4.2. Haksız Fiil Hükümleri	64
2.4.2.1. Genel Olarak	64
2.4.2.2. Kusur Sorumluluğu	65
2.4.2.2.1. Fiil	65
2.4.2.2.2. Hukuka Aykırılık.....	66
2.4.2.2.3. Zarar	66
2.4.2.2.4. Kusur	67
2.4.2.2.5. Nedensellik Bağı	67
2.4.2.3. Kusura Dayanmayan Sorumluluk	68
2.4.3. Borcun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 112 ve 117	68
2.4.3.1. Genel Olarak	68
2.4.3.2. Kötü İfa	69
2.4.3.3. Borçlunun Temerrüdü	69
2.4.4. Yardımcı Kişinin Eyleminden Sorumluluğu Düzenleyen TBK m. 116 Hükmü ...	71
2.4.5. İrade Bozukluğu Hükümleri	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASININ SONUÇLARI

3.1. Genel Olarak Yarışmanın Sonuçları.....	74
3.1.1. Yarışmada Uygulanacak Hükümün Belirlenmesi	74
3.1.2. Uygulanacak Hükümün Belirlenmesinde TBK m. 60'ın Etkisi	74
3.1.3. Yarışmanın Sonuçları	76
3.2. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleriyle Genel Hükümlerin Yarışmasının Sonuçları	77
3.2.1. Haksız Fiil Bakımından	77
3.2.2. Kötü İfaya İlişkin TBK m. 112 Bakımından	80
3.2.3. Borçlunun Temerrüdü Hükümleri Bakımından.....	81
3.2.4. Aldatma Hükümleri Bakımından.....	81
3.2.5. Yardımcı Kişinin Fiili Bakımından	84
3.2.6. TBK m. 475'te Yer Alan Seçimlik Hakların Birbiri ile İlişkisi	85
SONUÇ	86
KAYNAKÇA.....	88
ÖZGEÇMİŞ	94

KISALTMALAR LİSTESİ

Art	: Artikel
bk.	: bakınız
E.	: Esas
e.t.	: erişim tarihi
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk dairesi
K.	: Karar
m.	: madde
OR	: Obligationenrecht
s.	: sayfa
sy.	: sayılı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
T.	: Tarih
Y.	: Yargıtay
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
vd.	: ve devamı

ÖZET

Bu tezde konusu itibariyle, sınırlı bir sorumluluk rejimi öngören eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri ile borçlar Kanunu genel hükümlerinin yarışması konusu ele alınmaktadır. Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, işsahibinin ayıp karşısında kullanabileceği hakları, taleplerin yarışması konuları anlatılmış ve eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle yarışması muhtemel görülen Borçlar Kanunu genel hükümlerinden hangilerinin yarışıp yarışmadığı ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eser Sözleşmesi, Ayıptan Sorumluluk, Türk Borçlar Kanunu, Genel Hükümler, Yarışma.

SUMMARY
CONCURRENCE OF LIABILITY PROVISIONS DUE TO THE DEFECT IN THE
CONTRACT OF WORK AND GENERAL PROVISIONS OF THE CODE OF
OBLIGATIONS

This thesis is based upon the concurrence subject of liability provisions due to the defect in the contract of work which provides a limited liability regime and general provisions of the code of obligations. Subjects of defect liability of the contractor, rights of the business owner against defect, concurrence of demands are described. And then the possible concurring general provisions of the code of obligations that are in concurrence with defect liability provisions are handled.

Keywords: Contract of Work, Defect Liability, Turkish Code of Obligations, General Provisions, Concurrence.

ÖNSÖZ

Konunun Takdimi

6098 sy. Türk Borçlar Kanunu’nun özel hükümler kısmında, m. 470 ve 486 arasında eser sözleşmesi düzenlenmiş ve m. 474 ile 478 arasında “ayıp sebebiyle sorumluluk” kenar başlığı ile yüklenicinin ayıptan sorumluluğu hususu hüküm altına alınmıştır. Kanun koyucu, sözleşmeye aykırılık hallerinden ayıplı ifa halinde, satış ve kira sözleşmelerinde olduğu gibi, ayrı bir önem atfederek ayıplı ifanın sonuçlarını ayrıca düzenlemiştir.

Eser sözleşmesinde ayıplı ifa halinde iş sahibinin başvurabildiği çareler de TBK m. 475’te kaleme alınmıştır. Buna göre iş sahibine, seçimlik haklar ve kümülatif bir hak olarak genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkı tanınmış durumdadır. Bu haklar herhangi bir sözleşmeye aykırılık halinde değil, ayıplı ifanın koşullarının ve Kanun lafzında bu hakların doğması için öngörülmüş koşulların gerçekleşmiş olması halinde kullanılabilirdiğinden, genel sözleşmeye aykırılık haline göre başvurulabilme koşulları daha ağır olmasına rağmen, genel sözleşmeye aykırılık halinde başvurulabilen haklardan daha pratik ve verimli sonuçlar öngörmektedir. Bu suretle ayıplı ifa bakımından sınırlı bir sorumluluk sistemi benimsenmiştir.

Ayıplı ifaya maruz kalan sözleşme alacaklısı, herhangi bir sözleşmeye aykırılığa maruz kalan alacaklıya göre daha çok korunmuş gibi gözükse de, ayıplı ifa hükümlerinin sınırlayıcı formülizasyonu, günümüzün sürekli değişip gelişen hukuki ve ekonomik ilişkilerinden doğan uyumsuzluklarda hantal ve verimsiz kalabilmektedir. Öyle ki gereği gibi ifa etmemenin bazı somut örneklerinin ayıplı ifa teşkil ettiği kabul edilirse (tıpkı meydana getirdiği yapı eseri için idari izin almayı da üstlenmiş olan yüklenicinin bu edimini yerine getirmemesi halinde olduğu gibi) m. 475’te sayılmış olan hakların ortaya koyduğu formüllerin hiçbirine uymaması sorunu gündeme gelebilmektedir. Ayıplı ifa için öngörülmüş bu sınırlı sorumluluk sistemi; lafzının, koşullarının ve sonuçlarının esnek olmaması sebebiyle uyumsuzluklara cevap verme konusunda yetersiz kalabilmektedir.

Ayıplı ifaya ilişkin sorumluluk hükümlerinin esnek olmayan yapısı, karşılaşılan her somut olaya göre uygulanabilirliğini azalttığından, fikrimizi, hukuk alanının kadim tartışmalarından olan yarışma sorunu içerisindeki yerini belirlemeye yöneltmiştir. Buna göre, Türk Borçlar Kanunu’nun genel kısmında yer alan bir takım hükümlerin uygulama alanlarının, eser sözleşmesinde ayıplı ifa halinde uygulama alanı bulacak olan ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanıyla kesişip kesişmediği, bu hükümlerin birbirini dışlayıp dışlamadığı, iç içe girip girmediği, kümülatif halde olup olmadıkları, birbirini

tamamlama amacı taşıyıp taşımadığı, ne zaman bu hükümlerin yarıştığı gibi soruların cevabını bulmaya çalışmak gerekli görülmüştür.

Konunun Önemi

Kanun hükmünde düzenlenmiş bir hukuk kuralının bir maddi olguya uygulanabiliyor olması, Kanun koyucunun benzer maddi olgular karşısında izlenmesi gereken yolu önceden formülize ettiğini, somut vakıanın söz konusu hukuk kuralının uygulama alanına girdiğini gösterir. Maddi olguya ilişkin uygulanabilen bir hukuk kuralı hiç öngörülmemiş veya öngörülen kural yetersiz ise bir Kanun boşluğu söz konusu olur ve bunun doldurulması gerekir.

Ancak bazı durumlarda, bir maddi olgu, birden fazla hukuk kuralının devreye girmesine sebebiyet verebilmekte, birden fazla hukuk kuralının öngördüğü hukukî sonuçların doğması için gereken koşulları taşıyabilmektedir. Bu durumda bu kurallar arasında ilk başta, aralarında özel – genel / yeni – eski kural ilişkisi bulunması ya da kuralların yapılarından kaynaklanan özellik sebebiyle, kuralların birbirinin uygulama alanlarını yok edip etmediğinin, aslında, kuralların birbirini yok edip etmediğinin belirlenmesi gerekir. Eğer kurallar arasında böyle bir ilişki varsa, gerçek anlamda aynı maddi olgu için kural çokluğunun varlığından söz edilemeyiz. Zira maddi olguya uygulanabilen bir tek kural söz konusu olur. Bu ihtimal eleniyor ise, daha büyük bir sorun ortaya çıkmakta, birden fazla hukuk kuralının aynı maddi olguya uygulanabilmesi söz konusu olmaktadır. İnceleme konusu itibarıyla eser sözleşmesinde ayıp hükümlerinin aynı zamanda Kanunun genel hükümlerinin uygulama alanına girmesi halinde hükümlerin ne şekilde uygulanabileceği sorununu çözümlendirmeye çalışmak önemli görülmüştür.

Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamız giriş kısmı ayırık olmak üzere üç bölümden meydana gelmektedir. Çalışmamızın ilk bölümünde genel hatlarıyla eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu üzerinde durulmuştur. Bölümde eser sözleşmesine ilişkin ayıplı ifa kavramı; ayıbın tanımının yapılması, ayıplı ifanın benzer ifa engelleri ile karşılaştırılması ve ayıp çeşitlerinin incelenmesi suretiyle işlenmiştir. Ardından eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğun koşulları anlatılmıştır. Böylelikle ilk bölümde eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğun hukukî niteliği hakkında konumuzu ilgilendirdiği ölçüde bilgiler verilmiştir.

İkinci bölümde eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri ile Borçlar Kanunu genel hükümlerinin yarışması konusu yer almıştır. Bölümde öncelikli olarak eser

sözleşmesinde işsahibinin ayıplı ifa karşısında kullanabileceği haklar incelenmiştir. Bu bağlamda işsahibinin ayıp karşısında sahip olduğu TBK m. 475’te yer alan hakları, yani; seçimlik haklar olan sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme ve eserin ücretsiz onarımını isteme ile bu haklarla birlikte kullanılabilen genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı ve bu haklara ilişkin zamanaşımı hususu incelenmiştir. Ardından “taleplerin yarışması” kavramı altında kavramın tarihçesine yer verilmiş, talep kavramı ve yarışma kavramı incelenmiş, yarışma kavramı benzer kavramlar ile karşılaştırılmıştır. Bundan sonra taleplerin yarışmasının koşulları belirtilmiş, taleplerinin yarışmasının özel bir görünümü olarak sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması hususu incelenmiştir. İkinci bölümün son ana başlığı altında ise, eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna ilişkin hükümler ile yarışması öngörülen Borçlar Kanunu genel hükümleri, çalışma konumuzu ilgilendirdiği ölçüde ana hatlarıyla incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle Borçlar Kanunu genel hükümlerinin yarışmasının sonuçlarına yer verilmiştir. Bu bölüm altında öncelikli olarak yarışmada uygulanacak hükmün belirlenmesi hususuna ilişkin bilgiler verilmiş ve TBK m. 60’ın uygulanacak hüküm belirlenmesi üzerindeki etkisine değinilmiştir. Ardından genel anlamda yarışmanın sonuçları belirtilmiştir. Bundan sonra incelenen genel hükümlerin eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri ile yarışıp yarışmadığı hakkında görüşümüz bildirilmiş ve TBK m. 475’te yer alan seçimlik hakların birbiri ile ilişkisine yer verilmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışma konumuzla ilgili tespitlerimiz özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN AYIPTAN SORUMLULUĞU

1.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun eser sözleşmesine ilişkin hükümlerinden m. 474 ila 478, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümlerini düzenlemektedir. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu, onun asli edim yükümlülüğü olan eseri teslim borcunun tamamlayıcılarından¹. Eser sözleşmesinde yüklenici, ayıpsız bir eser oluşturmak ve bu eseri teslim etmekle yükümlü olduğundan, (tıpkı satış sözleşmesinde olduğu gibi) ayıplı eserin tesliminden sorumludur². Eser sözleşmesi ile ilgili ayıp hükümleri satış sözleşmesindeki ayıp hükümlerine benzer şekilde düzenlenmiştir³. Böylelikle yüklenicinin sorumluluğunun temeli iş görme borcunun sonucuna değil teslim borcuna bağlı olan ayıptan sorumluluğa dayandırılmıştır⁴. Ancak satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi muhteva ve vasıf bakımından birbirinden farklı olduğundan satış sözleşmesindeki ayıp hükümleri kıyas yoluyla olsa dahi eser sözleşmesine uygulanamaz⁵.

1.2. Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Kavramı

1.2.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanununda ayıptan sorumluluğa; satış, kira, eser, mal değişim, evde hizmet ve adi ortaklık olmak üzere altı farklı sözleşmede yer verilmiş ve satış, kira ve eser sözleşmelerinde bu husus kapsamlı bir şekilde düzenlenmiştir⁶. Belirtilen hiçbir sözleşmede ayıp tanımına yer verilmemiştir. Bu durum kanaatimizce yerindedir. Çünkü Kanunda bir müessese tanımlanırsa, bu tanımın zaman içerisinde yetersiz kalması, tanımla ilgili hükmün değiştirilmesi mecburiyetini ortaya çıkarır. Bu sebeple Kanunlarda tanımın yer almaması, doktrin ve içtihatların tanım yapması ve buna bağlı olarak müessesenin gelişmesi daha uygun bir yoldur.

Ayıplı ifa, kötü ifanın bir alt türü olup; borç ilişkilerinin vasıflarını ve içeriğini belirleyen “edim yükümlülüğünün ihlal edilmesi”dir⁷. Başka bir deyişle ayıplı ifa, gerek

¹ Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 773; Şenocak, 2002: 31; Tandoğan, 2010a: 160.

² Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Büyükay, 2013: 90; Eren, 2017a: 633; Tandoğan, 2010a: 160; Yavuz vd., 2014: 1025; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

³ Eren, 2017a: 633; Turanboy, 1990: 151; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

⁴ Yavuz vd., 2014: 1025.

⁵ Eren, 2017a: 633; Tandoğan, 2010a: 160, 161.

⁶ Akıncı, 2017b: 1395.

⁷ Aral, 2011: 111; Akıncı, 2017b: 1393.

Kanun gerekse sözleşme ile öngörölmüş vasıfları bulundurmıyan ifa anlamına gelmektedir⁸. Eser sözleşmesine özgü terminolojide ise ayıp, eser sözleşmesi ile vaat edilmiş niteliklerin ya da dürüstlük kuralına istinaden eserde bulunması beklenebilen niteliklerin mevcut eserde bulunmaması halidir⁹. TBK m. 475’te her ne kadar “ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aykırı olursa” ifadesi kullanılmış olsa da, bu ayırım hukukî anlamda sonuç doğurabilen bir ayırım olmayıp ayıbın sözleşmeye aykırılık teşkil etmesi özelliğini zedelemey¹⁰. Bu ayırım vaat ayıbıyla nitelik ayıbı arasında yapılmaktadır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin sözleşmeye konu edilmiş eseri ayıpsız olarak ifa etmekle yükümlü olduğuna bir şüphe yoktur¹¹. Doktrinde eser sözleşmesinde ayıp kavramının tanımı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır¹². Bir görüşe göre; “bir eserde aynı türden bir eserin ortalama vasıfları ile karşılaştırıldığında olmaması gereken vasıfların kural dışı olarak varlığı; olması gereken vasıfların ise yokluğu durumu”¹³, eser sözleşmesinde ayıbın karşılığıdır. Bir başka görüşe göre, bu ve bunun gibi tanımlar, eser sözleşmesinden değil de satış sözleşmesinden hareketle oluşturulduğundan dolayı eleştirilmektedir. Zira eser sözleşmesinde teslim edilen eser, sözleşme akdedildiği esnada meydana getirilmiş bulunmadığından, normal vasıflar bakımından başka bir eserle karşılaştırılması da mümkün değildir¹⁴. Öyle ki eser sözleşmesinde tasavvur edilen eser, ilk defa bu sözleşmeye mahsus olmak üzere meydana getirilmektedir¹⁵. Şenocak’a göre, normal vasıflardan sapma şeklinde tanımlanan ayıp kavramı, eser sözleşmesinde bir işe yaramamaktadır¹⁶. Hatta eser sözleşmesinde meydana getirilmesi borçlanılmış olan eser, belli bir kategoriye dahi ait olsa, işgörme edimleri için yapılacak bir ayıp tanımı, maddi edimlerde olduğu gibi soyut bir tanım değil somut bir tanım olmalıdır. Çünkü sözleşmede kararlaştırılan kategori, yine sözleşmede kararlaştırılan vasıflar doğrultusunda daha alt kategorilere ayrılmaktadır¹⁷. Eserin sözleşme itibarıyla gerekli niteliklere sahip olmaması, eserin ayıplı olduğunu göstermektedir¹⁸. Öyle ki ayıp, teslim edilmiş olan eserde nitelik eksikliğinin bulunması yahut eserin gerek sözleşmeye gerekse dürüstlük kuralına göre olması gerekli durum ile fiilen mevcut bulunan arasındaki

⁸ Aral, 2011: 112.

⁹ Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 774; Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Canbolat, 2009: 65; Eren, 2017a: 634; Öz, 2013: 190; Tiryaki, 2007: 72.

¹⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 400.

¹¹ Aral, 2011: 117; Büyükay, 2013: 90; Kurt, 2012: 85.

¹² Şenocak, 2002: 30, 92.

¹³ Şenocak, 2002: 92.

¹⁴ Gümüş, 2014: 51; Şenocak, 2002: 92.

¹⁵ Şenocak, 2002: 92.

¹⁶ Şenocak, 2002: 92.

¹⁷ Şenocak, 2002: 93.

¹⁸ Büyükay, 2013: 91; Şahiniz, 2014: 101.

farktır¹⁹. Kanaatimizce eser sözleşmesinde ayıp tanımını şu şekilde yapmak yerinde olur: Tamamen başka bir şeyin teslim edilmesi yahut teslimde nicelik bakımından eksiklik bulunması halleri ayırık olmak üzere, meydana getirilmesi ve teslim edilmesi borçlanılmış olan eserin teslim edilmiş halinin sözleşme veya dürüstlük kuralı çerçevesinde tasavvur edilen şey ile nitelik bakımından taşıdığı aykırılıklara, ayıp denir.

1.2.2. Ayıplı İfanın Benzer İfa Engelleri ile Karşılaştırılması

1.2.2.1. Genel Olarak

6098 sy. Türk Borçlar Kanunu’nun ikinci ayırımı, 818 sy. Borçlar Kanunundan farklı olarak “borçların ödenmemesinin sonuçları” yerine “borcun ifa edilmemesinin sonuçları” başlığını taşımaktadır. Bu ifadenin tercih edilmiş olması ile “ödeme” sözcüğünün yalnızca para borçlarında söz konusu olması, 818 sy. Kanundaki başlığın yapma ve yapmama borçlarını karşılamaması sebebiyle yapılan haklı eleştiri²⁰ böylece giderilmiştir. İkinci ayırım altında düzenlenmiş ilk hüküm olan TBK m. 112 uyarınca borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini kanıtlamadıkça, borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zararı gidermek zorundadır. Bu madde, tıpkı mülga 818 sy. Kanun m. 96 gibi²¹, borç ilişkilerinin doğurduğu her çeşit yükümlülüğün ihlal edilmesi halinde uygulama alanı bulan bir genel kuraldır. Ancak borcun ifa edilmemesi yahut edilememesinin çeşitli görünümüne bağlanan hukukî sonuç yalnızca bu genel kuraldan ibaret değildir. Edimi yerine getirmek konusunda borçlunun kabiliyetine bakılmaksızın ifa kavramı ile ilgili sakatlıklar için genel ve kapsayıcı bir kavram olarak, “sözleşmeye aykırılık” yahut “sözleşmenin ihlali” kavramları yerine Rona SEROZAN’ın Türk hukuk terminolojisine kazandırmış olduğu “ifa engelleri”²² kavramı tercih edilmiştir. Bu başlık altında ayıplı ifa ile karıştırılmaması gerekli görülen birtakım ifa engelleri ile ilgili açıklamalar yapılarak ayıplı ifanın ifa engelleri içindeki yeri tespit edilmeye çalışılmıştır.

1.2.2.2. İmkansızlık Bakımından

İmkansızlığın tanımı konusunda doktrinde birden fazla yaklaşım tarzı yer almaktadır. Bir görüşe göre, borcun ifasının imkansız olması, edimin yerine getirilmesine olanak tanımayan mutlak ve devamlı bir engelin söz konusu olmasıdır²³. Bir diğer görüşe göre ifa

¹⁹ Eren, 2017a: 635.

²⁰ Aral, 2011: 67.

²¹ Aral, 2011: 69.

²² Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 130.

²³ Aral, 2011: 69.

edilemeyen ya da ifa edilemez hale gelmiş edimler imkansızdır²⁴. Başka bir görüşe göre, eğer borçlu dahil hiç kimse edimi yerine getiremiyorsa edim imkansızdır²⁵. Bir diğer görüşe göre, imkansızlığın odak noktası edim sonucu olmalıdır ve bu sebeple imkansızlık edim sonucunun objektif ve sürekli şekilde ne borçlu tarafından ne de bir başkası tarafından yerine getirilmesinin mümkün olmaması durumudur²⁶. Diğer bir yaklaşıma göre, eğer edimin içeriği değiştirilerek aliud ifaya dönüşmeden, edimin borçlu tarafından aynen ifa prensibine göre yerine getirilmesi olanaksız ise imkansızlık söz konusu olur²⁷. İmkansızlığın türleri gerek Kanundan gerekse doktrinin getirdiği ölçütlerden kaynaklanmak üzere temel olarak; önceki ve sonraki, objektif ve subjektif, borçlunun sorumlu olmadığı ve borçlunun sorumlu olduğu, geçici ve sürekli, kısmi ve tam imkansızlık olmak üzere beş ana grupta sınıflandırılır²⁸. Bu başlık altında inceleme konusu itibarıyla yalnızca kavramın temel olarak açıklanabilmesi hedeflendiğinden bu türlerden en temel olan önceki/sonraki ve objektif/subjektif imkansızlık ayrımlarına değinilmiştir.

Sözleşmeden kaynaklanan edim yükümlülüğünün doğum anında mevcut bulunan imkansızlık başlangıçtaki imkansızlık olarak adlandırılırken, edim yükümlülüğünün ifasının gerekli olduğu anda mevcudiyet kazanan imkansızlık ise sonraki imkansızlık olarak adlandırılır²⁹. Başlangıçtaki imkansızlıkta niteliğine göre TBK m. 27 vd. veya TBK m. 112 vd. hükümleri, sonraki imkansızlıkta ise yine niteliğine göre TBK m. 112 vd. veya TBK m. 136 hükümleri uygulama alanı bulur³⁰.

Bir edimin ne borçlu ne de bir başkası tarafından ifa edilememesi ve edimin ifasına engel olan durumun sadece borçlu açısından değil herkes açısından söz konusu olması, imkansızlığın “objektif imkansızlık” teşkil ettiğini gösterir³¹. Hiç kimsenin yerine getiremediği edimin varlığı halinde söz konusu olan objektif imkansızlık borçluyu borcundan kurtarır³². Örneğin var olmayan şeylerin mülkiyetinin devri objektif şekilde imkansızdır³³. Objektif imkansızlık aynı zamanda başlangıçtaki imkansızlık hali teşkil etmekteyse TBK m. 27/I uyarınca sözleşme geçersizdir³⁴. Örneğin; sözleşme konusu şeyin sözleşme kurulmadan

²⁴ Dural, 1976: 7.

²⁵ Altunkaya, 2005: 89.

²⁶ Eren, 2017b: 1063.

²⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 163.

²⁸ Altunkaya, 2005: 101.

²⁹ Altunkaya, 2005: 153; Aral, 2011: 69; Arıkan, 2008: 270-271; Dural, 1973: 25; Eren, 2017b: 1064.

³⁰ Aral, 2011: 69; Nomer, 2017: 89.

³¹ Aral, 2011: 70; Arıkan, 2008: 267; Eren, 2017b: 1065; Nomer, 2017: 89; Kurt, 2016: 95.

³² Altunkaya, 2005: 89; Dural, 1976: 110; Oğuzman ve Öz, 2017a: 450.

³³ Aral, 2011: 70.

³⁴ Aral, 2011: 70; Arıkan, 2008: 270; Nomer, 2017: 337.

önce yok olması ya da inşaat sözleşmelerinde sözleşmenin kuruluş aşamasında inşaat ruhsatı alınmasının mümkün olmaması hallerinde sözleşme geçersizdir³⁵. Başlangıçtaki objektif imkansızlık konusunda bir görüş; bundan doğacak hukukî sonucun borcun sorumlu olup olmamasına göre farklılık göstereceğini, zira edimin ifa edilmemesine borçlunun kusurlu bir davranışı sebebiyet vermişse ortada TBK m. 112 uyarınca giderilmesi gerekli bir müsbet zarar bulunduğunu belirtmektedir³⁶. Buna karşılık diğer bir görüş; başlangıçtaki objektif imkansızlık halinde ortada geçersiz bir sözleşme bulunduğu için, geçersiz bir sözleşme borç doğurmadığından söz konusu imkansızlığın ifa imkansızlığı teşkil etmediğini ileri sürmektedir³⁷.

Subjektif imkansızlık ise, borçlunun bizzat kendisine isnat edilebilen sebeplerden kaynaklı olmak üzere edimin ifa edilememesidir³⁸. Subjektif imkansızlıkta edim herkes için değil, yalnızca borçlu için imkansızdır³⁹. Başlangıçtaki subjektif imkansızlık, başlangıçtaki objektif imkansızlığın aksine sözleşmenin geçersizliği hali değil, borcun ifa edilmemesi hali teşkil eder⁴⁰. Zira borçlunun ifa kabiliyetine ilişkin subjektif imkansızlık, borçluyu borcundan kurtarmaz ve fakat borçlunun temerrüdüne sebebiyet verir⁴¹. Sonraki subjektif imkansızlıkta ise borçlunun imkansızlığın doğmasından sorumlu tutulması halinde TBK m. 112, sorumlu tutulamaması halinde ise borcun sona erme hallerinden olan TBK m. 136 uygulama alanı bulur⁴².

Kötü ifanın özel bir türü olan ayıplı ifa ile imkansızlık birbirinden farklıdır⁴³. Örneğin bir otomobil yanmışsa, yanan otomobilden geriye kalan ancak bir demir yığını ise ifa imkansızlığı, borcun konusunda meydana gelen kötüleşme bu şekilde başka bir şeye dönüşme derecesine ulaşmıyorsa ayıplı ifa söz konusu olur⁴⁴. İmkansızlık halinde yerine getirilebilen bir edim söz konusu olmadığı halde, kötü ifada gerekli nitelikleri taşımasa da bir ifa ya da ifa girişimi mevcuttur⁴⁵. Bu sebeple kötü ifa yapma edimlerinde borçlunun beklenen özeni

³⁵ Nomer, 2017: 89.

³⁶ Aral, 2011: 70.

³⁷ Nomer, 2017: 338.

³⁸ Altunkaya, 2005: 116; Aral, 2011: 71; Eren, 2017b: 1065.

³⁹ Aral, 2011: 71; Nomer, 2017: 338.

⁴⁰ Aral, 2011: 71; Dural, 1973: 36.

⁴¹ Altunkaya, 2005: 89; Dural, 1973: 36.

⁴² Aral, 2011: 71-72; Oğuzman ve Öz, 2017a: 443.

⁴³ Altunkaya, 2005: 149.

⁴⁴ Kurt, 2016: 98.

⁴⁵ Altunkaya, 2005: 149; Kurt, 2016: 49.

göstermemesi şeklinde ortaya çıkarken yapmama edimlerinin ihlalinde kötü ifadan bahsedilmez⁴⁶.

Ayıplı ifa halinde uygulama alanı bulan hükmün TBK m. 27 olmadığı ve fakat ayıptan sorumluluk hükümleri olduğu belirtilmektedir⁴⁷. Eğer eserin tamamlanması mümkünse ancak ayıpsız bir şekilde tamamlanması imkansız ise, bu durumda imkansızlık hükümleri değil yalnızca ayıptan sorumluluk hükümleri uygulanmalıdır⁴⁸.

1.2.2.3. Borçlunun Temerrüdü Bakımından

Eser sözleşmesinde yüklenicinin temerrüdü ile ayıplı ifadan sorumlu tutulması birbirinden farklı hükümlerin uygulama alanlarını teşkil eder. Temerrüt hükümlerinin işletilmesi, eseri teslim borcunun yüklenici tarafından yerine getirilmediği hallerde söz konusu olur⁴⁹. Halbuki ayıplı ifanın gerçekleşme şartlarından belki de en önemlisi, ileride ayrıntılı olarak incelendiği üzere⁵⁰, eserin tesliminin gerçekleşmiş olmasıdır. Temerrüt hükümlerinin işletilebilmesi ancak iş sahibinin ayıp sebebiyle TBK m. 475'te yer alan seçimlik hakkını kullandıktan sonra yüklenicinin bu hakkın yerine getirmemesi halinde söz konusu olabilir⁵¹.

1.2.2.4. Eksik İfa Bakımından

Ayıplı ifa eksik ifadan farklıdır⁵². Yargıtay da iki kavramın birbirinden farklı olduğuna dair bu ifadeyi bazı Hukuk Genel Kurulu kararlarında kullansa da, aynı ifadede eksik ifa tanımı yaptıktan sonra ayrıca bir eksik iş tanımı da yaparak, hiç yapılmayan ifayı eksik iş, bir kısmı yapılmayan ifayı eksik ifa olarak ayırıp bunlara hukukî sonuç bağlamaya çalışmakta ve aslında, tam olarak yapılmayan iş de eksik ifa olduğu halde, kavram kargaşasına sebebiyet vermektedir⁵³.

Genel bir tanım yapmak gerekirse eksik ifa veya eksik iş, eserin meydana getirilmesi adına yapılması gerekli olan bir işin yapılmamış olması halidir⁵⁴. Nitelik eksikliği genel olarak ayıba karşılık geldiği halde; parça, miktar veya kısımların tam olarak mevcut

⁴⁶ Altunkaya, 2005: 149; Aral, 2011: 100; Kurt, 2016: 51

⁴⁷ Altunkaya, 2005: 150.

⁴⁸ Buz, 1994: 25.

⁴⁹ Kurt, 2012: 85-86; Şahin, 2012: 140.

⁵⁰ bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları.

⁵¹ (TBK m. 117/II'nin kıyasen uygulaması hakkında bk.) İkinci Bölüm, İş sahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te yer alan hakları, Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı.

⁵² Gümüüş, 2014: 29; Kurt, 2012: 72; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

⁵³ Akıncı, 2017b: 1400.

⁵⁴ Erman, 2010: 201; Kurt, 2012: 72.

bulunmaması eksik ifanın varlığını göstermektedir⁵⁵. Örneğin yüklenici binanın çatısını kapatmamışsa ya da kapı ve pencerelerini takmamışsa eksik ifanın varlığından söz edilebilir⁵⁶. Daha ayrıntılı şekilde ifade etmek gerekirse; borcun konusu bir şeyin teslimi ise teslimin eksik yapılması, yapma borcu söz konusu ise yapmanın tamamlanmaması ve eksik bırakılması, ifanın eksik olduğunu gösterir⁵⁷. Örneğin bir evin inşasında kapıların takılmış olmaması eksik ifa teşkil ederken; kapıların takılmış olup da bunların gerek boyalarının bozuk olması gerek köşelerinin kırık olması ayıplı ifa teşkil etmektedir⁵⁸. Hiç boyanmamış duvar eksik ifa teşkil etmekteyken, astarsız boyanmış duvar ayıplı ifa teşkil etmektedir⁵⁹. Eksik ifada alacaklı edim konusu şeyden amacına uygun şekilde hiç yararlanmadığı halde, ayıplı ifada bu yararlanmanın kalitesinde ve edimin değerinde bir azalma meydana gelmektedir⁶⁰.

Eksik ifa ile ayıplı ifanın ayrımını yapmak bazı hallerde son derece güçtür⁶¹. Örneğin, yüzölçümünün eksik olması bir görüşe göre ayıplı ifa iken⁶² Yargıtay'a göre eksik ifadır⁶³. Eksik ifa ile ayıplı ifa ayrımı yapılması doktrinde eleştirilmektedir. Ayrım yapılmamasını savunan görüşe göre edim sonucunu yerine getirmekle yükümlü olan yüklenicinin edim sonucu gerçekleştirilinceye değin yapılan işler bakımından bu işleri halihazırda yapmış olması yahut gereği gibi değil kötü şekilde yapmış olması bir önem arz etmemektedir⁶⁴.

Eksik ifada eserin tamamlanmış halde teslimi gerçekleşmemektedir. İleride ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere⁶⁵, ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanı bulabilmesi için en öncelikli koşul ayıplı da olsa eserin tamamlanarak tesliminin gerçekleşmesi

⁵⁵ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

⁵⁶ Kurt, 2012: 72.

⁵⁷ Akıncı, 2017b: 1399.

⁵⁸ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

⁵⁹ Gümüş, 2014: 29.

⁶⁰ Öz, 2013: 193.

⁶¹ Gümüş, 2014: 29; Şahiniz, 2014: 40.

⁶² Gümüş, 2014: 29; Şahiniz, 2014: 54; Şenocak, 2002: 94.

⁶³ Akıncı, 2017b: 1402; Gümüş, 2014: 29; YHGK. T. 9.12.1992 E. 1992/15-649 K. 1992/732, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): "...Dosya kapsamına göre davacı Ş.'nin dükkanının 75.62 m2. yapılması gerekirken 17.62 m2.'lik bir noksanla teslim edildiği... ..dükkanın küçük yapılması eksik işe girdiğinden... .. 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 sayılmıyacağı görüşü benimsenmiştir... ..Anlatılan nedenlerle, inşaatlarda mesaha noksanlığının eksik iş olduğunun, yüklenicinin edimini tam olarak yerine getirmediğinin, davacıya teslim edilen bağımsız bölümde mekan küçüklüğünden ötürü borcun kısmen ifa edildiğinin kabul edilmesi gerekir...".

⁶⁴ Şenocak, 2002: 90.

⁶⁵ bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları, Maddi Koşulları, Eserin Teslim Edilmiş Olması.

olduğundan, eksik ifa halinde ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulamaz⁶⁶. Eksik ifa halinde uygulanması gerekli hükümler borca aykırılık konusunda genel hüküm olan TBK m. 112 vd. hükümleridir⁶⁷. Aksine görüş ise eksik ifa halinde eserin teslim alınabileceğini ve bu durumda ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanabileceğini savunmaktadır⁶⁸. Biz eksik ifa edilmiş eserin teslimi halinde dahi genel borca aykırılık hükümlerinin uygulanacağını savunan görüşe⁶⁹ katılmaktayız. Zira eksik ifa ile ayıplı ifaya farklı hükümler uygulanmasını kabul etmeyen ve birtakım hallerde eksik ifayı ayıplı ifa ile özdeş kılan Kanuni düzenlemeler Türk hukuku değil Alman hukuku kaynaklıdır⁷⁰.

Şunu açıklığa kavuşturmak gerekir ki, yapmama borçlarının ihlalini nitelik bakımından eksik ifa olarak değerlendirmek doğru olmaz. Zira yapmama borçları en ufak bir borca aykırılık halinde ya gereği gibi ifa etmeme ya da hiç ifa etmeme hali teşkil eder⁷¹. Son olarak, ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanabilmek için iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmesi gerektiği halde, eksik veya kötü ifada bu külfetler bulunmamaktadır ve bu konuda ihtirazi kayıt ileri sürmeye de gerek yoktur⁷².

1.2.2.5. Aliud İfa Bakımından

Yüklenici, ifasını üstlenmiş olduğu eser yerine tamamen farklı bir eseri meydana getirir ve bu eseri iş sahibine teslim ederse, ayıplı ifa değil yanlış ifada (aliud) bulunmuş olur⁷³. Örneğin, yüklenici mevcut bir binayı yıkıp yerine yenisini yapmayı taahhüt etmişse, buna rağmen mevcut binayı yıkmaksızın onararak iş sahibine teslim ederse⁷⁴; yahut ekmek yapmayı üstlenmesine rağmen pasta yapıp teslim ederse yanlış ifada bulunmuş olur. Ayıplı ifa, edimin nasıl ifa edildiğine ve yan edim yükümlülüklerine ilişkin bir sorun ortaya çıkarmaktayken, aliud ifa edimin ifa edilip edilmediğine ve asli edim yükümlülüklerine ilişkin bir sorun ortaya çıkarmaktadır⁷⁵.

Aliud ifa ile ayıplı ifayı da kapsayan kötü ifayı birbirinden ayırmak gereklidir⁷⁶. Edime uygun ifa kuralına göre taahhüt edilen edimden başka bir edim ifa edilemez⁷⁷. Ayıplı

⁶⁶ Erman, 2010: 199; Gümüş, 2014: 29.

⁶⁷ İpek, 2016: 286.

⁶⁸ Şenocak, 2002: 106.

⁶⁹ Şahin, 2008: 81.

⁷⁰ İpek, 2016: 286.

⁷¹ Akıncı, 2017b: 1399.

⁷² Akıncı, 2017b: 1404.

⁷³ Canbolat, 2009: 73; Eren, 2017a: 63; Gümüş, 2014: 55; İpek, 2016: 273; Şenocak, 2002: 105; Yakuppur, 2009: 54.

⁷⁴ Gümüş, 2014: 55.

⁷⁵ İpek, 2016: 273-274.

⁷⁶ Altunkaya, 2005: 149.

ifa halinde edimin niteliğinden bir sapma gerçekleşse bile yine de bir ifa mevcuttur⁷⁸. Aliud ifa ise hiç ifa etmemenin bir türü olup aliud ifade hiç ifa yoktur ve bu sebeple ayıplı ifa halinde uygulanacak hükümler ile aliud ifa halinde uygulanacak hükümler arasında fark bulunmaktadır⁷⁹. Yanlış ifade ayıptan sorumluluk hükümleri değil, TBK m. 112 vd. hükümleri uygulanır⁸⁰. Ayıplı ifaya uygulanan kısa zamanaşımı süresi ile gözden geçirme ve bildirim yükümlülükleri aliud ifaya uygulanmaz⁸¹. Yanlış ifade bulunan borçluya karşı alacaklı, borçlu sanki hiç ifade bulunmamış gibi, ya temerrüt ya da imkansızlık hükümlerine başvurabilir⁸². Sonuç olarak, teslim edilen eserin ayıplı bir eser mi yoksa aliud teşkil eder şekilde taahhüt edilenden tamamıyla farklı bir eser mi olduğunun belirlenmesinde hakimin takdir yetkisi büyük rol oynamaktadır ve hakim takdir yetkisini kullanırken yüklenicinin mensubu olduğu iş çevresinde bu konuda kabul gören görüşü dikkate almalıdır⁸³.

1.2.2.6. Aşırı İfa Güçlüğü Bakımından

Aşırı ifa güçlüğü konusunda genel düzenleme TBK m. 138'dir. Bunun eser sözleşmesi açısından özel bir görünümü ise götürü bedel belirlenmesi halinde şartların yüklenici aleyhine değişmesi hususunu düzenleyen TBK m. 480/II'dir. Buna karşılık mülga Kanunda aşırı ifa güçlüğü konusunda genel bir düzenleme bulunmamakta, yalnızca istisna sözleşmesine özgü olan ve TBK m. 480/II'ye karşılık gelen m. 365/II yer almaktaydı⁸⁴.

Aşırı ifa güçlüğü, özellikle sürekli borç ilişkilerinde ve yerine getirilmesi zaman alan sözleşmelerde, taraflardan biri için kendisinden sözleşmeyi yerine getirmesinin beklenilmesini dürüstlük kuralına aykırı kılan ve önceden öngörülmesi olanaksız şekilde sözleşme şartlarının değişmesidir⁸⁵. Başka bir deyişle borcun ifası her ne kadar imkansız hale gelmemiş olsa da borçlunun sorumlu tutulamadığı bir sebeple aşırı güçleşmiştir⁸⁶. Aşırı ifa güçlüğü halinde ya sözleşmenin feshi ya da güncel koşullara uyarlanması söz konusu olur⁸⁷.

⁷⁷ Akıncı, 2017a: 113; Eren, 2017b: 940; İpek, 2016: 273; Kılıçoğlu, 2017: 748; Nomer, 2017: 295; Oğuzman ve Öz, 2017a: 273; Tekinay vd, 1993: 761.

⁷⁸ İpek, 2016: 271; Şahin, 2012: 213.

⁷⁹ Canbolat, 2009: 73; İpek, 2016: 272; Şenocak, 2002: 105.

⁸⁰ Canbolat, 2009: 73; Edis, 1963: 11; Eren, 2017b: 942; Eren, 2017a: 103; Gümüş, 2014: 55; İpek, 2016: 272; Şenocak, 2002: 105; Tandoğan, 2010a: 166; Yavuz vd., 2014: 206.

⁸¹ İpek, 2016: 272; Şenocak, 2002: 105; Yavuz vd., 2014: 206.

⁸² İpek, 2016: 272; Yavuz vd., 2014: 90.

⁸³ Kurt, 2016: 98; Şenocak, 2002: 106; Tandoğan, 2010a: 166.

⁸⁴ Akıncı, 2017a: 356; Dural, 1976: 49; Oğuzman ve Öz, 2017a: 565; Tandoğan, 2010a: 239 vd..

⁸⁵ Akıncı, 2017a: 113; Nomer, 2017: 354.

⁸⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 565.

⁸⁷ Akıncı, 2017a: 113; Eren, 2017b: 508; Nomer, 2017: 356.

Ayıplı ifa aşırı ifa güçlüğünden farklı olarak eserin tamamlanması ve teslim edilmesi durumunda söz konusu olur. Aşırı ifa güçlüğü ise ifanın tamamlanabilmesine ilişkin bir sorundur. İki kavramın gerek düzenlendiği hükümler gerekse uygulama alanları birbirinden farklıdır.

1.2.2.7. Sözleşmenin Müsbet İhlali Bakımından

Sözleşmenin müsbet ihlali, Alman hukuku kaynaklı olup söz konusu hukuk düzenine özgü olan sorunları çözümlmek adına uygulama ve doktrin tarafından geliştirilmiş bir kavramdır⁸⁸. Alman hukukundaki bu eğilim temerrüt ve imkansızlık halleri ayırık olmak üzere borca aykırılığın her türünü sözleşmenin müsbet ihlali kavramı içine almaktadır⁸⁹. Alman hukukunda ilk Hermann Staub'un ortaya attığı bu görüşe göre temerrüt ve imkansızlık sözleşmenin menfi ihlalini (yapılması gerekeni yapmamayı), diğer borca aykırılıklar ise sözleşmenin müsbet ihlalini (yapılmaması gerekeni yapmayı) teşkil eder⁹⁰. Ancak bu görüş, temerrüt ve imkansızlık dışında kalan yan edim yükümlülüklerine aykırılık hallerinin yalnızca yapma suretiyle değil yapmama suretiyle de gerçekleştirilebileceği ihtimali göz önünde bulundurularak eleştirilmektedir⁹¹.

Türk hukukunda ise bu kavrama yer olup olmadığı konusunda çeşitli görüşler mevcuttur. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, yukarıda anılan bağlamda akdin müsbet ihlali kavramını kullanmanın uygun olduğunu, müsbet ihlalin yapma ve yapmama hallerini kapsadığını ve bu bağlamda yapılan eleştirilerin önemsiz olduğunu, bu kavramın Alman hukuku gibi İsviçre hukukuna da sinmiş olduğunu ve bu kavrama karşı çıkmanın ancak terminolojiye dayalı bir düşünce olduğunu ileri sürmektedir⁹². Oğuzman/Öz, sözleşmenin ihlalinin menfi ya da müsbet şeklinde ayrılmasını eleştirerek “müsbet ihlal” kavramının kullanılmasının gereği gibi ifa etmemenin her halini kapsamadığından bahisle bu kavram yerine tercih edilmesi gereken kavramın “kötü ifa” ya da “gereği gibi ifa etmeme” olması gerektiği görüşündedir⁹³. Serozan, sözleşmenin müsbet ihlali kavramının esas itibarıyla edim yükümlülüklerinden bağımsız olan davranış yükümleri alanında yer bulduğunu, zira “davranış yükümleri”nin “sözleşmenin müsbet ihlali” kavramıyla birlikte hem “üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme”, hem de “culpa in contrahendo” kavramlarını kapsayan bir üst kavram olduğunu belirtip, sözleşmenin müsbet ihlali kavramının TBK m. 112 kapsamında sayılmaması

⁸⁸ Aral, 2011: 76.

⁸⁹ Aral, 2011: 77; Tekinay vd, 1993: 973.

⁹⁰ Tekinay vd, 1993: 974.

⁹¹ Serozan, 2007: 282.

⁹² Tekinay vd, 1993: 974.

⁹³ Oğuzman ve Öz, 2017a: 474.

gerektiğini savunsa da buna farklı bir gerekçe göstermektedir⁹⁴. Aral, eleştirilmesine rağmen “sözleşmenin müsbet ihlali” kavramının, imkansızlık ve temerrüt dışındaki sözleşme ihlali hallerinin üst kavramı olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu bağlamda “gereği gibi ifa etmeme” kavramı yerine tercih edilmesinin isabetli olduğunu belirtmektedir⁹⁵.

Kanımızca, ayıplı ifayı da kapsayan gereği gibi ifa etmeme yahut kötü ifa olarak adlandırılabilen halleri kapsayan “sözleşmenin müsbet ihlali” kavramını üst kavram olarak kabul etmek, bu isimlendirmeye yüklenen anlama ilişkin bir sorundur. Eğer imkansızlık ve temerrüt kavramı dışındaki her ifa engelini sözleşmenin müsbet ihlali kavramı olarak isimlendirmekteki amaç, örneğin hukukumuzda ayrıntılı halde düzenlenmiş olan ayıptan sorumluluk hükümleri yerine TBK m. 112 hükmünün uygulanmasına imkan sağlamak ise, bu lex specialis derogat lex generali ilkesine aykırılık teşkil edeceğinden yasanın ihlali anlamına gelir. Zira bu gerekçe ile eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle TBK m. 112 hükmünün yarışmasını dahi kabul etmemekteyiz. Bu bağlamda her ifa engeline aynı hukukî sonucu bağlamak ancak ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan özel sözleşmeye aykırılık hükümlerinin ilga edilmesi ve tüm sözleşmeye aykırılık hallerinin yalnızca genel kurallar ile yeknesak biçimde düzenlenmesi halinde mümkün olabilir. Dolayısıyla mevcut düzenlemeler itibarıyla “sözleşmenin müsbet ihlali” kavramının bir isimlendirme tercihindan öteye gitmesinin kabul edilmesi kanımızca mümkün değildir.

1.3. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıp Çeşitleri

1.3.1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp – Kasten Gizlenmiş Ayıp

TBK m. 477/I, “usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için” yükleniciyi sorumlu tutmuştur. Dolayısıyla, eserin teslimi esnasında alelade (Kanuni ifadeyle “usulüne göre”) bir gözden geçirmeyle (mülga 818 sy. Kanun ifadesiyle “muayene”) belirlenme imkanı olmayan, eser kullanıldıktan veya aradan zaman geçtikten sonra gün yüzüne çıkan ayıp gizli ayıp olarak anılmaktadır⁹⁶. Alelade gözden geçirmeden kasıt, iş sahibinin ilgili konuda uzman olmasını gerektirmeyip, ortalama düzeyde makul bir iş sahibinin göstermesi gereken dikkat ve özeni sergilemesi ile gerçekleştireceği gözden geçirmedir⁹⁷. Eserin teslimi esnasında ilk bakışta ya da gözden geçirme ile ortaya çıkarılabilen

⁹⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 249.

⁹⁵ Aral, 2011: 105.

⁹⁶ Büyükkay, 2013: 99; Canbolat, 2009: 77; Eren, 2017a: 645; Erman, 2010: 125; Kostakoğlu, 2006: 572; Şahin, 2014: 107; Şenocak, 2002: 104; Uçar, 2003: 130; Yavuz vd., 2014: 1026; Yakuppur, 2009: 55.

⁹⁷ Eren, 2017a: 645.

ayıba ise açık ayıp denmektedir⁹⁸. Yargıtay da yakın tarihli bir kararında gizli ayıp – açık ayıp ayrımını bu şekilde yapmaktadır⁹⁹.

Kanuni ifade her ne kadar gizli ayıpları göz önünde bulundurmuş olsa da, TBK m. 477, açık ayıplardan yüklenicinin sorumlu olmayacağına ilişkin bir ifade içermemektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yüklenici, açık ayıplardan (ayıptan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş olmak kaydıyla) da sorumlu tutulabilmelidir.

Türk Borçlar Kanunu m. 477/I'deki “gözden geçirme” ifadesinin, “muayene” anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁰⁰. Mülga 818 sy. Kanunun m. 362'de yer alan ifadenin “muayene” sözcüğünü içermiş olması bu görüşü destekler niteliktedir.

Gizli ayıp haricinde, yüklenici tarafından kasten gizlenmiş bir ayıbın söz konusu olması hususu TBK m. 477/I'de öngörülmüştür. Kasten gizlenmiş ayıpta yüklenici; ayıbın meydana gelmesine bizzat kendi fiiliyle sebebiyet vermiş olabileceği gibi, kendi fiili dışında herhangi bir sebepten dolayı meydana geldiğini bilmekte olduğu bir ayıbı, aldatıcı sözlerle yahut gizlemeye yönelik zımni fiilleriyle işsahibinden ayıbın varlığını saklamaktadır¹⁰¹. Buna karşılık işsahibinin yükleniciyi kasten gizlenmiş olduğu ayıptan sorumlu tutabilmesi için yüklenicinin kastıyla gizlemiş olduğu ayıbı bilmesine rağmen eseri teslim almamış olması gerekmektedir. Çünkü bu halde eseri kabul etmiş sayılır¹⁰². Başka bir deyişle, kasten gizlenmiş bir ayıbın varlığından söz edebilmek için, “ayıbın eserin teslimi anında işsahibince bilinmemesi ve yüklenicinin ayıbı gizlemekte kötüniyetli olması”¹⁰³ gerekmektedir.

Kanımızca, TBK m. 477/I'deki “kastem gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar” ifadesindeki “ve” bağlacının “veya” anlamına mı geldiği, yoksa “hem bu hem şu” anlamına mı geldiği konusu lafzi yorum bakımından tartışmaya açıktır. Şayet burada kullanılan “ve” bağlacının “hem bu hem şu” anlamına geldiği kabul edilirse yüklenici, yalnızca “kastem gizlediği gizli ayıplardan” sorumlu tutulacak, “kastem gizlemediği gizli ayıplardan” sorumlu tutulamayacaktır. TBK m. 477'nin gerekçesinde, yukarıda andığımız ifadenin mülga 818 sy. BK m. 362/I'in 2. cümlesindeki “müteahhidin kastem sakladığı usulü veçhile muayenesinde müşahede edilemeyecek olan

⁹⁸ Büyükkay, 2013: 98; Canbolat, 2009: 76; Erman, 2010: 125; Gümüş, 2014: 54; Kostakoğlu, 2006: 568; Şahin, 2014: 106; Şenocak, 2002: 104; Uçar, 2003: 130; Yavuz vd., 2014: 1026; Yakuppur, 2009: 55.

⁹⁹ Y. 3. HD. T. 6.7.2017 E. 2016/822 K. 2017/11251, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 06.12.2017), “...Davada açık ayıp ve gizli ayıp kavramlarına uygun ayırım yapılmak suretiyle inceleme yapılması gerekir. Açık ayıp, eserde dikkatli bir inceleme sonunda görülebilen ve anlaşılabilen bozuklukları, gizli ayıp ise dikkatli bir inceleme ile ortaya çıkmayan ve sonradan kullanılmakla ortaya çıkan ayıpları ifade eder...”.

¹⁰⁰ Gümüş, 2014: 54.

¹⁰¹ Eren, 2017a: 646.

¹⁰² Eren, 2017a: 646.

¹⁰³ Gümüş, 2014: 55.

kusurlar” ifadesine karşılık geldiği açıkça belirtilmiştir. Öyle ki, mülga Kanun ifadesi, “kasten saklanan” ve “usulüne uygun” ifadeleri arasında hiçbir bağlaca yer vermeyerek, lafzi yorum hakkındaki tartışmamızı daha da derinleştirmektedir. Buna karşın, mehaz Kanun, açık biçimde “veya” anlamına gelen “oder” bağlacını kullanmıştır¹⁰⁴. Öz, burada yanlış çeviri yapıldığını ifade etmektedir¹⁰⁵. Sonuç olarak kanımızca, birden fazla anlama gelebilen noktalama, bağlaç kullanımı gibi dil ve anlam bilgisi zayıflıklarının, özellikle, kodifiye edilmiş temel metinlerden çıkarılması ve yerlerine tam olarak kastedilen anlamı temsil eder şekilde ifadeler getirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, TBK m. 477/I'deki ifadede yer verilen “ve” bağlacı mehaz Kanuna uygun olarak “veya” bağlacı ile değiştirilmelidir.

1.3.2. Önemli Ayıp – Daha Az Önemli Ayıp

Eseri, işsahibince kullanılamaz kılan yahut hakkaniyet kuralları bağlamında işsahibinin eseri kabule zorlanamamasına sebebiyet veren ayıba önemli ayıp (bazı yazarlarca tam önemli ayıp¹⁰⁶) denmektedir¹⁰⁷. Daha az önemli ayıp ise eseri kullanılmaz kılmayan veya hakkaniyet kuralları bağlamında eserin kabulünü beklenilemez hale getirmeyen ayıptır¹⁰⁸.

Satış sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmesinde, eserdeki ayıbın önemli değil de daha az önemli olması, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır¹⁰⁹. Bunun tek istisnası hakkın kötüye kullanılması yasağıdır¹¹⁰. Bununla birlikte, eser sözleşmesinde, ancak önemli ayıplarda işsahibine dönme hakkı tanınmaktadır¹¹¹. Daha az önemli ayıpların söz konusu olması halinde ise dönme hakkı söz konusu olmayacağından; işsahibi, bedelden indirim ya da eserin ücretsiz onarılması haklarından birini tercih etmek durumunda kalmaktadır¹¹².

Eser sözleşmesindeki ayıp kavramı, satış sözleşmesindeki ayıp kavramından farklı olup, “sözleşme uyarınca olması gerekli vasıflardan sapma” şeklinde tanımlandığından ve dolayısıyla eser sözleşmesinde esaslı olmayan ayıplar sorumluluk doğurmadığından, ayıbın esaslı olup olmamasına göre bir ayırım yapılmasını gereksiz kılmaktadır¹¹³. Bununla birlikte,

¹⁰⁴ Öz, 2013: 203 (818 s. kanun m. 362/I'in Art. 270 OR'e karşılık geldiği. Art. 270 OR: “...die bei der Abnahme und ordnungsmässigen Prüfung nicht erkennbar waren oder vom Unternehmer absichtlich verschwiegen wurden.”).

¹⁰⁵ Öz, 2013: 203.

¹⁰⁶ Büyükcay, 2013: 99; Erman, 2010: 126; Şenocak, 2002: 104; Tandoğan, 2010a: 167.

¹⁰⁷ Gümüş, 2014: 53; Şahiniz, 2014: 108; Şenocak, 2002: 104; Uçar, 2003: 131; Yavuz vd., 2014: 1027.

¹⁰⁸ Erman, 2010: 126; Gümüş, 2014: 53; Şahiniz, 2014: 108.

¹⁰⁹ Erman, 2010: 126; Şenocak, 2002: 104; Tandoğan, 2010a: 167; Yavuz vd., 2014: 1027.

¹¹⁰ Yavuz vd., 2014: 1027.

¹¹¹ Gümüş, 2014: 53; Şenocak, 2002: 105; Turanboy, 1990: 162; Uçar, 2003: 131.

¹¹² Büyükcay, 2013: 99; Gümüş, 2014: 53; Şenocak, 2002: 104; Uçar, 2003: 131.

¹¹³ Gümüş, 2014: 53.

ister önemli ister daha az önemli olsun, eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin işletilebilmesine olanak veren her türlü ayıp esaslı ayıptır¹¹⁴.

1.3.3. Maddi Ayıp – Hukukî Ayıp

Ayıbın niteliğine göre yapılan tasnif, ayıbı maddi ve hukukî ayıp olmak üzere iki türe ayırmaktadır¹¹⁵. Eserde bulunması gereken fiziki, teknik yahut kimyevi niteliklerin yokluğu haline maddi ayıp denmektedir¹¹⁶. Başka bir deyişle maddi ayıp, eserde mevcut bulunan fiziki bozukluktur¹¹⁷. Eserin mevcut bulunması gereken nitelikleri; sözleşme ile kararlaştırılmış olabileceği gibi, güven ilkesine göre mevcut bulunması gereken nitelikler de söz konusu olabilmektedir¹¹⁸. Maddi ayıba örnek olarak; inşa edilen yapının duvarlarında çatlak bulunması veya dikilen giysinin paçasının kısa olması¹¹⁹ verilebilmektedir. Genel olarak sözleşme konusu eserin; yırtık, kırık, bozuk veya lekeli olması da maddi ayıp hallerine örnektir¹²⁰.

İnceleme konumuz dışında kalmakla birlikte, hukukî ayıpla zapt kavramları birbirinden farklıdır¹²¹; zira, eser sözleşmesinde müteahhidin bir başkasının malzemesini kullanarak eser oluşturması halinde, hakta ayıptan (zapttan) söz edilir ve satış sözleşmesinin zapta karşı tekeffül hükümleri kıyasen uygulanır¹²².

Hukuk düzeninin öngördüğü kurallar itibarıyla işsahibinin eser üzerindeki kullanma, yararlanma ve tasarruf yetkilerini kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir durumun varlığı halinde hukukî ayıp söz konusu olur¹²³. Hukukî ayıbın özel hukuk ya da kamu hukuku kaynaklı olması ayıbın “hukukî ayıp” olarak kabul görmesinde bir farklılık yaratmamaktadır¹²⁴. Yargıtay bazı kararlarında hukukî ayıbı, bu tanım her ne kadar eser sözleşmesine özgü bir tanım olmasa da, “bir malın kullanımının hukuken sınırlandırılması” olarak tanımlamaktadır¹²⁵. Örneğin, yüklenicinin oturma izni almayı taahhüt ettiği ve oturma izni

¹¹⁴ Gümüş, 2014: 53.

¹¹⁵ Şenocak, 2002: 103.

¹¹⁶ Edis, 1963: 13; Gümüş, 2014: 52; Şahiniz, 2014: 105; Şenocak, 2002: 103.

¹¹⁷ Büyükkay, 2013: 96; Canbolat, 2009: 74; Edis, 1963: 13; Şenocak, 2002: 103.

¹¹⁸ Gümüş, 2014: 52.

¹¹⁹ Gümüş, 2014: 52.

¹²⁰ Canbolat, 2009: 37.

¹²¹ Edis, 1963: 14.

¹²² Şenocak, 2002: 104.

¹²³ Büyükkay, 2013: 97; Canbolat, 2009: 74; Edis, 1963: 14; Gümüş, 2014: 53; Şahiniz, 2014: 105; Şenocak, 2002: 103; Tandoğan, 2010a: 167; Yakuppur, 2009: 55.

¹²⁴ Canbolat, 2009: 42; Edis, 1963: 15.

¹²⁵ Akıncı, 2017b: 1400.

almaksızın yapı eserini teslim ettiği takdirde bir hukukî ayıp (aksine görüş mevcuttur¹²⁶) meydana gelmiş olur¹²⁷. Ancak; tıpkı imar planında sonradan bir değişiklik yapılması sebebiyle yüklenicinin edimini yerine getirememesinde olduğu gibi kimi hallerde hukukî ayıptan ziyade hukukî imkansızlık söz konusu olur¹²⁸. Örneğin, mülkiyetinin devredilmesi taahhüt edilmiş olan bir taşınmaz, sonradan uygulanan imar planıyla kamu malı haline getirilmişse durum böyledir¹²⁹. Belli bir ülkenin ithal koşuluna sözleşmeye aykırı olarak uymayan veya yabancı bir patenti ihlal eden bir makine, hukukî ayıplı sayılacaktır¹³⁰.

1.3.4. Asli (Birincil) Ayıp – Fer’i (İkincil / Tali) Ayıp

Eserin teslimi esnasında mevcut bulunan ayıba asli (birincil) ayıp denmektedir¹³¹. Bir başka deyişle, gözden geçirme esnasında mevcut bulunan ve “kaynak” vasfı arz eden öncelikli ayıba, asli ayıp denmektedir¹³².

Asli ayıbın etkisi ile daha sonra meydana gelen ayıba ise fer’i (ikincil) ayıp denmektedir¹³³. Tıpkı beton eksikliğinin asli ayıp, bu ayıp vesilesiyle sonradan duvarlarda oluşan çatlakların fer’i ayıp teşkil ettiği örnekte olduğu gibi¹³⁴, fer’i ayıp gizli ayıbın daha özel bir çeşidini teşkil etmektedir¹³⁵.

Bir görüşe göre, fer’i ayıbın bulunması halinde işsahibi, asli ayıp ile fer’i ayıp arasındaki bağlantıya bakılmaksızın yalnızca fer’i ayıplar için yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidebilir¹³⁶. Biz bu görüşe bir nokta açısından katılmamaktayız: Eğer ki işsahibinin, asli ayıp hakkında gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğünü yerine getirirken, asli ayıbın ileride meydana getirebileceği fer’i ayıpları öngörebilmesi kendisinden beklenebiliyor ve işsahibi asli ayıplı eseri kabul etmiş ise, fer’i ayıplar hakkında yüklenicinin sorumluluğuna gidilememelidir.

¹²⁶ Yüklenicinin oturma izni almaya üstlenip de bu borcunu yerine getirmediği hallerin ayıplı ifa değil eksik ifa teşkil ettiğini savunan görüş için bk. Kurt, 2012: 74.

¹²⁷ Şenocak, 2002: 103.

¹²⁸ Altunkaya, 2005: 97; Yavuz, 1989: 62.

¹²⁹ Nomer, 2017: 338.

¹³⁰ Tandoğan, 2010a: 167.

¹³¹ Büyükkay, 2013: 100; Erman, 2010: 126; Şahin, 2014: 108; Tandoğan, 2010a: 167; Uçar, 2003: 134; Yavuz vd., 2014: 1027; Yakuppur, 2009: 55.

¹³² Gümüş, 2014: 55.

¹³³ Şahin, 2014: 108; Tandoğan, 2010a: 167; Uçar, 2003: 134; Yavuz vd., 2014: 1027; Yakuppur, 2009: 55.

¹³⁴ Gümüş, 2014: 55; Tandoğan, 2010a: 167.

¹³⁵ Gümüş, 2014: 55.

¹³⁶ Gümüş, 2014: 55.

1.4. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları

1.4.1. Maddi Koşulları

1.4.1.1. Eserin Teslim Edilmiş Olması

Eserde mevcut bulunan ayıbın tespit edilebilmesi için, öncelikli olarak eser meydana getirilip teslim edilmiş olmalıdır¹³⁷. Başka bir deyişle, işsahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirebilmesi eserin teslim edilmiş olması koşuluna bağlıdır¹³⁸. Dolayısıyla ayıptan sorumluluğun oluşması için eserin ayıplı şekilde tamamlanarak teslim edilmiş olması gerekmektedir¹³⁹. İş ayıplı olsa dahi işin ayıplı olarak tamamlanıp teslim edilmesi mümkündür¹⁴⁰. Burada herhangi bir teslimin değil, eserin tamamlanarak teslim edilmesinin kastedildiğini belirtmek gerekir çünkü tamamlanmadan teslim edilen eser ne ayıplı sayılır ne de ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanmasına imkan verir¹⁴¹. Ancak unutulmamalıdır ki eserin teslim edilmiş olması eserin ayıpsız olarak kabul edildiği anlamı taşımamaktadır¹⁴². TBK m. 474/I’de yer alan ifadeden de, işsahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerini eserin tesliminden sonra yerine getireceği açıkça anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, ayıplı bir eserin aynı zamanda ayıplı bir işgörme edimi sonucu teşkil ettiğini de belirtmek gerekmektedir¹⁴³.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Yargıtay’a göre, inşaat ruhsatı alınmaksızın, yani kaçak olarak bir yapı meydana getirilmesi halinde teslim asla gerçekleşmiş olmaz, dolayısıyla işsahibi eksik iş yahut ayıplı iş nedeniyle tazminat talep edemez, ecrimisil isteyemez, ancak müspet zarara karşılık kira tazminatı ile kaçak yapının imar mevzuatına uygun hale getirilmesini yahut yapının yıkılarak ortadan kaldırılmasını talep edebilir¹⁴⁴.

¹³⁷ Aydoğdu ve Kahveci, 2017: 773; Dayımarlı, 1988: 27; Eren, 2017a: 634; Şenocak, 2002: 79; Yakuppur, 2009: 53; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 552.

¹³⁸ Canbolat, 2009: 44; Yakuppur, 2009: 53.

¹³⁹ Öz, 2013: 195.

¹⁴⁰ Yavuz vd., 2014: 1025.

¹⁴¹ Canbolat, 2009: 44; Gökyayla, 2009: 203; Gümüş, 2014: 50; Kostakoğlu, 2006: 567; Öz, 2013: 196; Şenocak, 2002: 87 - 89; Tandoğan, 2010a: 160.

¹⁴² Şenocak, 2002: 83.

¹⁴³ Aral ve Ayrancı, 2015: 400.

¹⁴⁴ Gümüş, 2014: 50; Y. 15. HD. T. 7.11.2003 E. 2003/2273 K. 2003/5317, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): “...Davacı iş (arsa) sahibinin maliki bulunduğu... ..taşınmaza yüklenici davalı inşaat yapmayı ve temel üstü ruhsatı alındıktan sonra... ..toplam altı adet bağımsız bölümü oturulacak şekilde noksansız olarak inşa edip arsa sahibine teslim etmeyi yüklenmiştir... ..Mahkemece, inşaatın 4 ve 5. katlarının tamamen; 2 ve 3. normal katlarda kademelerin kaçak yapılmış olduğu ve bu sebeple davacı arsa sahibinin kira tazminatı isteme hakkının bulunmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiş ve verilen bu hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir... ..kaçak yapılar yahut kaçak kısımlar için gecikme ve bu kapsamda kira tazminatı, eksik ve ayıplı işler bedeli istenemez... ..Yapının “kaçak” yapıldığından kal’ine karar verilen bağımsız bölümleri için arsa sahibi, inşaatın yasal hale ve yanlar arasındaki sözleşme hükümlerine uygun duruma getirilmesini isteme hakkının dışında başkaca bir hak ileri süremez...”; Y. 14. HD. T. 13.1.2005 E. 2004/9596 K. 2005/142, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): “3194 sayılı İmar Kanunu uyarınca her türlü inşaat yapım işi yetkili mercilerin vereceği izin ile olanaklıdır. Şayet inşaat için proje düzenlenmiş, bu proje yetkili mercii olan

1.4.1.2. Teslim Edilen Eserin Ayıplı Olması

Yüklenicinin sözleşme ile eserde bulunmasını vaat ettiği ya da dürüstlük kuralı çerçevesinde eserde bulunması beklenebilen niteliklerden yoksun halde bulunan eserin ayıplı olduğu kabul edilir¹⁴⁵. Başka bir ifade ile, sözleşme ile belirlenen niteliklerden sapmayı, kararlaştırılmış olan edim programı olarak isimlendirmekte ve bundan her türlü sapmanın ayıplı eser meydana getireceğini belirtmektedir¹⁴⁶. Ayıplı eserde, sözleşmeye istinaden bulunması gerekmekte olan bir nitelik eksik olduğundan ayıp bir sözleşmeye aykırılık hali teşkil etmekte ve ayıplı bir eser ifa edilip bunun teslim edilmesi gereği gibi ifanın gerçekleşmediğini göstermektedir¹⁴⁷. Eserin ayıplı olup olmadığı, her eser sözleşmesinin içeriğine göre tespit edilen bir husus olduğundan, nisbi bir kavram olma özelliği taşır ve işsahibinden hem somut eser sözleşmesinin içeriği hem de dürüstlük kuralı gözetilerek nasıl bir eser beklemekte haklı olduğu belirlenir¹⁴⁸.

Türk Borçlar Kanununda satış sözleşmesi hükümlerinin aksine eser sözleşmesi hükümlerinde “bildirilen nitelik (zikir ve vaat olunan vasıf)” kavramı yer almamıştır. Ancak eser sözleşmesinde yüklenicinin birtakım nitelikleri belirleyerek bunların ifasını taahhüt etmesi mümkündür¹⁴⁹. Bu şekilde eserin rengi, ölçüleri, yeri vs. gibi nitelikleri önceden belirlenir de bunlardan biri teslim edilen eserde eksik olursa ve benzer şekilde; taraflar olumsuz bir anlaşma yaparak birtakım niteliklerin ifa edilen eserde bulunmaması hususunda belirler de teslim edilen eserde bulunmaması gereken bu nitelikler bulunur ise eser ayıplı sayılır¹⁵⁰.

1.4.1.3. Ayıbın İşsahibine Yüklenememesi

1.4.1.3.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu m. 476’da, eserdeki ayıbın kaynağının; işsahibinin verdiği talimat yahut işsahibine yüklenebilen başkaca herhangi bir sebep olması halinde, işsahibinin

belediyece onaylanmış ve yapıya bu proje doğrultusunda ruhsat verilmiş ise yapının fiilen projeye aykırı olan bölümleri “kaçak yapı” kabul edilir... ..Olayda, 22 numaralı bağımsız bölümün yıkıma tabi yerlerden olduğu anlaşıldığına göre böyle bir yerin ekonomik değeri olduğu düşünülemez. Bu tür yerler için gerek kişisel hakka, gerekse sözleşme ile sağlanan ve miras yolu ile geçen mülkiyet hakkına dayanılarak, örneğin; el atmanın önlenmesi, eksik işler, değer kaybı ve ecrimisil gibi istemde bulunulamaz. Dava konusu 22 numaralı bağımsız bölümün imar mevzuatına aykırı yapıldığı gözden kaçırılarak ve bu yer için sadece yıkım istenebileceği düşünülmeyen istemler hüküm altına alındığından karar bozulmalıdır... ”.

¹⁴⁵ Eren, 2017a: 634; Şenocak, 2002: 93; Tandoğan, 2010a: 161; Turanboy, 1990: 158; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 552; Yavuz vd., 2014: 1025.

¹⁴⁶ Gümüş, 2014: 51.

¹⁴⁷ Tandoğan, 2010a: 162; Yavuz vd., 2014: 1025.

¹⁴⁸ Şenocak, 2002: 93; Yavuz vd., 2014: 1026.

¹⁴⁹ Gökyayla, 2009: 204; Şenocak, 2002: 102; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 552.

¹⁵⁰ Yavuz vd., 2014: 1028.

ayıptan doğan haklarını kullanamayacağı açıkça hükme bağlanmıştır. Yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumlu tutulabilmesi, ayıbın iş sahibine yüklenebilecek olmamasına bağlıdır¹⁵¹. Diğer bir ifadeyle; eserde mevcut bulunan ayıbın, iş sahibine yüklenmesi mümkün bir sebepten kaynaklanıyor olması halinde yüklenici bundan sorumlu tutulamaz¹⁵². Bu madde iş sahibinin ayıp karşısında başvurabileceği hakların menfi koşulunu düzenlemektedir¹⁵³. Öyle ki eserdeki ayıbın meydana gelmesine iş sahibinin kusuru sebebiyet vermişse iş sahibinin ayıptan doğan hakları kısmen ya da tamamen ortadan kalkar¹⁵⁴. Bir görüşe göre, TBK m. 476; iş sahibinin ortak kusuru haline açıkça değinmemiş olmasına karşın, bu hüküm, genel hükümlerden TBK m. 52/I'nin özel bir uygulamasından başka bir şey değildir¹⁵⁵. Başka bir deyişle, TBK m. 52/I ile TBK m. 476 hükümlerine dayanak oluşturan düşünce temelinde aynıdır ancak TBK m. 476 TBK m. 52/I'den farklı olarak, iş sahibinin talep edebileceği tazminatın indirilmesi haricinde ayıptan doğan diğer hakların kullanması imkanını da ortadan kaldırmaktadır¹⁵⁶. İş sahibinin kusurlu eylemiyle eserdeki ayıp arasında nedensellik bağı bulunuyorsa, ayıbın kaynağı iş sahibinin ortak kusuru ise, iş sahibi tarafından talep edilebilecek tazminat hakkıyla birlikte ayıptan doğan haklar da doğrudan doğruya etkilenir¹⁵⁷. Ancak belirtmek gerekmektedir ki, ayıbın iş sahibine yüklenebilmesi için iş sahibinin kusurlu olmasına gerek yoktur¹⁵⁸.

Eser sözleşmesinde, satış sözleşmesinden farklı olarak TBK m. 476'nın getirilmiş olmasının temelinde, iş sahibinin eserin ifa edilmesinde aktif rol almakta olduğu düşüncesi yatmaktadır¹⁵⁹. Zira iş sahibi, talimatlar vermekte, hatta bazı hallerde malzemeyi dahi temin etmektedir¹⁶⁰. Bunlara örnek olarak sözleşmeye konu esere ilişkin araçların, malzemelerin, plan ile projelerin iş sahibi tarafından yükleniciye teslim edilmesi verilebilir ve bu hallerde yüklenici kural itibarıyla ayıptan sorumlu tutulamaz; meğer ki iş sahibince verilen emir ve talimatların yahut temin edilenlerin işin özelliğine uygun düşmediği hususu yüklenici tarafından iş sahibine bildirilmiş olsun¹⁶¹.

¹⁵¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 400; Gökyayla, 2009: 204; Öz, 2013: 197.

¹⁵² Şenocak, 2002: 131; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

¹⁵³ Eren, 2017a: 635; Şenocak, 2002: 131.

¹⁵⁴ Eren, 2017a: 635.

¹⁵⁵ Eren, 2017a: 635.

¹⁵⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 401.

¹⁵⁷ Eren, 2017a: 635.

¹⁵⁸ Şenocak, 2002: 133.

¹⁵⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 401; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

¹⁶⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 401.

¹⁶¹ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 554.

1.4.1.3.2. Eserde Mevcut Bulunan Ayıbın İşsahibine Yüklenebilmesinin Koşulları

Eserdeki ayıbın işsahibine yüklenebilmesi için birtakım koşullar sağlanmalıdır. Bunlar ayıbın işsahibine yüklenebilecek bir sebepten ya da işsahibinin talimatından kaynaklanması, ayıbın yüklenicinin uyarma ve aydınlatma yükümlülüklerini yerine getirmiş olmasına rağmen doğmuş olması ve ayıp ile işsahibine yüklenebilecek sebep yahut işsahibinin talimatı arasında uygun nedensellik bağı bulunmasıdır.

1.4.1.3.2.1. İşsahibine Yüklenebilen Bir Sebep ya da İşsahibinin Talimatının Bulunması

Eser sözleşmesinde, hizmet sözleşmesinin aksine, sözleşmenin tarafları arasında bir bağımlılık ilişkisi bulunmamakla birlikte işsahibinin yükleniciye talimat vermesi mümkündür¹⁶². Türk Borçlar Kanunu m. 476'da yer alan "talimat" kavramından kasıt, işsahibinin akdedilmiş eser sözleşmesinin kendisine bu konuda vermiş olduğu yetki ile yükleniciye verdiği bağlayıcı emirler olup, bu kapsam dışındaki irade açıklamaları 476. madde bağlamında talimat niteliğinde sayılmamaktadır¹⁶³. Bağlayıcılık boyutuna ulaşmayan öğüt ve öneriler, talimat niteliğinde olmadığından yükleniciyi sorumluluktan kurtarmaz¹⁶⁴. TBK m. 476 bağlamındaki talimatlar; eser sözleşmesi kapsamında görülen işin ifasına, yapılma usulüne, kullanılacak malzemenin ne olacağına ya da işgörmenin bir alt yüklenici tarafından yerine getirilip getirilmemesine ilişkin olabilmektedir ve bu bağlamdaki talimatların doğrudan doğruya işsahibince yahut onun yetkili temsilcिसince verilmesi bir önem arzetmemektedir¹⁶⁵.

Ayıp sebebiyle doğan hakların kullanılabilmesi için TBK m. 476 ifadesi, işsahibinin vermiş olduğu talimatlardan başka, ayıbın herhangi bir sebeple işsahibine yüklenememesi gerekliliğini hüküm altına almıştır. Burada yer alan "herhangi bir sebeple" ifadesi, genel bir hüküm niteliğinde olup örneğin malzemenin yahut arsanın işsahibince sağlandığı hallerde bunların ayıplı olması, "diğer herhangi bir sebeple" ayıp işsahibine yükleneceğinden, işsahibi ayıptan doğan haklarını kullanamaz¹⁶⁶. Buna karşılık yüklenicinin işsahibinin sağladığı malzeme yahut arsanın ayıplı olması sebebiyle sorumluluktan kurtulabilmesi için, TBK m. 472 uyarınca malzeme yahut arsadaki ayıbı derhal yükleniciye bildirmiş olması gerekmektedir¹⁶⁷. Yüklenici gözden geçirmeye ihtiyaç duyulmaksızın tespit edilebilen ayıplarda derhal ve açık ayıplarda usulüne göre gözden geçirme sonucunda fark edilip

¹⁶² Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 553.

¹⁶³ Aral ve Ayrancı, 2015: 401; Eren, 2017a: 636; Şenocak, 2002: 137.

¹⁶⁴ Gümüş, 2014: 61.

¹⁶⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 401; Eren, 2017a: 636.

¹⁶⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 401; Eren, 2017a: 636.

¹⁶⁷ Eren, 2017a: 636; Şenocak, 2002: 142.

bildirilmesi gereken ayıpları bilmediğinden bahisle zamanında bildirmez ise, sorumluluktan kurtulamaz¹⁶⁸.

Son olarak, işsahibinin yardımcılarının davranışları ile bilgi ve uzmanlıklarıyla ilişkilendirilebilecek ayıplarının TBK m. 116 uyarınca işsahibine yüklenebildiğini belirtmek gerekir¹⁶⁹.

1.4.1.3.2.2. Yüklenicinin Uyarma ve Aydınlatma Yükümlülüklerini Yerine Getirmesi

Yüklenicinin işsahibine; işsahibi yahut onun yetkili temsilcisi tarafından eser sözleşmesi bağlamında verilen emir ve talimatların doğru olmadığını ve bu emir ve talimatlara uyularak ifa edilecek eserin ayıplı olacağını bildirme zorunluluğu bulunmaktadır ve bu zorunluluğa gerekçe olarak yüklenicinin mesleki alanında uzmanlığı ve özen borcunun bir uzantısı olması gösterilmektedir¹⁷⁰. TBK m. 476'da “yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın” ifadesiyle düzenlenmiş bulunan uyarma ve aydınlatma yükümlülüğünün, bildirim (ihbar) niteliği taşıyan bir irade beyanı olmayıp yalnızca bir görüş açıklaması, bir tavsiye olduğu belirtilmektedir¹⁷¹.

Yüklenici yahut yüklenicinin yetkilendirmiş olduğu yardımcısı tarafından yapılacak olan bu uyarma ve aydınlatma; genel nitelikte olmamalı, açıkça yapılmalı, işsahibinin verdiği talimatın yanlış ya da tutarsız olduğunu ve neden hatalı olduğunu ayrıntılı olarak bildirip, işsahibini bu talimatından vazgeçirip doğru ve düzgün olacak şekilde düzeltmeye davet etmelidir ki yüklenici uyarma ve aydınlatma zorunluluğunu yerine getirmiş olsun¹⁷². Buna karşılık, bazı hallerde yüklenicinin uyarma ve aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olsa dahi sorumluluktan kurtulabileceğinin doktrin ve uygulamada kabul gördüğünden bahsedilmektedir¹⁷³. Örneğin; yüklenici işsahibini uyarılmış olsaydı dahi işsahibinin hatalı talimatında ısrarcı olacağını ve ayıbın kaçınılmaz olacağını ispat ederse veya işsahibinin uzman kişi olup da bu hususta vereceği talimata karşılık yüklenici söz konusu talimatın hata içerdiğini bilmemekte yahut bilebilecek durumda değil ise, yüklenici sorumluluktan kurtulur¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 402; Şenocak, 2002: 142.

¹⁶⁹ Eren, 2017a: 637; Gümüş, 2014: 61.

¹⁷⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 402; Eren, 2017a: 637.

¹⁷¹ Eren, 2017a: 637; Gümüş, 2014: 61.

¹⁷² Eren, 2017a: 637.

¹⁷³ Aral ve Ayrancı, 2015: 402.

¹⁷⁴ Eren, 2017a: 638.

1.4.1.3.2.3. Uygun Nedensellik Bağı Bulunması

Ancak ayıbın oluşmasında bir talimatın veya iş sahibine yüklenebilecek bir sebebin bulunmasının ayıbın oluşmasında ortak bir sebep olarak rol oynamış olması, tek başına yeterli değildir¹⁷⁵. Ayıp ile iş sahibinin talimatı ya da ona yüklenebilen sebep arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır. Uygun nedensellik bağından anlaşılması gereken, iş sahibinin talimatı yahut ona yüklenebilen sebebin, ayıbın meydana gelmesinin başlı başına sebebi olmasıdır¹⁷⁶. Ayrıca, uygun nedensellik bağının bulunması için, iş sahibinin Kanundan veya sözleşmeden doğan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması da zorunlu değildir¹⁷⁷. Zira TBK m. 476 yalnızca iş sahibinin kusurlu olduğu durumlar için getirilmiş bir düzenleme değildir¹⁷⁸. Ayıbın uygun nedeni iş sahibince işlenmiş bir kusurlu davranış olabildiği gibi, iş sahibinin yardımcı kişisinin davranışı da olabilmektedir¹⁷⁹.

Yükleniciye karşı iş sahibinin onu denetlemek noktasında bir yükümlülüğü bulunmayıp yalnızca onunla eşgüdümlü hareket etme yükümlülüğü mevcuttur¹⁸⁰. Son olarak, iş sahibinin yüklenici denetlemekle külfetli olmadığını, sadece ortaklaşa hareket etme yükümlülüğü bulunduğunu, iş sahibinin yükleniciyi denetlemiş olması halinde önüne geçilebilecek olan ayıpların TBK m. 476 kapsamında olmadığını belirtmek gerekmektedir¹⁸¹.

1.4.1.3.3. Ayıbın İş Sahibine Yüklenebilmesinin Hüküm ve Sonuçları

Ayıbın iş sahibine yüklenebilmesinin koşulları gerçekleşmişse iş sahibi ayıptan doğan haklarını yükleniciye karşı ileri süremez¹⁸². Bu durumda gerek ayıp karşısında doğan hakları gerekse ayıbı takip eden zarar karşısında tazminat talep etme hakkı yargı merciinin bu konuda vereceği herhangi bir karara gerek duyulmaksızın kendiliğinden sona erer¹⁸³.

Yüklenici, TBK m. 476 kapsamında ayıbın iş sahibine yüklenebildiğini kendisi kanıtlamak zorundadır¹⁸⁴. Burada yüklenicinin kanıtlamakla yükümlü olduğu hususlar; ayıbın iş sahibinin talimatı yahut iş sahibine yüklenebilen diğer bir sebepten doğduğu, iş sahibini uyarma yükümlülüğünü yerine getirdiği yahut böyle bir uyarma yükümlülüğünün

¹⁷⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 402; Eren, 2017a: 638.

¹⁷⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 402; Eren, 2017a: 638.

¹⁷⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 402; Eren, 2017a: 638.

¹⁷⁸ Canbolat, 2009: 161; Yavuz vd., 2014: 1031.

¹⁷⁹ Şenocak, 2002: 135.

¹⁸⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Eren, 2017a: 638.

¹⁸¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Eren, 2017a: 639.

¹⁸² Eren, 2017a: 639; Gümüş, 2014: 61; Şahin, 2014: 134; Şenocak, 2002: 144 Yavuz vd., 2014: 1031.

¹⁸³ Şenocak, 2002: 145; Eren, 2017a: 639.

¹⁸⁴ Erman, 2010: 162; Şahin, 2014: 135; Şenocak, 2002: 144.

bulunmadığıdır¹⁸⁵. Yüklenici ayıbın iş sahibine yüklenebildiğini kanıtlarsa artık yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulması mutlaka bundan etkilenir ve hakim TBK m. 52 anlamında takdir yetkisi bu etkilenmeyi ortadan kaldıramaz¹⁸⁶.

Ayıbın yegane sebebinin iş sahibinin kusuru yahut ona yüklenebilecek bir sebep olması halinde ayıptan doğan haklar son bulacak olmakla birlikte, eğer iş sahibinin kusuru veya ona yüklenebilecek sebep ayıbın oluşmasındaki sebeplerden biri ise iş sahibi ayıptan doğan haklarının tümünü kaybetmez, ancak bu durumda TBK m. 476 yerine TBK m. 114 göndermesiyle TBK m. 52 uygulanır¹⁸⁷. Başka bir ifadeyle; ayıbın doğrudan ve bizzatıhi iş sahibince verilen talimat veya ona yüklenebilecek herhangi bir sebepten kaynaklanmıyor olması halinde, yüklenicinin yine de ayıp hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulması söz konusu olur¹⁸⁸.

İş sahibi ile yüklenicinin müterafik kusurunun söz konusu olduğu durumlarda, TBK m. 51/I hükmü kıyasen uygulanmalı, hem iş sahibince istenen tazminata, hem de ayıp karşısında kullandığı TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklara indirim uygulanmalıdır¹⁸⁹. Örneğin, bedelden indirim istenmişse daha az bir indirim uygulanmalıdır¹⁹⁰. Eserin ücretsiz onarımı istenmişse iş sahibi onarımın masraflarına katılmalıdır¹⁹¹. Buna karşılık eğer iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanmışsa, tasfiye ilişkisi belirlenirken, iş sahibinin yükleniciye ödemiş olduğu bedelin bir kısmının yüklenicide kalmasına karar verilmelidir¹⁹². Bunlarla birlikte, İndirimin ne ölçüde yapılması gerektiği ise hakim takdir yetkisi kapsamında değerlendirmesi gereken bir husustur¹⁹³.

1.4.1.4. İş sahibinin Eseri Kabul Etmemiş Olması

Türk Borçlar Kanunu m. 477/I'de açıkça hükme bağlandığı üzere, eserin iş sahibi tarafından açıkça veya örtülü olarak kabulüyle birlikte; yüklenici, kural olarak, esere ilişkin her türlü sorumluluktan kurtulur.

İş sahibinin eseri kabulü hukukî nitelik bakımından bir çeşit irade beyanıdır¹⁹⁴. Kabul, teslim edilmiş eserin mevcut halinin iş sahibince benimsendiğini göstermektedir¹⁹⁵. Bu irade

¹⁸⁵ Erman, 2010: 162; Şahiniz, 2014: 135; Şenocak, 2002: 144.

¹⁸⁶ Şahiniz, 2014: 135; Şenocak, 2002: 145.

¹⁸⁷ Canbolat, 2009: 161; Eren, 2017a: 639; Şenocak, 2002: 145.

¹⁸⁸ Canbolat, 2009: 161; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 554.

¹⁸⁹ Canbolat, 2009: 161; Erman, 2010: 163; Şahiniz, 2014: 135; Şenocak, 2002: 145; Tandoğan, 2010a: 209 vd..

¹⁹⁰ Şahiniz, 2014: 136; Şenocak, 2002: 146; Tandoğan, 2010a: 209.

¹⁹¹ Şahiniz, 2014: 136; Şenocak, 2002: 146; Tandoğan, 2010a: 209.

¹⁹² Şahiniz, 2014: 136; Şenocak, 2002: 146; Tandoğan, 2010a: 210.

¹⁹³ Şenocak, 2002: 146; Şahiniz, 2014: 136.

¹⁹⁴ Eren, 2017a: 640.

beyanıyla işsahibi tarafından yükleniciye, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirildiği ve ayıplı olmadığı bildirilmiş olur¹⁹⁶. Kabul beyanının geri alınması mümkün olmasa da koşula bağlı olarak yapılabilmesi mümkündür¹⁹⁷.

Eserin işsahibi tarafından kabulü bir çeşit irade beyanı olmakla birlikte, bu kabulün geçerliliği için öngörülmüş bir şekil koşulu bulunmadığını belirtmek gerekir¹⁹⁸. Kabul açık ya da örtülü olabilir¹⁹⁹. Kabul iradesi işsahibinin yanısıra yetkili temsilcisi tarafından da yapılabilir²⁰⁰. Açık kabulde doğrudan doğruya işsahibi ya da yetkili temsilcisi tarafından irade beyanı ileilmekteyken, örtülü kabulde irade beyanı susma ile ya da iradeyi ifade eden bir fiil ile iletilmiş olur²⁰¹. İradeyi ifade eden bir fiil ile anlatılmak istenen, işsahibi tarafından eserin çekincede bulunmaksızın teslim alınıp, herhangi bir fiili yahut hukukî tasarrufa konu edilmesidir²⁰².

Türk Borçlar Kanunu m. 477/II’de, eseri usulüne göre gözden geçirmeyen veya bunu yükleniciye bildirmeyen işsahibinin eseri kabul etmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Buradaki kabul örtülü kabulün bir türü olup “yasal örtülü kabul” olarak anılmaktadır²⁰³.

Türk Borçlar Kanunu m. 477/I; yüklenicinin, kasten gizlenmiş veya usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilmesi işsahibinden beklenemeyecek ayıplar için sorumluluğunun devam edeceğini hüküm altına almıştır. Burada eser kabul edilmiş olmasına rağmen; eğer ki bir gizli ayıp yahut kasten gizlenmiş ayıp mevcut ise, yüklenicinin sorumluluğu devam eder²⁰⁴. Ancak bu şekilde sonradan ortaya çıkan ayıplar sorumluluğa sebebiyet verebilmesi için derhal yükleniciye bildirilmelidir²⁰⁵. Bu hallerde yüklenici; ayıba ilişkin bildirimin işsahibince zamanında yapılmadığını iddia edebilecek olmakla birlikte, işsahibi de bildirim külfetini yerine getirdiğini ileri sürebilir²⁰⁶. Bir gizli yahut kasten gizlenmiş ayıbın değil de açık ayıbın söz konusu olduğunu ileri süren yüklenici bu iddiasını

¹⁹⁵ Canbolat, 2009: 80; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 554.

¹⁹⁶ Eren, 2017a: 640; Gümüş, 2014: 60.

¹⁹⁷ Gümüş, 2014: 60.

¹⁹⁸ Eren, 2017a: 640.

¹⁹⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Canbolat, 2009: 80; Eren, 2017a: 640; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 554.

²⁰⁰ Gümüş, 2014: 60.

²⁰¹ Eren, 2017a: 640.

²⁰² Eren, 2017a: 640.

²⁰³ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Canbolat, 2009: 81; Eren, 2017a: 641; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 558.

²⁰⁴ Yavuz vd., 2014: 1027; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²⁰⁵ Yavuz vd., 2014: 1027.

²⁰⁶ Tandoğan, 2010a: 221; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

kanıtlamalıdır²⁰⁷. Ayıbın zamanında bildirilmediği hususu sabit olduğu takdirde, hakim buna bağlanmış olan sonuçları re'sen uygulır²⁰⁸.

Teslim ile kabul (teslimin kayıtsız koşulsuz gerçekleşmiş olması hali ayrık olmak kaydıyla) birbirinden farklı kavramlardır²⁰⁹. Kabulün gerçekleşmesinin ön koşulu teslimin gerçekleşmesidir ve eserin teslim edilmiş olması için işsahibinin “özel bir teslim alma iradesi” taşıması gerekmez iken, kabulün gerçekleşmiş olması için bu konuda özel ve somut bir iradenin varlığını gerektirmektedir²¹⁰. Öyle ki işsahibi eseri, ayıplı ifaya ilişkin haklarını saklı tutarak teslim alabilir²¹¹. Bu işsahibinin eseri ayıplı şekilde kabul ettiği anlamına gelmez ve yükleniciyi bu durumda eserdeki ayıplardan sorumlu tutma imkanı doğar²¹².

1.4.2. Şekli Koşulları

1.4.2.1. Genel Olarak

İşsahibinin yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna başvurabilmesi için birtakım şekli koşulları yerine getirmesi gerekmektedir²¹³. Bunlar temel olarak, TBK m. 474/I'de ve TBK m. 477'de değinildiği üzere, gözden geçirme yükümlülüğü ve bildirim yükümlülüğünden ibarettir. Bununla birlikte, ayıp sebebiyle ileri sürülebilecek hakların zamanaşımına uğramamış olması ve bu konuda sorumsuzluk anlaşması yapılmamış olması da, ilk bakışta akla gelmese de, bu hakların kullanılabilmesi için zorunludur.

Gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerinin hukukî niteliği “külfettir”²¹⁴. Külfetler bir borç niteliğinde olmayıp ödev niteliğinde olduğundan, külfetlerin ihlali aynen ifa yahut tazminatı gerektirmez ancak birtakım hakları kaybettirir²¹⁵. Öyle ki “külfet, bir şey yapmaya zorlamaz, fakat kaybettirir”²¹⁶. Başka bir deyişle, işsahibinin külfetleri gerçek birer borç olmayıp işsahibinin ayıp sebebiyle başvurabileceği haklarının doğum koşuludur²¹⁷. Dolayısıyla külfeti (tıpkı külfet gibi davranışı konu edinen “edim”in aksine) oluşturan

²⁰⁷ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555; Tandoğan, 2010a: 222.

²⁰⁸ Tandoğan, 2010a: 222; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²⁰⁹ Canbolat, 2009: 80; Gümüş, 2014: 61.

²¹⁰ Gümüş, 2014: 61.

²¹¹ Yavuz vd., 2014: 1026.

²¹² Yavuz vd., 2014: 1026.

²¹³ Aral ve Ayrancı, 2015: 403; Eren, 2017a: 641; Şenocak, 2002: 108.

²¹⁴ Akıncı, 2017a: 39 (bk. dipnot 65); Edis, 1963: 75; Eren, 2017a: 641; Gümüş, 2014: 56; Öz, 2013: 198; Şenocak, 2002: 108.

²¹⁵ Akıncı, 2017a: 39 (bk. dipnot 65); Eren, 2017a: 642; Şenocak, 2002: 109.

²¹⁶ Eren, 2017a: 642.

²¹⁷ Öz, 2013: 198; Tandoğan, 2010a: 168.

davranış yerine getirildiği zaman başka bir kişinin değil bizzat külfet ile ödevlendirilmiş kişinin yararına sonuçlar doğar²¹⁸.

Bu durumda eser sözleşmesinde gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerinden birini yerine getirmeyen iş sahibi, yükleniciye karşı herhangi bir aynen ifa yahut tazminat ile sorumlu tutulmaz ve fakat ayıptan doğan haklarını kaybeder zira eseri kabul etmiş sayılır²¹⁹. Bu hükümlerle iş sahibi, bir an önce eseri kabul edip etmediğini beyan etmeye zorlanarak yüklenici korunmakta, yüklenicinin çıkarlarını savunmasına imkan verilmektedir²²⁰. Buna karşılık bir görüş; yüklenici tarafından ayıplı bir eser teslim edilmiş olmasının, iş sahibi tarafından gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin zamanında yerine getirilmemesinden daha haksız bir davranış teşkil etmesine rağmen, külfetlerini yerine getirmeyen iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kaybetmesi gibi ağır bir sonuçla karşı karşıya bırakılmasını eleştirmekte ve çözüm önerisi olarak bu külfetlerin gerektiği gibi yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken iş sahibi lehine yorum yapılmasını önermektedir²²¹.

İş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin ortaya çıkış anı, eserin teslimini takip eden andır²²². Eserin tamamlanmış halinin tesliminden önce, keza iş sahibi en başından beri eserin maliki dahi olsa, bu külfetler ortaya çıkmaz²²³. Kronolojik bir sıralama yapmak gerekirse; ilk önce eserin teslimi, teslimin ardından eserin gözden geçirilmesi, eserin gözden geçirilmesinin ardından ise ayıbın bildirilmesi gerçekleştirilmelidir²²⁴.

1.4.2.2. İş sahibinin Gözden Geçirme Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

Gözden geçirmenin iş sahibi tarafından gerçekleştirilebilmesi için, öncelikle eserin yüklenici tarafından tamamlanmış halde iş sahibine teslim edilmiş olması gerekmektedir²²⁵. Zira TBK m. 474/I'de iş sahibi için öngörülmüş külfetlerin eserin tesliminden sonra yerine getirileceği açıkça belirtilmiştir. Maddi eserler söz konusu olduğunda teslim, eserin fiziki olarak (maddi, fiili, cismani) teslim edilmesiyle gerçekleşmektedir²²⁶. Bunun yanında, maddi bir araç ile taşınan ve örneğin ses, görüntü, plan proje gibi eserler bakımından gözden geçirme külfeti, bu eserlerin taşındığı CD, kağıt gibi maddi araçların teslim edilmesiyle başlar²²⁷.

²¹⁸ Eren, 2017b: 45.

²¹⁹ Eren, 2017a: 642.

²²⁰ Eren, 2017a: 642; Şenocak, 2002: 108; Tandoğan, 2010a: 168.

²²¹ Tandoğan, 2010a: 168.

²²² Öz, 2013: 199; Şenocak, 2002: 109; Tandoğan, 2010a: 168.

²²³ Şenocak, 2002: 109; Tandoğan, 2010a: 169.

²²⁴ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²²⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Eren, 2017a: 642; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²²⁶ Eren, 2017a: 642.

²²⁷ Eren, 2017a: 642.

Ancak öğretide şu husus ayırık tutulmaktadır ki; bir maddeye uygulanacak olan ve işsahibince gözden geçirilmesi güçlük arz eden mimari projelerde mevcut bulunan sorunlar en erken projenin uygulanması aşamasında ortaya çıkacağından, bu tarz proje ayıpları gizli ayıp olarak nitelendirilmektedir²²⁸. Gizli ayıplar bakımından ise gözden geçirme yükümlülüğünün bulunmadığı, yalnızca bildirim yükümlülüğünün bulunduğu belirtilmektedir²²⁹.

Gözden geçirmeden kasıt, tamamlanmış halde teslim edilen eserin sözleşme ile öngörülmüş ve ayrıca dürüstlük kuralına göre bulunması gereken nitelikleri taşıyacak şekilde ifa edilip edilmediğinin işsahibi tarafından denetlenip tespit edilmesinden başka bir şey değildir²³⁰. Gözden geçirmede gösterilmesi gerekli özen, teslim edilen eserin ortalama bir alıcısından beklenebilecek özendir ve gözden geçirmenin ne şekilde yapılacağı ve kapsamı hususu hem eserin türüne hem de bu konudaki teamüllere göre belirlenir²³¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 474/I'de, gözden geçirme külfetinin, “işlerin olağan akışına göre imkan bulur bulmaz” yerine getirileceği hüküm altına alınmıştır. Bu ifade ile getirilen ölçüt gözden geçirmenin hem başlama hem de bitme anının tespitinde kullanılır²³². Kanun koyucu, gözden geçirmenin tam olarak ne zaman başlayacağını kesin bir dille ifade etmemiştir²³³. Bir görüş burada kasıtlı susmanın olduğuna işaret ederek; “somut olaya göre sürenin farklı tutulması gerekliliğinin doğabileceğinin kanun koyucu tarafından öngörüldüğü”nü ileri sürmektedir²³⁴. Bu halde gözden geçirmenin ne zaman başlayacağı, ne kadar süreceği ve nihayet ne zaman son bulacağı hususları somut olaya göre (örf ve adet kuralları ile teammüller, eserin nitelikleri, işsahibinin bu külfeti yerine getirirken dürüstlük kuralına göre kendisinden beklenebilecek şekilde hareket etmesi, ...) belirlenir²³⁵.

Gözden geçirmeye başlama anı teslimden daha sonra ortaya çıkabilmektedir²³⁶. Başka bir deyişle, aybın tespit edilebilmesinin objektif olarak beklenebilmesi anına göre (ısı yalıtım tesisatının işe yarayıp yaramadığını tespit etmek için soğuk mevsimin beklenmesinin gerekmesi hali gibi) gözden geçirme süresinin uzatılması haklı kılınabilmektedir²³⁷. Burada

²²⁸ Gümü, 2014: 57.

²²⁹ Şenocak, 2002: 123.

²³⁰ Eren, 2017a: 642; Şenocak, 2002: 116.

²³¹ Şenocak, 2002: 115,116.

²³² Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Şenocak, 2002: 110.

²³³ Eren, 2017a: 643; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²³⁴ Şenocak, 2002: 110; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²³⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Eren, 2017a: 643; Gümü, 2014: 56; Şenocak, 2002: 111; Tandoğan, 2010a: 169; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 555.

²³⁶ Gümü, 2014: 57.

²³⁷ Şenocak, 2002: 111; Tandoğan, 2010a: 169.

beklenebilirlik anına kadar gözden geçirmenin ertelenmiş olması gecikme sayılmaz²³⁸. Ancak bu esnekliği şu şekilde sınırlandırmak gerekir: İş sahibi kendi şahsına özgülenecek hastalık, kaza, tatil, iş sahibinin iş yerinden kaynaklanan aksaklıklar gibi sebepler ile gözden geçirmeye başlamaz ise bunun sonuçlarına kendisi katlanır²³⁹. Çünkü bu tarz durumlarda iş sahibinden gözden geçirme için üçüncü bir kişiyi görevlendirmiş olması beklenir (ancak iş sahibinin şahsından kaynaklanmayan haller bu kapsamda sayılmaz)²⁴⁰.

Bununla birlikte gözden geçirme süresinin ne kadar süreceğinin belirlenmesi hususunda (özellikle iş sahibinin tacir sıfatını taşımadığı yahut deneyimsiz olduğu hallerde) mümkün olduğunca esnek davranılması gerekmektedir²⁴¹. Eğer ki gözden geçirme süresi için riayet edilecek herhangi bir teamül bulunmuyor ise, ortalama bir iş sahibinin özenli bir gözden geçirmeyi tamamlaması için gerekli süre, yani yapılabirlik esası göz önünde bulundurulur²⁴². Yapılabirlik esasının “olanak bulur bulmaz ölçütü” ismiyle de anıldığını belirtmek gerekmektedir²⁴³.

Eserin nerede gözden geçirileceği konusunda Türk Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesi hükümlerinde herhangi bir kural öngörülmemiştir. Bu konuda taraflarca sözleşme ile öngörülmüş bir düzenleme varsa buna riayet edilir ve eğer böyle bir düzenleme bulunmuyorsa genel hüküm TBK m. 89 uyarınca eserin teslim edildiği yer, gözden geçirme yeri olur²⁴⁴.

Türk Borçlar Kanunu m. 474/II’de, masrafı kendisine ait olmak üzere her bir tarafın, eserin bilirkişi tarafından gözden geçirtilip sonucun bir rapor altına alınmasını isteme hakkı bulunduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte Kanuni ifade emredici olmayıp, taraflar arasındaki sözleşme yahut teamül emretmediği sürece iş sahibinin de yüklenicinin de eseri bir bilirkişiye gözden geçirtme zorunluluğu bulunmamaktadır²⁴⁵. Ayrıca, mahkemece tayin edilen bilirkişi masrafının ayıplı ifadan doğup da tazmini gerekli zararlar kapsamında olduğu belirtilmektedir²⁴⁶.

²³⁸ Şenocak, 2002: 111.

²³⁹ Şenocak, 2002: 112.

²⁴⁰ Şenocak, 2002: 112.

²⁴¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Gökyayla, 2012: 582; Şenocak, 2002: 112; Tandoğan, 2010a: 170; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁴² Gökyayla, 2012: 582; Şenocak, 2002: 112; Tandoğan, 2010a: 170.

²⁴³ Şenocak, 2002: 110; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁴⁴ Eren, 2017a: 644; Şenocak, 2002: 113.

²⁴⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Canbolat, 2009: 85; Şenocak, 2002: 120; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁴⁶ Canbolat, 2009: 87; Gümüş, 2014: 57; Şenocak, 2002: 121.

1.4.2.3. İş sahibinin Bildirim Yükümlülüğünü Yerine Getirmiş Olması

Daha önce gözden geçirmenin bir külfet olduğunu belirtmiştik²⁴⁷. Gözden geçirme gibi ayıbı bildirim de, TBK m. 474/I ile Kanun koyucu tarafından iş sahibine getirilmiş bir külfettir. Öyle ki gözden geçirme külfetinde olduğu gibi bildirim külfetinin ihlali de, TBK m. 474/II uyarınca, iş sahibinin eseri kabul etmiş sayılmasına sebebiyet verir. Bu sebeple bildirimin hiç yapılmaması veya gereği gibi yapılmaması iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanmasına engel olur²⁴⁸. İş sahibi gözden geçirme sonucu tespit edeceği gizli ayıbı bildirim ile külfetli olmakla birlikte, açık ayıpları da bildirim ile külfetlidir²⁴⁹. Başka bir deyişle; ayıbın gerek gözden geçirmeyle, gerek eseri kullanmayla, gerekse sonradan öğrenme yoluyla öğrenilmesi önem teşkil etmeksizin iş sahibi, farketdiği her çeşit ayıbı yükleniciye vaktinde bildirmek zorunda olur²⁵⁰.

Ayıbın bildirimi, eserin yalnızca ayıplı olduğundan bahis şeklinde alelade, soyut ve genel yapılmamalı; iş sahibi tarafından ayıbın tam olarak ne olduğu, birden çok ayıp varsa bunların tek tek neler olduğu, iş sahibinin yükleniciyi hangi hususlardan dolayı sorumlu tuttuğu, açıkça belirtilmelidir²⁵¹. İş sahibinin “yalnızca” eseri ayıplı bulduğunu veya eserin sözleşmeye aykırı olduğunu yahut eserden hoşnutsuz olduğunu bildirmesi geçerli bir ayıp bildirimi değildir²⁵². Geçerli bir ayıp bildirimi öyle bir irade beyanıdır ki; hem eserin ayıplı olduğu, hem eserin sözleşmeye aykırı olması sebebiyle iş sahibi tarafından kabul edilmediği, hem de eserin ayıplı ve sözleşmeye aykırı olmasından ötürü yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu olduğu bilgilerini yükleniciye iletmelidir²⁵³. Öyle ki sağlıklı bir bildirim yapılmış olması yüklenicinin de gözden geçirmeyi bizzat yapabilmesini ve ortaya çıkan durum karşısında gerekli önlemleri alabilmesini sağlar²⁵⁴. Bununla birlikte ayıp bildiriminde iş sahibinin tespit ettiği ayıbı tarif ederken yüklenicinin anlayacağı şekilde açıklamalarda bulunmasının yeterli olduğunu ve uzman bir kişi gibi teknik açıdan kusursuz ve tüm ayrıntılarıyla ayıbı göstermesinin gerekli olmadığını belirtmek gerekmektedir²⁵⁵. Ayrıca

²⁴⁷ bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları, Şekli Koşulları, Genel Olarak.

²⁴⁸ Şenocak, 2002: 121; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 558.

²⁴⁹ Eren, 2017a: 644; Şenocak, 2002: 121.

²⁵⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 404; Tandoğan, 2010a: 172.

²⁵¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Eren, 2017a: 644; Şenocak, 2002: 126; Tandoğan, 2010a: 172; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁵² Gümüş, 2014: 59; Öz, 2013: 201; Şenocak, 2002: 126.

²⁵³ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Eren, 2017a: 645; Şenocak, 2002: 127; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁵⁴ Şenocak, 2002: 126.

²⁵⁵ Öz, 2013: 201; Tandoğan, 2010a: 172.

işsahibi ayıbın nedenini bildirmek zorunda olmadığı gibi, ayıbın nedenini bildirmiş ve bunda yanılmışsa da bu durum ayıp bildiriminin geçerliliğini etkilemez²⁵⁶.

Yukarıdaki açıklamalara ek olarak, ayıp bildiriminin geçerliliğini etkileyecek herhangi bir şekil koşulu öngörülmemiş olduğunu da belirtmek gerekmektedir²⁵⁷. İspat sorunları ortaya çıkarması mümkün olmakla birlikte, ayıbın bildiriminin resmi veya yazılı şekilde değil de sözlü olarak yapılması dahi mümkündür²⁵⁸. Hatta ayıp bildiriminin zımni olarak da yapılabileceği belirtilmektedir²⁵⁹. Yargıtay’a göre bildirimin yapılmış olduğu hususunun tanıkla dahi ispatı mümkündür²⁶⁰. Her ne kadar mahkemece görevlendirilmiş bilirkişi raporunun yükleniciye tebliği yahut özel olarak başvurulmuş bilirkişinin raporunu kendiliğinden tebliğ etmesi ayıbı bildirim olarak kabul edilmese de, ayıplı ifa halinde işsahibi doğrudan doğruya dava açar ise, davanın yükleniciye tebliğ edilmesinin, ayıbı bildirim teşkil edeceğinin kabul edildiğini belirtmek gerekir²⁶¹.

Daha önceki açıklamalarımızda, ayıp çeşitlerini incelerken, ayıbın işsahibi tarafından fark edilebilirliğini esas alarak açık – gizli – kasten gizlenmiş ayıp ayrımlarını yapmıştık²⁶². Ayıp bildiriminin ne zaman yapılacağına ilişkin TBK m. 474/I, “uygun bir süre içinde” ifadesini kullanmaktadır. Bu ifade mülga 818 sy. Kanun m. 359’da “imkan bulur bulmaz” yer almış olmasına karşılık, TBK m. 474 ile birlikte bildirimin eserin gözden geçirilmesinden sonra uygun bir süre içinde bildirimde bulunulacağı hususu böylece yasal düzenlemeye kavuşmuştur²⁶³. Bir görüş, TBK m. 474/I’nin açık ayıplar için öngörülmüş olduğunu belirtmektedir²⁶⁴. Bu görüşe göre; açık ayıplarda bildirim, ayıbın tespitinin ardından uygun bir sürede (orta zekaya sahip, makul, dürüst bir işverenin bildirimde bulunacağı sürede) yapılmalıdır²⁶⁵. Başka bir görüşe göre, TBK m. 474/I’deki ifadeyi, aksi gerekmediği sürece, “incelemenin tamamlanmasının ardından hemen” olarak anlamak gerekir²⁶⁶. Buna karşılık,

²⁵⁶ Tandoğan, 2010a: 172.

²⁵⁷ Canbolat, 2009: 90; Eren, 2017a: 645; Gümüş, 2014: 59; Şenocak, 2002: 125; Tandoğan, 2010a: 173; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁵⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Eren, 2017a: 645; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁵⁹ Tandoğan, 2010a: 173; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 556.

²⁶⁰ Gümüş, 2014: 59; Y. 15. HD. T. 8.6.2006 E. 2005/3718 K. 2006/3414, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): “...İhbarın yazılı olması şart olmayıp, tanık beyanı dahil her türlü delille kanıtlanması mümkündür...”; Y. 15. HD. T. 24.4.2002 E. 2002/1758 K. 2002/1989, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): “...Gerek, hukuki eylem olan teslim ve gerek hukuki işlem benzeri olan ihbar, her türlü delille kanıtlanabilir...”.

²⁶¹ Şenocak, 2002: 125.

²⁶² bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıp Çeşitleri.

²⁶³ Gökyayla, 2012: 582.

²⁶⁴ Eren, 2017a: 645.

²⁶⁵ Eren, 2017a: 645.

²⁶⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 557.

eser olarak karmaşık bir tesis meydana getirilmesi gibi gözden geçirmenin kısa sürede tamamlanmasının mümkün olmadığı hallerde eğer ki zararın artacağı yönünde bir tehlike bulunmaktaysa, bildirimde bulunmak için gözden geçirme süresinin tamamlanması beklenmemelidir²⁶⁷. Bununla birlikte, eğer ki eserde, apaçık ortada olup gözden geçirme yapılması gerekmeksizin tespit edilebilen ayıplar bulunmaktaysa, yine gözden geçirme süresinin tamamlanması beklenmeyip ayıbın tespitinden sonra derhal bildirimde bulunulmalıdır²⁶⁸. Bu hallerde gözden geçirme tamamlanmadan bildirimde bulunulması, dürüstlük kuralının bir gereğidir²⁶⁹.

Türk Borçlar Kanunu m. 477/III'te, eserde mevcut bulunan ayıbın bir gizli ayıp olması halinde, iş sahibinin gecikmesizin ayıbı yükleniciye bildirmek zorunda olduğu, aksi takdirde eseri kabul etmiş sayılacağı hüküm altına alınmıştır. “Gecikmesizin bildirmek” ifadesi ile kastedilen anlamın, bir an dahi gecikmesizin nefes nefese olarak değil, sağlıklı bir bildirimde bulunmak amacıyla gerekli konuların ve araçların belirlendiği, yeterli ve makul bir sürenin sonu olarak algılanması gerektiği belirtilmektedir²⁷⁰. Başka bir ifade ile, iş sahibinin gecikmesizin bildirim ile külfetli olması, iş sahibine düşünme ve açıklama süresi tanınmasına engel değildir²⁷¹. Başka bir yaklaşım, “gecikmesizin” ifadesinin örtülü bir Kanun boşluğu olduğunu ileri sürmekte ve bu ifadenin tıpkı TBK m. 474/I'deki gibi “uygun bir süre” şeklinde okunarak bu boşluğun doldurulması gerektiğini ileri sürmektedir²⁷². Buna karşılık gizli ayıbın ortaya çıkması halinde iş sahibinin ayıbın önem ve kapsamı ile ilgili mutlak bir sonuca ulaşmayı beklemeden bir an önce bildirimde bulunması gerektiği görüşü de mevcuttur²⁷³.

Kasten gizlenmiş ayıpların söz konusu olduğu hallerde ise, ayıbın iş sahibince (ihmalî olarak dahi) geç bildirilmesi eserin ayıplı kabulü anlamına gelmemekte ve fakat eserin kabul edilmiş sayılmaması için kasten gizlenmiş ayıbın, eserin teslimi esnasında iş sahibince bilinmiyor olması gerekmektedir²⁷⁴. Başka bir deyişle, kasten gizlenmiş ayıplarda yüklenicinin sorumluluğu, iş sahibinin bildirim yükümlülüğü aranmaksızın devam eder²⁷⁵. Bir görüşe göre, konuyu düzenleyen TBK m. 477/I'in “gizli ayıplarla sınırlı” lafzı ile sınırlı kalınmayıp, yüklenicinin kasten gizlemeye çalıştığı açık ayıplar bakımından da uygulamak

²⁶⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 557.

²⁶⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 405; Şenocak, 2002: 122.

²⁶⁹ Şenocak, 2002: 123.

²⁷⁰ Eren, 2017a: 646; Tandoğan, 2010a: 174.

²⁷¹ Şenocak, 2002: 122.

²⁷² Gümüş, 2014: 58.

²⁷³ Tandoğan, 2010a: 174.

²⁷⁴ Eren, 2017a: 646.

²⁷⁵ Gümüş, 2014: 59; Şenocak, 2002: 123.

gereklidir ve bu durumda da gözden geçirme ve bildirim yükümlülüğü olmaksızın yüklenicinin sorumluluğu devam etmelidir²⁷⁶.

Yüklenici ve işsahibinin gözden geçirme ve bildirim sürelerinin sınırlarını sözleşme ile çizmiş olmaları, bu süreleri dürüstlük kuralına aykırı olacak şekilde kısaltmamak kaydıyla (ki bu halde kararlaştırılmış kısa süre yerine makul süre uygulanacaktır) mümkündür²⁷⁷. Taraflar kısa bir garanti süresi belirlemişler ise bundan gözden geçirme ve bildirim sürelerinin garanti süresiyle sınırlandırılmak istendiği çıkarımı yapılmalıdır²⁷⁸. Ancak öte yandan; bir garanti süresinin belirlenmiş olması, aksini haklı gösterecek bir sebep olmadıkça, gözden geçirme ve bildirim sürelerinin garanti süresi kadar uzatıldığı anlamına gelmemektedir²⁷⁹. Garanti sürelerinin gözden geçirme ve bildirim sürelerine etkisi, somut olayın niteliğine göre değerlendirilecek bir husustur²⁸⁰. Bununla birlikte kural olarak bildirim süresinin garanti süresinin sonuna kadar uzadığının Yargıtay tarafından kabul edildiği belirtilmektedir²⁸¹. Tüm bunlara karşılık, garanti süresi ile kastedilen ne olduğunu tespit etmek bir yorum sorunu olduğundan, bu konuda önceden genel geçer bir kriter belirlemek pek de mümkün gözükmemektedir ve tarafların garanti süresi getirerek ne amaçladıklarını gerçek iradelerini tespit ederek belirlemek gerekir²⁸².

Bildirimin zamanında yapılmadığı iddiasını ileri sürmek yükleniciye düşmektedir; zira hakim kendiliğinden bildirimin zamanında yapıp yapılmadığını araştıramaz²⁸³. Ancak taraflar anlaşma ile aksini kararlaştırabilirler²⁸⁴.

1.4.2.4. Sorumsuzluk Anlaşması Yapılmamış Olması

Sorumsuzluk anlaşmaları hukukî nitelik bakımından birer tasarruf işlemidirler²⁸⁵ ve Kanunda sorumluluğun doğması için öngörülmüş koşullar bir araya gelmiş olsa dahi, Kanunun sözkonusu sorumluluğa özgülediği hukukî sonuçların doğmasına engel olurlar²⁸⁶. Sorumsuzluk anlaşmaları, borçlunun normalde sorumlu olduğu ifa engelleri sebebiyle ortaya

²⁷⁶ Gümüş, 2014: 59.

²⁷⁷ Tandoğan, 2010a: 174.

²⁷⁸ Tandoğan, 2010a: 175.

²⁷⁹ Tandoğan, 2010a: 175; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 557.

²⁸⁰ Şenocak, 2002: 124; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 557.

²⁸¹ Gümüş, 2014: 59.

²⁸² Şenocak, 2002: 124.

²⁸³ Şenocak, 2002: 129; Tandoğan, 2010a: 176; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 557.

²⁸⁴ Gümüş, 2014: 60.

²⁸⁵ Akman, 1976: 12; Başalp, 2011: 121; Erten, 1977: 90; Özer, 2017: 334.

²⁸⁶ Başalp, 2011: 121.

çıkacak olan tazminat borcunun doğumunu engellemektedir²⁸⁷. Bu sebeple borç ilişkisinin bütününe ilgilendirirler²⁸⁸. Buna karşılık sorumsuzluk anlaşmaları ile sözleşmeden doğan asli ve yan edim yükümlülüklerinin bertaraf edilmesi mümkün değildir ve keza örneğin özen borcunun ortadan kaldırıldığı bir sorumsuzluk anlaşması söz konusu olamaz²⁸⁹.

Eser sözleşmesinde ise ayıptan sorumluluk hükümlerinin düzenleyici hukuk kuralları olmaları sebebiyle kural olarak TBK m. 115 hükmü kapsamında işsahibi ve yüklenicinin sorumsuzluk anlaşması yapması mümkündür²⁹⁰. Başka bir deyişle, yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulabilmesi için ayıptan sorumluluğun tarafların bu konuda anlaşması ile ortadan kaldırılmamış yahut sınırlandırılmamış olması gerekmektedir²⁹¹. Buna karşılık yüklenicinin eseri ayıplı olarak teslim etmekte ağır kusuru mevcut ise, sözkonusu sorumsuzluk anlaşması hükümsüz olur²⁹². Bu geçersiz sayılmaya gerekçe olarak ise satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 221'in kıyas yoluyla uygulanması gösterilmektedir²⁹³. Örneğin, yüklenicinin hile ile ayıbı gizlemesi halinde, eğer bir sorumsuzluk anlaşması mevcut ise bu anlaşma batıl olur²⁹⁴. Bunun gibi, TBK m. 115 ve 116'da sorumsuzluk anlaşmaları için öngörülen geçersizlik halleri, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluğu bertaraf eden sorumsuzluk anlaşmalarına da uygulanır²⁹⁵.

1.4.2.5. İşsahibinin Ayıp Nedeniyle İleri Sürecek Olduğu Hakların Zamanaşımına Uğramamış Olması

Ayıp nedeniyle ileri sürülebilecek hakların tabi olduğu zamanaşımı hususu özel düzenlemeler saklı kalmak kaydı ile TBK m. 478'te düzenlenmiştir. Zamanaşımı hususuna “İşsahibinin Ayıp Karşısında Hakları” başlığı altında daha ayrıntılı olarak değinilmiştir²⁹⁶. Ayıp karşısında hak ileri sürmek için bir koşul olarak bunlar için öngörülen zamanaşımı sürelerinin tüketilmemiş olması gereklidir.

²⁸⁷ Akman, 1976: 13; Başalp, 2011: 122; Eren, 2017b: 1112; İnal, 384; Özer, 2017: 332.

²⁸⁸ Erten, 1977: 90.

²⁸⁹ Akman, 1976: 9; Başalp, 2011: 122.

²⁹⁰ Eren, 2017a: 655.

²⁹¹ Gümüş, 2014: 62.

²⁹² Eren, 2017a: 655; Gümüş, 2014: 62.

²⁹³ Gümüş, 2014: 62.

²⁹⁴ Eren, 2017a: 655.

²⁹⁵ Eren, 2017a: 655.

²⁹⁶ bk. İkinci Bölüm, İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te Yer Alan Hakları, Zamanaşımı.

İKİNCİ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASI

2.1. Genel Olarak

Çalışmamızda esasen, Türk Borçlar Kanunu’nun özel kısmında yer alan eser sözleşmesinin ayıptan doğan sorumluluk hükümleriyle, genel kısmında yer alan ve aynı olaya uygulanabilecek hükümlerin arasındaki ilişkinin tespit edilmesi amaçlanmaktadır. Serozan’ın tabiriyle, kural eksikliğinde açık boşluklar, kural aksaklığında ise örtülü boşlukların doldurulması gerekmektedir; kural çokluğunda ise bu kurallar arasındaki “kritik” tercihin nasıl yapılacağı konusu çözümlenmesi gerekli bir sorundur²⁹⁷. Kural çokluğundan kasıt, aynı olayın (maddi olgunun) birden fazla kuralın uygulama alanına girmesidir²⁹⁸. Öyle ki “eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle genel hükümlerin yarışması”, esasında aynı olaya uygulanabilecek birden çok kural olmasının bir görünümüdür ve yarışma halinde ayıp hükümleriyle genel hükümler arasındaki tercihin nasıl yapılacağı sorununu gündeme getirmektedir. Ancak bu konu özel olarak irdelenmeden önce bu kısımda genel hatlarıyla aynı olaya uygulanabilecek kural çokluğu dolayısıyla taleplerin yarışması sorunu ele alınmış ve çözüm getirilmeye çalışılmıştır.

Konumuz itibariyle, medeni usul hukukundaki anlamıyla “davaların yarışması” konusu ve birden fazla dava sebebi var ise bunlardan tamamının dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği hususu inceleme dışı bırakılmış ve taleplerin yarışması konusu ele alınmıştır²⁹⁹.

Konu itibariyle öncelikle iş sahibinin ayıp karşısında hakları ele alınmış, ardından genel olarak taleplerin yarışması konusu irdelenmiş ve eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle yarışması muhtemel olan Borçlar Kanunu genel hükümleri incelenmiştir.

2.2. İş sahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475’te Yer Alan Hakları

2.2.1. Genel Olarak

İş sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği haklar, TBK m. 475’te düzenlenmiştir. Ayıp karşısında kullanılacak olan haklardan seçimlik hak olanlar³⁰⁰; sözleşmeden dönme,

²⁹⁷ Serozan, 2017: 176.

²⁹⁸ Serozan, 2017: 177.

²⁹⁹ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 292.

³⁰⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 646.

bedelden indirim isteme, eserin ücretsiz onarımını isteme hakkı olarak sıralanmıştır. Bu üç seçimlik hak haricinde, TBK m. 475/II’de, genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının saklı olduğu hüküm altına alınmıştır. Buna göre işsahibi, ayıp karşısında seçimlik olduğunu ifade ettiğimiz haklardan yalnızca birini tercih etmek durumunda kalırken, genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkını bu üç seçimlik haktan hangisini tercih ettiyse onunla birlikte ileri sürebilir³⁰¹. Hatta tekeffül temelli yaklaşıma göre, bu seçimlik haklar kusursuz sorumluluk hali teşkil ettiğinden bunlardan birinin talep edilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekli olmayıp ayıby takip eden bir zarar meydana geliyorsa, yüklenici kusur sorumluluğu esaslarına göre sorumlu tutulup ayrıca tazminat ödemekle yükümlü olur (örneğin ayıplı çatının teslimi kusursuz sorumluluk esasına göre sorumluluk yaratırken, çatının akması neticesinde evde mevcut bulunan eşyanın zarar görmesi kusur sorumluluğuna dayanmaktadır)³⁰². Başka bir deyişle; seçimlik hakların kullanılması için her ne kadar yüklenicinin kusurlu olması koşulu aranmasa da, tazminat talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması koşulu aranmaktadır³⁰³. Bununla birlikte bu görüşe göre, salt eserin ayıplı olması sebebiyle meydana gelen zarar, tazminatın kapsamında olmayıp bunlar eserin onarımı yahut bedelden indirim ile karşılanacak olup; ayıby takiben meydana gelen zarar eserin ayıplı olması sebebiyle meydana gelen zarardan farklıdır ve bunlar ayıbyın sonradan meydana gelen sonucudur³⁰⁴. Bir görüşe göre, Kanun koyucu m. 475’te yer verdiği hakları sınırlı sayıda saymış olduğundan bunlar genişletilememektedir ve örneğin satış sözleşmesinde olduğu gibi, eserin ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini talep etme hakkı söz konusu olmamaktadır³⁰⁵. Başka bir görüşe göre ise, taraflar anlaşma ile işsahibine bu haklar yanında başka haklar da tanıyabilirler³⁰⁶. Güncel bir Yargıtay kararında, bu seçimlik hakların sınırlı sayıda olup genişletilemeyeceği belirtilmiştir³⁰⁷.

³⁰¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 646; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³⁰² Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 648.

³⁰³ Aral ve Ayrancı, 2015: 406; Eren, 2017a: 653; Tandoğan, 2010a: 205; Yavuz vd., 2014: 1041; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³⁰⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 406.

³⁰⁵ Eren, 2017a: 646.

³⁰⁶ Canbolat, 2009: 99

³⁰⁷ Y. 15. HD. T. 29.4.2015 E. 2014/4247 K. 2015/2265, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (erişim tarihi: 06.12.2017): “...Davacı vekili talebinde davacı iş sahibinin fabrikasında kullanılmak üzere imal edilen ve montajı yapılan seksiyonel kapıların ayıplı olup iş sahibinin kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olduklarından ayıpsız misli ile değiştirilmesini istemiştir. Eser, iş sahibine ayıplı olarak teslim edilmiş, iş sahibi de muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş ise yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile iş sahibinin kullanacağı seçimlik haklar akdî ilişkinin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 818 Sayılı BK’nın 360. maddesinde sayılmıştır (TBK’nın 475.md). Bunlar eserdeki ayıbyın önemine göre eser sözleşmesinden dönülmesi, eserin alıkonarak ayıby oranında bedelden indirim isteme hakkı, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin onarılmasını talep hakkıdır. Bu seçimlik haklar arasında misli ile değiştirme bulunmamaktadır. Bu sebeple misli ile değiştirme kararı verilemez. ... ”.

Daha önce ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere ayıptan doğan sorumluluğun koşulları gerçekleştiği takdirde³⁰⁸, iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir³⁰⁹.

İş sahibi tarafından kullanılabilir olan bu seçimlik haklar, tazminat talep etme hakkı hariç olmak üzere (ki tazminat talep etme hakkının seçimlik hak olmadığını ve fakat seçimlik haklarla birlikte kullanılabilirliğini yukarıda belirtmiştik), hukukî nitelikleri açısından yenilik doğurucu haklardandır³¹⁰. Yenilik doğuran haklar tek taraflı irade beyanıyla kullanılır ve kullanılmalarıyla birlikte doğrudan doğruya etki yaratırlar³¹¹. Bununla birlikte ileride ayrıntılı olarak değindiğimiz üzere, iş sahibi tarafından bu seçimlik haklar arasında seçim yapma hakkı, kısmen (TBK m. 475'te her seçimlik hak için öngörölmüş koşulların gerçekleşmesi ile) sınırlanmıştır³¹². Ancak bu sınırlamalar haricinde iş sahibi kullanmak istediği seçimlik hakkı serbestçe seçebilir³¹³. İş sahibince seçim hakkı; hangi seçimlik hakkının tercih edildiği hususu karşı tarafa tek taraflı irade beyanıyla iletilmek suretiyle kullanılmış olur³¹⁴. Ayıp karşısında kullanılacak seçimlik hakların tek taraflı irade beyanıyla kullanılacak yenilik doğurucu haklar olması sebebiyle, bu hakların kullanılması iş sahibinin yükleniciyle anlaşmasını gerektirmediği gibi dava açmasını da gerektirmez çünkü bu seçimlik hakları kullanma yetkisi hakime değil iş sahibine aittir³¹⁵. İş sahibinin irade beyanı açık olabildiği gibi; bedelin indirilmesini isteme, bakiye bedelin ödenmeyeceğini bildirme, ayıplı eserin onarımını isteme örneklerinde olduğu gibi örtölü de olabilir³¹⁶.

Başka bir deyişle, TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklardan her üçü de bir kez kullanılmakla tüenecek olan haklardır ve bir seçimlik hakkın seçilmesi, diğer seçimlik hakları sona erdirecek ve seçilmiş olan seçimlik hakkı da ortadan kaldırmış olur³¹⁷. Öyle ki seçimlik haklardan birinin seçilmesi hakkı, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturacak şekilde kullanılamayacağı gibi, koşula bağlı olarak da kullanılamaz³¹⁸. Ayrıca bu haklar kullanıldığı takdirde bunun geri alınması ya da bundan dönölmesi de mümkün değildir³¹⁹.

³⁰⁸ bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluğun Koşulları.

³⁰⁹ Canbolat, 2009: 98; Eren, 2017a: 646; Tandoğan, 2010a: 176.

³¹⁰ Eren, 2017a: 647; Şenocak, 2002: 34.

³¹¹ Serozan, 2007: 46.

³¹² Eren, 2017a: 647.

³¹³ Uçar, 2003: 171; Canbolat, 2009: 100; Eren, 2017a: 647 .

³¹⁴ Canbolat, 2009: 99; Eren, 2017a: 647.

³¹⁵ Canbolat, 2009: 105; Eren, 2017a: 647.

³¹⁶ Eren, 2017a: 647.

³¹⁷ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³¹⁸ Eren, 2017a: 647.

³¹⁹ Eren, 2017a: 647; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

Son olarak belirtmek gerekir ki; bu hakların işsahibi ve yüklenici arasında mevcut bulunan hukukî ilişkiden doğmuş olması sebebiyle, dönme hakkı ve bedelin indirilmesini isteme hakkı, işsahibince üçüncü kişiye devredilemez³²⁰. Ancak eserin onarımını isteme hakkı üçüncü bir kişiye devredilebilir³²¹.

2.2.2. Sözleşmeden Dönme Hakkı

İşsahibine tanınan seçimlik haklardan dönme hakkı, TBK m. 475/I b. 1’de düzenlenmiş olup, buradaki ifadeye göre eser, işsahibince kullanılamaz halde veya hakkaniyet gereği kabule zorlamayı mümkün kılmayan ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa dönme hakkının kullanılmasının mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayıptan doğan sorumluluğun genel koşullarına ek olarak bu hakkın kullanımı için özel bir koşul öngörülmüş durumdadır³²². Burada eserin kullanılmazlığının dönmeyi haklı kılması için eserdeki ayıbın hiçbir şekilde giderilememesi gerekir³²³. Mülga 818 sy. Borçlar Kanunu’nun yürürlükte olduğu zamanlarda, bu Kanun m. 360/I ifadesi uyarınca, eserin kullanılamaması ve kabule zorlanamama hususlarının birbirinin alternatifi olmayıp kümülatif koşullar olduğu; hatta eserin kullanılmazlığının, kabulün beklenilmezliği hususunun özel bir uygulanış hali olduğu ileri sürülmekte idi³²⁴. Bununla birlikte mülga Kanun döneminde dahi bu kriterlerin kümülatif olmadığı görüşünü savunanların varlığından söz edilmektedir³²⁵. Yeni Kanun döneminde ise; 6098 sy. Kanun m. 475’te yukarıda anıldığı üzere “veya” bağlacının kullanılması, bu kriterlerden yalnızca birinin bulunmasının dönme hakkının kullanılabilmesi için yeterli olacağı görüşüne varılmasına sebebiyet vermiştir³²⁶. Ancak 6098 sy. Kanun döneminde yayımlanmış bazı eserlerde dahi eserin kullanılamaması ve kabule zorlanamama hususlarının birlikte aranacağı görüşünün yer almakta olduğunu gözlemek mümkündür³²⁷.

Dönme hakkının kullanılmasının eserin kabulünden kaçınılmış olmasına bağlı olmadığı, eser kabul edilmiş olsa dahi sözleşmeden dönülebileceği belirtilmektedir³²⁸. Bununla birlikte, dönmenin kural olarak eserin tesliminden sonra yapılacağı kabul edilse de, dönmenin sonuçlarını hafifletmek (gereksiz yere geri verme yükümlülüklerinin doğmasına

³²⁰ Eren, 2017a: 647.

³²¹ Eren, 2017a: 647.

³²² Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Eren, 2017a: 648; Uçar, 2003: 177.

³²³ Şenocak, 2002: 52.

³²⁴ Gökyayla, 2012: 583; Şenocak, 2002: 51; Tandoğan, 2010a: 181.

³²⁵ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³²⁶ Gökyayla, 2012: 583; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³²⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 407.

³²⁸ Eren, 2017a: 647.

engel olmak) amacıyla işsahibinin yüklenicinin teslim teklifini geri çevirerek de eser sözleşmesinden dönebilmelidir³²⁹.

Eserde mevcut bulunan ayıp dolayısıyla işsahibinin eseri kabule zorlanıp zorlanamayacağı; yüklenici ile işsahibinin çatışan çıkarları, dönmeye nazaran eserin onarımını veya bedelden indirimi istemenin işsahibi açısından yeterli olup olmayacağı, dönme hakkının kullanılmasının taraflar arasındaki yarar dengesini aşırı derecede bozup bozmayacağı ve nihayet ayıbın ortadan kaldırılması için gerekecek masraf ve süre gözetilerek hakkaniyet esaslarına göre belirlenir³³⁰. TBK m. 475 ifadesinde yer alan ayıp “ağır ayıp”, sözleşmeye aykırılık ise “ağır derecede sözleşmeye aykırılık” olarak anılmaktadır ve bunların mevcudiyeti ve niteliğini takdir hakkının hakime ait olduğu belirtilmektedir³³¹.

Bununla birlikte dönmeye ilişkin diğer bir koşul ise, TBK m. 475/III’te yer almaktadır. Bu ifadeye göre eğer ki eser işsahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilmiş olup eserin sökülüp kaldırılması aşırı derecede bir zararın oluşmasına sebebiyet vereceği durumlarda işsahibinin dönme hakkını kullanması yasaklanmıştır. Zararın aşırı olup olmayacağını hakim takdir eder³³². Burada işsahibinin ancak eserin onarımı ya da bedelin indirilmesi haklarından birini seçmesi mümkündür³³³ ve böylelikle maddi açıdan değeri yüksek olan yapı eserlerinin zarar görmesinin önüne geçilmektedir³³⁴. Buna karşın yapının yıkılıp kaldırılması aşırı derecede bir zarar oluşturmayacaksa işsahibi, sözleşmeden dönebileceği gibi yapıyı bizzat kendisi de yıkıp ortadan kaldırabilir³³⁵. İşsahibi eserin kabulünde temerrüde düşmüşse ve temerrüt esnasında eser beklenmeyen hal sebebiyle yok olmuşsa, işsahibi yükleniciden ancak bedelden indirim talep edebilir³³⁶. Ayrıca belirtilmektedir ki kural olarak; eserin işsahibinin sorumlu olduğu bir sebeple yok olması, işsahibinin eseri temlik etmiş olması veya ayıbı bilmekte olduğu halde eseri kullanması gibi durumlarda işsahibi dönme hakkını kullanamaz³³⁷.

Dönme hakkı, varması gereken, ulaştığı anda sonuç doğuran, yenilik doğuran, tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılmaktadır³³⁸. Dönme hakkının açık veya örtülü irade

³²⁹ Tandoğan, 2010a: 178.

³³⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Şenocak, 2002: 51; Tandoğan, 2010a: 181; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³³¹ Eren, 2017a: 648.

³³² Şenocak, 2002: 53; Tandoğan, 2010a: 183.

³³³ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Eren, 2017a: 648.

³³⁴ Canbolat, 2009: 115; Tandoğan, 2010a: 183; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³³⁵ Eren, 2017a: 648.

³³⁶ Eren, 2017a: 648; Gökyayla, 2009: 211.

³³⁷ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³³⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Canbolat, 2009: 104; Eren, 2017a: 648; Şenocak, 2002: 48.

beyanıyla kullanılabilmesi mümkündür³³⁹. Buna karşılık Türk Ticaret Kanunu m. 18/III, tacirler arası yapılacak dönme beyanları açısından bir takım şekil koşulları öngörmüş olsa da, bunların ispat şekli olduğu ileri sürülmektedir³⁴⁰. Dönme hakkının kullanılması ve sonuç doğurması için dava açılması veya yüklenicinin rızası gerekli değildir ve bu hususta bir dava açılrsa bile mahkemenin vereceği karar, dönme hakkının kullanılıp kullanılmadığına ve sözleşmenin bu vesileyle ortadan kalkıp kalkmadığına ilişkin bir tespitten ibaret olur³⁴¹. Dönme hakkı koşula bağlı veya dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılamaz ve bir kez kullanıldıktan sonra bundan dönülemez³⁴². Ancak, dönme hakkı bir kez kullanıldıktan sonra her ne kadar bundan tek taraflı şekilde dönülmesi mümkün olmasa da, dönmeye maruz bırakılmış sözleşmeyi tarafların anlaşarak yeniden canlandırmasının mümkün olduğu ve bunun yeni bir sözleşme sayılmaması gerektiği belirtilmektedir³⁴³.

İş sahibinin eser sözleşmesinden kısmen dönmesi caiz değildir ve dönme hakkının kullanılmasıyla sözleşmeden tamamen dönülmesi esastır³⁴⁴. Buna karşılık yüklenici iş sahibini uygun bir ücret karşılığı eserin ayıpsız kısmını kabule de zorlayamaz³⁴⁵. Ancak; birlikte bir bütünün parçalarını teşkil etmeyecek bağımsız nitelikte birden fazla eserin ifa edilmesi öngörülmüş ve bunlardan yalnızca bir kısmı ayıplı ise, iş sahibinin yalnızca ayıplı eserler bakımından sözleşmeden dönmesi, ayıpsız olanları kabul etmesinin mümkün olacağı belirtilmektedir³⁴⁶.

Bir görüş dönmenin eser sözleşmesini geçmişe etkili olarak ortadan kaldıracak savunmaktayken³⁴⁷, “yeni dönme teorisi” olarak isimlendirilen diğer bir görüş ise dönmenin geçmişe etkili bozucu değil değiştirici bir hak olduğunu savunmaktadır³⁴⁸. Bu konuda klasik dönme görüşü ile yeni dönme teorisini birleştiren bir üçüncü görüş ise, sözleşme ifa edinceye değin klasik görüşün, sözleşme ifa edildikten sonra ise yeni dönme görüşünün öngördüğü kuralların uygulanması gerektiğini savunmaktadır³⁴⁹.

³³⁹ Canbolat, 2009: 104; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 559.

³⁴⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³⁴¹ Şenocak, 2002: 49; Tandoğan, 2010a: 178.

³⁴² Eren, 2017a: 648; Şenocak, 2002: 50.

³⁴³ Tandoğan, 2010a: 180.

³⁴⁴ Eren, 2017a: 650; Tandoğan, 2010a: 180; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³⁴⁵ Tandoğan, 2010a: 180.

³⁴⁶ Tandoğan, 2010a: 180.

³⁴⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Tandoğan, 2010a: 177; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³⁴⁸ Eren, 2017a: 649; Şenocak, 2002: 49; Uçar, 2003: 176.

³⁴⁹ Canbolat, 2009: 120; Serozan, 2007: 502; Yavuz, 1989: 169.

İş sahibine ait dönmeye ilişkin irade beyanı yüklenicinin hakimiyet alanına girdiği anda tasfiye ilişkisi halini alır³⁵⁰. Öyle ki; sözleşmeden dönme ile eser sözleşmesi hiç var olmamış gibi ortadan kalkmaz ve fakat sözleşmenin içeriği geri verme yükümlülüğüyle değiştirilmiş olur³⁵¹. Henüz ifa edilmemiş durumdaki edimlerin ifa edilmesi zorunluluğu ortadan kalkar ve dönme anına kadar ifa edilmiş olan edimlerin sözleşme hükümlerine göre geri verilmesi zorunluluğu doğar³⁵². Somutlaştırmak gerekirse, yüklenici eser meydana getirmek için almış olduğu bedeli (ki buna avans ve hakedişler örnek verilebilir) ve buna ilişkin işlemiş olan faizi, iş sahibi de eseri ve eserden elde etmiş olduğu her türlü yararı geri verir³⁵³. Burada bahsedilen geri verme zorunluluğu, aynı anda ifa esasına göre yerine getirilir³⁵⁴.

Geri verme yükümlülükleri açısından halen sözleşmeye riayet edileceğinden, geri vermede sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz, ayrıca aynı nitelikte geri vermeye ilişkin hükümlerin de uygulanmasına yer yoktur. Çünkü eserin teslimi sebebe bağlı olarak yapılmışsa da dönme ile bu borcun sebebi ve içeriği ortadan kalkmamış ve fakat değişmiştir³⁵⁵. Bunların sonucu olarak dönme sonucunda geri verme yükümlülüklerine ilişkin olarak yalnızca TBK m. 478'deki zamanaşımı kuralları uygulanmakla birlikte sebepsiz zenginleşmeye ilişkin zamanaşımı kuralı ve aynı hakkın zamanaşımına tabi olmaması kuralı uygulanmaz³⁵⁶.

Yüklenicinin iş sahibinden eseri geri vermesini isteme hakkı aynı hak niteliğinde olmayıp sözleşmeye dayalı bir alacak hakkıdır³⁵⁷. Buna karşılık iş sahibi tarafından ayıplı eserin geri verilmesi borcu hukukî niteliği itibarıyla aranacak bir borçtur³⁵⁸. Bir görüşe göre yüklenici, hem eserin geri verilmesine ilişkin giderlerden kendisi sorumlu olup; hem iş sahibinin arsası üzerinde yapılmış olan eserin yıkılıp kaldırılması ile kalıntıların uzaklaştırılması yüklenicinin sorumluluğunda olur ve gerekirse iş sahibi bu işlemi masrafi yükleniciye ait olmak üzere kendi başına yapabilir, meydana getirilen eser iş sahibinin temin ettiği malzeme ile yapılmışsa malzemenin kaldırılması yine yüklenicinin sorumluluğunda olur ve yüklenici malzemeyi kaldırmaz veya kusurlu davranışı ile iş sahibini bu hususta zarara

³⁵⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Eren, 2017a: 648; Şenocak, 2002: 49; Uçar, 2003: 176; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 560.

³⁵¹ Şenocak, 2002: 49; Tandoğan, 2010a: 179.

³⁵² Eren, 2017a: 649; Şenocak, 2002: 49; Tandoğan, 2010a: 178.

³⁵³ Eren, 2017a: 650; Tandoğan, 2010a: 178.

³⁵⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 407; Eren, 2017a: 649; Şenocak, 2002: 55; Uçar, 2003: 182.

³⁵⁵ Tandoğan, 2010a: 179.

³⁵⁶ Tandoğan, 2010a: 179.

³⁵⁷ Eren, 2017a: 649.

³⁵⁸ Eren, 2017a: 649; Tandoğan, 2010a: 179.

uğratırsa tazminat ödemekle yükümlü olur³⁵⁹. Diğer bir görüşe göre ise, geri vermeyi isteme hakkı aranacak bir borç niteliğinde olduğundan, iş sahibinin eseri yüklenicinin geri alması için hazır bulundurması yeterli olup; eser iş sahibinin malzemesiyle yapılmış ve iş sahibinden eserin kabulü beklenemiyor ise değeri tazmin edilerek eserin aynen geri verilmesi yükümlülüğü doğar, iş sahibi kendi malzemesiyle yapılmış eseri alıkoyamaz ve zenginleştiği tutarı yükleniciye ödeme yoluna gidemez, eser iş sahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilmişse yüklenici taşınmaza monte edilmiş eserleri söküp götürme hakkına sahip olur. Ancak bu söküp kaldırma işlemi önceki görüşte olduğu gibi bir yükümlülük teşkil etmez³⁶⁰. Bu görüşe göre yüklenicinin taşınır nitelikteki ayıplı eserlerde de geri alma yükümlülüğü bulunmamaktadır³⁶¹.

2.2.3. Bedelden İndirim İsteme Hakkı

Eseri alıkoyarak bedelin ayıp oranında indirilmesini isteme hakkı, TBK m. 475/I b. 2’de düzenlenmiştir. Ayıbın, sözleşmeden dönmenin talep edilmesini haklı kılan düzeyde önemli olmaması halinde bedelden indirim talep edilmesi söz konusu olur³⁶². Bedelden indirim isteme hakkındaki amaç sözleşmenin değişen durum ve koşullara rağmen ayakta tutulmasıdır ki, bu da eserdeki değer kaybına karşılık bedelden indirim yapılarak ayıplı ifa sebebiyle bozulan edimler arasındaki dengenin tekrar kurulmasıyla sağlanmaktadır³⁶³. Bedelden indirim isteme hakkının kullanılması için öngörülmüş bir şekil kuralı yoktur ve bu hakkın kullanımı açık ya da örtülü irade beyanıyla gerçekleştirilebilir³⁶⁴. Tacirler arasında yapılacak bedelden indirim isteme beyanı da, TTK m. 18/III’te sayılan hallerden olmadığından burada öngörülmüş şekil koşuluna tabi olmaz³⁶⁵. Tıpkı diğer seçimlik haklar gibi bedelden indirim isteme hakkı da tek taraflı, varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılır³⁶⁶. Dönmeye imkan veren ayıbı “ağır ayıp” olarak isimlendiren görüş, dönmeye imkan vermeyen ancak bedelden indirim istenmesine olanak veren ayıbı “hafif ayıp” olarak isimlendirmektedir³⁶⁷. Bedelden indirim talep edilebilmesi için ayıbın eserin değerinde eksikliğe sebebiyet vermiş olması gerekmektedir ve bu değer eksikliği teslim edilmiş ayıplı eserin değeri ile eserin sözleşmede borçlanılmış olan ayıpsız halinin değeri arasındaki maddi

³⁵⁹ Eren, 2017a: 649; Şenocak, 2002: 55.

³⁶⁰ Tandoğan, 2010a: 180.

³⁶¹ Tandoğan, 2010a: 180.

³⁶² Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Tandoğan, 2010a: 186; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁶³ Şenocak, 2002: 57.

³⁶⁴ Şenocak, 2002: 58; Tandoğan, 2010a: 188; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁶⁵ Tandoğan, 2010a: 188; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁶⁶ Şenocak, 2002: 58.

³⁶⁷ Eren, 2017a: 650.

değer farkıdır³⁶⁸. Eserin ayıpsız halinin değeri, objektif kritere göre, yani eserin ayıpsız halinin piyasa değeri yahut ortalama satış bedeline göre belirlenir³⁶⁹. Bununla birlikte, tarafların eser sözleşmesinde kararlaştırmış oldukları bedel, eserin ayıplı halinin değeriyle aynı, hatta daha fazla miktarda olsa bile, bu durum bedelden indirim istenmesine engel teşkil etmez³⁷⁰. Ancak eserin değerinde objektif olarak hiçbir azalma gerçekleşmemişse bedelden indirim hakkı kullanılamaz ve fakat koşulları gerçekleşmiş ise ayıptan doğan diğer haklar kullanılabilir³⁷¹. Ayrıca, eğer ki bedel halihazırda işsahibi tarafından ödenmişse, bedelden indirim hakkı istemeyle işsahibinin bir miktar paranın iade edilmesine ilişkin alacağı doğar³⁷².

Başka bir hususa dikkat çekmek gerekir ki, eserin ayıplı halinin ve ayıpsız halinin değeri, tıpkı satışta satılanın değerinin hasarın geçtiği yer ve zamanın rayiçlerine göre belirlenmesi gibi, eser sözleşmesinde de teslim yeri ve zamanının rayiçlerine göre belirlenecektir³⁷³. Tandoğan, rayicin ne Alman hukukundaki gibi sözleşmenin kurulma anına göre, ne de Yargıtay'ın birtakım kararlarında esas aldığı üzere olay tarihine göre belirlenmesini isabetli bulmamakta, olay tarihi denen kavram ile ayıbın ortaya çıktığı günün mü yoksa bedelden indirimin istendiği günün mü kastedildiği belirsiz olduğundan bu kavramı müphem bulmaktadır³⁷⁴. Bunlarla birlikte, açık ayıplarda rayiç için teslim anının esas alınacağını kabul etmekle birlikte, gizli ayıplar bakımından rayicin ayıbın ortaya çıkış anına göre belirleneceğini belirtmek gerekir³⁷⁵.

Dönme hakkının talep edilebilmesi için gerekli koşullar mevcut olsa dahi, işsahibi dönme yerine bedelden indirim isteme hakkını talep edebilir³⁷⁶. Buna karşılık ayıplı eserde indirilmesi gereken miktar eserin bedeli kadar ise, yani eserin objektif kritere göre maddi anlamda hiçbir değeri yok ise, satış sözleşmesi hükümlerinden TBK m. 227/V'in kıyas yoluyla uygulanması gerektiği, yani bedelden indirim istemenin mümkün olmadığı ve yalnızca sözleşmeden dönülmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir³⁷⁷.

Bedelden indirim isteme hakkı hukukî nitelik itibarıyla tıpkı sözleşmeden dönme gibi yenilik doğuran bir hak olduğu ve bedelin indirilmesine sebebiyet verdiği için değiştirici

³⁶⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Şenocak, 2002: 58; Uçar, 2003: 188; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁶⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Canbolat, 2009: 124; Eren, 2017a: 650; Tandoğan, 2010a: 188; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁷⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Tandoğan, 2010a: 188.

³⁷¹ Tandoğan, 2010a: 189.

³⁷² Şenocak, 2002: 57.

³⁷³ Canbolat, 2009: 125; Şenocak, 2002: 58; Tandoğan, 2010a: 189.

³⁷⁴ Tandoğan, 2010a: 190.

³⁷⁵ Canbolat, 2009: 126.

³⁷⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 408.

³⁷⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 408; Eren, 2017a: 650; Tandoğan, 2010a: 189; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

nitelikte olduğu ileri sürülmektedir³⁷⁸. Buna göre bedelden indirim isteme hakkının dava yolu ile kullanılmasına gerek olmayıp iş sahibinin bu hakkın kullanılması doğrultusunda tek taraflı irade beyanının yüklenicinin hakimiyet alanına girmesiyle bedel indirilmiş olur³⁷⁹. İndirilmesi gereken bedelin hesabı satış sözleşmesinde kullanılan nisbi hesaplama yöntemine göre yapılır ve indirimin oranı eserdeki ayıbın oranı kadardır (İndirilmiş ücret = Kararlaştırılan ücret x Eserin ayıplı değeri / Eserin ayıpsız değeri)³⁸⁰. Yargıtay da bedelden indirimde nisbi hesaplama yönetimini esas almaktadır³⁸¹.

2.2.4. Eserin Ücretsiz Onarımını İsteme Hakkı

Eserin aşırı bir masrafı gerektirmeden onarılabilecek durumda olması halinde tüm masrafları yükleniciye ait olacak şekilde eserin ücretsiz onarımını isteme hakkı, TBK m. 475/I b. 3'te hüküm altına alınmıştır. Eserin ücretsiz onarımını isteme hakkı da, iş sahibinin ayıp karşısında kullanabileceği diğer seçimlik hakları gibi bozulan edim dengesini yeniden tesis etme amacı taşımaktadır³⁸². Bu seçimlik hakkın talep edilebilmesinin özel koşulu olarak Kanunda onarımın aşırı bir masrafı gerektirmemesi olarak öngörülmüştür. Dönme hakkına imkan vermeyen ancak bedelden indirim istenebilecek hallerde bedelden indirim yerine eserin ücretsiz onarımını istemek mümkündür³⁸³. Onarımın aşırı masrafa yol açıp açmayacağının tespitinde ölçüt, yüklenici tarafından yapılacak onarımın iş sahibine sağlayacağı yarar ile yüklenici tarafından üstlenilecek masraf arasında aşırı derecede bir oransızlık olup olmadığı gözetilerek belirlenir³⁸⁴. Buna karşılık, eğer yüklenici eser sözleşmesinde eserin birtakım niteliklerinin mevcut bulunacağını garanti etmişse, masrafın büyüklüğüne bakılmaksızın iş sahibince eserin ücretsiz onarımının talep edilebileceği savunulmaktadır³⁸⁵.

³⁷⁸ Canbolat, 2009: 123; Eren, 2017a: 650; Şenocak, 2002: 57; Tandoğan, 2010a: 186.

³⁷⁹ Şenocak, 2002: 57; Tandoğan, 2010a: 187.

³⁸⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; Canbolat, 2009: 127; Eren, 2017a: 650; Şenocak, 2002: 62; Tandoğan, 2010a: 191; Uçar, 2003: 190; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 561.

³⁸¹ Y. 15. HD. T. 23.1.2017 E. 2016/1142 K. 2017/241, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 06.12.2017): "...Gerek 818 sayılı BK'nın 360. maddesi gerekse 6098 sayılı TBK'nın 475/2. maddesi hükümlere göre ayıp halinde iş sahibinin seçimlik hakları arasında eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı da sayılmıştır. Dairemizin içtihat ve uygulamalarında ayıp ve kusurun eserin kabule zorlanamayacak ölçüde kusurlu veya sözleşmeye aykırı olmaması halinde eserin değerindeki eksiklik oranında bedelde indirim istenebileceği kabul edilmektedir. Bedelde indirimin seçimlik hakkının kullanılması durumunda indirim bedelinin hesaplanmasında nisbi metod uygulanmalıdır. Bu metoda göre kararlaştırılan ücret ve yapılan işin teslim tarihindeki ayıplı değerinin çarpımı sonucu bulunacak miktarın teslim tarihindeki ayıpsız değere bölünmesi ile indirim gereken bedel hesaplanır (Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 24.05.2010 gün 2010/1703 Esas 2010/2891 Karar sayılı ilâmı)...".

³⁸² Şenocak, 2002: 155.

³⁸³ Canbolat, 2009: 138; Şenocak, 2002: 52; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

³⁸⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; Eren, 2017a: 651; Şenocak, 2002: 149; Tandoğan, 2010a: 197.

³⁸⁵ Eren, 2017a: 651.

Onarımın aşırı bir masrafa sebebiyet verip vermeyeceğini tespit ederken hakimin, yüklenicinin kazancını korumaya çalışmaması, hatta iş sahibinin yalnızca maddi olarak ölçülebilen yararlarını değil de maddi olarak ölçülemeyen yararlarını da (eserin rengi gibi estetik unsurlar) gözetmesi gerektiği; ancak yalnızca eserin göze hoş gelmesi için yapılan masrafların aşırı sayılmasının daha kolay olması gerektiği belirtilmektedir³⁸⁶.

Kanunda her ne kadar açıkça belirtilmiş olmasa da, eserdeki ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olmasının da eserin ücretsiz onarımını talep edebilmenin bir özel koşulu olduğunu kabul etmek gerekmektedir³⁸⁷. Objektif olarak ayıbın tamamen değil de kısmen giderilmesi mümkün ise, eserin ücretsiz onarımını isteme hakkının mümkün olan kısım ile sınırlı olacağı belirtilmektedir³⁸⁸.

Eserin ücretsiz onarılmasını isteme kavramı, 6098 sy. Kanunda daha yalın ve dar bir ifade tercih edilerek düzenlenmiştir: “Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.” Mülga 818 sy. Kanun m. 360/II, “işin ıslahı” ifadesini kullanarak yeni Kanunun aksine, yalnızca onarım isteme şeklinde değil, ayıbın her ne suretle olursa olsun giderilmesini isteme şeklinde geniş yorumlanmaya daha uygundur. Zira mülga Kanun döneminde yazılan eserlerde bu hakkın “ayıbın giderilmesini isteme hakkı” olarak anıldığı görülmektedir³⁸⁹. Bununla birlikte bazı yazarların 6098 sy. Kanun m. 475 kapsamında bu seçimlik hakkı incelerken hala “ayıbın giderilmesini isteme hakkı” ifadesini kullandıkları, yeni ifadeden anlaşılanın eski ifadeyle aynı kabul edildiği gözlemlenmektedir³⁹⁰. Hak bu şekilde isimlendirildiği takdirde bununla ifade edilenin “eserin sözleşmeye uygun hale getirilmesi için gerekmekte olan onarım ve iyileştirmenin giderleri yükleniciye ait olmak üzere yüklenici tarafından gerçekleştirilmesi” olduğunu kabul etmek mümkün olur³⁹¹. Ancak 6098 sy. Kanunda ne iyileştirmeden, ne de ayıbın giderilmesinden bahsedilmekte, yalnızca ücretsiz onarım ifadesine yer verilmektedir. Bu nedenle 6098 sy. Kanun ifadesinden çıkarılacak anlam neticesinde hukukî ayıpların giderilmesinin bu kapsamda yer alıp almayacağı tartışılması mümkün hale gelmektedir.

Eserin ücretsiz onarımı borcu eğer ki ayıbın giderilmesi borcu olarak nitelendirilir ise; bu borcun kapsamının, eserin sözleşmeye uygun olacak şekilde ayıpsız hale getirilmesi için ne

³⁸⁶ Şenocak, 2002: 151; Tandoğan, 2010a: 197.

³⁸⁷ Aral ve Ayrancı, 2015: 409; Canbolat, 2009: 138; Eren, 2017a: 651; Şenocak, 2002: 37; Tandoğan, 2010a: 196; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

³⁸⁸ Tandoğan, 2010a: 197.

³⁸⁹ Tandoğan, 2010a: 192.

³⁹⁰ Gümüş, 2014: 67; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

³⁹¹ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

gerekiyorsa yüklenici tarafından yapılması yükümlülüğünden ibaret olduğu söylenebilir³⁹². Öyle ki bu yükümlülüğün, yüklenicinin eser sözleşmesi akdedilirken üstlendiği ayıpsız bir eser ifa etme yükümlülüğünün halihazırda mevcut bulunan ayıbı giderme yükümlülüğüne dönüşmüş hali olduğu belirtilmektedir³⁹³.

Ücretsiz onarım isteme hakkının da dönme hakkı ve bedelden indirim isteme hakkı gibi hukukî nitelik bakımından, varması gereken ve yüklenicinin hakimiyet alanına girdiği andan itibaren sonuç doğuran tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan, kural olarak bir kez kullanıldıktan sonra bundan dönülemeyen, koşula bağlı olarak kullanılamayan, değiştirici yenilik doğuran bir hak olduğu belirtilmektedir³⁹⁴. Bu seçimlik hakkın kullanılmasına ilişkin beyanın geri alınması kural olarak mümkün olmasa da, yüklenicinin korunmaya değer bir yararını zedelediği birtakım durumlarda (yüklenicinin ayıbı gidermekte temerrüde düşmüş olması gibi) beyanın geri alınmasının mümkün olduğu belirtilmektedir³⁹⁵. Bu seçimlik hakkın kullanılması için de diğer iki seçimlik hakta olduğu gibi ne yüklenicinin rızası gerekmekte, ne de bu hakkın dava yoluyla kullanılması gerekmektedir³⁹⁶. Ayrıca bu hak, yükleniciye değil yalnızca iş sahibine tanınmıştır³⁹⁷.

Tıpkı dönme ve bedelden indirim haklarında olduğu gibi, ücretsiz onarım hakkının da dava edilmesi halinde verilecek hüküm hakkı tesis etmeyecek ve mahkemenin vereceği hüküm inşai olmayıp yalnızca hakkın mevcut olup olmadığının tespitinden ibaret olur³⁹⁸.

Yüklenicinin ücretsiz onarımı kabul etmediği yahut ayıbı gideremeyecek durumda olduğu bazı nadir durumlarda iş sahibinin onarımı kendisinin yapıp yahut üçüncü bir şahsa yaptırıp bu onarımın masrafını yükleniciden talep etmesi mümkündür³⁹⁹. Hatta iş sahibinin onarımı üçüncü bir kişiye yaptırıp bunun masrafını yükleniciden talep edebilmesinin, ayıbı gidermeye ilişkin harcamaların yükleniciye ait olmasının doğal bir sonucu olduğu ileri sürülmektedir⁴⁰⁰. İş sahibinin eserin onarımını üçüncü bir kişiye yaptırabilmesi için TBK m. 113/I uyarınca iş sahibinin hakimden izin alması gerektiği⁴⁰¹, ancak buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi'nin mehz Kanunda TBK m. 473/II'ye karşılık gelen hükmü kıyasen

³⁹² Şenocak, 2002: 36; Tandoğan, 2010a: 194.

³⁹³ Tandoğan, 2010a: 194; Şenocak, 2002: 38.

³⁹⁴ Canbolat, 2009: 136; Eren, 2017a: 651; Şenocak, 2002: 39; Tandoğan, 2010a: 192.

³⁹⁵ Şenocak, 2002: 39.

³⁹⁶ Tandoğan, 2010a: 192.

³⁹⁷ Eren, 2017a: 651.

³⁹⁸ Tandoğan, 2010a: 192.

³⁹⁹ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Eren, 2017a: 651; Tandoğan, 2010a: 200; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

⁴⁰⁰ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

⁴⁰¹ Eren, 2017a: 651; Tandoğan, 2010a: 200.

uygulayarak hakimden izin alma zorunluluğunu ortadan kaldırdığı belirtilmektedir⁴⁰². Kanımızca TBK m. 473/II hükmünde yer alan “...bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir.” ifadesinden TBK m. 113/I’deki hakimden izin alma koşulunun kaldırıldığı açıkça anlaşılmamaktadır. Dolayısıyla kıyas yöntemiyle amir hükmün getirdiği koşulun bertaraf edilmesini yerinde bulmamaktayız. Sonuç olarak TBK m. 113/I ifadesinde yer alan izin koşulunun uygulanmaya devam etmesi yerinde bir tutum olur.

İşşahibi seçimlik haklarından eserin ücretsiz onarılmasını tercih ettiği ve bunu yükleniciye bildirdiği andan itibaren, yüklenici TBK m. 90 kapsamında anında onarıma başlamak ve objektif ölçüte göre kendisinden beklenmesi uygun bir süre içinde çalışmasını tamamlamak zorunda kalır⁴⁰³. Ücretsiz onarım süresi belirlenmemiş ve yüklenici anında muaccel olan bu borcunu ifa etmekten kaçınmış ise yüklenici işşahibi tarafından TBK m. 117/II işletilerek; eğer işşahibince bu hususta tayin edilmiş bir süre mevcut ise, TBK m. 117/II kıyasen uygulanarak ve ihtarla gerek duyulmaksızın, temerrüde düşürülebilir⁴⁰⁴. Bunun haricinde, eğer ki yüklenici ücretsiz onarımın ifasına başlaması gereken zamanda başlamaz ise yahut yüklenicinin onarımı zamanında (işşahibinin kusuru olmaksızın) tamamlayamayacağı anlaşılırsa, TBK m. 473/II’nin kıyasen uygulanması ve işşahibinin yapacağı ihtar ile yükleniciyi süre bitimi beklenmeksizin temerrüde düşürebilmesi söz konusu olur⁴⁰⁵.

Yüklenici, işşahibinin eserin ücretsiz onarımını talep etmesine rağmen onarımdan kaçınır ise, işşahibinin sözleşmeden dönmesinin mümkün olduğu, zira onarımın istenmesi karşısında onarımın yapılmamasının dönme hakkını ortadan kaldırmadığı belirtilmektedir⁴⁰⁶. İşşahibi temerrüde düşürdüğü yükleniciye, TBK m. 123 uyarınca uygun bir süre verir ve bu uygun sürenin sonunda eser sözleşmesinin özel nitelikteki hükümlerini göz önünde bulundurmak kaydı ile TBK m. 125’te yer alan seçimlik hakları kullanabilir⁴⁰⁷. Bu durumda işşahibi; ya TBK m. 125/I uyarınca uygun bir süre tanınması gerekmeksizin onarımda (aynen ifade) ısrar edebilir ve gecikme tazminatı talep edebilir, ya TBK m. 125/II uyarınca gecikmiş ifayı reddedip müspet zararının tazminini talep edebilir, ya da sözleşmeden dönebilir⁴⁰⁸. Ancak belirtmek gerekir ki TBK m. 125/II’de öngörülen dönme hakkı yalnızca eser

⁴⁰² Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Eren, 2017a: 651.

⁴⁰³ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Tandoğan, 2010a: 198.

⁴⁰⁴ Şenocak, 2002: 173; Tandoğan, 2010a: 198; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

⁴⁰⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Tandoğan, 2010a: 199; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

⁴⁰⁶ Eren, 2017a: 652; Şenocak, 2002: 179.

⁴⁰⁷ Şenocak, 2002: 179; Tandoğan, 2010a: 199.

⁴⁰⁸ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Şenocak, 2002: 179.

sözleşmesine ilişkin özel düzenleme olan TBK m. 475/I b. 1 çerçevesinde kullanılabilir⁴⁰⁹. Bununla birlikte müspet zararın tazmininin yüklenicinin kusurlu olmadığını ispat etmesi halinde mümkün olmadığı, bu halde ancak bedelden indirim istenmesinin mümkün olduğu belirtilmektedir⁴¹⁰.

Son olarak, eğer ki yüklenici tarafından ücretsiz onarımı istenen eser ayıplı şekilde onarılsa, işsahibinin TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklarını yeniden elde etmesi söz konusu olur ve gözden geçirme ile bildirim külfetleri dahil tüm sürecin yeniden işletilmesi gerekir⁴¹¹.

2.2.5. Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının saklı olduğu, TBK m. 475/II'de düzenlenmiştir. Bu hükümde yer alan tazminat talep etme hakkının bir seçimlik hak olmadığını daha önce belirtmiş olduğumuzu hatırlatmakla birlikte⁴¹², bu hakkın kullanılmasının seçimlik hakların kullanılmasının yerine geçmediğini ve aynı maddede düzenlenmiş üç seçimlik hakkın her biriyle birlikte kullanılabilecek olan bir hak olduğunu belirtmek gerekmektedir⁴¹³. Hatta bununla birlikte TBK m. 475/II, seçimlik haklara hiç başvurmadan genel hükümlere göre tazminat istemeyi de mümkün kılmaktadır⁴¹⁴.

Bir görüşe göre, işsahibince TBK m. 475/II kapsamında talep edilecek olan tazminat yalnızca ayıbı takip eden zararlar (Mangelfolgeschaden) için öngörülmüştür⁴¹⁵. Buna gerekçe olarak maddenin amaçsal yorumu yapıldığında bu sonuca ulaşılıyor olması gösterilmektedir⁴¹⁶. Keza bu görüşe göre ayıbın bizzat sebebiyet verdiği zarar için genel hükümlere tazminat talep etmeye gerek yoktur; zira bu zarar ücretsiz onarım yahut bedelden indirim istenerek karşılanabilir⁴¹⁷. Örneğin; inşa edilen yapının çatısının akması şeklinde vücut bulan ayıp eserin ücretsiz onarılmasıyla giderilecekken, binanın içinde bulunup da ıslanan eşyalara ilişkin zarar genel hükümlere göre tazminat talep edilerek karşılanır⁴¹⁸. Bir diğer görüşe göre ise, zararın kapsamına yalnızca ayıbı takip eden zararlar değil ayıbın bizzat

⁴⁰⁹ Şenocak, 2002: 179; Tandoğan, 2010a: 199.

⁴¹⁰ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Tandoğan, 2010a: 199.

⁴¹¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 562.

⁴¹² bk. İkinci Bölüm, İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te Yer Alan Hakları, Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı.

⁴¹³ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Eren, 2017a: 652; Şenocak, 2002: 64; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴¹⁴ Gökyayla, 2012: 584; Şenocak, 2002: 64.

⁴¹⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Tandoğan, 2010a: 204; Şenocak, 2002: 64; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴¹⁶ Tandoğan, 2010a: 204.

⁴¹⁷ Şenocak, 2002: 65; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴¹⁸ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

neden olduğu ilk zarar da girmektedir⁴¹⁹. Zararın kapsamına hem ayıby takip eden zararın hem de ayıbyn sebebiyet verdiği zararın alınması gerektiği sonucuna ulaşılmasının temelinde; tazminatın diğer seçimlik haklardan bağımsız bir talep hakkı olarak ileri sürülebilmesi yönünde İsviçre’de gelişen yeni bir eğilim yatmaktadır⁴²⁰.

Ayıby takip eden zarar, bizzat ayıbyn sebebiyet verdiği zarar veya ayıbyn eserde yol açmış olduğu değer eksikliği olmayıp, ayıbyn sonradan ortaya çıkan bir sonucudur ve işsahibinin doğrudan eserin ayıpsız ifa edilmemiş olmasından kaynaklanan zararının dışında kalan zararıdır⁴²¹. Bir başka ifadeyle, ayıby takip eden zarar, TBK m. 475’teki seçimlik haklardan birinin kullanılmış olmasına rağmen giderilememiş olan ve ayıbyn oluşturduğu zarardır⁴²². Ayıby takip eden zarara örnek olarak; eserdeki ayıp giderilinceye kadar uğranılan kira geliri kaybı, işyeri üretiminin durmasından kaynaklanan gelir kaybı, ayıplı duman tahliye tesisatının yangına sebebiyet vermesi, tırmanma kayışının ayıplı olması sebebiyle kullananın düşüp uğradığı bedensel zarar, ayıp sebebiyle işsahibine ait üretim malzemeleri ve ham maddelerin zarar ziyana uğraması veya yok olması, ayıplı eser düzgün şekilde onarılsa bile sırf artık onarılmış bir şey olacağından satış değerinin azalması verilebilir⁴²³. Buna karşın, eserin zamanında teslim edilmemesi sebebiyle mevcudiyet bulan zararların, eserin ifa edilmesinden yahut tesliminden kaynaklanan başkaca zararların, eserin kullanılma usulüne ilişkin bilgilendirmelerin yapılmış olmamasından kaynaklanan zararların ve onarım için yapılması gereken masrafların bedelden indirim miktarını aşması durumlarının ayıby takip eden zarar teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁴²⁴. Ayıp sebebiyle sözleşmeden dönme hali söz konusu olursa menfi zararlar da ayıby takip eden zararın kapsamındadır, ancak müspet zararın tazmini bu kapsamda değildir⁴²⁵.

Ayıby takip eden zararın bizzat yükleniciden değil de yüklenicinin yardımcısından kaynaklanması halinde TBK m. 116 işletilir ve yüklenici yardımcısının eyleminden dolayı kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulur⁴²⁶. Eğer ayıp manevi zarara sebebiyet vermiş ise, ayıby takip eden zarar söz konusu olmaz ve fakat TBK m. 114 f. 2 göndermesiyle TBK m. 49 ve m. 56’nın koşulları gerçekleşirse burada sözleşmeye aykırılık neticesinde talep edilen bir

⁴¹⁹ Eren, 2017a: 653; Gümüş, 2014: 49; Şenocak, 2002: 66.

⁴²⁰ Gümüş, 2014: 49.

⁴²¹ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Şenocak, 2002: 65; Tandoğan, 2010a: 204; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴²² Canbolat, 2009: 152; Tandoğan, 2010a: 204.

⁴²³ Aral ve Ayrancı, 2015: 411; Eren, 2017a: 653.

⁴²⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 412; Tandoğan, 2010a: 205.

⁴²⁵ Tandoğan, 2010a: 205.

⁴²⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 412; Tandoğan, 2010a: 206.

manevi tazminat söz konusu olur ve bu tazminat istemi eser sözleşmesinin ayıbın koşullarına ilişkin hükümlerine ve TBK m. 478'deki beş yıllık zamanaşımına tabi olur⁴²⁷.

Ayrıca belirtilmektedir ki, TBK m. 475/II'e göre ancak eserin ayıplı olması sebebiyle doğan zararın tazmini istenebilmektedir ve TBK m. 112'e göre tazminat talep etme hakkı ayıp halinde değil, eserin teslim edilmemesi gibi eserin ayıp harici ifa eksikliği hallerinde söz konusu olur⁴²⁸. Başka bir hal olarak, eğer ki ayıp karşısında seçimlik haklardan hiçbirini kullanılmadan yalnızca tazminat talep edilmiş ise artık burada ayıba takip eden zararın dışında TBK m. 112 uyarınca malvarlığında meydana gelen eksilmenin de talep edilebileceği belirtilmektedir⁴²⁹.

Mülga Kanun döneminde TBK m. 475/II'ye karşılık gelen hükme (818 sy. Kanun 360/I) dayanılarak istenecek tazminatın, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerine uymak zorunda olacağı; hem ayıptan doğan sorumluluğun koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin gözetileceği, hem de bu tazminatın TBK m. 478'e karşılık gelen hükümdeki zamanaşımına tabi olduğu belirtilmekteydi⁴³⁰. Ancak 6098 sy. TBK m. 475/II'in; "genel hükümlere dayanan tazminat" ibaresini kullanmış olması sebebiyle bunun sonucu olarak gelişen yeni görüşe göre, bu madde kapsamında istenecek tazminat gözden geçirme ve bildirim külfetlerinin yerine getirilmiş olması koşulunu taşımaz⁴³¹. Hatta TBK m. 478 hükmündeki ayıplı ifaya ilişkin zamanaşımına dahi uyması aranmaksızın TBK m. 112'ye dayalı tazminat talebinin kabul edilmesi gerekmektedir⁴³².

"Genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının saklı olduğu" ibaresi, 6098 sy. Kanun ile getirilmiş bir düzenlemedir ve yüklenicinin kusurlu olması zorunluluğuna ilişkin bir ifade içermemektedir. Ancak mülga 818 sy. Kanun m. 360'ta bu ifade yerine yüklenicinin kusuru olması halinde kusuruyla sebebiyet verdiği zarardan sorumlu olduğu ifadesi yer almaktadır. Yeni düzenleme her ne kadar kusura ilişkin bir ifade içermese de, TBK m. 475/II'ye göre tazminattan yüklenicinin sorumlu tutulabilmesi için yüklenicinin kusurlu olmasının zorunlu olduğu belirtilmektedir⁴³³. Yüklenici kusuru olmadığını kanıtlayıp bu hüküm kapsamındaki tazminat sorumluluğundan kurtulabilir⁴³⁴. Ancak yüklenici, sözleşme ile kararlaştırılan bedelin düşüklüğünü yahut beceriksizliğini gerekçe göstererek sorumluluktan

⁴²⁷ Tandoğan, 2010a: 205.

⁴²⁸ Eren, 2017a: 652.

⁴²⁹ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴³⁰ Tandoğan, 2010a: 205.

⁴³¹ Gümüş, 2014: 49; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴³² Gümüş, 2014: 49.

⁴³³ Aral ve Ayrancı, 2015: 412; Eren, 2017a: 653; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴³⁴ Tandoğan, 2010a: 205.

kurtulmasının mümkün olmadığı ve yüklenicinin ayıbı kasten gizlemesinden doğan zararın tazmin edilmesi açısından da eser sözleşmesi hükümlerinin değil, TBK m. 112 ve devamındaki genel borca aykırılık hükümlerinin uygulanmasının gerektiği belirtilmektedir⁴³⁵.

Türk Borçlar Kanunu m. 475/II, satış sözleşmesi hükümlerinde olduğu gibi zararın dolaylı yahut doğrudan olması yönünde bir ayrıma gitmemiştir⁴³⁶. Öyle ki TBK m. 229’da dolaylı ve doğrudan zarara ilişkin yapılan ayırımın ve bununla ilgili olarak doğrudan zararda sebep sorumluluğuna gidilmesini öngören yaklaşımın eser sözleşmesine kıyasen dahi uygulanmayacağı savunulmaktadır⁴³⁷. Dolayısıyla yüklenici hem dolaylı hem de doğrudan zararlardan ötürü ancak kusurlu olduğu hallerde sorumlu tutulmalıdır⁴³⁸.

Kanun koyucu tarafından iş sahibinin “genel hükümlere göre tazminat isteme” hakkını saklı tutmuş olmasının bir diğer sonucunun da, ayıptan doğan sorumluluk hükümlerinin genel hükümlerdeki sorumluluk hükümleriyle ve hatta haksız fiilden sorumluluk hükümleriyle yarışmasına sebebiyet verdiği belirtilmektedir⁴³⁹. Bu konu hakkında ileride daha ayrıntılı bilgi verilmiştir⁴⁴⁰.

2.2.6. Zamanaşımı

Eserin ayıplı olması halinde iş sahibince kullanılabilen haklar için öngörülmüş bulunan zamanaşımı süreleri, TBK m. 478’de hüküm altına alınmıştır. Bu süreler hak düşürücü süre değildir ve zamanaşımı eseri kabulden itibaren değil de, eserin iş sahibince teslim alınmasından itibaren işlemeye başlar⁴⁴¹. Ayrıca tarafların zamanaşımı sürelerini sözleşme ile uzatmasının ya da kısaltmasının mümkün olduğu belirtilmektedir⁴⁴².

Ayıp sebebiyle açılan davalar, teslim tarihinden itibaren başlayarak, taşınmaz yapı olmayan eserlerde iki yıl, taşınmaz yapı olan eserlerde beş yıl, yüklenicinin ağır kusurlu olduğu hallerde eserin niteliği her ne olursa olsun yirmi yıllık zamanaşımına tabidir. Zamanaşımı olarak yirmi yıl gibi uzun bir sürenin öngörülmüş olmasının temelindeki sebebin 1999 yılında gerçekleşen büyük deprem olduğu belirtilmektedir⁴⁴³. Bu süreler yalnızca ayıplı

⁴³⁵ Tandoğan, 2010a: 206.

⁴³⁶ Aral ve Ayrancı, 2015: 412; Eren, 2017a: 653; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 563.

⁴³⁷ Şenocak, 2002: 69; Tandoğan, 2010a: 206.

⁴³⁸ Eren, 2017a: 653; Tandoğan, 2010a: 207.

⁴³⁹ Eren, 2017a: 654.

⁴⁴⁰ bk. Üçüncü Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışmasının Sonuçları, Haksız Fiil Bakımından.

⁴⁴¹ Tandoğan, 2010a: 226; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 564.

⁴⁴² Tandoğan, 2010a: 226; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 564.

⁴⁴³ Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 564.

eser teslimi sebebiyle yükleniciye dava açacak olan işsahibi için öngörülmüş olup yüklenici ve mühendislerin açacakları davalarda TBK m. 478 hükümleri uygulanmaz⁴⁴⁴.

Ayıp sebebiyle açılabilen davaların yöneltilebileceği kişiler, 4708 sy. Yapı Denetimi Hakkında Kanun ile genişletilmiştir. Yapı eserindeki ayıptan yapı denetim kuruluşunun da sorumlu tutulması söz konusu olmaktadır. 4708 sy. Kanun m. 3 f. 2, 3 ve 4'e göre;

“Yapı denetim kuruluşları, denetçi mimar ve mühendisler, proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi ile birlikte yapının ruhsat ve eklerine, fen, sanat ve sağlık kurallarına aykırı, eksik, hatalı ve kusurlu yapılmış olması nedeniyle ortaya çıkan yapı hasarından dolayı yapı sahibi ve ilgili idareye karşı, kusurları oranında sorumludurlar. Bu sorumluluğun süresi; yapı kullanma izninin alındığı tarihten itibaren, yapının taşıyıcı sisteminden dolayı on beş yıl, taşıyıcı olmayan diğer kısımlarda ise iki yıldır.

Yapıda, yapı kullanma izni alındıktan sonra, ilgili idareden izin alınmadan yapılan esaslı tadilattan doğan yapı hasarından, izinsiz tadilat yapan sorumludur. Yapı denetim kuruluşu; yazılı ihtarına rağmen yapı sahibi tarafından önlemi alınmayan, parsel dışında meydana gelen ve yapıda hasar oluşturan yer kayması, çığ düşmesi, kaya düşmesi ve sel baskınından doğan hasarlardan sorumlu değildir.

Yapı denetim kuruluşlarının yöneticileri, ortakları, denetçi mimar ve mühendisleri ile proje müellifleri, laboratuvar görevlileri ve yapı müteahhidi; bu Kanunun uygulanmasından dolayı ortaya çıkan yapı hasarından sorumludur.”.

Yukarıdaki açıklamalar haricinde belirtmek gerekir ki; tüketici durumunda olan kişilere hizmet verilmesi suretiyle bir eser meydana getirilmiş ve sözkonusu eser ayıplı ise, 6502 sy. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 3 uyarınca; bu Kanunun 8 ve devamındaki maddeler ayıplı mallar, 13 ve devamındaki maddeler ise ayıplı hizmet bakımından uygulanır⁴⁴⁵. İşsahibinin tüketici olması halinde 6502 sy. Kanun uygulama alanı bulur ve zamanaşımı bakımından da burada öngörülen iki yıllık sürenin uygulanması söz konusu olur.

2.3. Taleplerin Yarışması

2.3.1. Genel Olarak

Konumuz itibariyle, medeni usul hukukundaki anlamıyla “davaların yarışması” konusu ve birden fazla dava sebebi var ise bunlardan tamamının dava dilekçesinde gösterilmesi gerektiği hususu inceleme dışı bırakılmış ve taleplerin yarışması konusu ele

⁴⁴⁴ Eren, 2017a: 655.

⁴⁴⁵ Eren, 2017a: 654; Zevkliler ve Gökyayla, 2016: 565.

alınmıştır⁴⁴⁶. “Hakların yarışması” yerine “taleplerin yarışması” ifadesinin tercih edilmiş olması da, her hakkın talep doğurmamasından ve talep doğuran haklarda da aslında taleplerin yarışıyor olmasından kaynaklanmaktadır.

Aynı olaya uygulanabilen kural çokluğu hallerinde taleplerin yarışması söz konusu olur. Yarışma halinin temelinde, devamlı bir şekilde gelişim ve değişim gösteren günümüz dünyasında hukukî olayların gittikçe daha karmaşık bir hale gelmesi sebebiyle koşulları ve hukuki sonuçları bakımından birden fazla sorumluluk rejiminin bir tek olayda gerçekleşmiş olması bulunmaktadır⁴⁴⁷. Günümüzün hızlı değişen dünyasında hukuk kurallarının sürekli değiştirilme ihtiyacının doğmaması için Kanunda tanım yapmaktan kaçınılması etkili bir yol olsa da, hukukî olayların mahiyeti, halihazırda düzenlenmiş bulunan birden fazla hükmün uygulama alanına girebilen nitelikte olabilmektedir.

Taleplerin yarışmasının tanımı, bir hukukî olayı birden fazla sorumluluk rejiminin altılması sebebiyle her bir sorumluluk rejiminin öngörmüş olduğu ve aynı yararın sağlanması amacını taşımakta olan talepler arasındaki çatışma, şeklinde yapılmaktadır⁴⁴⁸. Bu tanıma büyük ölçüde katılmakla birlikte, talepler arasındaki durumun yalnızca “çatışma” yahut “mücadele” şeklinde ifade edilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira “çatışma” yahut “mücadele” kavramları, yalnızca hükümlerin birbirini dışlama halini çağrıştırmakta; yığılma, yarışma, seçimlik uygulama gibi kural çokluğu hallerinin saf dışı bırakıldığı izlenimini vermektedir. Bu sebeple taleplerin yarışması kavramını “talepler arasındaki çatışma” yerine “talepler arasındaki ilişkinin bir görünümü” olarak tanımlamak kanımızca daha doğru bir yaklaşım olur.

2.3.2. Tarihçe

Tarihî olarak ele alındığında, Roma hukukunda yargılama hukukunu harekete geçiren ve hakların korunmasına temel olan “actio”lar (dava) bulunmaktaydı⁴⁴⁹. Roma hukukunda “hak” (ius) kavramı ile “dava” (actio) kavramı iç içe geçmiş haldeydi zira bu hukuk sisteminde bir hakkın mevcut olması ve korunması, bu hak için özel olarak tanınmış bir dava hakkı (actio) bulunuyor olmasına bağlıydı ve her hakkın ileri sürülebileceği genel bir dava bulunmamakta idi⁴⁵⁰. Bir hak için öngörülmüş özel bir dava türü bulunması da hakkın elde

⁴⁴⁶ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 292.

⁴⁴⁷ Yıldırım, 1992: 49.

⁴⁴⁸ Yıldırım, 1992: 49.

⁴⁴⁹ Umur, 2010: 217.

⁴⁵⁰ Akıncı, 2017c: 82; Karadeniz Çelebican, 2008: 122.

edilmesi için yeterli olmayıp, hak ancak dava açılarak elde edilebilmektedir⁴⁵¹. Hakkın var olması için davanın halihazırda var olması gerekliydi⁴⁵². Dolayısıyla Roma hukukunda maddi hukuk ile yargılama hukuku ayrımı kesin bir şekilde yapılmamıştı⁴⁵³. Aynı şekilde, hak kavramı ile dava kavramı arasında Romalılar hak kavramını dava açılabilmesi için gerekli koşulların hukuk sistemine yansımaları olarak algılamaktaydı⁴⁵⁴. Hatta actio'nun, borçlanılmış şeyin hakim önünde talep edilmesi hakkından başka bir şey olmadığını ileri sürmüşlerdir⁴⁵⁵. Actio, mahkeme önünde ileri sürülebilen bir edim hakkı değil, önceden öngörülmüş bir "formula"ya dayanarak mahkeme önüne getirilebilmesi sağlanmış bir haktır⁴⁵⁶. Bireyler kendilerine bir actio tanınması için devlete başvurabilir⁴⁵⁷. İşte bu şekilde hak kavramı dava kavramının içinde erimiş olduğundan, Roma hukuku, tarihi boyunca bir davalar (actio) sistemi şeklinde var olmuştur⁴⁵⁸. Sözleşmeye aykırılık hükümleri ile ayıptan sorumluluk hükümlerinin ayrı şekilde düzenlenmesi de Roma hukukunda bu iki sorumluluk türüne farklı actio'lar tanınmış olmasından süregelmektedir⁴⁵⁹.

Yarışma sorunu da ilk kez, yukarıda da değinildiği üzere bir davalar sistemi olan Roma hukukundan etkilenecek varlık göstermiş olan Pandekt hukukunda büyük tartışmalara sebebiyet vermiştir⁴⁶⁰. Zamanla "dava" ile "talep" kavramları birbirinden ayrılınca, yarışma sorunu aynı zamanda bir maddi hukuk sorunu haline gelmiş, ancak tüm tartışmalara rağmen bugüne kadar ne bir görüş birliğine varılmış, ne temel ilkeler ortaya konabilmiş, ne de kullanılan terimler bakımından bir yeknesaklık sağlanabilmiştir⁴⁶¹.

Bugün için baktığımızda, her hukukî sonucun bir talep doğurmadığına ileride ayrıntılı olarak değinmiş olmakla birlikte⁴⁶², aksini iddia etmenin, bu eski Actio sisteminin izlerini taşıyan, kavram hukukçuluğuna sebebiyet veren zorlama bir yaklaşım tarzı olacağını⁴⁶³ kabul etmek gerekir.

⁴⁵¹ Karadeniz Çelebican, 2008: 122.

⁴⁵² Akıncı, 2017c: 82.

⁴⁵³ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 40.

⁴⁵⁴ Erdoğan ve Tahiroğlu, 2000: 85.

⁴⁵⁵ Umut, 2010: 218.

⁴⁵⁶ Çağa, 1973: 26.

⁴⁵⁷ Erdoğan ve Tahiroğlu, 2000: 85.

⁴⁵⁸ Akıncı, 2017c: 83; Karadeniz Çelebican, 2008: 123.; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 40.

⁴⁵⁹ Kahveci, 2014: 61.

⁴⁶⁰ Buz, 2013: 23.

⁴⁶¹ Buz, 2013: 23.

⁴⁶² bk. İkinci Bölüm, Taleplerin Yarışması, Talep Kavramı.

⁴⁶³ Çağa, 1973: 25.

2.3.3. Talep Kavramı

Talep kavramının ne anlama geldiğini öncelikli olarak belirlemek gerekir. Alman Medeni Kanununda talep kavramı, “bir başkasından bir şeyin yapılmasını veya yapılmamasını isteme hakkı” olarak tanımlanmaktadır.⁴⁶⁴. Ancak Türk Borçlar Kanununda bir “talep” tanımı yapılmamış ve bu kavramın içinin doldurulması uygulama ile doktrine bırakılmıştır⁴⁶⁵. Talep, alacak hakkının temelidir ve alacak hakkının borçluya karşı alacaklıya sağladığı en önemli yetkidir⁴⁶⁶. Talepler hukukî nitelik itibariyle yenilik doğuran haklardan farklıdır zira yenilik doğuran haklar hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğurmaktayken, talepler ancak karşı tarafa belirli bir hareket tarzında (vermek, yapmak, yapmamak gibi) bulunulması arzusunun iletir⁴⁶⁷.

Konu itibariyle talep hakkı ile alacak hakkı arasındaki ilişkinin ne olduğu sorusunu yanıtlamaya çalışmak gerekir. Yukarıda talep hakkının alacak hakkının sağladığı en önemli yetki olduğunu ifade etmiştik. Alacak hakkı borç ilişkisinde alacaklının borçludan borçlanmış olduğu edimi elde etme hakkıdır⁴⁶⁸. Talep yetkisi veren haklar birincil (asli) haklar olarak isimlendirilir ve alacak hakkı da birincil bir haktır⁴⁶⁹.

Alacak hakkı ve talep hakkı arasındaki ilişki konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüşe göre alacak hakkı ve talep hakkı eş anlamlı kavramlardır ve bu kavramların birbiri yerine kullanılması mümkündür⁴⁷⁰. Bir diğer görüşe göre alacak hakkı ve talep hakkı eş anlamlı olmayıp birbirinden ayrı kavramlardır⁴⁷¹. Bu görüş gerekçe olarak, alacak hakkının ancak borç ilişkilerinden doğduğunu fakat talep hakkının başka türlü hukukî ilişkilerden de doğabildiğini (özellikle aile ve miras hukukundan, kişilik haklarından ve ayni haklardan bir talep hakkı doğsa da alacak hakkı doğmamaktadır⁴⁷²) ve kaynak bakımından talep hakkının alacak hakkından daha geniş olduğunu ileri sürmektedir⁴⁷³. Bu bağlamda alacak hakkının olsa olsa talep hakkının bir çeşidini teşkil ettiği belirtilmektedir⁴⁷⁴. İçerik bakımından ise alacak hakkı daha geniştir zira talep hakkının yanında fer’i, tali, yenilik doğurucu hakları, tazminat

⁴⁶⁴ Antalya, 2013: 21; Eren, 2017b: 77; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 39; Yıldırım, 1992: 47.

⁴⁶⁵ Eren, 2017b: 77; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 39.

⁴⁶⁶ Antalya, 2013: 21; Eren, 2017b: 77; Kılıçoğlu, 2017: 39; Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁶⁷ Antalya, 2013: 21; İnan ve Yücel, 2014: 84..

⁴⁶⁸ Akıncı, 2017a: 35; Eren, 2017b: 77; Kılıçoğlu, 2017: 29; Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁶⁹ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 17.

⁴⁷⁰ Eren, 2017b: 77; Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁷¹ Antalya, 2013: 21.

⁴⁷² Eren, 2017b: 77.

⁴⁷³ Antalya, 2013: 21; Eren, 2017b: 77; Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁷⁴ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 42.

istemi ve tasarruf yetkisi gibi yetkileri, ayrıca itiraz haklarını da kapsar⁴⁷⁵. Doğma anı bakımından da alacak hakkı ile talep hakkı arasında fark bulunmaktadır. Zira alacak hakkı alacaklıya karşı edim ile borçlanıldığı anda doğmakta iken, talep hakkı alacağın muaccel olduğu anda doğar⁴⁷⁶. Örneğin, satmış olduğu radyonun bedelinin ödenmesi için üç aylık bir vade tanımış olan satıcı, alacak hakkına satış sözleşmesinin kurulmasıyla sahip olurken, talep hakkına vadenin geçmesiyle sahip olur⁴⁷⁷. Zira zaten alacak hakkı ile talep hakkının aynı şeyi ifade ettiği tek hal, muaccel bir alacak hakkının aynı zamanda bir talep hakkı teşkil etmesidir⁴⁷⁸.

Talep haklarını çeşitli ayrımlara göre çeşitli türlere ayırmak mümkündür. Talep hakları, yalnızca alacak hakkı ile ilgili olduklarında “bağımsız talep”, başka bir hakkın korunmasına yönelik olduklarında ise “bağımlı talep” olarak isimlendirilir⁴⁷⁹. Başka bir tasnif ile talepler mutlak talepler ve nisbi talepler olarak ikiye ayrılmaktadır. Mutlak talepler, malvarlığı mutlak haklarının ihlali yahut kişilik haklarının ihlali halinde bunları korumaya yönelik olarak ileri sürülebilen taleplerdir⁴⁸⁰. Örneğin bir tarlanın maliki bu tarla üzerindeki mülkiyet hakkını kullanırken herhangi bir talep hakkına sahip değildir⁴⁸¹. Ancak ne zaman üçüncü bir kişi malikin tarlası üzerine bir gecekondu yapmaya çalışırsa malik mülkiyet hakkının ihlaline dayalı bir talep hakkına sahip olur⁴⁸². Nisbi talepler ise borç ilişkilerinin yüklediği sorumluluk yahut yükümlülüğten doğan taleplerdir⁴⁸³. Mutlak talepler nisbi taleplere göre daha fazla koruma sağlamakta iken, nisbi taleplerin kendi aralarında ise sözleşmeden kaynaklananlar diğerlerine göre daha fazla koruma sağlamaktadır⁴⁸⁴.

2.3.4. Yarışma Kavramı

Yarışmanın ne anlama geldiğini öncelikli olarak belirlemek gerekir. Bir tek olayın (maddi olgunun / vakı'anın / küçük önermenin) birden fazla hukuk kuralına (büyük önermeye) uyuyor olması mümkündür⁴⁸⁵. Birden fazla hükmün aynı olaya uygulanması mümkün ise bu hükümlerin arasındaki ilişkide izlenmesi gereken yöntemin belirlenmesi

⁴⁷⁵ Antalya, 2013: 21.

⁴⁷⁶ Antalya, 2013: 22; Kılıçoğlu, 2017: 39; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 43.

⁴⁷⁷ Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁷⁸ Eren, 2017b: 77; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 19; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 43.

⁴⁷⁹ Antalya, 2013: 22; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2010: 41.

⁴⁸⁰ Antalya, 2013: 23; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 293; Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁸¹ Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁸² Tekinay vd, 1993: 13.

⁴⁸³ Antalya, 2013: 23; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 293.

⁴⁸⁴ Antalya, 2013: 23.

⁴⁸⁵ Eren, 2017a: 14; Serozan, 2017: 177.

gereklidir⁴⁸⁶. Bu durumda hükümlerin öngördüğü hukukî sonuçlar (talepler) arasındaki ilişki; “kümülatif (yığışik)” halde, “seçimlik” halde, birbirini “dışlama (inhisar)” halinde, yahut “yarışan” halde olabilir⁴⁸⁷. Hükümlerin bir olaya ne derecede uygulanabilir olduğunu belirlemek bir yorum sorunu ortaya çıkarır⁴⁸⁸. Bu olasılıklardan yarışma; aynı olaya birden fazla ancak aynı içerikte hukukî sonuç (talep) bağlanmış olmasıdır⁴⁸⁹. Başka bir deyişle, eğer iki talep aynı sonucu doğurmak için öngörülmüş ve bu sonucun doğmasına özgülenmiş ise, bu talepler yarışmış (telahuk etmiş) olur⁴⁹⁰. Buradan hareketle söylemek mümkündür ki taleplerin yarışıp yarışmadığının belirlenmesinde tespit edilmesi gereken en önemli husus normların anlamı ve amacıdır⁴⁹¹. Zira yarışmanın temel sorunu zarar görenin birden fazla sorumluluk sebebinin her birine tek başına dayanabiliyor olması sebebiyle sorumluluk sebeplerinin düzenlendiği hükümlerin hangi durumlarda birliktelik sergilediğidir⁴⁹². Örneğin, satılanın ayıplı olması, hem özel kısımda yer alan satışta ayıptan sorumluluk hükümlerinin hem de genel kısımda yer alan yanılma hükümlerinin uygulama alanına girmektedir⁴⁹³. Burada bir yarışma hali söz konusudur.

Aynı içeriğe sahip olan taleplerde, alacaklı aynı borç konusunu iki ayrı hukukî sebebe dayanarak talep edebiliyorsa, bu talepler yarışıyor demektir⁴⁹⁴. Örneğin, bir şeyin teslimine ilişkin mutlak bir talebin, nisbi bir talep ile yarışması gibi⁴⁹⁵. Somutlaştırmak gerekirse, kiralayanın aynı zamanda malik olduğu hallerde, malikin istihkak iddiası ilgili ile TMK hükümleri, kiralananın geri verilmesine ilişkin talebi düzenleyen TBK m. 334 ile yarışma halindedir⁴⁹⁶.

2.3.5. Yarışmanın Benzer Kavramlar İle Karşılaştırılması

2.3.5.1. Genel Olarak

Yarışmanın diğer kural çokluğu halleriyle olan benzerliklerini ve farklarını belirlemek, yarışmanın söz konusu olduğu halleri belirlemek bakımından son derece önemlidir. Aynı uygulama alanını düzenleme iddiasını taşıyan normlar her ne kadar yarışma

⁴⁸⁶ Yıldırım, 2006: 965.

⁴⁸⁷ Serozan, 2017: 177-183.

⁴⁸⁸ Yıldırım, 2006: 965.

⁴⁸⁹ Serozan, 2017: 178.

⁴⁹⁰ Von Tuhr, 1983: 39.

⁴⁹¹ İnan ve Yücel, 2014: 446.

⁴⁹² Erten, 2000: 46.

⁴⁹³ Nomer, 2017: 14.

⁴⁹⁴ Von Tuhr, 1983: 40.

⁴⁹⁵ Von Tuhr, 1983: 40.

⁴⁹⁶ Von Tuhr, 1983: 40.

görüntüsü verse de, normlar arasındaki durumun ne olduğu konusunda birden fazla ihtimal söz konusu olmaktadır⁴⁹⁷. Normlar arasındaki bu durumu bir müsabakada mücadele eden yarışmacılardan birinin müsabakayı kazanması yahut yarışmacıların müsabakayı berabere bitirmesi ihtimallerine benzetilmektedir⁴⁹⁸.

Normlar arasındaki ilişkide yarışmaya benzeyen haller yığışma, seçimlik uygulama ve dışlama olmak üzere üç çeşittir.

2.3.5.2. Yığışma Bakımından

Yığışma, aynı olgu sebebiyle birbirinden farklı hukukî sonuçlar doğuran ve birinin istenebilmesinin diğerini etkilemediği birbirini tamamlayan genel ve özel hüküm kaynaklı taleplerin birlikte istenebilmesi halidir⁴⁹⁹. Yığışma halinde talepler ne yarışmada ne de seçimlik uygulamada olduğu gibi içe içe girer, ne de birbirini dışlar, zira bu halde talepler adeta üst üste yığılmaktadır⁵⁰⁰. Mesela, kişilik hakkı saldırıya uğrayıp zarar gören kişinin saldırının durdurulması ve manevi tazminat istemlerini bir arada isteyebilmesi yığışik uygulamaya örnek teşkil etmektedir⁵⁰¹. Özel hüküm niteliğinde olan TBK m. 473/I'de yüklenicinin temerrüde düşürülmesinde ihtar ve ek süre hususları, özel hükümde bu konuda açıkça düzenleme bulunmadığından genel hüküm niteliğinde olan TBK m. 117/I ve TBK m. 123'e göre belirlenir⁵⁰².

2.3.5.3. Seçimlik Uygulama Bakımından

Seçimlik uygulama Kanun tarafından bir tek olgu karşısında kişiye, birden fazla ve birbirinden farklı yaptırımlar arasından dilediğini seçme yetkisi verilmesi halidir⁵⁰³. Gerek temerrüt karşısında TBK m. 125'te öngörülen hakların, gerek satış (TBK m. 227) veya eser sözleşmesinde (TBK m. 475) ayıplı ifa halinde kullanılabilen seçimlik hakların birbiri ile ilişkisi seçimlik uygulamaya örnektir⁵⁰⁴. Burada taleplerin yarışmasından tamamen farklı bir durum mevcuttur⁵⁰⁵. Zira seçimlik uygulama halinde iki farklı talep arasındaki ilişki, talep içeriklerinin aynı olmasından değil, amaçlarının aynı olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁰⁶.

⁴⁹⁷ Yıldırım, 1992: 51.

⁴⁹⁸ Yıldırım, 1992: 51.

⁴⁹⁹ Eren, 2017a: 12.

⁵⁰⁰ Serozan, 2017: 177.

⁵⁰¹ Serozan, 2017: 177.

⁵⁰² Eren, 2017a: 12.

⁵⁰³ Serozan, 2017: 178.

⁵⁰⁴ Serozan, 2017: 178.

⁵⁰⁵ Von Tuhr, 1983: 41.

⁵⁰⁶ Von Tuhr, 1983: 41.

Seçimlik ilişkinin bulunup bulunmadığı belirlenirken; “Alacaklıya ait birbirinden ayrı iki hak mı bulunmaktadır?” yoksa “Seçimlik hak ile birlikte alternatif içerikte yalnızca bir alacak mı bulunmaktadır?” sorularının cevabını belirlemek gerekmektedir⁵⁰⁷.

2.3.5.4. Dışlama Bakımından

Genel hüküm ve özel hükmün aynı olgu için birbirinden farklı hukukî sonuçlar öngörmesi halinde özel hükmün genel hükme tercih edilmesine dışlama adı verilir⁵⁰⁸. Kural çokluğu hallerinde her zaman iki kural aynı anda uygulanma olanağı bulmaz. Özel bir hüküm öngörülen hallerde, bu hüküm aynı konuyu düzenleyen genel hükmün uygulama alanını ortadan kaldırmak amacıyla getirilmiş olabilir⁵⁰⁹. İşte bu şekilde, bir konu hem genel hükümde hem de özel hükümde düzenlenmiş, ancak genel hüküm ile özel hüküm arasında fark bulunmaktaysa, *lex specialis derogat legi generali* ilkesine riayet edilir ve yalnızca özel hüküm uygulanır⁵¹⁰. Böyle bir durumda birbiriyle yarışan iki hak değil, özel olan hükümde düzenlenmiş olan bir tek hak mevcuttur⁵¹¹. İşte dışlama hali bu yüzden kuralların birbirini dışlaması, kuralların tekleşmesi, kuralların birbirini kovması, kuralların birbirlerinin uygulama alanını yok etmesi şeklinde isimlendirilebilir.

Yarışma ile dışlama (inhisar / tekleşme) arasındaki fark da dışlama halindeki kuralların aynı anda uygulanma imkanı bulunmamasından kaynaklanmaktadır. Dışlama hallerinde yarışma olduğu kabul edilemez⁵¹². Zira yarışma olduğu kabul edilirse yasanın amacına aykırı hareket edilmiş, yasa dolanılmış olur⁵¹³. Örneğin, temerrüde ilişkin genel hükmün kira ilişkilerine ilişkin etki alanı, kiracının temerrüdüne ilişkin özel hüküm ile ortadan kaldırılmış haldedir⁵¹⁴. Para borcunu yerine getirmeyen alıcının temerrüde düşmesi halini özel olarak düzenleyen TBK m. 235, genel kısımda düzenlenen temerrüt hükümlerinin uygulanmasına engel olur⁵¹⁵. Halbuki yarışma halinde, talep sahibinin seçebileceği birden fazla kural bulunmaktadır⁵¹⁶. Zira aynı konu hem genel hem de özel kısımda düzenlenmiş olan hükümlerin uygulama alanına girdiğinden söz konusu hükümler ve dolayısıyla talebin

⁵⁰⁷ Von Tuhr, 1983: 41.

⁵⁰⁸ Eren, 2017a: 13.

⁵⁰⁹ Akipek vd., 2016: 102; Edis, 1993: 182; Kayıhan, 2017: 239; Serozan, 2017: 181; Yavuz vd., 2014: 13; Yıldırım, 1992: 56.

⁵¹⁰ Eren, 2017a: 13; Nomer, 2017: 13 Yavuz vd., 2014: 13.

⁵¹¹ Von Tuhr, 1983: 42.

⁵¹² Serozan, 2017: 181.

⁵¹³ Serozan, 2017: 181.

⁵¹⁴ Von Tuhr, 1983: 42.

⁵¹⁵ Nomer, 2017: 13.

⁵¹⁶ Serozan, 2017: 181.

dayanakları yarışmaktadır⁵¹⁷. Bununla birlikte, dışlama ilişkisinin yegane görünümü özel kuralın genel kuralı kovması değildir⁵¹⁸. Sonraki (yeni) kural da, önceki (eski) kuralı “lex posteriori derogat legi priori” ilkesi gereğince dışlar⁵¹⁹. Ayrıca aralarında özel – genel hüküm ilişkisi mevcut olmayan ve aynı konuya ilişkin olan kurallar da birbirini dışlayabilir: Örneğin sözleşmeye ilişkin iade kuralları, sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade kurallarını ve haksız zilyetliğe ilişkin iade kurallarını dışlar, ayrıca sebepsiz zenginleşmeye ilişkin iade kuralları ve haksız zilyetliğe ilişkin iade kuralları da birbirlerini dışlar⁵²⁰. Örneğin, özel tehlike sorumluluğu ile genel tehlike sorumluluğunun koşulları aynı olayda gerçekleşmişse, artık burada özel tehlike sorumluluğu kuralları genel tehlike sorumluluğu kurallarının uygulanmasına kural olarak (genel tehlike sorumluluğu kurallarının gerektiği takdirde özel tehlike sorumluluğu kurallarına uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanması halleri⁵²¹ ayrık tutularak) “lex specialis derogat legi generali” ilkesine riayeten engel olur⁵²². Örneğin, motorlu araç işleten adam çalıştıran, şoförünü seçmekte özen gösterdiği yönünde kurtuluş kanıtı getirebilse de, motorlu araç işletenin sorumluluğundan kurtulamaz⁵²³.

2.3.6. Taleplerin Yarışmasının Koşulları

2.3.6.1. Kural Çokluğunun Bulunması

Taleplerin yarışmasının mevcut olması için kural çokluğunun mevcut olması müspet bir koşul olarak karşımıza çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, taleplerin yarışması için hükümlerin yarışması söz konusu olmalıdır⁵²⁴. Hükümlerin yarışmasından yahut kural çokluğundan kasıt, hukukî olaya birden fazla kanun hükmünde çeşitli şekillerde hukuki sonuç bağlanması, aynı hukukî olayın birden fazla kanun hükmünce altlanmış olmasıdır⁵²⁵. Örneğin, sorumluluğa sebebiyet veren davranışın hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil teşkil ettiği hallerde durum böyledir⁵²⁶. Öyle ki bir kimse satın aldığı çürük elmayı yer ve bundan dolayı zehirlenirse, elmayı satan satıcı hem sözleşmeden doğan ifa kurallarına hem de haksız fiil kurallarına göre sorumlu olur⁵²⁷.

⁵¹⁷ Nomer, 2017: 14.

⁵¹⁸ Serozan, 2017: 182.

⁵¹⁹ Serozan, 2017: 181.

⁵²⁰ Serozan, 2017: 182.

⁵²¹ Tiftik, 2005: 69.

⁵²² İnan ve Yücel, 2014: 446.

⁵²³ Gürsoy, 1974: 176.

⁵²⁴ Yıldırım, 1992: 49.

⁵²⁵ Yıldırım, 1992: 50.

⁵²⁶ Akman, 1976: 116; Eren, 2017b: 1166; Oğuzman ve Öz, 2017b: 292; Reisoğlu, 2014: 392; Tekinay vd, 1993: 980.

⁵²⁷ Serozan, 2017: 178.

2.3.6.2. Kurallar Arasında Birbirini Dışlama İlişkisi Bulunmaması

İki talebin yarışması için, talebi doğuran hukukî sonuçların öngörüldüğü hukuk kurallarının birbirini dışlamaması gerekmektedir. Yani aralarında “lex specialis derogat legi generalis” ve “lex posteriori derogat legi priori” gibi özel – genel / yeni – eski kural derecelendirmeleri bulunmamalı ve aralarında derecelendirme bulunmasa dahi yapıları (getiriliş amaçları ve uygulama alanları) itibariyle aynı anda uygulanmaya elverişli olmalıdırlar. Normların amacı bu şekilde taleplerin yarışmasına engel olmak ve normlar arasında bahsettiğimiz dışlama ilişkilerini yaratmak olmadığı sürece taleplerin yarıştığı sonucuna ulaşılır⁵²⁸. Bu duruma örnek olarak, ayıptan sorumluluk hükümleri ile sözleşme konusunun başından itibaren imkansız olmasının düzenlendiği TBK m. 27 hükmünün uygulama alanlarının hiçbir şekilde bir araya gelmemesi verilebilir⁵²⁹.

2.3.6.3. Taleplerin Aynı Kişiye Ait Olması ve Aynı Kişi ya da Kişilere Karşı İleri Sürülebilmesi

Birden fazla talep bir tek alacaklıya ait olmalı ve iki farklı talep aynı borçluya karşı ileri sürülebilmelidir⁵³⁰. Yani borçlunun sorumluluğu birden çok sebebe dayanmalıdır⁵³¹. Bir hak farklı borçlulara yöneltildiği takdirde kural olarak teselsülden bahsedilir⁵³². Özellikle eksik teselsül halinde, farklı borçlular aynı alacaklıya karşı aynı borç için farklı sebeplerle sorumludur⁵³³. Burada yarışmadan farklı olarak alacaklının her bir borçluya gitmek için yalnızca bir sebebi vardır. Ancak teselsül ile yarışma arasındaki bu fark, yarışan taleplerin yalnızca bir kişiye karşı ileri sürülebileceği şeklinde yorumlanmamalıdır. Çünkü alacaklı teselsül ilişkisi içerisinde her bir borçlunun sorumluluğuna aynı sebepler için gidebiliyorsa, yarışan taleplerin bir tek borçluya karşı değil müteselsil borçlulara karşı birlikte ileri sürülmesi söz konusu olur. Bu durum yarışmayı ortadan kaldırmaz.

⁵²⁸ İnan ve Yücel, 2014: 445.

⁵²⁹ Yıldırım, 1992: 49.

⁵³⁰ Von Tuhr, 1983: 40.

⁵³¹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 291.

⁵³² Von Tuhr, 1983: 40.

⁵³³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 300.

2.3.7. Taleplerin Yarışmasının Özel Bir Görünümü: Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ile Sözleşme Dışı Sorumluluğun Yarışmasının Koşulları

2.3.7.1. Zarar Gören ile Zarardan Sorumlu Olan Kişi Arasında Bir Sözleşme İlişkisi Bulunması

Sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun koşullarının aynı anda gerçekleşmiş olması için öncelikle zarara uğrayan kişi ile sorumlu olan kişi arasında sözleşme ilişkisi bulunmalıdır⁵³⁴.

Bir sözleşme ilişkisinin bulunması başlı başına yeterli olmayıp, bu sözleşme ilişkisinin yüklemiş olduğu bir yükümlülüğün ihlali ile zarar verme arasında bağlantı bulunmalı; zarar vermiş olan eylem ya da olay, sözleşmeye aykırılık sonucunu doğurmalıdır⁵³⁵. Eser sözleşmesi açısından örnek vermek gerekirse, evin onarımını üstlenen yüklenici evden bir eşya çalarsa, burada çalma eyleminin eser sözleşmesinin ihlal edilmesini de kapsadığı söylenemez⁵³⁶.

2.3.7.2. Sorumluluk Sebeplerinin Bir Arada Bulunması

2.3.7.2.1. Genel Olarak

Sorumluluk sebeplerinin bir arada bulunması sebebiyle sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması yarışmanın özel bir görünümüdür. Sorumluluğun yarışmasında birden çok hukukî sebebe dayanılarak bir kişi sorumlu tutulabilmektedir⁵³⁷. Bir borç ilişkisi çerçevesinde bir zarar meydana gelir ise (borç ilişkisinin asli edim yükümlülüğü doğuruyor olmasına yahut asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olmasına bakılmaksızın) söz konusu zarar sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerine göre giderilebilir⁵³⁸. Ancak, zarar veren bir eylem yahut olayda, bazen hem sözleşmeden doğan sorumluluğun hem de sözleşme dışı sorumluluğun koşulları bir arada gerçekleşmiş olabilir⁵³⁹. Öyle ki söz konusu zarar; ortada bir sözleşme ilişkisi bulunmasaydı dahi “haksız fiil veya kusursuz sorumluluk hükümlerince aynı kişi tarafından giderilmesi gerekli bir zarar” ise bu halde yarışma mevcuttur⁵⁴⁰. Bu durumda sözleşmeden dolayı sorumlu tutulan bir kişi aynı zamanda haksız fiil veya kusursuz sorumluluk ile sorumlu tutulabilmektedir⁵⁴¹. Başka bir

⁵³⁴ Tandoğan, 2010b: 529.

⁵³⁵ Tandoğan, 2010b: 530.

⁵³⁶ Tandoğan, 2010b: 530.

⁵³⁷ Kayıhan, 2016: 240.

⁵³⁸ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 114.

⁵³⁹ Akman, 1976: 116; Eren, 2017b: 1166; Karan, 2013: 724; Tandoğan, 2010b: 528; Tekinay vd, 1993: 980.

⁵⁴⁰ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 114.

⁵⁴¹ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 114; Oğuzman ve Öz, 2017b: 292; Tandoğan, 2010b: 528.

deyişle, zarar gören aynı zararın giderilmesi için ayrı hukukî sebeplerden doğan, birbirinden farklı, birden fazla talep hakkına sahip olabilir⁵⁴². Dolayısıyla sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun aynı olayda birbiri ile yarışması mümkündür⁵⁴³. Burada yarışan taleplerin, sözleşme dışı sorumluluktan doğan tazminat talebi ile sözleşmeden doğan tazminat talebinin yarışması olduğunu belirtmek gerekir⁵⁴⁴.

Uygulamada özellikle yüklenicinin eser sözleşmesini gereği gibi ifa etmemesi halinde eser sözleşmesinden doğan sorumluluğun haksız fiilden doğan sorumluluğu yahut kusursuz sorumluluk halleriyle bir araya geldiğinden bahsedilmektedir⁵⁴⁵. Örnek vermek gerekirse, tırmanma kayışını onaran tamirci tamiri iyi yapmadığından bu kayışı kullanan kişi düşüp sakatlanmışsa, hem haksız fiil sorumluluğunun hem de eser sözleşmesinden doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiştir⁵⁴⁶.

2.3.7.2.2. Bir Davranışın Hem Sözleşmeye Aykırılık Hem de Haksız Fiil Teşkil Etmesi

Salt haksız fiil sorumluluğunda kural olarak zarar gören ile zarar veren arasında zarar veren olay gerçekleşinceye kadar bir hukukî ilişki bulunmaz⁵⁴⁷. Ancak taraflar arasında halihazırda bir sözleşme bulunuyor ise, zarar veren davranış hem sözleşmeye aykırı davranış hem de haksız fiil niteliği taşıyabilmektedir⁵⁴⁸. Dolayısıyla kişinin sorumluluğu hem sözleşmeye aykırılığa hem de haksız fiile dayanabilir⁵⁴⁹. Bunun için borçlunun sözleşmeye aykırılığının kaynağı olan davranışı aynı zamanda genel davranış kuralı bakımından (TBK m. 49) hukuka aykırılığa sebebiyet vermelidir⁵⁵⁰. Başka bir deyişle, zararı doğuran eylem sözleşme ile yalnızca görünürde bir dış ilgi olmamalı, zarar veren eylem bizzat sözleşmeyi ihlal etmelidir⁵⁵¹. Örneğin, taşıma sözleşmesine istinaden yolcu taşıyan bir kimse, kaza yaparak yolcusunu cismani zarara uğrattırsa, hem haksız fiil hem de sözleşmenin ihlalden doğan sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş olur⁵⁵². Başka bir örnek vermek gerekirse; bir bisiklet kiralayan kiracı kiraladığı bisikleti duvara çarpıp hasara uğrattırsa, hem kira sözleşmesinden doğan özen borcunu ihlal eder hem de kiralayanın malına zarar verdiği için

⁵⁴² Akman, 1976: 116.

⁵⁴³ Ayan, 2012: 204.

⁵⁴⁴ Eren, 2017b: 1167.

⁵⁴⁵ Tandoğan, 2010b: 532.

⁵⁴⁶ Tandoğan, 2010b: 529.

⁵⁴⁷ Gürsoy, 1974: 176.

⁵⁴⁸ Akman, 1976: 116; Eren, 2017b: 1166; Oğuzman ve Öz, 2017b: 292; Reisoğlu, 2014: 392; Tekinay vd, 1993: 980.

⁵⁴⁹ Kayıhan, 2016: 240.

⁵⁵⁰ Karan, 2013: 724; Tandoğan, 2010b: 531; Tekinay vd, 1993: 980.

⁵⁵¹ Gürsoy, 1974: 178.

⁵⁵² Hatemi ve Gökyayla, 2017: 114.

kiralayana karşı bir haksız fiil işlemiş olur⁵⁵³. Kiracı B, kiralayan A'nın kira konusu evindeki kapı ve pencereleri kırarsa; B, A'dan ödünç aldığı kitabı yakarsa; A, B'ye zehirli gıda ürünü satarsa ve B bundan zehirlenirse; hem sözleşmeye aykırılık hem de haksız fiil gerçekleşmiş olur⁵⁵⁴. Zira bu örneklerde taraflar arasındaki sözleşme ihlal edildiği gibi bir taraf diğersinin aynı hakkını yahut vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir⁵⁵⁵. Ancak, taşıma sözleşmesinin tarafı olan şoför müşterisinin parasını çalarsa burada işlenen haksız fiilin sözleşmeyi ihlal ettiği anlamı çıkarılmaz⁵⁵⁶. Türk hukukundaki hakim görüş, haksız fiil ile sözleşmeden doğan sorumluluğun birlikte bulunduğu hallerde, bu sorumluluk kaynaklarından doğan taleplerin birbiri ile yarışacağı yönündedir⁵⁵⁷. Buna göre zarar gören davacı tercihine göre dilediği sorumluluk esasına dayanabilir⁵⁵⁸. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur⁵⁵⁹.

Yukarıdaki açıklamalar neticesinde şöyle bir çıkarımda bulunmak yerinde olur ki; ne her sözleşmeye aykırı davranış haksız fiil teşkil eder, ne de her haksız fiil sözleşmeye aykırılık teşkil eder. Yalnızca bedel ödememek sözleşmeye aykırılık teşkil etse de, objektif davranış kuralının ihlali değildir. Tesadüfen iş sahibinin arabasına çarpmış olan yüklenici, yapı eseri meydana getirilmesine ilişkin eser sözleşmesini bu davranışıyla ihlal etmiş sayılmaz. Aynı şekilde şöyle bir durumda sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun koşulları bir arada gerçekleşmemiştir: Satış sözleşmesinde satıcının satılanı teslim etmemesi satış sözleşmesine aykırılık teşkil ettiği halde, herkesi (yalnızca sözleşmenin taraflarını değil) bir davranış tarzında bulunmakla yükümlü kılan kurallara aykırılık gerçekleşmemiş olduğundan, sözleşme dışı sorumluluğun koşulları gerçekleşmiş olmaz⁵⁶⁰.

⁵⁵³ Oğuzman ve Öz, 2017b: 292.

⁵⁵⁴ Eren, 2017b: 1166.

⁵⁵⁵ Eren, 2017b: 1166.

⁵⁵⁶ Gürsoy, 1974: 178.

⁵⁵⁷ Akman, 1976: 117; Başalp, 2011: 126; Karan, 2013: 726; Oğuzman ve Öz, 2017b: 292.

⁵⁵⁸ Karan, 2013: 727; Tekinay vd, 1993: 981.

⁵⁵⁹ YHGK. T. 11.11.2009 E. 2009/13-461 K. 2009/495 ve YHGK. T. 16.6.2010 E. 2010/13-232 K. 2010/316, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 10.05.2018): “...Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız eylem (sözleşme dışı) sorumluluğunun birlikte bulunmaları halinde, dava hakkı bakımından, hakların yarışması söz konusudur. Zarar verici olay (haksız fiil), aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine aykırı ise, zarar gören bu sözleşme ilişkisine dayanarak zararının tazminini isteyebileceği gibi, zararını haksız fiile dayanarak da isteyebilir. Bunlardan birisi ile zararını tazmin ettiren alacaklının, bunu yapmakla, dayanabileceği diğer hukuki sebebi tüketmiş olacağı, izahtan varestedir. Burada önemle vurgulanmalıdır ki, haksız eylemlerde kusurun ispatı davacıya (zarar görene) ait olduğu halde, akdi sorumlulukta kusurun varlığı karine olarak kabul edilir; davacı sadece davalı borçlu ile kendi arasında bir akdi ilişkinin varlığını ispatlamakla yetinecektir...”; Y 9. HD T. 9.7.2010 E. 2008/29446 K. 2010/22651, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 10.05.2018): “Aynı neticeyi husule getirmeye matuf ve mahsus olduğu takdirde iki hakkın yarışması (telahuku) söz konusu olur. Başka bir anlatımla bir fiilin hem akde aykırı, hem de haksız fiil teşkil ettiği durumda akitten doğan dava hakkının haksız fiilden doğan dava hakkı ile yarıştığı (telahuk ettiği) kabul edilir. Bu itibarla, değişik hukuki müesseselerin ihlaline rağmen ortaya çıkan zararın tanzimini (giderilmesini) amaç edinen tek bir alacak doğar. Tarafları bağlayan bir akit var ise alacak bu akde ilişkin kaidelere göre sonuçlandırılır. Taraflar arasında bağlayıcı bir akit yoksa alacak haksız fiile ilişkin kuralara dayanılarak belirlenir.”.

⁵⁶⁰ Tandoğan, 2010b: 531.

Örnekleri bu şekilde arttırmak mümkündür. Bu hallerde hakların yarışmasından söz edilemez⁵⁶¹. Zira ortada ya haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık yoktur⁵⁶².

2.3.7.2.3. Sorumluluk Sebebinin Hem Kusura Hem de Kusursuz Sorumluluğa Dayanması

Kusursuz sorumluluk halleri ve bunlardan özellikle özen sorumluluğu halleri, sözleşmeden doğan tazminat sorumluluğu ile yarışabilir. Bu halde sözleşmeye aykırı davranış aynı zamanda kusursuz sorumluluk öngören hükmün koşullarını da taşımaktadır ve buna örneğin, kiracının kiralananndan zarar görmesi sonucu kiraya verenin sorumluluğuna hem kira sözleşmesi hem de TBK m. 69 gereğince yapı malikinin sorumluluğu hükmü uyarınca gidebilmesi verilebilir⁵⁶³.

Bir kusursuz sorumluluk sebebiyle haksız fiil sorumluluğu da pekala bir araya gelebilir ki, örneğin yapı malikinin sorumluluğunda yapıdaki bozukluk veya bakımdaki eksikliğin yanında yapı malikinin kusuru sebebiyle haksız fiil sorumluluğu da söz konusu olabilmektedir⁵⁶⁴. Kusur sorumluluğu ile kusursuz sorumluluk bir araya gelmişse, zarar gören bunlardan dilediğine dayanmak suretiyle zararının karşılığında tazminat talep edebilmelidir⁵⁶⁵. Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı mevcuttur⁵⁶⁶. Yukarıdaki açıklamalara karşılık, kusur sorumluluğuna ilişkin TBK m. 49 hükmünün genel hüküm teşkil ettiği ve sebep sorumluluğuna ilişkin hükümlerin özel hüküm teşkil ettiği ve birden fazla sorumluluk sebebinin koşulları olayda gerçekleşmiş olsa dahi özel hükmün uygulanacağı, TBK m. 49'un ancak sebep sorumluluğuna ilişkin koşulların taşınmaması halinde uygulanacağı yönünde bir görüş de mevcuttur⁵⁶⁷.

⁵⁶¹ Gürsoy, 1974: 179.

⁵⁶² Gürsoy, 1974: 179.

⁵⁶³ Kayıhan, 2016: 240.

⁵⁶⁴ Erten, 2000: 46.

⁵⁶⁵ İnan ve Yücel, 2014: 445.

⁵⁶⁶ Y 3. HD T 29.4.1958 E 1958/3119 K 1958/2697, https://www.tazminathukuku.com/dosyalar/641_bina-ve-yapılardan-sorumluluk.pdf, (erişim tarihi: 10.05.2018): "...Davacı idare, her iki davalıya ait binaların mecrasının tamiri sırasında telefon kablolarına ika edilen zararın tazminini talep etmiş; bina sahiplerine karşı BK.58'inci maddesine ve tamirati yapan ve yaptıran işçi ile kiracıya karşı aynı kanunun 41'inci maddesine dayanmıştır. Bu iki hakkın amacı, aynı zararın giderilmesi olduğundan, ortada hakların yarışması denilen hukuki durum mevcuttur. Dava haklarının yarışması halinde hak sahibi, bu hakların hepsini aynı zamanda kullanabileceği gibi, bunlardan bir tanesini de kullanmaya yetkilidir. Diğer taraftan mecra binanın mütemmim cüzü olup bina mefhumuna dahil olduğundan, BK.58.maddesi gereğince, mecranın tamiri sırasında verilen zarardan bina sahibinin sorumlu olması gerekir..."

⁵⁶⁷ Gürsoy, 1974: 175.

2.4. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Yarışan Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi

2.4.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu genel hükümlerinde düzenlenmiş olan irade bozukluğu, haksız fiil ve gereği gibi ifa etmeme gibi genel hükümlerin koşulları ile ayıptan sorumluluğun koşulları aynı anda gerçekleşmiş olabilir⁵⁶⁸. Öyle ki bir hukukî olayda ayıplı ifa mevcut bulunmakla birlikte; iş sahibinin aynı zamanda yüklenici tarafından aldatmaya uğratılmış olması ya da yüklenicinin meydana getirdiği eserin ayıplarının iş sahibinin malvarlığı yahut cismani varlığında zarara yol açmış olası gibi durumlarda, hem irade bozukluğu veya haksız fiil sorumluluğu gibi genel hükümlerin, hem de ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulama alanları tetiklenmiş olabilir. Bu durumda ayıptan sorumluluk hükümleri ile genel hükümlerin yarışıp yarışmayacağı sorunu ortaya çıkar⁵⁶⁹. Yarışma halinde, aynı olayı kendi bünyesinde altlayabilen her bir sorumluluk türü yine aynı olaya kendisinin öngördüğü hukuki sonucu bağlamak iddiasını taşımaktadır ve bu iddiayı gerçekleştirebilmek adına birbirleri ile yarışma ilişkisine girmektedir⁵⁷⁰.

2.4.2. Haksız Fiil Hükümleri

2.4.2.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu I. Bölüm 2. Ayrımında, “haksız fiillerden doğan borç” ilişkileri başlığı ile haksız fiil kavramını borç kaynaklarından biri olarak düzenlemiştir⁵⁷¹. Haksız fiilin doğurduğu borç hukukî işlemlerden kaynaklanan borçlardan farklı olarak bir tazminat borcu olma niteliği taşır⁵⁷². TBK m. 49 ila 76, haksız fiil başlığı altında bazı kusursuz sorumluluk hallerini düzenlemiş olsa da, haksız fiil sorumluluğu denince kural olarak anlaşılması gereken dar ve gerçek anlamıyla kusura dayanan sorumluluk halleridir⁵⁷³. Başka bir deyişle, TBK m. 49 haksız fiilden doğan sorumluluğu hem sorumlunun kusurlu olmasına hem de işlenen fiilin hukuka aykırı olmasına bağlamışsa da, hem Kanunun haksız fiil hükümlerinde hem de diğer bazı özel düzenlemelerde sorumluluğun kusura yahut hukuka aykırılığa bağlı olmadığı istisna teşkil eden birtakım durumlar vardır⁵⁷⁴.

⁵⁶⁸ Şahin, 2008: 191.

⁵⁶⁹ Şahin, 2008: 191.

⁵⁷⁰ Yıldırım, 1992: 25.

⁵⁷¹ Aybay, 2016: 83; Eren, 2017b: 509; İnan ve Yücel, 2014: 378; Oğuzman ve Öz, 2017b: 1; Tercier vd., 2016: 569; Zevkliler vd., 2013: 202.

⁵⁷² Tekinay vd, 1993: 474.

⁵⁷³ Akıncı, 2017a: 154; Aybay, 2016: 84; Erdoğan, 2017: 113; İnan ve Yücel, 2014: 379; Kaplan, 2012: 162; Zevkliler vd., 2013: 201.

⁵⁷⁴ Oğuzman ve Öz, 2017b: 1.

2.4.2.2. Kusur Sorumluluğu

Kusur sorumluluğunda kişi, kusuruyla işlediği hukuka aykırı davranışından sorumlu tutulmaktadır⁵⁷⁵. TBK m. 49 da haksız fiiller bakımından kural olarak kusur sorumluluğu ilkesini kabul etmektedir⁵⁷⁶. Haksız fiilde, hukuka aykırı sayılan fiil gerçekleşmeden önce zarar gören ile zarara sebebiyet veren arasında bir hukukî ilişki bulunmamaktadır⁵⁷⁷. Burada meydana gelen zararı tazmin borcu, hukuk kurallarının objektif olarak tüm bireyleri uymakla zorunlu kıldığı birtakım ödevlere aykırı hareket edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁷⁸. Kusur sorumluluğunu oluşturan unsurlar şu şekilde sıralanabilir:

2.4.2.2.1. Fiil

Haksız fiilin koşullarından en temel olanı, bu sorumluluk türünün isnat edileceği kişinin bir fiil işlemiş olmasıdır⁵⁷⁹. Fiilden kasıt, gerek yapma gerekse yapmama şeklinde ortaya çıkan insan davranışdır⁵⁸⁰. Bu bağlamda davranış, fiilin bir üst kavramıdır⁵⁸¹. Zira davranış kural olarak “yapma” şeklinde ortaya çıkar ancak davranış kuralının “yapmayı” emrettiği hallerde hareketsiz kalınması halinde hareketsiz kalmanın da bir davranış teşkil etmesi mümkündür⁵⁸².

Davranış, yapma yahut yapmama şeklinde ortaya çıkan ve insan iradesine dayalı bilinçli bir hareket türüdür⁵⁸³. İnsan vücudunun her hareketi haksız fiilin fiil unsurunu teşkil eden bir davranış niteliğinde değildir⁵⁸⁴. Yapma davranışı teşkil eden ve sorumluluğa yol açan davranışlar, insan iradesinin yönlendirmesi ile ortaya çıkan hareketlerdir ve istemsiz hareketler bu bağlamda bir davranış sayılmaz⁵⁸⁵. Aynı şekilde, plan ve hazırlık aşamasında kalan düşünceler yapma yahut yapmama şeklinde ortaya çıkan hareketin eksikliğinden ötürü bir davranış sayılmamaktadır⁵⁸⁶. Yapmama şeklinde ortaya çıkan bir hareketin davranış sayılabilmesi ve sorumluluğa sebebiyet verebilmesi için, bir yapma davranışı gerçekleştirme

⁵⁷⁵ Aybay, 2016: 82; Eren, 2017b: 540; Erdoğan, 2017: 118; İnan ve Yücel, 2014: 377; Kayıhan, 2016: 200.

⁵⁷⁶ Aybay, 2016: 85; Başoğlu, 2016: 31; Zevkliler vd., 2013: 202.

⁵⁷⁷ Aybay, 2016: 83; İnan ve Yücel, 2014: 377; Kaplan, 2012: 160.

⁵⁷⁸ Aybay, 2016: 83; İnan ve Yücel, 2014: 377; Kaplan, 2012: 164; Kayıhan, 2016: 199; Tekinay vd, 1993: 475; Zevkliler vd., 2013: 202.

⁵⁷⁹ Eren, 540; Kılıçoğlu, 2017: 361; Oğuzman ve Öz, 2017b: 13.

⁵⁸⁰ Eren, 2017b: 540; Kılıçoğlu, 2017: 362.

⁵⁸¹ Eren, 2017b: 540.

⁵⁸² Eren, 2017b: 541-542; Kılıçoğlu, 2017: 363; Nomer, 2017: 151-152; Oğuzman ve Öz, 2017b: 13; Tekinay vd, 1993: 484.

⁵⁸³ Eren, 2017b: 540; Kılıçoğlu, 2017: 362; Oğuzman ve Öz, 2017b: 13 Tandoğan, 2010b: 12.

⁵⁸⁴ Akıncı, 2017a: 136; Eren, 2017b: 541.

⁵⁸⁵ Akıncı, 2017a: 136; Eren, 2017b: 541.

⁵⁸⁶ Kılıçoğlu, 2017: 362.

yükümlülüğü mevcut olduğu halde bilinçli bir şekilde kaçınma hareketinde bulunulması gerekir⁵⁸⁷.

2.4.2.2.2. Hukuka Aykırılık

Türk Borçlar Kanunu m. 49/I, haksız fiilde fiilin hukuka aykırı olması gerektiğini vurgulamaktadır. Toplumda kişilerin, yapmaları ve yapmamaları gereken davranışları belirleyen, özel hukuk veya kamu hukuku kaynaklı emir ve yasaklar bütününe, genel davranış kuralları denir⁵⁸⁸. Bu bağlamda hukuka aykırılık, başkalarına zarar verilmesini yasaklayan yahut zararlı bir sonuç ortaya çıkmasını engellemek için belirli bir şekilde hareket edilmesini emreden genel davranış kurallarının ihlal edilmesidir⁵⁸⁹. Fiilin hukuka aykırı olması için, zarara yol açması ile genel davranış kuralını ihlal etmesi arasında bir bağ bulunmalıdır⁵⁹⁰. Öyle ki haksız fiile maruz kalan kişinin rıza göstermesi yahut haksız fiilin hukuk düzeninin sağladığı bir yetkinin kullanılması suretiyle işlenmesi halinde hukuka aykırılık ortadan kalkar ve fiil hukuka aykırı sayılmaz⁵⁹¹. Haksız fiilde, hukuka aykırı sayılan fiil gerçekleşmeden önce zarar gören ile zarara sebebiyet veren arasında bir hukukî ilişki bulunmamaktadır⁵⁹². Burada meydana gelen zararı tazmin borcu, hukuk kurallarının objektif olarak tüm bireyleri uymakla zorunlu kıldığı birtakım ödevlere aykırı hareket edilmiş olmasından kaynaklanmaktadır⁵⁹³.

2.4.2.2.3. Zarar

Hukuka aykırı bir davranışın haksız fiil sorumluluğu kapsamında tazminat yaptırıma tabi tutulabilmesi zararın gerçekleşmesine bağlıdır⁵⁹⁴. Haksız fiilin bir borç kaynağı teşkil etmesinin sebebi gerçekleşen zararın giderilmesi gerekliliğidir⁵⁹⁵. Zararın gerçekleşmediği bir durumda sorumluluktan doğan bir borç ilişkisi de yoktur⁵⁹⁶. TBK m. 49 bir zarar tanımı yapmadığından bu kavramın içeriğini doldurmak uygulama ve doktrine kalmıştır⁵⁹⁷. Zarar kimine

⁵⁸⁷ Eren, 2017b: 543; Kılıçoğlu, 2017: 363; Oğuzman ve Öz, 2017b: 13.

⁵⁸⁸ Oğuzman ve Öz, 2017b: 15.

⁵⁸⁹ Eren, 2017b: 610.

⁵⁹⁰ Nomer, 2017: 153; Oğuzman ve Öz, 2017b: 15; Tekinay vd, 1993: 476.

⁵⁹¹ Oğuzman ve Öz, 2017b: 21.

⁵⁹² Aybay, 2016: 83; İnan ve Yücel, 2014: 377; Kaplan, 2012: 160.

⁵⁹³ Aybay, 2016: 83; İnan ve Yücel, 2014: 377; Kaplan, 2012: 164; Kayıhan, 2016: 199; Zevkliler vd., 2013: 202.

⁵⁹⁴ Eren, 2017b: 544; Oğuzman ve Öz, 2017b: 38.

⁵⁹⁵ Kılıçoğlu, 2017: 387.

⁵⁹⁶ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 130.

⁵⁹⁷ Eren, 2017b: 544.

göre kural olarak, salt malvarlığında meydana gelen rıza dışı azalma, yani maddi zarardır⁵⁹⁸. Buna karşılık maddi zararı “dar anlamda zarar” olarak isimlendiren görüş, manevi zararı da kapsayacak şekilde zarar kavramını “geniş anlamda zarar” olarak isimlendirip, zararın tanımının “kişilerin gerek şahıs varlığı gerekse malvarlıklarında meydana gelen ve iradi olmayan eksilme” olduğunu belirtmektedir⁵⁹⁹.

2.4.2.2.4. Kusur

Kusur, hukuka aykırı olan davranıştır⁶⁰⁰. Başka bir deyişle, haksız fiil işleyen kişinin iradesinin emredici kuralların başkalarına zarar vermeme yönünde yüklediği ödevi yerine getirmekte uygunsuz olmasıdır⁶⁰¹. TBK m. 49 ifadesinden açıkça zarar veren fiilin kusurlu olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bir davranışın kusurlu sayılmasının sebebi hukuka aykırı olduğundan hukuk düzeni tarafından tasvip edilmemesidir⁶⁰². Kusur, sonucun bilinmesi yahut istenmesi bakımından kast ile veya ihmal suretiyle işlenebilir⁶⁰³.

2.4.2.2.5. Nedensellik Bağı

Haksız fiilde sorumluluğun doğabilmesi için nedensellik (illiyet) bağının varlığı son derece önemlidir⁶⁰⁴. Nedensellik bağı, ortaya çıkan zarar ile sorumluluk doğuran davranış yahut olay arasında sebep-sonuç ilişkisi bulunmasına denir⁶⁰⁵. Nedensellik bağında zarar sonucu doğuran olgu araştırılır⁶⁰⁶. TBK m. 49’da yer alan zarar “...fiille zarar veren” ve “zarar veren fiil” ifadelerinden nedensellik bağının sorumluluğun koşullarından olduğunu göstermektedir⁶⁰⁷. Zarar fiilden değil de başka herhangi bir nedenden kaynaklanmakta ise haksız fiil sorumluluğunun şartları sağlanmadığından sorumluluk oluşmamaktadır⁶⁰⁸.

Nedenselliğin ne anlama geldiğini açıklayabilmek adına doktrinde çeşitli teoriler geliştirilmiştir⁶⁰⁹. Bunlardan hakim olanı “uygun nedensellik bağı” teorisidir⁶¹⁰. Uygun nedensellik bağı, bir fiilin yaşam tecrübelerine göre ve yaşamın olağan akışı içerisinde somut

⁵⁹⁸ Oğuzman ve Öz, 2017b: 39.

⁵⁹⁹ Eren, 2017b: 545; Tandoğan, 2010b: 63.

⁶⁰⁰ Eren, 2017b: 594; Kılıçoğlu, 2017: 404.

⁶⁰¹ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 146.

⁶⁰² Nomer, 2017: 167; Kılıçoğlu, 2017: 404.

⁶⁰³ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 147; Nomer, 2017: 168; Kılıçoğlu, 2017: 406.

⁶⁰⁴ Eren, 2017b: 561.

⁶⁰⁵ Eren, 2017b: 561; Kılıçoğlu, 2017: 397; Nomer, 2017: 165.

⁶⁰⁶ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 136.

⁶⁰⁷ Eren, 2017b: 562.

⁶⁰⁸ Kılıçoğlu, 2017: 397.

⁶⁰⁹ Akıncı, 2017a: 139; Eren, 2017b: 563; Tekinay vd, 1993: 572 vd..

⁶¹⁰ Akıncı, 2017a: 139; Oğuzman/Öz, 45; Tekinay vd, 1993: 573.

hukuki olaydaki sonucu doğurmaya elverişli olan yahut bu tarz bir sonucun doğması ihtimalini objektif ölçütlere göre arttıran zorunlu koşul ile sözkonusu sonuç arasındaki mantıkî bağıdır⁶¹¹. Uygun nedensellik bağında fiilin somut olaydaki zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı mantık kuralları çerçevesinde araştırılır⁶¹².

2.4.2.3. Kusura Dayanmayan Sorumluluk

Kusura dayanmayan sorumluluk halleri istisna teşkil eder ve esas olan kusur sorumluluğudur⁶¹³. Kusur koşulu aranmayan sorumluluğun haksız fiil teşkil edip etmediği konusunda görüş birliği yoktur. Bir görüş kusura dayanmayan sorumluluğu haksız fiil saymanın uygun olmadığını, haksız fiil sorumluluğunu yalnızca kusur sorumluluğunu kapsayacak şekilde sınırlandırmanın uygun olduğunu belirtmektedir⁶¹⁴. Başka bir görüş, kusura dayalı ayırım yapmaksızın, borca aykırı olan davranış dışında olup da hukuka aykırılıktan doğan zararlardan sorumluluğu düzenleyen halleri haksız fiil saymakta, hukuka aykırılık koşulu aramaksızın sorumluluk yükleyen halleri ise haksız fiil saymamaktadır⁶¹⁵. Bir diğer görüş ise, haksız fiilde kural olanın kusur sorumluluğu olduğunu belirtmekle birlikte kusura dayanmayan sorumluluğun bunun istisnası olduğunu belirterek her iki sorumluluk türünü aynı üst başlık altında düzenlemektedir⁶¹⁶. 6098 sy. Kanunun genel hükümlerinde kusura dayanmayan sorumluluk; hakkaniyet, özen ve tehlike sorumluluğu olmak üzere üç grupta düzenlenmiştir⁶¹⁷. Bu tür sorumluluk hallerinde her ne kadar kusur aranmasa da kusursuz sorumluluk öngörülen durumda zarar ve nedensellik bağı şartlarının gerçekleşmesi gerekir⁶¹⁸.

2.4.3. Borcun İfa Edilmemesine İlişkin TBK m. 112 ve 117

2.4.3.1. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu'nun m. 112 ile başlayan ikinci ayırımı, borcun ifa edilmemesi (TBK m. 112) ve zamanında ifa edilmemesi (borçlunun temerrüdü) (TBK m. 117) durumlarını düzenlemektedir⁶¹⁹. Borcun ifa edilmemesi kendi içinde, gereği gibi ifa etmeme

⁶¹¹ Akıncı, 2017a: 139; Eren, 2017b: 565; Oğuzman ve Öz, 2017b: 45 vd..

⁶¹² Akıncı, 2017a: 139; Eren, 2017b: 566 vd.; Oğuzman ve Öz, 2017b: 46; Tandoğan, 2010b: 76 vd.; Tekinay vd, 1993: 573 vd.

⁶¹³ Akıncı, 2017a: 155; Nomer, 2017: 170.

⁶¹⁴ Tandoğan, 2010b: 9.

⁶¹⁵ Oğuzman ve Öz, 2017b: 2.

⁶¹⁶ Nomer, 2017: 170; Tekinay vd, 1993: 497.

⁶¹⁷ Eren, 2017b: 639.

⁶¹⁸ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 150.

⁶¹⁹ Eren, 2017b: 1053; Nomer, 2017: 337.

ve hiç ifa etmeme (temerrüt) olarak iki türe ayrılır⁶²⁰. Kanunun ikinci ayırımında yer almakta olan hükümler ilke olarak her türden borç ilişkilerinde uygulama alanı bulur⁶²¹.

Borçlu borcunu gereği gibi ifa etmezse, TBK m. 112 uyarınca alacaklı bundan dolayı uğradığı zararı borçludan talep edebilir. Temerrüde düşen borçlu ise TBK m. 117 vd. hükümlerine göre alacaklıya karşı sorumlu olur. Eser sözleşmesi gibi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı halinde alacaklı, temerrüde düşmüş borçluya karşı TBK m. 125'te yer alan aynen ifa, tazminat talep etme veya sözleşmeden dönme haklarından birini kullanabilir.

2.4.3.2. Kötü İfa

Bir borç ifa edilmiş olmakla birlikte gereği gibi ifa edilmemiş olabilmektedir⁶²². Bir görüşe göre kötü ifa, sözleşmenin müsbet ihlali kavramı üstün tutulmakla birlikte, imkansızlık ve temerrüt dışında kalan borca aykırılıklara denir⁶²³. İmkansızlık ve temerrüt dışında kalan durumlarda gereği gibi ifa etmeme kavramını üstün tutan diğer bir görüşe göre kötü ifa gereği gibi ifa etmemenin bir türüdür⁶²⁴. Alacaklı kötü ifayı kabul etmek zorunda değildir⁶²⁵ ve Kanunda alacaklının kötü ifayı kabule zorlandığı istisnalar dışında haklı gerekçeyle kötü ifanın reddedilmesi borçlunun borcunu ifa etmemiş olması sonucunun doğmasına sebebiyet verir⁶²⁶.

Kötü ifanın kapsamına ayıplı ifalar, yan edim yükümlülüklerinin ihlalleri ve koruma yükümlerinin ihlalleri girmektedir⁶²⁷. İnceleme konumuz itibarıyla buradaki sorun, ayıplı ifanın kötü ifanın bir türü olması sebebiyle ayıplı ifa halinde genel borca aykırılık hakkındaki TBK m. 112'nin uygulama alanına girilip girilmemesi sorunudur. Bu konuda değerlendirme üçüncü bölümde yapılmıştır⁶²⁸.

2.4.3.3. Borçlunun Temerrüdü

Borçlunun temerrüdünün Kanunda bir tanımı yapılmamıştır. Gerçekten de “Borçlunun temerrüdü” başlığını taşıyan kısmın ilk maddesi olan TBK m. 117'de bir tanım yapılmamış ve

⁶²⁰ Eren, 2017b: 1053; Tekinay vd, 1993: 851.

⁶²¹ Eren, 2017b: 1054; Tekinay vd, 1993: 851.

⁶²² Kılıçoğlu, 2017: 844; Oğuzman ve Öz, 2017a: 472.

⁶²³ Aral, 2011: 106; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 246.

⁶²⁴ Oğuzman ve Öz, 2017a: 474; Tandoğan, 2010b: 402.

⁶²⁵ Aral, 2011: 110; Kurt, 2016: 50; Nomer, 2017: 359.

⁶²⁶ Aral, 2011: 110.

⁶²⁷ Aral, 2011: 111; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 249

⁶²⁸ bk. Üçüncü Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleriyle Genel Hükümlerin Yarışmasının Sonuçları, Kötü İfaya İlişkin TBK m. 112 Bakımından.

doğrudan borçlu temerrüdünün koşullarına yer verilmiştir. Borçlunun temerrüdünün tanımı, ifası mümkün olan muaccel bir borcun ifasında meydana gelen gecikme olarak yapılabilir⁶²⁹. Borçlunun temerrüde düşmüş olması halinde gereği gibi ifa etmemeden farklı olarak borç hiç ifa edilmemiş durumdadır⁶³⁰.

Borcun ifasında meydana gelen gecikmenin borçlunun temerrüdü sayılabilmesi için bir takım koşulların bulunması gerekmektedir⁶³¹. Ancak TBK m. 117’de borçlunun temerrüdü için yalnızca borcun muacceliyeti ve bildirim yapılmış olması koşulları öngörülmüştür⁶³². Kanun hükmünden de anlaşıldığı üzere, bu koşullardan ilki alacaklının borcun ifasını talep etmekte yetkili olduğu ifa zamanının gelmiş yani borcun muacceliyet kazanmış olmasıdır⁶³³. Bununla birlikte, alacaklı muacceliyet kazanmış borcu yerine getirmesi için borçluya ihtar çekmeli yahut ihtara gerek duyulmayan bir durum bulunmalıdır⁶³⁴. Her ne kadar TBK m. 117’de açıkça öngörülmüş olmasa da borcun ifası mümkün olmalıdır⁶³⁵. Son olarak, alacaklının borcun ifasını kabul hususunda hazır olması, alacaklı temerrüdü durumunda olmaması gereklidir⁶³⁶. Zira alacaklı temerrüdü durumunda borçlunun temerrüdünün varlığından bahsedilemez⁶³⁷. Bu koşulların dışında, temerrüdün gerçekleşmesi için borçlunun kusurlu olması aranmamaktadır⁶³⁸.

Her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde temerrüdün sonucu olarak alacaklı, TBK m. 125 uyarınca seçimlik haklarından aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı yahut sözleşmeyi ortadan kaldırmadan gecikmiş ifayı reddederek borcun ifa edilmemesinden doğan müsbet zararını ya da sözleşmeden dönerek sözleşmenin ortadan kalkmasından doğan menfi zararını borçludan isteyebilir⁶³⁹. Buna karşılık TBK m. 125/II ve III uyarınca tazminat talep edilebilmesi borçlunun temerrüde düşmekte kusurlu olmasına bağlıdır⁶⁴⁰. Kural olarak borçlunun temerrüdünde, gecikmiş olan ifayı kabul zorunluluğu bulunmaktadır⁶⁴¹. Ancak

⁶²⁹ Aral, 2011: 72; Aybay, 2016: 145; Dayınarlı, 1988: 29; Erdoğan, 2017: 219; İnan ve Yücel, 2014: 618; Kayıhan, 2016: 303; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 216; Tercier vd., 2016: 401.

⁶³⁰ Kılıçoğlu, 2017: 861.

⁶³¹ Oğuzman ve Öz, 2017a: 458.

⁶³² Oğuzman ve Öz, 2017a: 459.

⁶³³ Eren, 2017b: 1120; Kılıçoğlu, 2017: 861; Oğuzman ve Öz, 2017a: 459.

⁶³⁴ Eren, 2017b: 1121 vd.; Kılıçoğlu, 2017: 862; Nomer, 2017: 365; Oğuzman ve Öz, 2017a: 460,463.

⁶³⁵ Eren, 2017b: 1120; Oğuzman ve Öz, 2017a: 468.

⁶³⁶ Oğuzman ve Öz, 2017a: 470.

⁶³⁷ Akıncı, 2017a: 231; Eren, 2017b: 1125; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 216; Nomer, 2017: 372.

⁶³⁸ Aral, 2011: 73; Eren, 2017b: 1126; Kılıçoğlu, 2017: 870; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 217; Kurt, 2012: 183; Oğuzman ve Öz, 2017a: 470.

⁶³⁹ Akıncı, 235-236; Eren, 2017b: 1143; Kılıçoğlu, 2017: 877 vd..

⁶⁴⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: 217; Kurt, 2012: 184; Oğuzman ve Öz, 2017a: 471.

⁶⁴¹ Nomer, 2017: 372; Oğuzman ve Öz, 2017a: 471.

karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde bu zorunluluk TBK m. 125/II hükmüne göre uygun süre verilip sözleşmeden dönülerek ortadan kaldırılabilir⁶⁴².

2.4.4. Yardımcı Kişinin Eyleminden Sorumluluğu Düzenleyen TBK m. 116 Hükmü

Yardımcı kişinin eyleminden dolayı borçluya yüklenen sorumluluk TBK m. 116'da düzenlenmiştir⁶⁴³. TBK m. 83 uyarınca alacaklının menfaatine olmadıkça borcu bizzat ve şahsen borçlunun yerine getirmesi zorunlu değildir⁶⁴⁴. Keza çoğu kez borçlunun şahsen borcunu yerine getirmesi mümkün olmamaktadır⁶⁴⁵. Örneğin kuyu açmayı üstlenen yüklenici bizzat bu borcu yerine getiremez⁶⁴⁶, yahut yapı eseri meydana getirmeyi üstlenen yüklenici kendi başına harç karıp da beton dökemez ve bunun için yardımcı kişiler bulundurarak borcun ifası için belli bir işgücü sağlamaya mecburdur⁶⁴⁷. İşgücüne başvuru bu kimselere yardımcı kişi (ifa yardımcısı) ismi verilmektedir⁶⁴⁸. İşte TBK m. 116, hem borçluya borcunu yerine getirirken yardımcı kişilerden faydalanma yetkisi vermekte hem de bu yardımcı kişilerin işin görülmesi esnasında eylemleriyle borç ilişkisinin karşı tarafı olan alacaklıya verdikleri zararlardan borçluyu sorumlu tutmaktadır⁶⁴⁹. Hükme göre yardımcı kişi kullanılması tarafta değişiklikliğe sebebiyet vermediği gibi borçlunun borç ilişkisine ilişkin tüm sorumlulukları da devam eder⁶⁵⁰.

Belirtmek gerekir ki, işin yardımcı kişiye gördürülmesinde alacaklı ile borçlu arasındaki borç ilişkisinin türü önemli değildir⁶⁵¹. Benzer şekilde, yardımcı kişi ile borçlu arasındaki hukukî ilişkinin ne olduğu da önem arz etmemektedir⁶⁵². Yardımcı kişinin eyleminden sorumluluğun söz konusu olabilmesi için borçlu ile yardımcı kişinin eyleminden zarar gören alacaklı arasında bir borç ilişkisi bulunmalıdır⁶⁵³. Ayrıca borcun yerine getirilmesinde borçlunun bizzat ifa etmesi zorunlu ise borçlu bu durumda m. 116 uyarınca değil borca aykırılık hakkındaki m. 112 uyarınca sorumlu olur⁶⁵⁴.

⁶⁴² Nomer, 2017: 372.

⁶⁴³ Kılıçoğlu, 2017: 819; Nomer, 2017: 342.

⁶⁴⁴ Eren, 2017b: 1097; Kılıçoğlu, 2017: 818; .

⁶⁴⁵ Eren, 2017b: 1097; Kılıçoğlu, 2017: 819.

⁶⁴⁶ Tekinay vd, 1993: 891.

⁶⁴⁷ Eren, 2017b: 1097.

⁶⁴⁸ Erdoğan, 2017: 214; İnan ve Yücel, 2014: 614; Zevkliler vd., 2013: 319.

⁶⁴⁹ Eren, 2017b: 1098.

⁶⁵⁰ Kılıçoğlu, 2017: 819.

⁶⁵¹ Şenocak, 1995: 57.

⁶⁵² Eren, 2017b: 1102.

⁶⁵³ Erdoğan, 2017: 215; Eren, 2017b: 1098; İnan ve Yücel, 2014: 615; Zevkliler vd., 2013: 319..

⁶⁵⁴ Kılıçoğlu, 2017: 820; Nomer, 2017: 342.

2.4.5. İrade Bozukluğu Hükümleri

Sözleşmelerin kurulmasında tarafların ortaya koyduğu hukukî işlem iradesinin gerek meydana gelmesinde gerekse beyan edilmesinde bir sakatlığın mevcut olmasına irade bozukluğu denmektedir⁶⁵⁵. İrade bozukluğu halleri 6098 sy. Kanun m. 30 ila 39 arasında düzenlenmiştir ve yanıltma (TBK m. 30 vd.), aldatma (TBK m. 36) ile korkutma (TBK m. 37 vd.) olmak üzere üç çeşittir⁶⁵⁶.

İrade bozukluğu hallerinden yanıltma, gerçek hakkında ya doğru olmayan bilgiye sahip olmak, ya eksik bilgiye sahip olmak veya gerçek hakkında hiçbir bilgiye sahip olmamaktır⁶⁵⁷. Yanıltmaya düşen taraf istemi dışında iradesinden farklı şekilde irade açıklamasında bulunmaktadır⁶⁵⁸. Türk Borçlar Kanunu m. 30'da, esaslı yanıltmaya düşenin sözleşme ile bağlı olmadığı hususu düzenlenmektedir. Esaslı yanıltmanın tanımı maddede verilmemiş olmakla birlikte, TBK m. 31'de esaslı yanıltma hallerine örnek teşkil eden durumlar sayılmış ve TBK m. 32'de saikte yanıltmanın esaslı yanıltma sayılmayacağı belirtilmekle birlikte bunun esaslı yanıltma hali teşkil eden istisnası düzenlenmiştir. Esaslı yanıltan taraf sözleşmeyi iptal edebilmektedir⁶⁵⁹. Ancak kendi kusuruyla yanıltmaya düşen taraf sözleşmeyi yanıltması sebebiyle iptal ederse TBK m. 35 uyarınca karşı tarafın sözleşmenin iptal edilmesinden dolayı uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalır⁶⁶⁰.

Kanunda düzenlenen bir diğer irade bozukluğu hali aldatmadır (TBK m. 36). Aldatma ile sözleşme yapmaya sevk edilmiş taraf yanıltmaya düşürülmektedir ve bu yanıltma esaslı olmasa dahi aldatılan sözleşme ile bağlı değildir⁶⁶¹. Aldatma, her ne kadar Kanuni bir tanımı bulunmasa da, hukukî işlemi gerçekleştirmesi için karşı tarafın iradesini, gerçeğe aykırı bir kanaat yaratan yahut gerçeğe aykırı kanaatin devam etmesine sebebiyet veren şekilde bir hareket veya susma ile sakatlamaktır⁶⁶². Aldatan kişi, aldatma eylemiyle karşı tarafta yarattığı bu kanaati, karşı tarafı sözleşmeyi akdetmeye sevk etmek için kullanmaktadır⁶⁶³. Aldatmanın gerçekleşmesi için aldatan kişinin aldatma kastı taşıması ve karşı tarafı hataya düşürmesi

⁶⁵⁵ Eren, 2017b: 392; Kılıçoğlu, 2017: 246; Nomer, 2017: 90; Oğuzman ve Öz, 2017a: 90.

⁶⁵⁶ Eren, 2017b: 394; Kılıçoğlu, 2017: 246 vd.; Nomer, 2017: 90; Oğuzman ve Öz, 2017a: 92.

⁶⁵⁷ Eren, 2017b: 395; Kılıçoğlu, 2017: 248; Özsunar, 2005: 81.

⁶⁵⁸ Nomer, 2017: 92; Kılıçoğlu, 2017: 246.

⁶⁵⁹ Eren, 2017b: 411; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 100; Kılıçoğlu, 2017: 248.

⁶⁶⁰ Eren, 2017b: 411; Nomer, 2017: 95.

⁶⁶¹ Yavuz, 1989: 222.

⁶⁶² Erdoğan, 2017: 93; Eren, 2017b: 415; İnan ve Yücel, 2014: 325; Kaplan, 2012: 127; Kayıhan, 2016: 172; Yıldırım, 2002: 8; Zevkliler vd., 2013: 181.

⁶⁶³ Yıldırım, 2002: 9.

gerekir⁶⁶⁴. Üçüncü bir kişinin aldatması söz konusu ise karşı tarafın bu aldatmayı biliyor olması halinde aldatılan, bağlı olduğu bu sözleşmeyi iptal etme yetkisine sahiptir⁶⁶⁵.

Son olarak aynı ismi taşıyan başlık altında, TBK m. 37 ve 38’de irade bozuklukluğu hallerinden korkutma düzenlenmiştir. Gerek üçüncü kişi tarafından gerekse karşı tarafça korkutularak sözleşme akdeden taraf, TBK m. 37/I uyarınca söz konusu sözleşme bağlı değildir⁶⁶⁶. Aldatma halinden farklı olarak üçüncü kişinin korkutmasında karşı tarafın bunu bilme şartı aranmamaktadır⁶⁶⁷.

⁶⁶⁴ Akıncı, 2017a: 101; Bilgili ve Demirkapı, 2017: 66; Erdoğan, 2017: 93; Eren, 2017b: 416; İnan ve Yücel, 2014: 327; Kaplan, 2012: 127; Kayıhan, 2016: 172; Tercier vd., 2016: 253; Yavuz, 1989: 223; Yıldırım, 2002: 7; Zevkliler vd., 2013: 182.

⁶⁶⁵ Eren, 2017b: 417; Yıldırım, 2002: 175.

⁶⁶⁶ Eren, 2017b: 419; Nomer, 2017: 98.

⁶⁶⁷ Eren, 2017b: 420; Hatemi ve Gökyayla, 2017: 102; Nomer, 2017: 98.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIPTAN SORUMLULUK HÜKÜMLERİ İLE BORÇLAR KANUNU GENEL HÜKÜMLERİNİN YARIŞMASININ SONUÇLARI

3.1. Genel Olarak Yarışmanın Sonuçları

3.1.1. Yarışmada Uygulanacak Hükmün Belirlenmesi

Yarışmada temel ilke, zarar görenin sorumluluk sebeplerinden hangisine dayanacağı hususunda seçim hakkı bulunmasıdır⁶⁶⁸. Taleplerden hangisinin kullanılmış olduğu davacının ileri sürdüğü vak'ılara göre ayrılarak belirlenir⁶⁶⁹. Davacı dikkate alınması mümkün olan bütün vak'ıları ileri sürdüğü, örneğin, kiralananın geri verilmesi talebinde hem mülkiyet hakkına hem de kira sözleşmesinden doğan şahsi hakka dayandığı takdirde, her iki talep hakkı da kullanılmış olur ve dava, davacı bunlardan yalnızca birini kanıtlasa dahi davacının lehine sonuçlanır⁶⁷⁰. Davacı mülkiyet hakkının ihlalinden hareketle talepte bulunursa TBK m. 49 vd. haksız fiil hükümleri, kira ilişkisini içeren sözleşmesinin ihlalinden hareketle talepte bulunursa TBK m. 112 vd. sözleşme sorumluluğu hükümleri olaya tatbik edilir⁶⁷¹. Yargıtay da bir kararında davacının hangi sorumluluk sebebine dayandığının tespitinin yapılması gerektiğini belirtmektedir⁶⁷².

3.1.2. Uygulanacak Hükmün Belirlenmesinde TBK m. 60'ın Etkisi

Türk Borçlar Kanunundaki düzenleme ele alınacak olursa, bir kişinin sorumluluğun birden çok sebebe dayandığı durumlarda hangi sorumluluk sebebine dayanılacağı sorusunun cevabını kanun koyucu TBK m. 60'ta vermiştir⁶⁷³. TBK m. 60, 6098 sy. Kanun ile getirilmiş yeni bir hükmüdür. Türk sorumluluk hukukunda haksız fiil ile sözleşmeden sorumluluk kuralları birbirini dışlamaz, birbiri ile yığılmaz ve bu sebeple aynı zarar için birden fazla zarar talep edilemez; dolayısıyla kural çokluğunun bu görünümüne uygulanması mümkün olan tek

⁶⁶⁸ Erten, 2000: 46.

⁶⁶⁹ Von Tuhr, 1983: 40.

⁶⁷⁰ Von Tuhr, 1983: 41.

⁶⁷¹ Eren, 2017b: 1166.

⁶⁷² Y. 10. HD. T. 28.04.2015 E. 2015/8953 K. 2015/8072, <https://www.bahadiroktay.av.tr/images/makaleler/83f4f7a8a399334.pdf>, (erişim tarihi: 06.12.2017): () “...Uyuşmazlık, murisin vefatından sonra çekilen yaşlılık aylığının yersiz olarak ödendiğinden bahisle istirdatı istemi için yapılan icra takibine vaki itirazın iptali istemine ilişkin olup, davanın, somut olayın özelliğine göre, sebepsiz zenginleşme ya da haksız fiilden kaynaklandığı kabul edilebilir. Bu hukuki sebeplerden herhangi birine dayanılması imkan dahilinde olup, bu durumda hakların yarışmasından (telahukundan) bahsedilir (Andreas Von Tuhr, 1983: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, C.Edege Çevirisi 1983, Sahife 452 ve 453;., Dr. S.Reisoğlu Sebepsiz İktisap Davasının Genel Şartları 1961 sahife 42 ve sonrası, Fikret Eren.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 4. B., İstanbul,1994, sayfa 14)... ”.

⁶⁷³ Ayan, 2012: 204; Kayıhan, 2016: 241; Reisoğlu, 2014: 392.

ilke, taleplerin yarışmasıdır ve Kanun koyucu TBK m. 60 ile yarışma ilkesini kabul etmiştir⁶⁷⁴. Bir kişinin sorumluluğunun birden fazla sebebe dayandırılabilmesi halinde, aksi zarar gören tarafından talep edilmedikçe ve Kanunda öngörülmedikçe, TBK m. 60, hakimi karar verirken zarar görenin zararını gidermede en etkili olacak sorumluluk sebebine dayanmakla yükümlü kılmıştır⁶⁷⁵. Hakim, zarar gören aksini talep etmez ise, somut olaya uygulanabilen sorumluluk sebeplerinin her birine göre tazminat hesaplar ve zarar göreni ne ölçüde tatmin ettiğine göre sorumluluk sebepleri arasında bir sıralama yapar ve bunlardan en etkili olanı seçip hükmü bu doğrultuda tesis eder⁶⁷⁶. Ancak ifade edilmektedir ki, zarar görenin, davasını kısmen sözleşmeden doğan sorumluluğa kısmen de haksız fiilden doğan sorumluluğa dayandırması mümkün değildir⁶⁷⁷. Davacı bir sorumluluk sebebine dayanmayı tercih ettiği zaman bu sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanmasını kabul etmiş olur ve dayanmamayı tercih ettiği sorumluluğa ilişkin kuralların uygulanmasını isteyemez; bu ancak dayandığı sorumluluğu davanın ıslahı çaresiyle değiştirmesi halinde mümkün olur⁶⁷⁸.

Türk Borçlar Kanunu m. 60'ın “iura novit curia” kuralı üzerindeki etkisi üzerinde durmak gerekir. Mülga 818 sy. Kanunda müteselsil sorumluluğa ilişkin hüküm yer almaktayken, sorumluluk sebeplerinin çokluğuna ilişkin bu hüküm yer almamaktaydı. Dolayısıyla m. 60 hükmü 6098 sy. Kanun ile getirilmiş yeni bir düzenlemedir. TBK m. 60 ifadesi, İsviçre’ye ait “Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Yeknesak Hale Getirilmesine İlişkin Ön Tasarı” m. 53’ten alınmış, ancak bu ön tasarıdan farklı olarak “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesi eklenmiştir⁶⁷⁹. Eklenen bu ifadenin işlevsiz ve anlamsız olduğu, zira HMK m. 33 amir hüküm olarak iura novit curia ilkesini kabul ettiği, ayrıca TBK m. 60’ın alındığı İsviçre ön tasarısı m. 53’ün gerekçesinde de bu ilkeye sadakatin esas olduğunun açıkça belirtildiği ifade edilmiştir⁶⁸⁰. Buna aykırı bir anlayış, davacı tarafından hakimin münhasır yetki alanına müdahalesini kabul anlamına gelir⁶⁸¹. Serozan da hangi hukuk kuralının uygulanacağına ilişkin karar verme yetkisinin tarafların çıkarından bağımsız olarak salt hakime ait olmasının kökleşmiş bir ilke olduğunu ve getirilen TBK m. 60’ın bu ilkeyi ihlal etmek amacı taşıyamayacağını vurgulamaktadır⁶⁸². Buradaki “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” şeklindeki ifadeyi, davacının dilekçesinde hangi sorumluluk sebebine dayandığını

⁶⁷⁴ Eren, 2017b: 1167.

⁶⁷⁵ Oğuzman ve Öz, 2017b: 293; Öz, 2012: 11.

⁶⁷⁶ Yeniocak, 2013: 88.

⁶⁷⁷ Reisoğlu, 2014: 392.

⁶⁷⁸ Tekinay vd, 1993: 983.

⁶⁷⁹ Buz, 2013: 30.

⁶⁸⁰ Buz, 2013: 53.

⁶⁸¹ Buz, 2013: 53.

⁶⁸² Serozan, 2017: 179.

açıkça ve sınırlayarak belirtmediği hallerde hakimın onun lehine olan sorumluluk sebebine göre karar vermesi⁶⁸³ şeklinde anlamak kanımızca mantıklı olan yorumdur. Bu doğrultuda bir diğer değerlendirmeye göre de, TBK m. 60 hükmü zarar göreni davacıyı kendisi için daha avantajlı olan sorumluluk sebebini tespit etme yükünden kurtarmakta ve bu ödevi hakime yüklemektedir⁶⁸⁴.

3.1.3. Yarışmanın Sonuçları

Yarışan iki alacaktan birinin ifa edilmesi diğerini de (ifa edilen hak ifa edilmeyen haktan daha az kapsamlı olmadığı sürece) ortadan kaldırır⁶⁸⁵. Ancak yarışan talep hakları kural olarak birbirinden bağımsız sayılırlar⁶⁸⁶. Yarışan talepler açısından zamanaşımı, ispat yükü ve sorumluluk gibi talebe ilişkin her türlü konu her bir talebin kendi rejimine göre değerlendirilir⁶⁸⁷. Yarışan talepler ayrı ayrı devredilebilir (ancak yarışan talep haklarından birinin devredilmiş olması yarışmayı ortadan kaldırmaz), ayrı ayrı ibra edilmek suretiyle ortadan kaldırılabilir veya birbirinden farklı sürede zamanaşımına uğrayabilirler⁶⁸⁸.

Zarar görenin, zarar verene yahut zarardan sorumlu olan kimseye karşı, sözleşmeden doğan sorumluluk ve sözleşme dışı sorumluluğun koşulları bir arada gerçekleşmiş olsa bile, aynı zarar için birden fazla sorumluluk sebebine dayanılarak birden fazla tazminat talebinde bulunulamayacağı kuşkusuzdur⁶⁸⁹. Bir araya gelen sorumluluk sebeplerinin sayısı ne kadar artarsa artsın tazminatın üst sınırı zararın miktarıdır⁶⁹⁰. Güzel bir metaforla ifade edilmektedir ki, bir tek koyundan iki tane postun çıkarılması mümkün değildir⁶⁹¹. Bunun aksini kabul etmek, tazminat miktarının tavan sınırının zarar miktarı olması ilkesine aykırı olur⁶⁹². Bu ilkenin ihlali zarar görenin sebepsiz zengileşmesine sebebiyet verir⁶⁹³. Sonuç olarak, sözleşmenin sorumluluk sebeplerinden birine dayandırılıp bunlardan birine istinaden tazminat ödendiği takdirde, diğer sorumluluk sebebinden doğan talep hakkı da ortadan kalkmış olur çünkü artık ortada giderilmesi söz konusu olan bir zarar kalmamıştır⁶⁹⁴.

⁶⁸³ Karan, 2013: 727.

⁶⁸⁴ İnan ve Yücel, 2014: 446.

⁶⁸⁵ Von Tuhr, 1983: 40.

⁶⁸⁶ Serozan, 2017: 179; Von Tuhr, 1983: 40.

⁶⁸⁷ Serozan, 2017: 179.

⁶⁸⁸ Von Tuhr, 1983: 40.

⁶⁸⁹ Eren, 2017b: 1166; Gürsoy, 1974: 177; Karan, 2013: 726; Kayıhan, 2016: 240; Oğuzman ve Öz, 2017b: 294; Oğuzman/Öz, Borçlar, Cilt I, 434; Serozan, 2017: 180; Tandoğan, 2010b: 536; Yıldırım, 2006: 972.

⁶⁹⁰ İnan ve Yücel, 2014: 445.

⁶⁹¹ Serozan, 2017: 180.

⁶⁹² Karan, 2013: 726; Tandoğan, 2010b: 536.

⁶⁹³ İnan ve Yücel, 2014: 445.

⁶⁹⁴ Akman, 1976: 117; Başalp, 2011: 126; Gürsoy, 1974: 177.

Ancak koşullarını taşımak kaydıyla; haksız fiilin borca aykırılığın kapsamı dışında meydana getirdiği zararların haksız fiil hükümlerine göre tazminini, sözleşmeye aykırılığın haksız fiilin kapsamı dışında meydana getirdiği zararların ise sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminini talep etmek mümkündür ve örneğin; alacaklının eşyalarını taşımayı üstlenen borçlunun yardımcısı olan şoförü alacaklının arabasına çarpıp hem alacaklının arabasına zarar verir, hem alacaklının eşyasını ziyan eder, hem de eşyaların zamanında taşınmaması sebebiyle zarara yol açarsa durum böyledir⁶⁹⁵.

Sözleşme dışı sorumluluk ile sözleşmeden doğan sorumluluğun yarıştığı hallerde sorumsuzluk anlaşmalarının etkisinin ne olacağı hususunu ise ayrıca irdelemek gerekir. Hakim görüş, sözleşmeye aykırılık sebebiyle istenen tazminata getirilen sınırlamaların haksız fiile dayanan tazminat istemini de sınırlayacağı yönündedir⁶⁹⁶. İşte bu, yarışan taleplerin birbirinden bağımsız olması ilkesinin istisnasını teşkil eder ve bağımsızlığın mutlak olmadığını ortaya koyar⁶⁹⁷.

Yarışan talepler açısından zamanaşımı, ispat yükü ve sorumluluk gibi talebe ilişkin her türlü konu her bir talebin kendi rejimine göre değerlendirilir⁶⁹⁸. Dolayısıyla dayanılabilen sorumluluk sebeplerinden birine ilişkin talebin zamanaşımına uğraması halinde diğer talep veya taleplere başvurulması mümkündür⁶⁹⁹.

3.2. Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleriyle Genel Hükümlerin Yarışmasının Sonuçları

3.2.1. Haksız Fiil Bakımından

Haksız fiilde TBK m. 50/I uyarınca zarar gören hem zararını hem de karşı tarafın kusurlu olduğunu ispat etmektedir. Eser sözleşmesinde ayıplı ifade ise işsahibi, ayıp karşısında kullandığı hakların gerçekleştiğini ve eserin teslim anında ayıplı olduğunu ispat etmektedir⁷⁰⁰. Yüklenicinin kusurunu ispat ancak genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkında söz konusu olur. Zira daha önce belirttiğimiz üzere⁷⁰¹, TBK m. 475/II'ye göre tazminat istenebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekir.

⁶⁹⁵ Oğuzman ve Öz, 2017b: 294.

⁶⁹⁶ Karan, 2013: 734; Serozan, 2017: 180; Tandoğan, 2010b: 538; Tekinay vd, 1993: 982.

⁶⁹⁷ Serozan, 2017: 180.

⁶⁹⁸ Serozan, 2017: 179.

⁶⁹⁹ Hatemi ve Gökyayla, 2017: 295.

⁷⁰⁰ Gümüş, 2014: 70.

⁷⁰¹ bk. İkinci Bölüm, İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te Yer Alan Hakları, Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı.

Haksız fiile karşı açılan tazminat davasının zamanaşımı TBK m. 72/I uyarınca zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmeden itibaren iki, fiilin gerçekleşmesinden itibaren on yıldır. Eser sözleşmesinde ise özel düzenlemeler saklı kalmak kaydı ile iki, beş ve yirmi yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. Bu iki sorumluluk türüne ilişkin taleplerin farklı anlarda zamanaşımına uğraması mümkündür. Ayıptan sorumluluk hükümleriyle haksız fiil hükümlerinin yarışacağını savunan bir görüşe göre, yarışma halinde karşı tarafın haksız fiil sorumluluğuna gitmek isteyen taraf, gözden geçirme ve bildirim külfetlerini yerine getirmelidir ki aksinin kabulü hem hukukî güvenliği hem de ekonomik hayatı zedeler⁷⁰². Ancak biz bu görüşe katılmamaktayız. Zira kanımızca yarışan sorumluluk sebeplerinden her biri kendi hükümlerinin öngördüğü rejime tabi olur. Şahiniz’e göre, bizim de katıldığımız üzere, haksız fiil sorumluluğuna gözden geçirme ve bildirimle ilişkin katı kuralların uygulanması haksız fiil sorumluluğunun getiriliş amacıyla çelişmektedir⁷⁰³. Dolayısıyla haksız fiil sorumluluğuna gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerine ilişkin kurallar uygulanmamalıdır⁷⁰⁴. Haksız fiil ile ayıptan sorumluluk hükümlerinin yarıştığı hallerde haksız fiil sorumluluğuna ayıptan sorumluluk hükümlerine ilişkin zamanaşımı kuralları uygulanmamalıdır⁷⁰⁵.

Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleri, haksız fiil hükümleri ile yarışır⁷⁰⁶. Bu kapsamda TBK m. 475/II’de düzenlenen genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının da, haksız fiil hükümleriyle yarışması mümkündür⁷⁰⁷. Sözleşmeden doğan sorumluluk ile haksız fiil sorumluluğunun bir arada bulunduğu haller için Türk sorumluluk hukukunda amir hüküm olan TBK m. 60’ta öngörüldüğü üzere taleplerin yarışması ilkesi benimsenmiştir.

Türk Borçlar Kanunu m. 60’ın uygulama alanı bakımından bir değerlendirme yapacak olursak; TBK m. 60’ın lafzında yer alan “en iyi giderim” imkanı bakımından, haksız fiilden doğan zararın tazmini çaresi ile ayıptan sorumluluk karşısında tanınan seçimlik hakları zararın giderimi bakımından değerlendirmek gerekir. Burada bir düşünce, böyle bir kıyaslamanın yapılamayacağını, TBK m. 60 hükmünün sözleşmeden doğan sorumluluk sebeplerinin birbiriyle yahut başka bir sorumluluk sebebiyle yarışması için öngörülmediğini, “en iyi giderim” ifadesinin ancak iki tazminat talebinin yarışması halinde söz konusu olacağını, ayıp

⁷⁰² (Bu görüşü destekleyen yazarlar için bk.) Şahiniz, 2008: 201.

⁷⁰³ Şahiniz, 2008: 202.

⁷⁰⁴ Yavuz, 239; Yıldırım, 1992: 81.

⁷⁰⁵ Kahveci, 2014: 67.

⁷⁰⁶ Gümü, 2014: 50; Seliçi, 1978: 132.

⁷⁰⁷ Eren, 2017a: 654.

karşısında kullanılacak seçimlik hakların da birer tazminat talebi değil seçimlik hak olduğunu savunmaktadır⁷⁰⁸. Bu düşünceden yola çıkılırsa, haksız fiil sorumluluğunun ayıptan sorumluluk karşısında kullanılabilen seçimlik haklarla yarışmasının mümkün olmadığı sonucuna varılabilir. Zira yazar, TBK m. 60 hükmünün haksız fiillere özgü bir sorun olan, tehlike sorumluluğunun diğer sorumluluk türleri ile yarışmasına münhasır bir düzenleme olduğunu vurgulamaktadır⁷⁰⁹. Ancak biz yarışmanın mevcut olduğuna yönelik görüşe katılmaktayız⁷¹⁰.

Haksız fiil sorumluluğu ile sözleşmeden doğan sorumluluğun yarıştığını kabul eden bazı yazarlar ise bu hükümler yarışsa bile, bu hükümler arasında özel hüküm – genel hüküm ilişkisi olduğunu, hükümlerin birleşmediğini ve her halükarda sözleşmeden doğan sorumluluk hükümlerinin uygulanacağını ileri sürmektedirler⁷¹¹. Biz yarışma kavramını normların birbirini dışlaması olarak değil, birlikte uygulanması olarak kabul ettiğimizden bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Bu sebeple haksız fiil hükümleri ile gerek sözleşmeden doğan sorumluluk gerekse ayıptan sorumluluk hükümlerinin özel hüküm – genel hüküm ilişkisi içinde olmadığını savunan görüşe katılmaktayız⁷¹².

Haksız fiil Kanunda kural olarak kusur sorumluluğu şeklinde düzenlenmiştir⁷¹³. Buna karşılık daha önce ele aldığımız üzere⁷¹⁴, ayıptan doğan sorumluluk için yüklenicinin kusuru aranmamakta, ancak genel hükümlere göre tazminat talep edilebilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmektedir. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğunun gerçekleşmesi için de kusur gerektiğinden genel hükümlere göre tazminat isteme hakkının kusur koşulu aynı olayda gerçekleşir. Yüklenicinin ayıplı ifası aynı zamanda bir haksız fiil teşkil ederse, bir yarışma hali mevcuttur. Buna örnek olarak; çamaşır makinesi tamir etmeyi üstlenen yüklenicinin kusurlu hareketiyle makineye zarar vermesi verilebilir⁷¹⁵. Elbette bu örnekte, zarar vermenin ayıplı ifa teşkil etmesi, teslim olanak vermesi gereklidir.

⁷⁰⁸ Buz, 2013: 50.

⁷⁰⁹ Buz, 2013: 49.

⁷¹⁰ (Aynı görüş için bk.) Gümüş, 2014: 70; Şahin, 2008: 201.

⁷¹¹ Çağ, 1973: 20.

⁷¹² Çağ, 1973: 22; Şahin, 2008: 202.

⁷¹³ Akıncı, 2017a: 154; Aybay, 2016: 84; Erdoğan, 2017: 113; İnan ve Yücel, 2014: 379; Kaplan, 2012: 162; Zevkliler vd., 2013: 201.

⁷¹⁴ bk. İkinci Bölüm, İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te Yer Alan Hakları.

⁷¹⁵ Kayıhan, 2016: 240.

3.2.2. Kötü İfaya İlişkin TBK m. 112 Bakımından

Ayıptan sorumluluk hükümleri, gereği gibi ifa etmeme hallerinden olan kötü ifanın özel olarak düzenlenmiş bir halini, ayıplı ifaya bağlanan sonuçlar olarak hüküm altına alınmıştır⁷¹⁶.

Mülga 818 sy. Kanunun yürürlükte olduğu dönemde Yargıtay, İsviçre uygulamasının satış sözleşmesindeki yaklaşımına paralel şekilde, gözden geçirme ve bildirim külfetlerine uyulmak kaydı ile ayıptan sorumluluk hükümlerinin 818 sy. Kanun m. 96'ya dayalı tazminat talebiyle yarışabileceği görüşünü taşımakta idi⁷¹⁷. Bir görüşe göre m. 96'ya dayanabilmek için ayıptan sorumluluğun koşullarını yerine getirmek gerekir ve uyulması gereken süre ayıptan sorumluluk hükümlerinde gözden geçirme ve bildirim kurallarına ilişkin kısa süredir⁷¹⁸.

Yarışmanın mevcut olduğunu kabul eden bir görüş, burada bir avantaj kıyaslaması yapmaktadır⁷¹⁹. Bu görüşe göre, sözleşmeye aykırılığın koşullarının gerçekleşmesi ayıptan sorumluluğun şartlarının gerçekleşmesine kıyasla daha kolay olmasına karşılık, sözleşmeye aykırılık halinde öngörülen hukukî sonuçlar ayıptan sorumluluk halinde öngörülen hukukî sonuçlara göre daha avantajlıdır. Gerçekleşme koşulları ile hukukî sonuç arasında bir ters orantı kurularak külfet ve nimet dengesi böylelikle sağlanmaktadır ki bu sebeple ayıptan sorumluluk hükümleri yerine genel hükümlerin tercih edilebilmesi, yasanın dolanılması anlamına gelmez ve yarışmanın mümkün olduğunu kabul etmek gerekmektedir⁷²⁰.

Satış sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle, TBK m. 112 vd. hükümlerinin yarışacağını ileri süren başka bir görüş ise, ayıptan sorumluluk hükümlerine hiç başvurulmadan ve gözden geçirme ile bildirim külfetlerinin hiçbirini yerine getirilmeden dilenirse, TBK m. 112 vd. hükümlerine başvurabileceğini savunmaktadır⁷²¹. Ancak eser sözleşmesinde satış sözleşmesinden farklı şekilde, ayıptan sorumluluk hükümlerinin genel borca aykırılık hükümlerine göre özel bir sorumluluk rejimi teşkil ettiği ve eser sözleşmesinde ayıplı ifada iş sahibine ait olan talep haklarının genel borca aykırılık hükümlerine de dayandırılmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir⁷²².

⁷¹⁶ Şahin, 2008: 195.

⁷¹⁷ Gümüş, 2014: 49; Kahveci, 2014: 58; Y. 15. HD. T. 24.7.2008 E. 2008/3498 K. 2008/5125, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 07.05.2018): “...Somut olayda, yüklenici davalı-karşı davacının yanlar arasındaki sözleşmelerde kararlaştırılan yapımını yüklenici bazı işleri kusurlu yaptığı; bazılarını ise, eksik bıraktığı yani yapmadığı yapılan inceleme sonucu sunulan bilirkişi kurulu raporlarında tespit edilerek açıklanmıştır. Yüklenicinin temerrüdü sebebiyle iş sahibi, davacı Borçlar Kanunu'nun 106.maddesi hükmü gereğince, akdin ifası kapsamında eksik ve kusurlu işler bedelini yüklenici davalı-karşı davacıdan isteyebilir...”.

⁷¹⁸ Şahin, 2008: 196.

⁷¹⁹ Serozan vd., 2018: 193; Serozan, 2017: 179.

⁷²⁰ Serozan vd., 2018: 193; Serozan, 2017: 179.

⁷²¹ Kahveci, 2014: 59; Şahin, 2008: 196; Yüce, 2012: 415.

⁷²² Seliçi, 1978: 130; Şenocak, 2002: 35; (aynı yönde görüş için bk. dipnot 473) Oğuzman ve Öz, 2017a: 475.

Belirtmek gerekir ki, kanımızca 6098 sy. Kanuna getirilen m. 475/II hükmünün yollaması sonucu ayıpla ilgili tazminat genel hükümlere göre isteneceğinden burada yarışma yoktur. TBK m. 475'te, genel hüküm yollamasıyla TBK m. 112'nin uygulama alanı bizzat Kanun koyucu tarafından örtülü olarak belirlenmiştir. Bu durumda ayıptan sorumluluk hükümleriyle, TBK m. 112 vd. yer alan hükümler ne birbirini dışlar, ne de iç içe girer. TBK m. 112'nin uygulama alanı, ayıbı takip eden zararlar için genel hükümlere göre tazminat isteme hakkıyla sınırlıdır ki bu halde dahi iki hükmün yarışması söz konusu değildir. TBK m. 475'te yer alan hakların, hükme getirilen bu ikinci fıkra ile TBK m. 112 haliyle yarışma olanağı ortadan kaldırılmıştır.

3.2.3. Borçlunun Temerrüdü Hükümleri Bakımından

Ayıplı ifada teslim gerçekleştiğinden hiç ifa etmeme söz konusu değildir. Daha önce de belirttiğimiz üzere⁷²³, ayıplı ifada ayıplı da olsa bir ifa mevcuttur. Dolayısıyla ayıplı ifada, eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlerinden eser tesliminin gerçekleştirilmemesi sebebiyle TBK m. 117 vd. hükümleri uygulama alanı bulamaz. Dolayısıyla aynı olayda hem temerrüde dayalı taleplerin hem de ayıplı ifaya bağlı taleplerin yarışması söz konusu olmaz. Temerrüt hükümleri ancak, ayıp karşısında bir seçimlik hak kullanıldıktan sonra yüklenicinin bu talebi yerine getirmemesi halinde kıyasen uygulama alanı bulabilir⁷²⁴. Başka bir deyişle, ayıbı gidermekte temerrüde düşen yükleniciye karşı iş sahibi TBK m. 117 vd. hükümlerine başvurabilir⁷²⁵. Örneğin iş sahibi, tek taraflı irade beyanıyla seçimlik haklarından eserin ücretsiz onarımını talep etmişse, uygun bir süre içinde bu talebi yerine getirmeyen yüklenici kanımızca temerrüde düşürülebilmelidir.

3.2.4. Aldatma Hükümleri Bakımından

İrade bozukluğu kural olarak hukukî işlemin hükümsüzlüğüne sebebiyet verse de, Türk Borçlar Hukuku sisteminde taraf iradesindeki bozukluğun yaptırımını yumuşatılmış, kimi haller için sonucun ortaya çıkmayacağı, kimi haller için ise hukukî işlemin iptal edilebilir olacağı hüküm altına alınmıştır⁷²⁶. Bu bağlamda irade bozukluğu hallerinden hangilerinin ayıptan sorumluluk hükümleri ile yarıştığı konusunda bir değerlendirme yapmak gerekir. Karşı tarafın etkisi olmaksızın yanılmaya düşenin karşı tarafın zararını gidermesi hususu inceleme dışı bırakılmıştır. Konumuz itibarıyla eser sözleşmesinde iş sahibinin talep etmesi

⁷²³ bk. Birinci Bölüm, Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfa Kavramı.

⁷²⁴ Aral ve Ayrancı, 2015: 410; Şahin, 2012: 211; Tandoğan, 2010a: 199.

⁷²⁵ Şenocak, 2002: 35.

⁷²⁶ Erdoğan, 2017: 93; İnan ve Yücel, 2014: 309.

mümkün olan hakların birbiriyle yarışması önem teşkil etmekte olup yanılmaya düşen işsahibinin, yüklenicinin zararını gidermesi bu kapsamın dışındadır. Bunun haricinde korkutma hali de inceleme dışı bırakılmıştır. Öyle ki bir kişi ile hem bu kişiyi korkutarak sözleşme akdedip hem de ayıplı ifaya maruz bırakma hali kasten gizlenmiş ayıp hali ile pek bağdaşmamaktadır. TBK m. 30 ve devamında irade bozukluklarından yalnızca aldatma (TBK m. 36) halinin, eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk ile yarışabileceği düşüncesi incelenmiştir.

Aldatmaya uğrayan taraf TBK m. 39 uyarınca bir yıl içinde tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi iptal yaptırımına tabi tutabilir⁷²⁷. İptal beyanının gerçekleştiği andan itibaren taraflar, henüz ifa etmemiş oldukları edimleri yerine getirme zorunluluğundan kurtulur, karşı tarafın edimini talep hakkını kaybeder ve iptal anına kadar ifa ettikleri edim konusu şeyleri geri vermeleri gerekir⁷²⁸. Aldatma, irade bozukluklarının haksız fiil teşkil eden türlerindendir ve bu sebeple aldatmaya maruz kalan kimsenin aldatan kişiye karşı tazminat davası açması mümkündür⁷²⁹. Öyle ki; aldatmaya uğrayan ya sözleşme ile bağlı olmadığını beyan ederek ya da TBK m. 39/II'nin verdiği imkan uyarınca açık, kapalı irade beyanı ile veya bir yıllık hak düşürücü süreyi geçirerek sözleşmeyle bağlı kalarak zararının giderilmesini isteyebilir⁷³⁰.

İrade bozukluğuna istinaden sözleşmeyi iptal yaptırımına tabi tutabilme hakkı TBK m. 39 uyarınca bir yıllık hak düşürücü süreye tabi tutulmuştur. Sözleşme geçersiz kılındıktan sonra TBK m. 49'a göre tazminat talep edileceğinden⁷³¹ bu tazminatın zamanaşımı TBK m. 72 uyarınca iki ve on yıllık sürelerle tabidir.

Eser sözleşmesinde kasten gizlenmiş bir ayıbın varlığı halinde, aynı zamanda aldatma hükümlerinin uygulama alanı bulması mümkündür. Ayıptan sorumluluk ile aldatma hükümlerinden kaynaklanan sorumluluk yarışabilir⁷³². Zira aldatmanın düzenlendiği TBK m. 36'da yer alan "taraflardan birinin diğerini aldatması" ifadesi ile TBK m. 477'de yer alan "yüklenici ... tarafından kasten gizlenen" ifadesi ile iki hüküm arasında kural çokluğu ilişkisinin kurulması mümkün hale gelmektedir. Sözleşme konusundaki ayıp aldatma ile gizlenmişse, hem aldatmanın hem de ayıptan sorumluluğun koşulları aynı anda gerçekleşmiş olur⁷³³. Zira bir ayıbı kasten gizleme kastı gösteren yüklenici, sözleşme akdedilirken ayıpsız

⁷²⁷ Akıncı, 2017a: 102; Erdoğan, 2017: 93; İnan ve Yücel, 2014: 328; Kaplan, 2012: 128; Kayıhan, 2016: 173; Tercier vd., 2016: 255.

⁷²⁸ Özsunar, 2005: 115.

⁷²⁹ Eren, 2017b: 419; Tekinay vd, 1993: 456; Tercier vd., 2016: 255.

⁷³⁰ Erdoğan, 2017: 93; İnan ve Yücel, 2014: 329; Tercier vd., 2016: 255; Zevkliler vd., 2013: 184.

⁷³¹ İnan ve Yücel, 2014: 329.

⁷³² Yavuz, 1989: 225.

⁷³³ Şahin, 2008: 200.

bir ifa gerçekleştireceği yönünde işsahibinin iradesini sakatlamış olabilir. Katıldığımız üzere, ayıptan sorumluluk hükümleri irade bozukluğu hükümlerine göre özel hüküm teşkil etmez⁷³⁴. Bu hükümlerin koşulları aynı olayda gerçekleştiği takdirde işsahibi ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurabileceği gibi, hak düşürücü süre içerisinde sözleşmeyi iptal edebilir yahut TBK m. 39/II'nin tanıdığı tazminat imkanından faydalanabilir. Dolayısıyla ayıptan sorumluluk hükümleriyle irade bozukluğu hükümlerinin yarışma halinde olması mümkündür ve böylelikle işsahibi ayıptan sorumluluğun koşullarını yerine getirmekten kurtulur⁷³⁵. Yargıtay da 1958 tarihli bir içtihadı birleştirme kararında ayıptan sorumluluk hükümleri ile irade bozukluğu hükümlerinin yarışabileceğini belirtmektedir⁷³⁶.

Aldatma hükümlerinin sağladığı haklar ayıptan sorumluluk hükümlerinin sağladığı haklara göre daha elverişsiz olsa da, burada kilit nokta, ayıptan sorumluluğun koşullarını sağlayamama ve gözden geçirme ile bildirim külfetlerine ilişkin kısa sürelerin geçirilmiş olması halidir. Zira aldatma hükümlerini işletebilmek için bu koşulları yerine getirmeye veya kısa sürelere itibar etmeye gerek yoktur⁷³⁷. Ayrıca, gerek TBK m. 475/I'de yer alan sözleşmeden dönmeye ilişkin özel koşullar gerekse TBK m. 475/III'te yer alan sözleşmeden dönme yasağı, işsahibinin sözleşmeden kurtulamamasına sebebiyet vermektedir. Dolayısıyla aldatma hükümlerince sözleşmeyi iptal yaptırımına tabi tutabilme hakkı, bu tarz durumlarda aldatma hükümlerinin elverişli hale gelmesine sebebiyet vermektedir. Tazminat isteme bakımından ise ikili bir ayırım yapmak gerekmektedir ki TBK m. 39/II aldatmaya ve korkutmaya uğrayanın hem sözleşmeyi iptal edip hem de etmeden tazminat isteyebilmesi imkanını sağlamaktadır. Bu kapsamda aldatmaya uğrayıp da halihazırda sözleşmeyi iptal etmiş olan tarafın m. 39/II'ye göre isteyeceği tazminatın ayıptan doğan sorumluluk ile birlikte işletilmesinin mümkün olmadığı, buna karşın sözleşmeyi iptal etmeden aynı hüküm uyarınca

⁷³⁴ Yıldırım, 2006: 980.

⁷³⁵ Şahin, 2008: 200.

⁷³⁶ YİBGK T. 4.6.1958 E. 1958/15 K. 1958/6, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (erişim tarihi: 06.12.2017): “...Bir hadisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde (Hakların telahuku) denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görünen hükümlerden birisinin diğerine göre hususi hüküm mahiyetinde bulunmaması şarttır. Çünkü umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindendir. Her ne kadar Medeni Kanundaki 906 ile 908. maddeler hükümleri, zilyedin elindeki malın hak sahibine geri verilmesi halinin hukuki neticelerini tanzim etmek üzere kanuna konulmuş ise de ne kanunun metninden, ne de kanunun metninden, ne de gerektirici sebepler layihısından, hakiki mal sahibine malın geri verilmesi halinin neticelerine kanunun başka hükümlerinin tatbik olunamayacağı manası çıkmamaktadır. Esasen bir durum için kanunda ayrıca hüküm konulmuş olması, o durum hakkındaki hükmün kabul ettiği neticeleri doğuracak olan başka hükümlerin dahi o duruma tatbik olunmasına engel sayılmamaktadır. Nitekim; satılan malın ayıplı olması halinde Borçlar Kanununun 203. maddesi uyarınca aktin feshi istenebileceği gibi Borçlar Kanununun 24. maddesinin 4. bendi hükmünce vasıfta yanılma esasına dayanılarak da aktin feshi cihetine gidilebilir (Federal Mahkemenin 56 2 ve 427 deki kararının gerektirici sebepleri 3)... ”.

⁷³⁷ Yavuz, 1989: 225.

istenen tazminatın ayıptan sorumluluk hükümleriyle birlikte işletilebilmesi yönündeki görüşe katılmaktayız⁷³⁸.

3.2.5. Yardımcı Kişinin Fiili Bakımından

Eser sözleşmesinde yüklenici, yardımcısının eyleminden dolayı meydana gelen ayıplı ifadan tıpkı kendi eylemi gibi sorumludur⁷³⁹. Eser sözleşmesinde, yardımcı kişinin fiilinden sorumluluğun şartlarından olan bir borç ilişkisi bulunması şartı mevcuttur. Zira burada zarar gören alacaklı işsahibi, borçlu ise yüklenicidir ve yardımcı kişi yüklenicinin yardımcısıdır. Ancak söz konusu eser sözleşmesinde yüklenicinin borcu yardımcısına ifa ettirmesi caiz olmalıdır⁷⁴⁰. Örneğin bir ressamdan bizzat bir resim yapması istenmişken, resmi başkasına yaptırırsa yahut bir operatörden bir ameliyat yapması istenmişken sözgelimi bu ameliyatı asistanına yaptırırsa TBK m. 116 değil TBK m. 112 uygulama alanı bulur⁷⁴¹. Yani bu durumda ayıplı ifa değil diğer gereği gibi ifa etmeme halleri mevcuttur.

Sorumluluğun ortadan kaldırılması bakımından, TBK m. 116'da TBK m. 66'dan farklı olarak kurtuluş kanıtı getirme olanağı yoktur⁷⁴². Buna karşılık TBK m. 116, her ne kadar 2. fıkrasında anlaşma ile yardımcı kişilerin eylemlerinden doğan sorumlulukların kaldırılabilceğini hüküm altına alsada, aynı maddenin 3. fıkrasında uzmanlığı yahut idari makam izni gerektiren bir faaliyette böyle bir anlaşmanın kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde elbette, yüklenici her zaman ya bir işte uzmandır ya da tıpkı yapı eseri meydana getirmede olduğu gibi idari makamdan izin alınmak suretiyle bir faaliyet gerçekleştirmektedir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde yardımcı kişilerin eylemlerinden sorumluluğu ortadan kaldıran bir anlaşmanın hüküm arz etmesi söz konusu olmaz.

Ayıplı ifaya yüklenicinin yardımcısı sebebiyet vermişse, yüklenicinin hem ayıplı ifadan hem de yardımcısının eyleminden sorumlu tutulabileceği düşünülebilir. Ancak yardımcı kişinin eylemi yine yüklenici açısından ayıptan sorumluluk hükümlerinin işletilmesine sebebiyet vereceğinden, bu halde sorumluluk sebeplerinin yarışması mümkün gözükmemektedir. Zira yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna gidilebilmesinde ayıbın kaynağı önem teşkil etmediğinden, ayıp bizzat yükleniciden de kaynaklansa, yüklenicinin yardımcısından da kaynaklansa bu durum bir farklılık arz etmez⁷⁴³.

⁷³⁸ Yüce, 2012: 416.

⁷³⁹ bk. İkinci Bölüm, İşsahibinin Ayıplı İfa Karşısında TBK m. 475'te Yer Alan Hakları, Genel Hükümlere Göre Tazminat Talep Etme Hakkı.

⁷⁴⁰ İnan ve Yücel, 2014: 616; Zevkliler vd., 2013: 321.

⁷⁴¹ İnan ve Yücel, 2014: 616; Zevkliler vd., 2013: 321.

⁷⁴² Erdoğan, 2017: 141; İnan ve Yücel, 2014: 617; Kaplan, 2012: 174; Zevkliler vd., 2013: 325.

⁷⁴³ Eren, 2017a: 634.

3.2.6. TBK m. 475’te Yer Alan Seçimlik Hakların Birbiri ile İlişkisi

Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk karşısında kullanılabilen seçimlik hakları incelerken bunların yenilik doğuran, varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılan ve kullanma iradesinin karşı tarafa iletilmesi ile hukukî sonuç doğuran haklar olduğunu belirtmiştik. Bu haklar bir kez kullanılmakla tükenir ve bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamaz. Birinin kullanılması hem kullanılan hakkı sona erdirir, hem de diğer seçimlik hakların kullanılma imkanını ortadan kaldırır⁷⁴⁴. TBK m. 475’teki seçimlik haklar, ayıplı ifaya bağlanmış birer hukukî sonuçtur ve birer talep hakkı ihtiva eder. Ancak seçimlik haklardan doğan taleplerin birbiri ile yarışmasının kabul edilmesi bu hakların getiriliş amacına aykırıdır. Bu haklar arasındaki ilişkinin her ne kadar “alternatif yarışma” olduğu ifade edilse⁷⁴⁵ de, bu kavram ile kastedilen, bu taleplerin bizim “seçimlik uygulama” olarak ifade ettiğimiz⁷⁴⁶, birbiriyle bir öncelik ilişkisi olmayan ve farklı hukukî sebeplerden değil aynı hukukî sebepten doğan alternatif hukukî sonuçlar olmasıdır. TBK m. 475’te her bir seçimlik hak için öngörülmüş olan özel koşullar ile ayıptan sorumluluğun koşulları gerçekleştirilmek kaydıyla bu seçimlik haklar aralarında bir öncelik ilişkisi olmadan tercih edilebilir. Aralarında bir öncelik ilişkisi olmaması, bu seçimlik hakların farklı hukukî sebebe dayandığını göstermemektedir. Sonuç olarak TBK m. 475’te yer alan seçimlik hakların birbiri ile yarışması söz konusu değildir.

⁷⁴⁴ Eren, 2017b: 67 vd.; Kılıçoğlu, 2017: 32.

⁷⁴⁵ Buz, 2013: 24; Şenocak, 2002: 33.

⁷⁴⁶ bk. İkinci Bölüm, Taleplerin Yarışması, Yarışma Kavramı.

SONUÇ

Eser sözleşmesinde ayıplı ifa, eserin sözleşmede öngörülen ya da dürüstlük kuralına göre eserde bulunması beklenebilen bir niteliğin teslim edilen eserde bulunmaması halidir. Kanun koyucu eser sözleşmesinde yüklenicinin ayıptan sorumluluğu TBK m. 474 ile m. 478 arasında özel olarak düzenlemiştir.

Eser sözleşmesinde ayıplı ifaya maruz bırakılan iş sahibine, ayıptan sorumluluk hükümlerinden TBK m. 475 kapsamında sınırlı sayıda birtakım haklar tanınmıştır. Yalnızca ayıptan sorumluluğa dayanılarak talep edilebilen haklar bunlardan ibarettir. Buna karşın aynı hukukî olayın birden fazla hukuk kuralının koşullarını taşıması mümkündür. Birden fazla hukuk kuralı eğer, genel – özel veya önceki – sonraki ilişkileriyle birbirlerinin uygulama alanlarını ortadan kaldırmıyorlarsa, bu hukuk kurallarının birlikte uygulanması mümkündür. Yarışma hali de, bu hukuk kurallarının öngördüğü hukukî sonuçlara ulaşma yetkisi olan, yani, talep haklarının sahibi olan kişiye, bu hukukî sebeplerden dilediğine dayanma imkanı vermektedir.

Eser sözleşmesinde ayıptan sorumluluk hükümleriyle kötü ifaya ilişkin genel borca aykırılık hükümleri yarışma ilişkisi içerisinde değildir. Eser sözleşmesinde ayıplı ifa, iş sahibinin genel borca aykırılık hükümlerine doğrudan başvurmasına engel olmaktadır. İş sahibinin ayıbın bizzat sebebiyet verdiği zararlar için TBK m. 475'te yer alan seçimlik haklara başvurusu, genel borca aykırılık hükmü olan TBK m. 112'ye ise ancak TBK m. 475/II yollaması ile ayıbı takip eden zararlar için başvurabilmesi gerekir. 6098 sy. Türk Borçlar Kanununda m. 475'e getirilen bu ikinci fıkra, TBK m. 112 ile TBK m. 475'in yarışma ihtimalini bu şekilde ortadan kaldırmıştır.

Borçlunun temerrüdü hükümleriyle ayıp hükümlerinin yarışması mümkün değildir. Zira temerrütte teslim gerçekleşmemekte, ayıplı ifada ise teslim gerçekleşmektedir. Dolayısıyla bu iki farklı kavrama ilişkin hükümlerin uygulama alanı kesişmemektedir. Buna karşılık, iş sahibinin ayıp karşısında TBK m. 475 uyarınca kullandığı haklarının yüklenici tarafından yerine getirilmemesi halinde iş sahibinin yükleniciyi temerrüde düşürebilmesi mümkündür. Ancak bu halde de iki gruba ait hükümlerin uygulama alanlarının yarışma ilişkisi şeklinde bir araya geldiğinden söz edilemez.

Ayıp hükümleriyle haksız fiil hükümlerinin yarışması mümkündür. Bu halde, iş sahibi TBK m. 60 uyarınca sorumluluk sebeplerinden dilediğine dayanabilmeli, zararını ayıptan

sorumluluk hükümlerine başvurmadan da TBK m. 49 hükmüne göre karşılayabilmelidir. Zamanaşımı ve ispat yükü bakımından tercih edilen sorumluluk türünün kuralları uygulanır.

Aldatma hükümleriyle ayıptan sorumluluk hükümlerinin şartlarının aynı olayda gerçekleşmesi mümkündür ve bu halde iki gruba ait hükümler yarışır. İş sahibi, dilerse ayıptan sorumluluk hükümlerine hiç başvurmadan sözleşmeyi bir yıllık hak düşürücü süre içerisinde iptal edebilir ve bunun yanında TBK m. 39/II hükmü uyarınca gördüğü zararı karşılayabilir.

Yüklenicinin edimin ifasını, olayın koşulları bizzat ifayı gerektirmiyor ise yardımcı kişi marifetiyle gerçekleştirmesi mümkündür. Yüklenici TBK m. 116 uyarınca yardımcısının iş sahibine işin görülmesi sebebiyle verdiği zararlardan sorumlu olur. Buna karşılık yüklenicinin yardımcısının ayıba sebebiyet verdiği hallerde iş sahibi yine yüklenicinin ayıptan sorumluluğuna gideceğinden TBK m. 116 ile ayıptan sorumluluk hükümleri yarışmamaktadır.

Türk Borçlar Kanunu m. 475'te yer alan seçimlik hakların da birbiriyle yarışması söz konusu değildir. Bu haklar birbiriyle seçimlik uygulama ilişkisi içerisinde. Seçimlik uygulamada farklı hükümlerin şartlarının aynı olayda gerçekleşmesi değil, bir hükmün şartlarının gerçekleşmesine Kanun koyucu tarafından birden fazla alternatif seçenek tanınmış olmasıdır. Bu yönüyle seçimlik uygulama yarışma ilişkisinden ayrılır.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Ş. (2017a). Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler, Sayram Yayınları, Ankara.
- Akıncı, Ş. (2017b). “Kötü İfa – Eksik İfa – Ayıplı İfa Ayrımı ve Bu Ayrımın Hukuki Sonuçları”. Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu II. Cild. 17-18-19-20 Şubat 2016, Ankara, s. 1391-1421.
- Akıncı, Ş. (2017c). Roma Hukuku Dersleri, Sayram Yayınları, Konya.
- Akipek, J. G., Akıntürk, T. ve Ateş, D. (2016). Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Akman, G. S. (1976). Sorumsuzluk Anlaşması, Sulhi Garan Matbaası Vârisleri Koll. Şti., İstanbul.
- Altunkaya, M. (2005). Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Antalya, O. G. (2013). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Aral, F. (2011). Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2015). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Arıkan, M. (2008). “Eser Sözleşmesinde İfa İmkansızlığı ve Sonuçları”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Konya, 16(2): 265-285.
- Ayan, M. (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Mimoza Yayınları, Konya.
- Aybay, A. (2016). Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Aydoğdu, M. ve Kahveci, N. (2017). Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Sözleşmeler Hukuku), Adalet Yayınevi, Ankara.
- Başalp, N. (2011). Sorumsuzluk Anlaşmaları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul.
- Baçoğlu, B. (2016). "Sözleşme Dışı Kusursuz Sorumluluk Hukuku ve Özellikle Tehlike Sorumluluğuna İlişkin Değerlendirmeler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Malatya, 6(2): 29-56.
- Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Dora Yayıncılık, Bursa.
- Buz, V. (1994). “Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması”, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Ankara, 49(1): 23-40.
- Buz, V. (2013). “Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, Batider, Ankara, 29(2): 19-57.
- Büyükcay, Y. (2013). Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, Ankara.

- Canbolat, F. (2009). İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Çağa, S. (1973). “Sözleşmeden ve Haksız Fiilden Doğan Sorumlulukların Birleşmesi”, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Seminer Yarışması 1972-1973, Sevinç Matbaası. Ankara.
- Dayınarlı, K. (1988). İstisna Akdinde Müteahhidin ve İşsahibinin Temerrüdü, Dayınarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., Ankara.
- Dural, M. (1973). “İmkansızlık Kavramı ve Türleri”, Batider, Ankara, 7(1): 11-58.
- Dural, M. (1976). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Edis, S. (1963). Türk Borçlar Hukukuna Göre Satıcının Ayıbına Karşı Tekeffül Borcu, Ajans - Türk Matbaası, Ankara.
- Edis, S. (1993). Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 41, Ankara.
- Erdoğan, İ. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gazi Kitabevi, Ankara.
- Erdoğan, B. ve Tahiroğlu, B. (2000). Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, İstanbul.
- Eren, F. (2017a). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Eren, F. (2017b). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Erman, H. (2010). Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul.
- Erten, A. (1977). Sorumsuzluk Şartları, Olgaç Matbaası, Ankara.
- Erten, A. (2000). Borçlar Kanunu ve Yapı Denetimi Hakkında KHK Açısından Türk Hukukunda Yapıların Neden Oldukları Zararlardan Dolayı Sorumluluk, Sözkese Matbaacılık Tic. Ltd. Şti., Ankara.
- Gökyayla, K. E. (2009). Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Gökyayla, K. E. (2012). “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Eser Sözleşmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 3-4 Haziran 2011, İstanbul, s. 576-593.
- Gümüş, M. A. (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II (Eser, Vekâlet, Vekâletsiz İş Görme, Havale, Saklama, Kefaret ve Garanti), Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Gürsoy, K. T. (1974). “Haksız Eylem (Fiil) den Doğan Talep Hakkı ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)”. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara, 31(1): 149-183.

- Hatemi, H. ve Gökyayla, K. E. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- İnan, A. N. ve Yücel, Ö. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- İpek, E. (2016). Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Kahveci, N. (2014). Taşınır Satımında Ayıplı Mal Nedeniyle Tüketicinin Sözleşmeden Dönmesi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Kaplan, İ. (2012). Borçlar Hukuku Dersleri (Genel Hükümler), İmaj Yayınevi, Ankara.
- Karadeniz Çelebican, Ö. (2008). Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Karan, Y. (2013). “Haksız Fiil Sorumluluğu ile Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”. T. Öğüz (ed.) Mustafa Dural’a Armağan, s. 723-748, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Kayihan, Ş. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kayihan, Ş. (2017). Hukukun Temel Kavramları, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Kılıçoğlu, A. M. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2010). Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2016). Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt Prof. Dr. Rona Serozan İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme -Ek: Uygulama Çalışmaları. Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Kostakoğlu, C. (2006). İctihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Kurt, L. M. (2012). (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre) Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Kurt, L. M. (2016). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (TBK m. 136), Yetkin Yayınları, Ankara.
- Nomer, H. N. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, M. T. (2017a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, M. T. (2017b). Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt - 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

- Öz, M. T. (2012). Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Öz, M. T. (2013). İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Özer, M. T. (2017). “Satım Sözleşmelerinde Ayıptan ve Zapttan Sorumsuzluk Anlaşması”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul, 74(1): 331-347.
- Özsunar, E. (2005). Roma ve Türk Hukukunda Hata, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Reisoğlu, S. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Seliçi, Ö. (1978). İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Serozan, R. (2007). Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Serozan, R. (2017). Hukukta Yöntem - Mantık, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Serozan, R., Baysal, B. ve Sanlı, K. C. (2018). Borçlar Hukuku Özel Bölüm, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul.
- Şahin, T. (2012). Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunu İfada Temerrüdü, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Şahiniz, C. S. (2008). Tacirler Arası Ticari Satımlarda Satıcının Ayıplı İfadan (Ayıplı Mal Tesliminden) Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara.
- Şahiniz, C. S. (2014). Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Eksik İfa (Eksik İş) ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Şenocak, Z. (1995). Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Dayınarlı Yayıncılık, Ankara.
- Şenocak, Z. (2002). Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Tandoğan, H. (2010a). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt: II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Tandoğan, H. (2010b). Türk Mes’uliyet Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, G. S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, H. M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul.
- Tiftik, M. (2005). Türk Hukukunda Tehlike Sorumluluklarının Genel Kural İle Düzenlenmesi Sorunu, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Tiryaki, B. (2007). Tüketicinin Korunması Hukuku Açısından Ayıplı Hizmetten Doğan Sorumluluk, Yetkin Yayınları, Ankara.

- Turanboy, A. (1990). “Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaatdaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 41(1): 151-189, Ankara.
- Uçar, A. (2003). İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Umur, Z. (2010). Roma Hukuku Ders Notları, Beta Yayınları, İstanbul.
- von Tuhr, A. (1983). Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı Cilt: 1-2 (çev. C. Edege), Yargıtay Yayınları No: 15, Olgaç Matbaası, Ankara.
- Yakuppur, S. (2009). Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcuna Aykırılıkları, On İki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul.
- Yavuz, C. (1989). Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu Bakımından Satıcının Satılanın (Malın) Ayıplarından Sorumluluğu, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2014). Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Beta Basım A.Ş., İstanbul.
- Yeniocak, U. (2013). Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler ve Değişiklikler - Genel Hükümler - Borç İlişisinin Kaynakları - Borçların Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı - Borç İlişkilerinde Özel Durumlar - Borç İlişkilerinde Taraf Değişiklikleri - Türk Borçlar Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulaması, Seçkin Yayıncılık.
- Yıldırım, M. F. (1992). Satım Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleriyle (BK m. 194 vd.) Borçlar Kanunundaki Genel Hükümlerin (BK. m. 21 - 24 - 28 - 41 -96) Yarışması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara.
- Yıldırım, M. F. (2002). Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Hile, Nobel Yayın, Ankara.
- Yıldırım, M. F. (2006). “Satım Sözleşmesindeki Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri ile İrade Sakatlığı Hali Olarak Hile (BK. m. 28) Arasındaki İlişki”. M. Ünal (ed.) Fikret Eren’e Armağan, s. 965-985, Yetkin Yayınları, Ankara.
- Yüce, M. B. (2012). “Satış Sözleşmesinde Ayıptan Dolayı Sorumluluğun Şartları ve Alıcının Seçimlik Hakları”, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, 3-4 Haziran 2011, s. 381-418, İstanbul.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2016). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Turhan Kitabevi, Ankara.

Zevkliler, A., Ertaş, Ş., Havutçu, A., Aydoğdu, M. ve Cumalıoğlu, E. (2013). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri Ana İlkeler Borç İlişkisini Doğuran Kaynaklar Borçların İfası – İfa Edilmemesi Kusur Sorumluluğu – Kusursuz Sorumluluk, Tazminat Özel Borç İlişkileri, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir.

Yargıtay Kararları

Y 3. HD T 29.4.1958 E 1958/3119 K 1958/2697
 YİBGK T. 4.6.1958 E. 1958/15 K. 1958/6
 Y. 15. HD. T. 7.11.2003 E. 2003/2273 K. 2003/5317
 Y. 15. HD. T. 8.6.2006 E. 2005/3718 K. 2006/3414
 Y. 15. HD. T. 24.7.2008 E. 2008/3498 K. 2008/5125
 YHGK. T. 9.12.1992 E. 1992/15-649 K. 1992/732
 YHGK. T. 11.11.2009 E. 2009/13-461 K. 2009/495
 YHGK. T. 16.6.2010 E. 2010/13-232 K. 2010/316
 Y 9. HD T. 9.7.2010 E. 2008/29446 K. 2010/22651
 Y. 10. HD. T. 28.04.2015 E. 2015/8953 K. 2015/8072
 Y. 15. HD. T. 24.4.2002 E. 2002/1758 K. 2002/1989
 Y. 14. HD. T. 13.1.2005 E. 2004/9596 K. 2005/142
 Y. 15. HD. T. 29.4.2015 E. 2014/4247 K. 2015/2265
 Y. 15. HD. T. 23.1.2017 E. 2016/1142 K. 2017/241

Y. 3. HD. T. 6.7.2017 E. 2016/822 K. 2017/11251

İnternet Kaynakları

Kazancı İçtihat Bankası (<http://www.kazanci.com/>)

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Hüseyin ACUN
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Antalya Adem Tolunay Anadolu Lisesi, 2010
Lisans Diploması	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2015
Yüksek Lisans Diploması	
Tez Konusu	
Yabancı Dil / Diller	İngilizce (Yökdil (62,5) – IELTS (5,00))
İŞ DENEYİMİ	
Stajlar	Antalya Barosu Avukatlık Stajı
Çalıştığı Kurumlar	Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilimdalı
E-Posta	huseyin.acun@antalya.edu.tr