

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN
AYIPLI İFADAN SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Bengisu KAÇAR

Ankara, 2023

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

**ESER SÖZLEŞMELERİNDE YÜKLENİCİNİN
AYIPLI İFADAN SORUMLULUĞU**

Yüksek Lisans Tezi

Bengisu KAÇAR

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Arif KOCAMAN**

Ankara, 2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Arif KOCAMAN

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

- 1- Prof. Dr. Arif KOCAMAN**
- 2- Prof. Dr. Mehmet DEMİR**
- 3- Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR**

Tez Savunması Tarihi

21.03.2023

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü'ne,

Prof. Dr. Arif KOCAMAN danışmanlığında hazırladığım “Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı İfadan Sorumluluğu (Ankara,2023)” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

23/03/2023

Bengisu KAÇAR

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ ve TEZİN SUNUMU	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ VE ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

I. GENEL OLARAK	4
II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI	6
A. Eser Sözleşmesinin Tanımı.....	6
B. Eser Sözleşmesinin Unsurları	7
1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi	7
a. Yeni Bir Eser Meydana Getirme	11
b. Mevcut Bir Eseri Değiştirme.....	11
c. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma.....	11
2. Bedel Ödenmesi.....	12
3. Bedel Ödeme Konusunda Tarafların Mutabık Kalmış Olması.....	14
C. Eser Sözleşmesinin Tarafları	15
1. Yüklenici.....	15
2. İşsahibi.....	16
D. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	17
1. İvazlı Nitelikte Olması.....	17
2. Rızai Nitelikte Olması	18
3. Şekle Tabi Olmaması.....	18
4. Kural Olarak Ani Edimli Bir Sözleşme Olması.....	19
5. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması	20
6. İş görme Sözleşmesi Olması.....	20
E. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi	21
1. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	21
2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	22
3. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi	23
III. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP	24
A. Sözleşmeye Kararlaştırılmış Olan Vasıfların Eksikliği	26

B. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği.....	28
C. Ayıbın Tespiti	29
D. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıbın Çeşitleri	31
1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp.....	31
2. Önemli Ayıp-Önemli Olmayan Ayıp.....	32
3. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp.....	33
4. Asli Ayıp- Tali (İkincil) Ayıp	34
5. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp	34
E. Ayıp Sayılmayan Durumlar	35
1. Başka Bir Şeyin Teslimi (Aliud).....	35
2. Eksik İfa.....	36
3. Fazla İş.....	39
4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi.....	39
5. Garanti Taahhüdü	40

İKİNCİ BÖLÜM

İŞSAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞA

BAŞVURABİLMESİNİN KOŞULLARI

I. ESERİN TESLİM EDİLMİŞ OLMASI	41
II. ESERİN AYIPLI OLMASI.....	43
III. ESERİN KABUL EDİLMEMİŞ OLMASI.....	43
IV. GÖZDEN GEÇİRME VE BİLDİRİM KÜLFETLERİNİN YERİNE GETİRİLMİŞ OLMASI.....	45
V. AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEMEMESİ	52
VI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ BULUNMAMASI	55
VII. YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞU	57
A. Eserin Tamamlanmasından Önce Yüklenicinin Sorumluluğu	57
B. Eserin Tamamlanmasından Sonra Yüklenicinin Sorumluluğu	58

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN

HAKLARI

I. Sözleşmeden Dönme	63
1. Niteliği	63
2. Şartları.....	64

a. Genel Olarak.....	64
b. İşsahibinin Taşınmazı Üzerindeki Eser	70
3. Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Haller	74
4. Sonuçları	75
II. Bedelden İndirim Hakkı	78
III. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı.....	85
IV. Tazminat Hakkı	91
SONUÇ	95
KAYNAKÇA.....	99
ÖZET	103
ABSTRACT	104



KISALTMALAR

b.	bent
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BAUHFD	Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Der.	Derleyen
dp.	dipnot
E.	Esas
f.	fıkra
HD	Hukuk Dairesi
HFD	Hukuk Fakültesi Dergisi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
K.	Karar
K.İ.B.B	Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
K.İ.S.K	Kamu İhaleleri Sözleşmeleri Kanunu
m.	madde
R.G.	Resmi Gazete
S.	Sayı

s.	sayfa
SMK	Sınai Mülkiyet Kanunu
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TBK	6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketiciinin Korunması Hakkındaki Kanun
TMK	Türk Medeni Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
vd.	ve devamı
Y.	Yıl

GİRİŞ ve TEZİN SUNUMU

Eser sözleşmelerinde taraflardan beklenen, sözleşme ile kararlaştırılmış olan eserin, iş sahibine yine sözleşme ile belirlenmiş olan vaktinde yüklenici tarafından usulünce teslim edilmesidir. Ne var ki, uygulamada eser iş sahibine vaktinde teslim edilmiş olsa dahi eserde teslim anında mevcut olan ya da teslimden sonra vuku bulacak ayıplar nedeniyle, iş sahibinin sözleşmedeki menfaati zarar görebilir. Bu gibi durumlarda ayıplı ifa gündeme gelecektir.

Ayıplı ifa, genellikle eserde sözleşme ile tarafların belirlemiş olduğu özelliklerin bulunmaması ya da eserde dürüstlük kuralları çerçevesinde bulunması beklenen niteliklerin bulunmaması durumlarında gündeme gelmektedir. Ayıplı ifanın söz konusu olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu'nun 470. maddesi ve devamı hükümlerinde düzenlenen ayıba karşı tekeffül hükümlerinde belirtilen şartların yerine getirilmesinin akabinde iş sahibi, yüklenicinin sorumluluğuna gidebilecektir.

Buna göre, kanun hükümleri çerçevesinde iş sahibinden beklenen, iş sahibinin teslim aldığı eseri gözden geçirmesi ve eserde ayıp olduğuna ilişkin bir kanaate varması halinde bunu yükleniciye bildirmesidir. İş sahibinin kanundan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilmesi, bu yükümlülüğü yerine getirmesine bağlanmıştır. İş sahibinin genel hükümlere göre (TBK m.112) tazminat talep edebilmesi için ise bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmemektedir.

Kanunda belirlenen şartların yerine getirilmesiyle, iş sahibi ayıptan doğan haklarını kullanabilecektir. Kanun kapsamında, yüklenicinin sorumlu olduğu durumlarda, iş sahibi tarafından kullanılacak seçimlik haklardan birincisi, bedelden indirim hakkıdır. Buna göre iş sahibi, eserde bulunan ayıp neticesinde eseri iade etmemekle birlikte, yükleniciye ödeyeceği bedelin indirilmesini isteyebilir. İşte iş sahibinin bu hakkı bedelden indirimi hakkıdır. İş sahibi tarafından, bedelden indirim seçimlik hakkının

kullanılacağı hususunun yükleniciye bildirilmesinin akabinde, bedel borcunda ayıp oranında azalma olacaktır. Bedelden yapılacak indirim ise eserdeki değer kaybı kadardır, buna ilişkin çeşitli hesaplama yöntemleri bulunmaktadır. Şu kadar ki, eserde bulunan ayıp, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanmasını gerektirmiyorsa, iş sahibi bedelden indirim seçimlik hakkını kullanabilir.

Bu seçimlik haklardan ikincisi, tüm masraflar yükleniciye ait olacak şekilde ve aşırı masraf gerektirmemesi koşuluyla eserdeki ayıbın giderilmesi seçimlik hakkıdır. Burada belirtilen aşırı masraf kavramından, eserdeki ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek derecede ayıplı olması hususu anlaşılmaktadır. Her durumda, eserde bulunan ayıbın giderilebilmesi için aşırı masraf gerektirmemesi ve ayıbın objektif olarak giderilebiliyor olması şarttır.

Bedel indirimi ve ayıbın giderilmesi seçimlik haklarının kullanımında, yüklenicinin kusurlu olup olmadığı hususu önem arz etmemektedir. Fakat eserde bu seçimlik haklar ile karşılanmayan zararlar söz konusu olabilir. İşte bu durumda yüklenici kusursuz olduğunu ispat etmezse bu zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Söz konusu zararlar ayıp neticesinde vuku bulan zararlardır.

Bir diğer seçimlik hak ise sözleşmeden dönme hakkıdır. Eserdeki ayıp; hakkaniyet gereği iş sahibinin kabulüne zorlanamayacak kadar büyükse, iş sahibinin eseri kullanamayacağı ölçüde önemli ise ya da eser sözleşme hükümlerine bu ölçüde aykırı ise iş sahibi sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanabilecektir. Sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılması ile sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve iş sahibi de bedel ödeme yükümlülüğünden kurtulacaktır. Bedel ödeme borcunu yerine getirmiş olan iş sahibi ödemiş olduğu bu bedeli geri isteyebilecektir.

Kanun tarafından iş sahibine tanınan diğer bir hak tazminat isteme hakkıdır. İş sahibi, kanunun kendisine tanıdığı seçimlik haklarını kullanırken, genel hükümlere göre

tazminat isteme hakkını da ek olarak kullanabileceği gibi bu seçimlik haklarını kullanmadan yalnızca genel hükümlere göre de tazminat talep edebilecektir.

Bu kapsamda ayıp ve ayıp çeşitlerinin anlaşılması, kullanılacak seçimlik hakkın tespitinde oldukça önemlidir. Çalışmamızın ilk bölümünde; eser sözleşmesinin tanımı yapılmış ve eser sözleşmesinin unsurlarından bahsedilmiştir. Eser sözleşmelerinin diğer sözleşmelerden ayrılan özellikleri doktrin ve Yargıtay kararlarında tartışmalı olan hallerin niteliği incelenmiştir. Ayrıca, genel olarak ayıp kavramının tanımı yapıldıktan sonra eser sözleşmelerinde ayıbın ne şekilde ortaya çıkabileceğine ve uygulamada sıklıkla karşılaşılan durumların ayıp kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği irdelenmiştir.

İkinci bölümde; iş sahibinin ayıptan doğan sorumluluğa başvurabilmesi için gereken koşullar irdelenmiş ve yüklenicinin bu durumdaki sorumluluğu mevzuat, Yargıtay kararları ve doktrin çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Üçüncü bölümde; iş sahibinin, ayıptan doğan hakları tek tek ele alınmış, bu hakların kullanılmasının şart ve sonuçları mevzuat, Yargıtay kararları ve doktrin çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Sonuç kısmında ise çalışmanın bütününe ilişkin yaptığımız açıklamaların kısa bir değerlendirmesi yapılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA ESER SÖZLEŞMESİ VE ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP KAVRAMI

I. GENEL OLARAK

Bir sözleşmenin, hukuk aleminde geçerli olarak kurulabilmesi için sözleşmenin amacının da taraflarca ifa edilecek edimlerin de hukuk normlarına uygun olması gerekmektedir¹. Geçerli bir sözleşmenin kurulması bu koşullara bağlanmıştır. Ayrıca; bir sözleşme kurulabilmesi için tarafların ehliyetlerinin bulunması, iradelerinin sakatlanmamış olması, sözleşme içeriğinde mutabık kalmış olmaları ve sözleşme hukuken bir şekil şartına bağlanmış ise bu şartlara² uygun olarak düzenlenmiş olmalıdır.

Sayılan şartlardan; ilk olarak, ehliyet, hak ehliyeti ve fiil ehliyeti olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Hak ehliyeti hukuki haklara sahip olabilmek anlamına gelirken, fiil ehliyeti bu hakların kullanılabilmesine ilişkindir. Hak ehliyeti kişinin doğması ile başlar ve kişiden ayrılamaz. Hem gerçek hem tüzel kişiler bakımından geçerli olan hak ehliyeti, hak ve borçlara sahipliği sağlamaktadır. Fiil ehliyeti; gerçek kişiler için belirli bir olgunluğa erişilmiş olması³ bakımından belirli bir yaşta olmak⁴ şartıyla ve tüzel kişiler için kurulmalarının akabinde, TMK'nun 49. maddesi doğrultusunda gerekli organlarının oluşturulması şartıyla vuku bulan ehliyettir. Fiil ehliyetinin tam olması halinde tarafların sözleşmeyi bizzat akdetmelerinde bir mahsur yokken, tarafların ehliyetlerine ilişkin özel

¹ Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara 2014, s.70.

² Bazı sözleşmelerin geçerli hale gelebilmesi için kanunda yer alan şekil şartının sağlanmış olması gerekir. Aksi takdirde sözleşme geçerli olmayacaktır. Örneğin, taksitli satış sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça, geçerli hale gelmez (TBK m.253).

³ Akipek, Jale G.; Akıntürk, Turgut; Karaman, Derya Ateş, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 18. Baskı, Aralık 2022- Ankara, s.287.

⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 10 hükmüne göre, "Ayrırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti vardır".

hususların gündemde olması halinde⁵ kişiye atanan yasal danışman ya da kişinin kanuni temsilcisinin onay vermesi gerekmektedir. Tüm bu kurallar, eser sözleşmeleri için de geçerli olacaktır.

İkinci olarak, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirlerine uygun irade⁶ açıklamalarının olması gerekmektedir. Bu kapsamda, TBK'nın 1. maddesi ile "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir." hükmü düzenlenmiştir. Zaman olarak; daha önce yapılan irade beyanı icap, icabın yöneldiği ve bu icapla uyumlu yapılan irade beyanına kabul denilmektedir. Bir sözleşmenin kurulmuş sayılması için de bu iki iradenin birbiri ile uyumlu olması gerekmektedir. TBK hükümleri incelendiğinde bu kavramlar yerine tarafların yükümlülüklerinin açıklanarak eser sözleşmesine ilişkin düzenlemelerin yapıldığı görülmektedir.

Üçüncü olarak, kişi ancak kendi hür iradesi ile sözleşmenin koşullarına karar verir ve sözleşmenin kurulmasını sağlarsa, sözleşme hak veya borç doğurabilir. İşte bu husus sözleşme özgürlüğünü oluşturmaktadır⁷. Kişiler kanun çerçevesinde bu hakkı kullanabilirler.

Dördüncü olarak; şekil şartı, geçerlilik ve ispat olmak üzere iki şekilde ele alınmaktadır. TBK'da kural, şekil serbestisidir. Fakat bu kuralın istisnaları mevcuttur. Kanunda yer alan bazı düzenlemelerdeki şekil şartları geçerlilik şartına dönüşmüştür. Bu kapsamda kanun ile ön görülen şekil şartına uyulmadığı takdirde sözleşme hüküm doğurmamaktadır. Sözleşme şekil şartı, hakim tarafından re'sen dikkate alınacak olan kamu düzenine ilişkin bir şarttır. Eser sözleşmeleri de TBK kapsamında herhangi bir şekil şartına bağlanmamıştır. Bu konunun bir istisnası ise arsa payı karşılığı inşaat yapım

⁵ Kişinin sınırlı ehliyetsiz olması veya kendisine yasal danışmanın atanmış olması gibi durumlar.

⁶ Sözleşme, iki ya da daha fazla kişinin belli bir hukuki sonuca yönelmiş, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı olarak ifade edilebilir. Çelebicin, Özcan Karadeniz, Roma Hukuku Tarihi Giriş-Kaynaklar Genel Kavramlar- Kişiler Hukuk Hakların Korunması, Yetkin Basımevi, 14. Baskı, Ankara 2010, s. 183.

⁷ Kılıçoğlu, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler (Borçlar Hukuku), 26. Bası, Ankara 2022, s.95.

sö zleşmeleridir⁸. Zira bu tür sözleşmeler, tapudaki pay devrini konu alıyor olduğundan, resmi şekilde düzenlenmesi ön görülmüştür. Bir diğer istisna; 2886 sayılı Devlet İ hale Kanunu 53. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerin yazılı şekilde yapılması gerektiği ön görülmüştür. Ayrıca; 4734 Sayılı Kamu İ hale Kanunu'nun 46. maddesinin 1. fıkrasında geçen “Yapılan bütün ihaleler bir sözleşmeye bağlanır. Sözleşmeler idarece hazırlanır ve ihale yetkilisi ile yüklenici tarafından imzalanır. Yüklenicinin ortak girişim olması halinde, sözleşmeler ortak girişimin bütün ortakları tarafından imzalanır. İ hale dokümanında aksi belirtilmedikçe sözleşmelerin notere tescili ve onaylatılması zorunlu değildir.” hükmü gereği de sözleşmede yazılı şekil olması gerekmektedir.

II. ESER SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI

A. Eser Sözleşmesinin Tanımı

Eser sözleşmesi; TBK'nun 470. maddesinde, “...Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir...” denilmek suretiyle tanımlanmıştır.

Doktrinde ise eser sözleşmesi, “İş sahibinin ödemeyi taahhüt ettiği ücret karşılığında, müteahhidin bir eser meydana getirmeyi ve teslim etmeyi üstlendiği, iki taraf için hak doğuran ve borç yükleyen bir sözleşme” olarak tanımlanmıştır⁹.

Doktrin ve TBK'de yapılan tanımlar birlikte yorumlandığında, yüklenicinin, eser sözleşmesi ile hem bir iş görme faaliyetinde bulunmayı hem de sözleşme ile karar

⁸ “...Eser sözleşmelerinin bir türü olan "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri", uygulamadaki adıyla "Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri" bedel olarak taşınmaz mal mülkiyetinin geçirimi borcunu da içerdiğinden, TMK'nın 706., BK'nın 213., Noterlik Kanunu'nun 60. ve Tapu Kanunu'nun 26. maddeleri uyarınca resmi şekilde bağlı tutulmuştur. Başka bir anlatımla, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin geçerliliği, bu sözleşmelerin noterde "düzenleme" şeklinde yapılmasına bağlıdır...” Yargıtay 15. HD,14.04.2008 tarih 2007/1276E.,2008/2431K. sayılı kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>).

⁹ Büyükay, Yusuf, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2013, s.27.

verilmiş olan eserin meydana getirilmesi olan iş görme faaliyetini taahhüt etmekte olduğu anlaşılmaktadır¹⁰. Yüklenicinin bahsedilen bu edimi, eser sözleşmesine özelliğini verdiği için karakteristik bir edimdir¹¹.

B. Eser Sözleşmesinin Unsurları

TBK'de geçen tanım irdelendiğinde; eser sözleşmesinin unsurlarının, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi taahhüt etmesi, iş sahibinin bu eser karşılığında bir bedel ödemeyi taahhüt etmesi ve yüklenici ile iş sahibinin eserin meydana gelmesinin akabinde bedel ödeneceği hususunda mutabık kalmaları olduğu anlaşılmaktadır.

1. Bir Eserin Meydana Getirilmesi

Eser sözleşmesinin karakteristik unsurunun, bir eserin meydana getirilmesi olduğu hususundan yukarıda bahsedilmişti. Bu doğrultuda, “eser” ve “meydana getirme” kavramlarının irdelenmesi gerekmektedir. Buna göre; eser kavramı irdelendiğinde, eserin maddi bir varlık olarak ortaya çıkmasında bir ihtilaf bulunmadığı görülmekle birlikte, maddi olmayan bir varlık olarak ortaya çıkmasına ilişkin doktrinde iki farklı görüş bulunduğu ve bu hususun tartışmalı olduğu anlaşılmaktadır.

Birinci görüş¹² ile eser kavramı, dar yorumlanarak maddi varlıklarla sınırlandırılmıştır. İkinci ve baskın görüşe¹³ göre ise daha geniş şekilde yorum yapılmış ve maddi olmayan varlıklar da eser olarak kabul edilmiştir. Bu noktada, maddi olan ve maddi olmayan eser kavramlarını detaylı olarak açıklamak gerekmektedir.

¹⁰ Gauch, Werkvertrag, N 8; BaK-Zindel/Pulver, Vorbem. zu Art. 363-379, N 4BK-Koller, Art. 363, N 49 (Naklen: Öz, Dönme, s. 3; Yavuz, s. 491; Aral, s. 317; Tandoğan, Cilt II, s. 1.)

¹¹ Gauch, Werkvertrag, N 7; BaK-Zindel/Pulver, Art. 363, N 2 (Naklen: Öz, Dönme; s. 3.)

¹² Türk hukukunda, Hatemi'nin dar anlamda eser anlayışını benimsendiği anlaşılmaktadır. Zira yazara göre, eser sözleşmesinin konusu sadece maddi eserlerdir. Maddi olmayan iş görme taahhütlerinde sonuç borçlanılsa dahi, eser sözleşmesi değil, ancak isimsiz bir sözleşme söz konusu olabilir. Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Özel, s. 353. Bu yönde, Gümüş, s. 7.

¹³ Engel, Contrats, s. 434; CR-Chaix, Art. 363 N 9; Tercier, Contrats spéciaux, N 4215; Zimmermann, s. 2; Gauch, Werkvertrag, N 24 (Naklen: Karahasan, İnşaat-İmar-İhale, s. 64; Karahasan, İnşaat-İmar-İhale, s. 64; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 56; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 17; Zevkliler/Havutçu, s. 305; Yavuz, s. 493; Aral, s. 317; Tandoğan, Cilt II, s. 21.)

Yüklenici tarafından; eser sözleşmesi kapsamında taahhüt altına girdiği borca ilişkin olarak yapılan çalışmanın konusuna ait şey üzerinde, birtakım değişiklikler yapılarak maddi bir sonuç elde edilen tüm durumlar için maddi eserin varlığından söz edilebilir¹⁴. Buna göre maddi eser (örneğin pantolon dikimi, ev inşası gibi), yüklenici tarafından imali taahhüt edilen taşınır veya taşınmaz yeni bir şeydir denilebilir¹⁵. Mevcutta bulunan bir taşınır veya taşınmaz üzerinde yapılacak olan çalışmaya dair neticeler (örneğin saat tamiri, bir evin duvarlarının boyanması) da maddi eser kapsamındadır¹⁶. Keza, insan vücudu üzerinde gerçekleştirilen (örneğin pedikür, saç kesimi gibi) çalışmalar da maddi eser kapsamında değerlendirilecektir¹⁷. Bu açıklamalar doğrultusunda; iş görme sonucunda maddi varlık şeklinde zuhur etmeyen şeyin eser sayılmayacağı anlaşılmaktadır. Eser kavramını dar yorumlayan görüşe göre, bir işin görülmesi neticesinde meydana gelen ve fakat maddi varlığı bulunmayan varlıklar, sadece vekâlet sözleşmesine konu olacaktır¹⁸.

Bizim de katıldığımız ikinci ve baskın görüşe göre; maddi veya maddi olmayan varlıklar eser olarak kabul edilmektedir¹⁹. Maddi olmayan eserlere; tiyatro oyunları, konserler, sinema filmleri örnek verilebilir.

Tüm bunların sonucunda, eser sözleşmelerinin maddi eser sözleşmesi ve fikri eser sözleşmesi şeklinde iki türde ortaya çıktığı söylenebilir. Fakat yine de her iş görme sonucu ortaya çıkan şeyin aynı zamanda zihni bir çabayı da gerektirdiği hususu göz

¹⁴ Tercier, Contrats spéciaux, N 4224; BaK-Zindel/Pulver, Vorbem. zu Art. 363-379, N 1 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.)

¹⁵ BK- Koller, Art. 363, N 88; Gauch, Werkvertrag, N 26-27; Dessemontet, s. 121; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Öz, Dönme, s. 3-4; Tandoğan, Cilt II, s. 22-23; Aral, s. 321.)

¹⁶ BK- Koller, Art. 363, N 91; Gauch, Werkvertrag, N 28-29; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 13-14; Öz, Dönme; s. 4; Aral, s. 321; Tandoğan, Cilt II, s. 23.)

¹⁷ BK- Koller, Art. 363, N 93; Gauch, Werkvertrag, N 31; Tercier, Contrats spéciaux, N 4225 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Şenocak, Ayıbm Giderilmesi, s. 14; Aral, s.322; Tandoğan, Cilt II, s. 24.)

¹⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2009, s.588.

¹⁹ Tunçomağ, s.953; Yavuz/Acar/Özen, s.544; Eren, s.588; Tandoğan, s.7; Kılıçoğlu, s.443; Aral/Ayrancı, s.361; Büyükkay, s.28.

önünde tutulmalıdır. Bu bağlamda maddi ve fikri eserler arasında ince bir çizgi bulunduğu söylenebilir. Fikri eserlerde zihni çaba maddi esere göre ön plandadır. Tabii her zihni çaba sonucu ortaya çıkan şey de eser kapsamında değerlendirilemeyecektir. Keza, iş görme edimi TBK kapsamında birçok sözleşmenin konusu olabilecek vaziyettedir. Ayrıca, maddi olmayan bir çalışma sonucunun eser sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için bazı koşulları haiz olması gerektiği de izahtan varestedir.

Sonucun, ancak yüklenici tarafından objektif olarak taahhüt edilebildiği fikri çalışmalar, eser olarak nitelenebilecektir²⁰. Bir diğer ifadeyle, yüklenici tarafından yapılacak çalışma için beklenen sonuç, objektif olarak gerçekleştirebilecek vaziyette olması ve sonucun istenilen şekilde gerçekleşmesinde yüklenicinin hakimiyet alanı dışındaki unsurların belirleyici olmamasıdır²¹. Örneğin, Almanca öğretmenin Almanca dersi verirken, öğrencinin öğrenme garantisi olmayacaktır. Dolayısıyla, burada eser sözleşmesinden bahsedilemez.

Öte yandan, eser sözleşmesinin konusu olan iş görme sonucunun, objektif olarak değerlendirilebilir ve belirlenebilir olması gerekmektedir²². Resim, heykel gibi sanat eserleri bakımından, bu eserin yaratıcısına bırakılan takdir sınırının geniş olması koşuluyla, objektif bakımdan değerlendirilmesi mümkündür. Bu sebeple, genel kabule göre, bu tür eserler de eser sözleşmesine konu olabilir²³.

²⁰ Gauch, Werkvertrag, N 43; Dürr, Contrat, s. 4; Tercier, Contrats spéciaux, N 4218; CR-Chaix, Art. 363, N 9; BGE 127 III 328 = JdT 201 I 254 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Aral, s. 320; Tandoğan, Cilt II, s. 21.)

²¹ Borcun yerine getirilip getirilmeyeceği objektif olarak belirsiz değilse, borçlunun olanakları ve göstereceği özen sonucu gerçekleştirmeye elverişliyse, borcun konusu sonuçtur. Aksine, sonucun elde edilip edilemeyeceği ciddi bir belirsizlik içeriyorsa, sonucun elde edilmesi kısmen de olsa borçlunun iradesinin üzerinde etkili olamayacağı durumlara bağlıysa, borcun konusu sadece özendir. Birinci durumda eser sözleşmesi, ikinci durumda ise vekâlet sözleşmesi söz konusudur.

²² BK-Koller, Art. 363, N 67 (Naklen: Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 17; Öz, Dönme, s. 7.)

²³ İş görme sonucunun sanat eserleri bakımından da yükleniciye bırakılan geniş takdir alanı göz önünde bulundurulmak kaydıyla (örneğin taraflar eserin konusu, boyutu, eserde kullanılacak malzeme konusunda anlaşmışlarsa bu da dikkate alınarak), objektif bir değerlendirmeye tabi tutulabileceği, bu tür çalışmaların eser sözleşmesine konu olmasına engel bulunmadığı yönünde: BK-Koller, Art. 363, N 71; BaKZindel/Pulver, Vorbem. zu Art. 363-379, N 6 (Naklen: Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 18-19.) Aksi görüşte: Öz, Dönme, s. 7. Öz'e göre, objektif bir sonuç olarak taahhüt edilemeyeceği için, sanat etkinlikleri eser sözleşmesine konu olamaz.

Ayrıca, sözleşmede esas olan, sözleşme doğrultusunda ortaya çıkabilecek zarara ilişkin sorumluluğun üstlenilmesidir. Hem maddi eserlerde hem de maddi olmayan eserlerde bu özellik bulunmaktadır²⁴.

Eser kavramını geniş anlamda kabul eden, aynı zamanda fikri çalışmaların da bu kapsamda değerlendirilebileceğini savunanlar arasında herhangi bir görüş birliği yoktur²⁵.

Bir görüşe göre²⁶; maddi bir şey üzerinde ve süreklilik kazanılması şartıyla meydana gelen çalışma sonuçları da eser olarak değerlendirilebilir. Bu koşul sağlanmadığı sürece eserin varlığından söz edilemez.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre²⁷, bir çalışma sonucu, maddi bir şey üzerinde olmasa ve geçici nitelikte olsa bile eserin varlığından söz edilebilir. Eser sözleşmesinin oluşabilmesi için borç taahhüdünün, tarafların sözleşmeden beklediği sonuca yönelik olması kâfidir²⁸.

Yukarıda eser sözleşmesinin unsurları sayılmıştır. Buna göre, bu unsurları taşıyan sözleşmenin, doktrindeki baskın görüş de dikkate alındığında, ortaya çıkan şeyin maddi

²⁴ Tandoğan, s.7; Tunçomağ, s.953; Yavuz/Acar/Özen, s.544; Gökyayla, Ek İş, s.7.

²⁵ Alman hukukunda böyle bir tartışma bulunmamaktadır. Zira BGB § 631/2'ye göre, “Eser sözleşmesinin konusu, bir şeyin meydana getirilmesi veya değiştirilmesi olabileceği gibi, iş veya hizmet ediminin ortaya çıkarabileceği bir başka sonuç da olabilir.” Böylece Alman hukukundaki düzenlemede, kendi içinde bir bütünlük arz eden tüm çalışma sonuçlarının, maddî bir cisim üzerinde süreklilik kazanarak dış dünyaya yansımaları, yani geçici nitelik arz etseler dahi eser sözleşmesinin kapsamına girebileceği açıktır. Oysa Türk-İsviçre Borçlar Kanunu’nda kesin olarak böyle bir sonuca varmayı sağlayabilecek açık bir hüküm mevcut değildir. Mesele bu sebeple tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Öz, Dönme, s. 4; Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 13.

²⁶ Gauch, Werkvertrag, N 45 (Naklen: Altaş, Eserin Telef Olması, s. 56.); Tercier, Contrats spéciaux, N 4222; CR-Chaix, Art. 363 N 9 (Naklen: Öz, Dönme, s. 7; Yavuz, s. 495; Aral, s. 320-321; Tandoğan, Cilt II, s. 21.)

²⁷ BaK-Zindel/Pulver, Vorbem. zu Art. 363-379, N 5; BK-Koller, Art. 363, N 71; Zimmermann, s. 2; Engel, Contrats, s. 434; Werro, Mandat, N 86 (Naklen: Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 17; Karahasan, İnşaat-İmar-İhale, s. 66; Zevkliler/Havutçu, s. 305.)

²⁸ Werro, Mandat, N 86; Werro/Haas, s. 84 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.)

olup olmadığına bakılmaksızın eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Keza Yargıtay²⁹'ın görüşü de bu yöndedir.

a. Yeni Bir Eser Meydana Getirme

Yeni bir eserin meydana getirilmesi, yüklenici tarafından mevcutta bulunmayan ve sözleşme ile taahhüt edilen bir eserin ilk defa meydana getirilmesidir³⁰. Diğer bir ifadeyle, meydana getirilen haliyle mevcutta olmayan bir şeyin meydana getirilmesi durumudur³¹. Örnek olarak bir evin yapılması verilebilir³².

b. Mevcut Bir Eseri Değiştirme

Mevcutta bulunan bir eserin, şekil olarak değiştirilmesi, eserdeki bozuklukların giderilmesi ya da temizlenmesi bir eserin meydana getirilmesidir³³. Örneğin, saatin tamiri, bir ceketin kuru temizlemeye verilmesi, mevcut bir eserin değiştirilmesidir. Bu durum da eser meydana getirme kavramı kapsamındadır³⁴.

c. Mevcut Bir Eseri Ortadan Kaldırma

Mevcutta bulunan bir eserin yok edilmesi hususu bir eserin meydana getirilmesi kapsamındadır³⁵. Örnek olarak, evin yıkılması, bir eserin yok edilmesidir³⁶.

²⁹ Yargıtay HGK., 18.11.2009 T., 2009/15-459 E., 2009/541 K.: “Eser sözleşmesi bir iş görme sözleşmesi olmakla birlikte, bu sözleşmede önemli olan çalışmanın kendisinden çok, bu çalışmadan ortaya çıkan ve objektif olarak gözlenmesi kabul olan sonuçtur. (...) Bir yapı planı çizilmesi, bir kitap yazılması, bir tablo yapılması, yeni bir buluşun uygulanması suretiyle bir şey vücuda getirilmesi, bir film için senaryo hazırlanması gibi. Giderek, insan emeği ürünü olup bir bütün görünüşünü arz eden ve iktisadi değeri bulunan her hukuki varlık, maddi nitelikte olsun veya olmasın, bir eser sayılmaktadır. Başka bir deyişle, objektif olarak tespiti mümkün olan belirli bir maddi veya maddi olmayan sonucun meydana getirilmesi, istisna akdinin konusunu oluşturabilir.” (www.kazanci.com). Yargıtay bu kararında bir televizyon kanalında yayınlanmak üzere talk show programı yapılması veya dizi ya da yarışma programlarında sunuculuk, oyunculuk yapılmasına ilişkin olarak düzenlenen sözleşmenin eser sözleşmesi olduğunu kabul etmiştir. Yargıtay’ın televizyon programı yapım sözleşmesini eser sözleşmesi olarak kabul ettiği bir kararı için bkz. Yargıtay HGK., 10.6.2009 T., 2009/15-191 E., 2009/258 K. (www.kazanci.com)

³⁰ Eren, s.594; Yavuz/Acar/Özen, s.545; Gümüş, s.594; Zevkliler/Gökyayla, s.466; Tunçomağ, s.955.

³¹ Zevkliler/Gökyayla, s.466.

³² Eren, s.594-595; Gümüş, s.594.

³³ Yavuz/Acar/Özen, s.545; Gümüş, s.4; Zevkliler/Gökyayla, s.466; Eren, s.594; Tunçomağ, s.955.

³⁴ Gümüş, s.594; Eren, s.594-595.

³⁵ Eren, s.594; Yavuz/Acar/Özen, s.545; Gümüş, s.4; Zevkliler/Gökyayla, s.466; Tunçomağ, s.955.

³⁶ Eren, s.594-595; Gümüş, s.594.

2. Bedel Ödenmesi

Eser sözleşmesinin bir diğer esaslı unsurunun, bedel ödenmesi olduğundan yukarıda bahsetmiştik. Burada bahsedilen bedelin (sözleşmenin eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilebilmesi bakımından) bir miktar para olarak kararlaştırılmasının zorunlu olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Öğretideki bir görüşe göre³⁷, eser sözleşmesinin para karşılığı olmadan, başka bir karşılık belirlenerek akdedilebilmesi mümkündür. Bizim de katıldığımız ve öğretime baskın olan görüşe göre ise³⁸ bedelin bir miktar para olarak kararlaştırılması gerekmektedir. Bedel olarak para borcu dışında başka bir edim kararlaştırması halinde eser sözleşmesinden bahsedilemez. Bu durumda eser sözleşmesi kapsamında TBK'nun para borcuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Öte yandan, bir sözleşmeye hukuki olarak eser sözleşmesi diyebilmek için eser sözleşmesinde bedel ödeme taahhüdünün bulunması gerekmele birlikte, bu bedelin miktarının belirlenmiş olması zorunlu değildir³⁹. Keza, TBK'nun iş sahibinin borçları başlığı altında, bedele ilişkin düzenlemelerin yapıldığı kanun maddeleri incelendiğinde, bedelin “götürü bedel” ya da “değere göre bedel” olmak üzere iki şekilde belirlenebileceği görülmekte ve bu cihetle de mezkûr kaniya varılabilmektedir.

TBK'nun 480. maddesi ise “Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez. Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan

³⁷ Tandoğan, s.28.

³⁸ Kılıçoğlu, s.446; Eren, s.595; Büyükay, s.32.

³⁹ Bak-Zindel/Pulver, Art. 363, N 4; Gauch, Werkvertrag, N 110; Tercier, Contrats Spéciaux, N 4649 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.); Cr-Chaix, Art. 363 N 3 (Naklen: Tandoğan, Cilt II, s. 24; Aral, s. 322; Baygın, s. 15.) Kural olarak eser sözleşmesinin kurulması için bedelin miktarının kararlaştırılmış olması zorunlu değildir. Ancak taraflar, eser bedelinin kesin olarak belirlenmesini sözleşmenin kurulması için subjektif bakımdan esaslı bir nokta haline getirmişlerse, bedelin miktarı kararlaştırılmadıkça, eser sözleşmesi kurulmuş olmaz. Bkz. Gauch, Werkvertrag, N 384; CR-Chaix, Art. 363 N 3 (Naklen: Şenocak, Ayıbın Giderilmesi, s. 6-7.)

durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir. Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile işsahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.” hükmünü haizdir.

TBK'nun 481. maddesi de; “Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.” hükmünü haizdir.

Bu iki kanun hükmünden yola çıkılarak, eser sözleşmesinde bedelin, yaklaşık ya da kesin olarak belirlenebilir olduğu sonucuna varılabilir. Buna göre, taraflarca kesin olarak belirlenen bedel, götürü bedel iken yaklaşık olarak belirlenmesi değere göre bedel olarak isimlendirilmektedir. Kanun kapsamında, kesin olarak belirlenen bedelin, mezkûr kanun hükümleri çerçevesinde herhangi bir nedenle artırılamayacağı anlaşılmaktadır. Bedel yaklaşık olarak kararlaştırılmış da olabilir. Böyle hallerde, bedelin herhangi bir sebeple artırılması mümkündür⁴⁰.

Bedelin yaklaşık ya da kesin olarak belirlenmesinin akabinde, nasıl hesaplandığı hususu eser sözleşmesinin niteliğini değiştirmemektedir. Eser sözleşmesinde bedel; meydana getirilecek eserin, ölçüsüne, ağırlığına ya da onu meydana getirmek için harcanan zamana göre belirlenebilir⁴¹.

Kural, bedelin Türk Lirası olarak kararlaştırılmasıdır⁴². Keza, Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar incelendiğinde eser sözleşmelerinde belirlenecek bedelin döviz cinsi olarak kararlaştırılmayacağı anlaşılmaktadır. Fakat

⁴⁰Zevkliler/Gökyayla, s.469; Olguç, s., İstisna Akdi, İstanbul, 1966, s.481, 499; Gökyayla, s.217, 235.

⁴¹ Yavuz/Acar/Özen, s.545; Tunçomağ, s.956; Zevkliler/Gökyayla, s. 469.

⁴² Zevkliler/Gökyayla, s.468.

istisnai olarak, eserin maliyetini etkileyen unsurlar yabancı paraya bağlı ise bedel döviz cinsinden belirlenebilecektir⁴³.

TBK'nun 479. maddesinde bedel ödeme borcunun ne zaman muaccel olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, "...İş sahibinin bedel ödeme borcu, eserin teslimi anında muaccel olur. Eserin parça parça teslim edilmesi kararlaştırılmış ve bedel parçalara göre belirlenmişse, her parçanın bedeli onun teslimi anında muaccel olur..." denilmiştir. Madde hükmünden anlaşılan, bedelin muacceliyetine ilişkin kural, teslim anında muacceliyettir. Fakat parça teslimine göre bedel belirlenmesi durumunda muacceliyet, her parçanın teslim anına göre belirlenecektir.

3. Bedel Ödeme Konusunda Tarafların Mutabık Kalmış Olması

Eser sözleşmesi, rızai sözleşmelerdendir. Kurulması ise tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının örtüşmesi ile meydana gelir.⁴⁴

TBK incelendiğinde eser sözleşmeleri için herhangi bir şekil şartı düzenlenmediği görülmektedir. Dolayısıyla, eser sözleşmeleri yazılı veya sözlü olarak kurulabilecektir. Sözleşmenin kurulması maksadıyla yapılan icap ya da kabul, zımni olarak yapılabilir⁴⁵.

⁴³ 12.09.2018 T. ve 85 Karar no.lu Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 1. maddesi ile 07.08.1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Kararın 4 üncü maddesine şu bent eklenmiştir: "(g) Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım satım, finansal kiralama dahil her türlü kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılamaz.". Aynı kararda m.2 ile 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karara şu şekildeki geçici m. 8 eklenmiştir: "Bu Kararın 4 üncü maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir.", 16.11.2018 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008- 32/34)'de Değişik Yapılmasına Dair 2018-32/52 no.lu Tebliğ'in m.8/f.8 ise şu şekildedir: "Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında akdedecekleri; döviz cinsinden maliyet içeren eser sözleşmelerinde, sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür."

⁴⁴ Aral/Ayrancı, s.366; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.27.

⁴⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 28-29; Aral/Ayrancı, s.367; Eren, Borçlar Özel, s.591.

Bir görüşe göre⁴⁶, yükleniciye icra ettiği mesleğe ilişkin bir işin yapılması maksadıyla icapta bulunulmuşsa, örneğin, terziye dikim için bir elbise siparişi verilmişse, burada TBK md. 503 hükmü kıyasen uygulama alanı bulacak ve vekâlet sözleşmesi de yüklenicinin icabı kanun çerçevesinde reddetmediği sürece kurulmuş sayılacaktır. Bazı görüşlere göre⁴⁷ ise TBK md. 503 hükmü, kıyasen uygulama alanı bulmayacaktır. Kanımızca birinci görüşün uygulanması yerindedir.

Öte yandan, taraflar herhangi bir şekil şartını ön görmeyen eser sözleşmelerinin, yazılı ya da resmi şekil şartına bağlılığı şart koşulabilmelidir⁴⁸. Bu durumda tarafların TBK'nun 17. maddesi çerçevesinde sözleşme akdetmek zorunda olacakları izahtan varestedir.

Sözleşmenin tarafları olan yüklenici ve iş sahibi, sözleşmenin esaslı unsuru olan bedelin ödenmesi ve eserin meydana getirilmesi konusunda anlaşmaya vardıldıktan sonra TBK'nun 2. maddesi doğrultusunda sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Anlaşma, sözleşmenin ana konularını içermelidir. TBK. m. 2/I uyarınca, taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuş ise ikinci derecedeki hususlar üzerinde durmamış olsalar bile sözleşme kurulmuş sayılır.

C. Eser Sözleşmesinin Tarafları

Bir eser meydana getirerek bunun teslimini taahhüt eden yüklenici ve bu eser karşılığında bedel ödemeyi taahhüt eden işsahibi eser sözleşmesinin taraflarıdır.

1. Yüklenici

Eser sözleşmelerinde gerçek veya tüzel kişi/ kişiler yüklenici konumunda olabilirler. Pek tabii bunun için kanunun aradığı hak ehliyetine sahiplik şartının

⁴⁶ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.29, Altaş, Hüseyin: “Eserin Teslimden Önce Telef Olması”, Ankara, 2002, s. 46-47.

⁴⁷ Gümüş, s.7.

⁴⁸ Eren, Borçlar Özel, s. 593.

bulunması gerekmektedir. Eser sözleşmesine ilişkin bir taahhüdün yerine getirilmesi hususunda, birden fazla yüklenicinin, işi birlikte üstlenmesi halinde, yükleniciler arasında adi ortaklık kurulmuş olacaktır. Bu ortaklık, ortaklık dışında 3. kişilerle yapılacak olan sözleşmeleri de etkileyecektir. Ayrıca, yüklenicinin tacir olmasının veya eseri ticari amaçla yerine getirmesinin bir önemi yoktur. Ancak, yüklenici, hizmet akdinin tarafı olmadığından, bu akdin tarafı konumundaki işçiden farklı olarak, sözleşmenin diğer tarafı ile bağımlılık ilişkisi içinde olmamalı ve ondan bağımsız şekilde iş görmelidir⁴⁹.

2. İşsahibi

İşsahibi, yüklenicinin eser sözleşmesi kapsamında eserin meydana getirilmesini yükleniciye tevdi eden ve bunun karşılığı olarak ödeme yapmayı taahhüt eden gerçek veya tüzel kişi ya da bunlardan oluşan kişi topluluğudur⁵⁰. Tüzel kişi işsahibi, özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi olabilir⁵¹. İşsahibinin kamu hukuku tüzel kişisi olması durumunda da eser sözleşmesi özel hukuk sözleşmesidir⁵². Bu durumda sözleşmenin özel hukuk hükümlerine tabii olacağı açıktır.

Yüklenicinin işi bizzat yapma zorunluluğunun bulunmadığı hallerde, yüklenici başka bir yüklenici ile bu işe ilişkin sözleşme akdedebilir. Bu durumda alt eser sözleşmesi

⁴⁹ Gauch, Werkvertrag, N 11; Tercier, Contrats spéciaux, N 4251 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Tandoğan, Cilt II, s. 36.)

⁵⁰ Gauch, Werkvertrag, N 10; Tercier, Contrats spéciaux, N 4313; CR-Chaix, Art. 363 N 10 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 31.)

⁵¹ CR-Chaix, Art. 363 N 10 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 31-32.)

⁵² Bir görüşe göre, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan ihaleler sonucunda akdedilen yol, köprü, baraj, bina yapımı gibi bayındırlık sözleşmeleri, doğrudan bir kamu hizmetinin yerine getirilmesine ilişkin olduklarından, idari sözleşme olarak nitelenmelidir. Gözler, s. 386. Buna karşılık, bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşe göre, Kamu İhale Kanunu'na göre yapılan kamu ihaleleri neticesinde 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda öngörülen düzenlemeler doğrultusunda akdedilen mal veya hizmet alımı ile yapım işlerine ilişkin sözleşmeler, idarenin özel hukuk sözleşmeleri olarak kabul edilmelidir. İdari uygulamalar ve yerleşik yargı kararları da bu yöndedir. Zaten, Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda yer alan bazı ifadelerden de bu Kanun kapsamında kurulan sözleşmelerin, idari sözleşme değil, özel hukuk sözleşmesi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Örneğin, “Bu Kanun kapsamında yapılan kamu sözleşmelerinin tarafları, sözleşmenin uygulanmasında eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptir” (KİSK m. 4) ve “Bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” (KİSK m. 36) ifadeleri bu cümledendir. Günday, s. 179, 190; Gözübüyük/Tan, s. 596.

söz konusu olacaktır. Bu alt eser sözleşmesinde yüklenici, alt yüklenici karşısında “iş sahibi” konumunda olacaktır⁵³.

D. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Ayrıca; eser sözleşmesi, ivazlı, rızai, şekle bağlı olmayan, ani ve sürekli edimler bulunduran nitelikteki sözleşmedir⁵⁴.

1. İvazlı Nitelikte Olması

Yüklenicinin taahhüdü, belirlenen bedel karşılığında, bir eser meydana getirmek ve tesliminin sağlanmasıdır⁵⁵.

Yüklenicinin eser meydana getirme borcu, ivazsız olarak ya da bedel haricindeki bir edim karşılığında yerine getirilemez. Zira bu durumda eser sözleşmesinden bahsedilemez⁵⁶. Yüklenicinin ivazsız şekilde eseri meydana getirerek teslimini taahhüt ettiği sözleşme, eksik sözleşme niteliğinde isimsiz bir sözleşme olacaktır⁵⁷. Bu durum doktrinde tartışmalıdır. Nitekim, böyle bir sözleşmenin, eser sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme mi yoksa vekâlet sözleşmesi benzeri isimsiz sözleşme mi olacağına somut olaya bakılarak yanıt verilmelidir. Buna göre, TBK'nun vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde, TBK'nun 502. maddesinde düzenlenen “Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörmeye sözleşmelerine de uygulanır.” hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hükme rağmen,

⁵³ Tercier, Contrats spéciaux, N 4313; Tandoğan, Cilt II, s. 82; Dayınlarlı, Temerrüt, s. 27; Yalçınduran, s. 24 (Naklen: Kurt, Leyla Müjde, Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara, 2012.)

⁵⁴ Büyükay, s.37; Yavuz, s. 536, Altaş, s.48

⁵⁵ Kılıçoğlu, s.447-448; Zevkliler/Gökyayla, s.477, Gümüş, s.2; Aral/Ayrancı, s.360; Eren, s.585; Yavuz/Acar/Özen, s.543-547; Şenocak, S.5-6; Okur, s.8; Gökyayla, s.17-18; Büyükay, s.37.

⁵⁶ Aral/Ayrancı, s.359; Gümüş, s.2.

⁵⁷ Gümüş, s.2.

sözleşmenin niteliğinde tereddüt bulunması halinde, sözleşmenin eser sözleşmesi benzeri isimli sözleşme olduğu kabul edilmesi, sözleşmenin mahiyetine uygun düşecektir.⁵⁸

2. Rızai Nitelikte Olması

Bir sözleşmede; taraflar, karşılıklı olarak ve birbirlerine uygun irade beyanları ile mutabık kalıyorlar ve sözleşmenin kurulması için bu hususlar yeterli sayılıyor ise bu sözleşmeler rızai sözleşme olarak adlandırılırken, tarafların uygun irade beyanlarının yeterli sayılmadığı buna ek olarak eşyanın tesliminin de gerektiği sözleşmeler real sözleşme olarak adlandırılmaktadır⁵⁹. Eser sözleşmesinin kurulması ve hüküm doğurması için, yüklenicinin ve iş sahibinin sözleşmenin kurulması yönünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarında bulunmaları yeterlidir. Eserin tesliminin ayrıca gerekli olmamasından ötürü, eser sözleşmesi rızai sözleşmelerdendir⁶⁰.

3. Şekle Tabi Olmaması

Kanun, eser sözleşmeleri için herhangi geçerlilik şekli ön görmemiştir⁶¹. Dolayısıyla, taraflar, eser sözleşmesini yazılı veya resmi şekle tabi tutulabilir. TBK m.17 gereğince taraflarca bir şekil şartı belirlenmesi halinde, bu şartın iradi geçerlilik koşulu olduğu kabul edilir⁶².

Buna göre, yazılı şekil şartı belirlenen bir sözleşme kural olarak yine yazılı olarak değişiklik ya da eklemelere tabi tutulmalıdır. Fakat yine de yapılan her değişikliğin, yazılı şekle tabii sözleşmelerde yazılı olarak yapılması, değişikliğin kabul görmesi bakımından zorunlu değildir. Şu kadar ki taraflar, sözlü olarak ya da zımnen anlaşmış olup bunu sözleşmede uygulamaya geçirmiş olabilirler. İşte böyle bir durumda, şekil şartına

⁵⁸ Eren, s.586.

⁵⁹ Eren, Borçlar Genel, s. 199-200.

⁶⁰ Tandoğan, Cilt II, s. 28; Eren, Borçlar Genel, s. 199-200; Aral, s. 316; Yavuz, s. 499; Altaş, Eserin Telef Olması, s. 49.

⁶¹ Yavuz/Acar/Özen, s.547; Eren, s. 587; Gümüş, s.7; Tandoğan, s.7-8; Tunçomağ, s.959; Gökyayla, Ek İş, s.15; Büyükay, s.37.

⁶² Eren, s.598; Yavuz/Acar/Özen, s.546; Tunçomağ, s.959.

uyulmadan ve taraflarca kabul edilmiş olan değişikliklerin geçerli sayılması TBK’da düzenlenen iyi niyet kuralları kapsamında değerlendirilmelidir. Taraflar, sözleşmedeki borçlarını tamamen ya da tamamına yakın bir şekilde ifa ettiler ise ifadan sonra sözleşmede şekil eksikliği olduğu iddiası hakkın kötüye kullanımını oluşturacaktır⁶³. Sözleşmelerde geçerlilik koşuluna uyulup uyulmadığı hususu, mahkemece re’sen dikkate alınacaktır⁶⁴.

Tüm bunların yanında, sözleşmeye konu hakkın devri mevzuat kapsamında bir şekil şartına tabii tutulmuş olabilir. Taşınmaz mülkiyetinin devrini ya da devir vaadini içeren sözleşmelerin, TMK, TBK, Tapu Kanunu ve Noterlik Kanunu uyarınca tapu sicil müdürlüklerince ya da noterlerce düzenlenme şeklinde yapılmasının zorunlu tutulması hali bu duruma örnektir. Bu gibi durumlarda, sözleşmeye konu her edime, tabii olduğu kanun hükümleri uygulanacaktır. Bu sebeple, karma bir sözleşme eser meydana getirme unsurunu içerdiğinde, bu karma sözleşmenin içeriğini oluşturan öteki sözleşmenin geçerlilik şartı, karma sözleşme bakımından da gerekli olacaktır⁶⁵.

4. Kural Olarak Ani Edimli Bir Sözleşme Olması

Doktrinde; eser sözleşmelerinin hem ani edimli olduğu hem sürekli edimli olduğu hem de karışık edimli olduğunu savunan üç farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden, ani nitelikte bir edim olduğunu savunan görüş baskın iken, sürekli olduğunu savunan görüş daha az baskın niteliktedir.

Uygulamada ise Yargıtay⁶⁶, eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Fakat eser sözleşmelerinin bir türü olan kat karşılığı inşaat sözleşmeleri,

⁶³ Tunçomağ, s.959-960; Zevkliler/Gökyayla, s.473.

⁶⁴ Eren, s.597.

⁶⁵ Gümüş, s.7.

⁶⁶YHGK E.2017/152334, K.2019/443, T.11.04.2019; Yargıtay 23.HD., E.2017/795, K.2018/2763, T.12.04.2018; Yargıtay 14. HD., E.2011/11235, K.2011/12627, T.25.10.2011; Yargıtay 15. HD., E.2003/5231, K.2004/1725, T.29.03.2003, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

mahiyetleri bakımından ani ve geçici-sürekli edim özelliklerini taşıdıklarından karma yapıda bir sözleşme olarak kabul edilmektedir.

5. Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşme Olması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeden söz edilebilmesi için her iki tarafın da asli edim borcu taahhüdü veriyor olması ve bu asli edimlerin de birbirlerinin sebep ve karşılığını teşkil ediyor olması gerekmektedir⁶⁷. Eser sözleşmelerinde, yüklenici belirli bir eseri meydana getirerek eseri teslim etmeyi, buna karşın iş sahibi ise buna karşılık bedel ödemeyi kabul etmekte ve birbirlerine karşılıklı olarak bu şekilde borçlanmaktadır. Taraflar synallagma içerisinde ve sözleşme konusu eser, meydana getirilip yüklenici tarafınan teslim edilmedikçe, yüklenici bedele hak kazanamayacaktır⁶⁸. Bu cihetle, eser sözleşmelerinin, tarafların yükledikleri edimler gözetildiğinde tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler arasında olduğu anlaşılmaktadır⁶⁹.

6. İş görme Sözleşmesi Olması

Eser sözleşmesinde yüklenici, iş görmeyi taahhüt etmektedir. Bu taahhüt ise belirli bir sonuca yöneliktir. Yüklenicinin borcunu yerine getirmiş sayılması için sözleşme ile taahhütte bulunduğu eseri meydana getirmiş olmalıdır⁷⁰.

⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 41-42; Eren, Borçlar Genel, s. 194-195.

⁶⁸ Kılıçoğlu, s.447-448; Zevkliler/Gökyayla, s.477, Gümüş, s.2; Aral/Ayrancı, s.360; Eren, S.585; Yavuz/Acar/Özen, S.543-547; Şenocak, S.5-6; Okur, S.8; Gökyayla, S.17-18; Büyükay, S.37.

⁶⁹ Gauch, Werkvertrag, N 7; Tercier, Contrats spéciaux, N 4207; CR-Chaix, Art. 363 N 6 (Naklen: Altaş, Eserin Telef Olması, s.49.; Şenocak, s. 5; Yavuz, s. 497 ve 499; Aral, s. 316; Eren, Borçlar Genel, s. 194.)

⁷⁰ Kılıçoğlu, s.448; Şenocak, s.6.

E. Eser Sözleşmesinin Diğer Sözleşmelerden Ayırt Edilmesi

1. Satış Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Satış sözleşmesi, TBK'nun 207. maddesinde, "Saticının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme" şeklinde tanımlanmıştır. Bu kapsamda, satış ve eser sözleşmelerinin ortak yanının, bir şeyin bedel karşılığında teslimi olduğu sonucuna varılmaktadır. Bu durumda, iki sözleşmenin birbirinden ayrılabilmesi için yapılan sözleşmenin mahiyetine bakmak gerekecektir. Sözleşmenin yapıldığı esnada, bedel karşılığı belirlenecek şeyin mevcut olup olmadığı hususu bu konuda belirleyici olmaktadır⁷¹. O anda hazır olan şeyin alıcıya devir ve teslimi, satış sözleşmesinin özelliğidir⁷². Burada, satılan şeyin nasıl meydana getirildiği alıcı için önem arz etmemektedir⁷³. Buna karşılık, eser sözleşmesinde yüklenici, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana getireceği eseri teslim edecek olduğundan, burada hazır bir şeyin teslimi olmayacaktır⁷⁴.

Buradan yola çıkarak, yapılan ayırımın zaman bakımından yapılmış olduğunu söylemek mümkündür. Ne var ki, bu şekilde yapılan ayırım, uygulamada bazı hallerde karışıklığa sebep olmaktadır. Nitekim, satış sözleşmesine konu şeyin ileri tarihte imal edilme durumu gündeme gelebilir. Bu durumda sözleşmenin eser sözleşmesi mi yoksa satış sözleşmesi mi olacağı konusuna açıklık getirmek gerekebilir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki imal edilecek eserin malzemesini iş sahibi vermiş olabilir. Bu gibi durumlarda, söz konusu sözleşmenin eser sözleşmesi olduğu hususunda duraksama bulunmamaktadır⁷⁵. Bir sözleşmede, yapılacak iş asıl ise ve hammadde bu sözleşmeye göre ikinci planda kalıyor ise burada eser sözleşmesinden söz edilecekken,

⁷¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 42

⁷² Eren, Borçlar Özel, s. 597.

⁷³ Gümüş, s.8

⁷⁴ Eren, Borçlar Özel, s. 597.

⁷⁵ Gümüş, s.9

hammadde ön planda ve iş ikinci planda kalıyor ise burada satış sözleşmesinden bahsedilecektir⁷⁶. İş sahibi, seri üretim sürecine müdahil olup talimat verebiliyorsa burada eser sözleşmesinden bahsedilecektir⁷⁷.

Sonuç olarak, sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi hususunda, sözleşmede taraflarca kararlaştırılan şartlara, bu taraflara yüklenen yükümlülükler ve sözleşmenin ifa şekline bakılarak sözleşmenin tipinin belirlenmesi gerekecektir.

Yüklenici tarafından ifası taahhüt edilen eserin, tamamlanmasından önce üçüncü kişiye satılması ve sonrasında kalan kısmının tamamlanması, uygulamada “Nitelikli Satış Sözleşmesi” olarak bilinmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun buna ilişkin bir kararında; “...davalı inşaat şirketi ile dava dışı arsa malikleri arasındaki sözleşme eser sözleşmesi olup; yüklenici inşaat şirketi anılan sözleşme gereği imal edeceği konutlardan birisini henüz tamamlanmadan davacı ile aralarında düzenledikleri satış sözleşmesi ile kararlaştırılan koşullarda davacıya satmış; bir kısmı peşin bir kısmı da taksitler halinde olmak üzere senetlere bağlanan bedel karşılığında teslim etmeyi yükümlenmiştir. Şu durumda davacı ile davalı inşaat şirketi arasında sözleşme hukuksal nitelikçe eser sözleşmesi değil, satım sözleşmesidir. İnşaatı tamamlanmadan satıma konu edilmiş olması eser sözleşmesinin varlığını göstermemektedir.”⁷⁸ denilmiştir.

2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

TBK’nun 502. maddesi, vekâlet sözleşmesini, “Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemi yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” şeklinde tanımlamıştır. Vekâlet sözleşmesi ile vekil belirlenmiş bir sonuca göre, bu doğrultuda özen yükümlülüğüne uygun olarak faaliyette bulunmayı yüklenirken belirli bir sonucu

⁷⁶ Tunçomağ, s.970.

⁷⁷ Tandoğan, s.42 vd.

⁷⁸ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 07/03/2007 tarih, 2007/13-100 Esas, 2007/100 Karar sayılı ilamı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiistemciWeb/>).

hedeflememektedir⁷⁹. Eser sözleşmelerinin aksine, vekil belirli bir sonucu meydana getirmeyi taahhüt etmez. Vekilin faaliyette bulunması sonucunda beklenen sonucun vuku bulup bulmaması önemli değildir, burada vekilden beklenen özen ve sadakat borçlarına uygun davranılmış olmasıdır⁸⁰.

Vekâlet sözleşmesinde, vekil yalnızca verdiği zararlardan sorumlu tutuluyor iken eser sözleşmesindeki aybın sorumluluğu yüklenicidedir.

Mezkûr maddenin devamında; “Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır” denilmektedir. Buradan hareketle eser sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi arasındaki bir diğer farkın, bedel unsurunun sözleşmenin kurulması bakımından zorunlu unsur olmaması olduğu söylenebilir. Yukarıda bahsedildiği üzere, bedel unsuru, eser sözleşmesinin kurulması bakımından zorunlu olan unsurlar arasındadır.

Öte yandan; eser ve vekâlet sözleşmeleri, taraflar arasında bulunan güven ilişkisinin niteliği bakımından da birbirinden ayrılmaktadır⁸¹. Şöyle ki, vekâlet sözleşmelerinde güven ilişkisi daha ön plandadır ve vekâlet edilen dışında başka birine işin gördürülmesi durumu, eser sözleşmesinde işin başkasına gördürülmesi durumuna göre daha istisnai bir haldir.

3. Hizmet Sözleşmesinden Ayırt Edilmesi

Hizmet sözleşmesi de eser sözleşmesi gibi iş görme sözleşmesidir. TBK'nun 393. maddesinde “Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.” denilerek yapılmıştır. Bu tanım doğrultusunda, hizmet sözleşmesinde yüklenicinin, edim sonucu borçlanmakta olduğu ve işçinin de edim fiili

⁷⁹ Gümüş, s.9.

⁸⁰ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.39.

⁸¹ Eren, Borçlar Özel, s. 596.

borçlanmakta olduğu söylenebilir⁸². Edim fiili borçlanan işçi; iş görme borcunu, zamansal olarak, hukuken ve ekonomik olarak işverene bağımlı bir biçimde yerine getirmektedir. Eser sözleşmesinde ise yüklenici bu anlamada iş sahibinden bağımsızdır.

Eser sözleşmesinde hasar kural olarak yükleniciye aittir. Hizmet sözleşmesinde ise hasarın sorumluluğu işverene aittir. Eser sözleşmesinde taraflar tüzel kişi olabiliyorken hizmet sözleşmesinde işçinin tüzel kişi olması mümkün değildir.

İş görme ediminin borçlanıldığı hizmet sözleşmeleri için sürekli edim söz konusuysen meydana getirilecek eserin borçlanıldığı eser sözleşmelerinde ani edim söz konusudur⁸³. Bu noktada, hizmet sözleşmesini fesih yoluyla ileriye etkili olarak ortadan kaldırmak mümkünken, eser sözleşmesini, sözleşmeden dönme şeklinde geçmişe etkili olarak ortadan kaldırmak mümkün olacaktır⁸⁴.

III. ESER SÖZLEŞMESİNDE AYIP

TBK'nun eser sözleşmesine ilişkin maddeleri incelendiğinde; eserin ayıplı olma durumunun tanımının yapılmadığı görülmektedir.

Fakat ayıbın varlığı halinde çeşitli hükümlerde tarafların hak ve yükümlülüklerinden söz edilmiştir. Yine, Yargıtay⁸⁵'ın bir kararı ile ayıp, “Ayıp, imal edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile iş sahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır.” şeklinde tanımlanmıştır.

Eser sözleşmelerindeki ayıp, genellikle eserin sözleşmede kararlaştırılan nitelikleri

⁸² Gümüş, s.9.

⁸³ Eren, s.599.

⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 450.

⁸⁵ Yargıtay 15. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/2999, K. 2017/4504. Bir başka tanım Yargıtay 3. HD, T. 12.3.2015, E. 2014/10600, K. 2015/3968: “Ayıp, bir malda ya da eserde, sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Başka bir anlatımla ayıp, eşyanın normal niteliklerden ayrılmasıdır.” (K.İ.B.B.).

taşınamaması olarak ortaya çıkmaktadır⁸⁶. Eser sözleşmesinde, yüklenicinin borcu eserin tamamlanarak teslim edilmesidir. Yüklenici bu yükümlülüğünü yerine getirmez ise borç gereği gibi ifa edilmiş sayılmayacaktır⁸⁷.

Ayıplı ifanın varlığı, eserin iş sahibine teslim edilmesiyle, teslimi gerçekleşen eserin sözleşmede ön görülen nitelikleri haiz olup olmadığına bakılarak ya da kanunen taşınması gereken özellikleri taşıyıp taşımadığı değerlendirilerek anlaşılır. Bu değerlendirmelerden sonra iş sahibi, sözleşme ile varmak istediği sonuca varamamış ise bu durumda ayıplı ifanın varlığından söz edilecektir⁸⁸. Bunun yanı sıra, ticari doğruluk kaideleri ve dürüstlük kuralı⁸⁹ gereği eserde bulunması gereken nitelikler bulunmadığı zaman da ayıplı ifa gündeme gelecektir.

Ayıba karşı tekeffül hükümleri, uygulamada satış sözleşmesindeki ayıba karşı tekeffül hükümlerinden büyük oranla etkilenmiştir⁹⁰. Fakat eser sözleşmesindeki ayıba karşı sorumluluk hususu, satış sözleşmesi hükümlerinden ayrı olarak incelenmeyi gerektirmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre⁹¹, ayıp, “kötü ifa” halleri arasında sayılmıştır. En basit tanımı ile ayıp, eserde bulunması gereken özelliklerin eserde olmaması halidir⁹². Eser, sözleşme kapsamında, sahip olması gereken özelliklere sahip

⁸⁶ Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II, Vedat Kitapçılık, 2010 (Tandoğan, C.II), s.161; Aral Fahrettin/ Ayrancı Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Yetkin Yayınları, İstanbul 2015, s. 354.

⁸⁷ Kocaağa Köksal, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Yapımında Ortaya Çıkan “İlave İş” ve “İlave Bağımsız Bölüm” Sorunu”, (TBB Dergisi, s. 86-104), (Kocaağa, İlave İş), s. 94; Kanber Kemal, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin İnşaatteki Bozukluktan Doğan Sorumluluğu, 1997/3, s. 36-47. s. 37; Erman Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İst. 2010., s. 121; Kocaağa Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014 s. 138; Aydemir Efrail, Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku, Ankara 2009, s. 217; Gür Mustafa, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Eksik İfa ve Ayıplı İfa Kavramları, Ankara 2017 s. 136.

⁸⁸ Aral, Kötü İfa, s. 112; Serozan Rona, Sözleşmeden Dönme, 2. Bası, İstanbul 2007, s. 308.

⁸⁹ Kostakoğlu Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 6.B., İstanbul 2008, s. 447, Duman İlker Hasan, İnşaat Hukuku, Seçkin Yayınları, Ank ara 2015, s. 773; Seliçi Özer, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 136.

⁹⁰ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 161.

⁹¹ Öz, Dönme, s. 90; Yaşar Engin Selimoğlu, Eser Sözleşmesi, 4. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2017, s. 143.

⁹² Şenocak, s. 93; Zafer Kahraman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Arsa Sahibinin Sözleşmeden Dönmesi Halinde Yükleniciden Arsa Payı Satın Almış Olan Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, İstanbul, Der Yayınları, 2015, s. 435. Serozan ayıbı; basit formülle, vadedilen ya da vadedildiği varsayılabilen niteliklerin eksikliği olarak tanımlanmış ve daha kısa

değilse veya dürüstlük kurallarına ya da ticari doğruluk kaidelerine uygun şekilde kendisinden beklenen faydayı gerçekleştirmeye elverişli değil ise ayıplı olarak kabul edilmelidir. Yargıtay⁹³, bir kararında, “Ayıp, imâl edilen bir eserde veya malda, sözleşme ve ekleri ile işsahibinin beklediği amaca ve dürüstlük kurallarına göre bulunması gereken vasıfların bulunmaması, bulunmaması gereken vasıfların ise bulunmasıdır.” şeklinde ayıba ilişkin bir tanımlama yapılmıştır.

Satıcı tarafından bildirilen niteliklerin, sözleşmeye konu şeyde bulunmaması hususu satış sözleşmelerinde ayıp olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, eser sözleşmelerinde bu konuya ilişkin açık düzenleme yasada bulunmamaktadır. Ancak, sözleşme ile kararlaştırılmamış olan ve eserin tamamlanmasına kadar olan süreçte, yüklenici tarafından vaadedilmiş özelliklerin eksikliğinden, yüklenici sorumlu tutulacaktır⁹⁴.

A. Sözleşmeye Kararlaştırılmış Olan Vasıfların Eksikliği

Eser sözleşmesinde, esere ilişkin nitelikler, açıkça veya örtülü olarak karşılaştırılabilir. Bu nitelikler, özel ya da genel vasıflar şeklinde olabilir. Belirlenen bu özel ve genel vasıflı niteliklerin eserde bulunmaması da eserin ayıplı olmasına sebebiyet verir. Burada bahsedilen genel nitelikli vasıflar; esere ilişkin renk, imal şekli ve ölçü gibi şeylerdir. Özel nitelikler ise eseri daha detaylı tanımlar. Buna göre, örneğin bir masa imal edilirken kullanılan malzemenin sözleşmede belirtilenden farklı olması genel vasıf eksikliğine, masanın sözleşme gereği altı kişilik olması gerekirken dört kişilik imal edilmiş olması özel vasıf eksikliğine konu olmaktadır.

bir formülle de “ayıp olması gereken nitelikten sapmadır” şeklinde belirtmiştir. Bkz. Rona Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019, s. 199 (Borçlar Özel).

⁹³ Yargıtay 15. HD, T. 20.12.2017, E. 2016/2999, K. 2017/4504. Bir başka tanım Yargıtay 3. HD, T. 12.3.2015, E. 2014/10600, K. 2015/3968: “Ayıp, bir malda ya da eserde, sözleşme ve yasa hükümlerine göre normal olarak bulunması gereken niteliklerin bulunmaması ya da bulunmaması gereken bozuklukların bulunmasıdır. Başka bir anlatımla ayıp, eşyanın normal niteliklerden ayrılmasıdır.” (K.İ.B.B.).

⁹⁴ Gümüş, Borçlar Özel, s. 356.

Bilindiği gibi, yüklenici, sözleşmede kararlaştırılan tüm vasıfların eserde bulunmasını sağlamakla yükümlüdür. Bazı durumlarda bu vasıfların varlığının sağlanmaması, eserin değerini düşürebildiği gibi yükseltebilmektedir. Ne var ki eserin değerinin arttığı durumlarda dahi eser ayıplı sayılmaktadır. Örneğin, eserde kullanılan malzeme kararlaştırılandan daha pahalı bir malzeme olup eserin değerini arttırmış olmakla birlikte, meydana getirilen eser sözleşmede kararlaştırılan niteliklere uygun olmadığından ayıplı sayılacaktır⁹⁵. Böyle bir durumda, işsahibi tarafından ayıplı ifaya dayanılarak kullanabilecek seçimlik haklar kullanılırken, hakkın kötüye kullanımı yasağı gözetilecektir⁹⁶.

Taraflar, eserde olması gereken nitelikleri asgari oranda belirler ise işsahibi, esere ait niteliklerin bu oranın üzerinde olmadığı iddiası ile ayıp hükümlerinden faydalanamaz. Bir eserin ayıplı olduğu kabul edilerek, ayıptan kaynaklanan herhangi bir hakkın kullanılması, bahsi geçen niteliklerin asgari seviyenin altında kalması ile olacaktır⁹⁷. Örneğin, sözleşmede yüklenicinin ikinci sınıf bir ahşaptan daha aşağı kalitede başka bir ahşap kullanamayacağı kararlaştırılmış olmasına rağmen, yüklenici birinci sınıf ahşap kullanmışsa, eser ayıplı sayılamayacaktır. Zira bu durumda ortaya, sözleşme ile kararlaştırılandan daha kaliteli bir eser meydana getirilmiştir⁹⁸. Fakat yine de asıl bakılması gereken nokta sözleşme ile kararlaştırılan eserde bulunması gereken noktaların eksikliğinin eserin tahsis edeceği amaca uygun olmaması ya da eserin kullanımını engellemesi durumlarıdır. Bu gibi durumlarda eser ayıplı kabul edilmelidir⁹⁹. Sözleşmenin kurulması esnasında, dürüst ve ortalama bir insanın bu durumu bilmesi

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 163; Burcuoğlu, s. 285; Turanboy, s. 158; Şenocak, s. 95-96; Erman, s. 122.

⁹⁶ Şenocak, s. 96.

⁹⁷ Erman, s. 123.

⁹⁸ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 139.

⁹⁹ Erman, s. 122.

halinde ne gibi bir tutum sergileyeceğinin taraflar açısından tespitinin yapılması ve bu doğrultuda çözüme varılması gerekmektedir¹⁰⁰.

Sonuç olarak, eserin sözleşme ile belirlenen nitelikleri haiz olup olmadığı hususu, ortaya çıkan eserin dürüstlük kuralları çerçevesinde incelenmesi ile anlaşılacaktır. Bu halde, sözleşmenin yorumu yapılırken sözleşmenin saiki, maddelerin lafzı ve mevcuttaki teamüller de dikkate alınmalıdır.

B. Lüzumlu Vasıfların Eksikliği

İş sahibi, eser sözleşmesinde, eserde bulunması ya da bulunmaması gereken nitelikleri açık veya örtülü şekilde belirtmiş olabilir. İş sahibinin eserde bulunmasını istediği ya da istemediği hususları örtülü şekilde belirttiği ya da bir kısım hususları hiç belirtmediği zamanlarda, yüklenici dürüstlük kuralları çerçevesinde, eserin kullanılmaya uygun ve normal yapıdaki bir eserin değer ve kalitesine uygun olacak şekilde teslimle mükellef olacaktır. Örnek vermek gerekirse, yeni yapılan evin penceresinin su alması durumu ayıplı ifa kapsamındadır.

Diğer taraftan, sözleşmede açık ya da örtülü biçimde özel bir kullanım amacı da belirlenmiş olabilir. Bu durumda eserin bu özel kullanım amacına uygun şekilde meydana getirilmesi zarureti hasıl olacaktır. Örneğin, rüzgâr ile çalışan jeneratörün, sözleşmede kararlaştırılmış olan lokasyonda elektrik üretimine uygun olması gerekmektedir¹⁰¹.

Netice olarak, yüklenicinin eser sözleşmesindeki sorumluluğu, tarafların yine bu sözleşme ile kararlaştırmış oldukları kullanım amacına uygun olan eserin teslimi olup, herhangi bir şekilde kullanıma uygun olan eserin teslimi değildir¹⁰².

¹⁰⁰ Tandoğan Borçlar Özel, s. 165.

¹⁰¹ Şenocak, s. 98.

¹⁰² Tandoğan, Borçlar Özel, s. 164.

C. Ayıbın Tespiti

Eserde bulunan ayıbın tespitine ilişkin tek bir ölçüt belirlemek mümkün değildir. Zira her ayıbın somut olaya göre değerlendirilmesi hususu burada da geçerlidir. Bu durumda, eser sözleşmesindeki ayıp kavramı nispidir¹⁰³ ifadesi, doğru bir ifade olacaktır.

Uygulamada teknik bir husus olan, eserde herhangi bir ayıbın olup olmadığına ilişkin tespit, genellikle teknik bilirkişiler aracılığıyla yapılır¹⁰⁴. Bu kapsamda, eser teknik açılarından kusursuz dahi olsa, yukarıda da bahsedildiği gibi genel veya özel niteliklerin eserde bulunmaması eserin ayıplı olmasına neden olmaktadır.

Öte yandan, eserin eksik olan hususlarına rağmen sözleşmede belirlendiği gibi aynı kullanılabilirlik ya da değerinde olması, eserin ayıplı olmadığı anlamına gelmeyecektir. Hatta bu hususlar eserin kullanılabilirliğini ve değerini artırmış dahi olsa durum aynıdır. Ayrıca, sözleşme ile belirlenen nitelikler, eserin kullanılabilirliğini engelliyor ya da kullanım amacına aykırı olabilir böyle bir durumda ise belirlenen bu niteliklerin eserde bulunmuyor olması ayıp sayılmayabilir. Fakat bu halde, yüklenici işsahibini uyarma yükümlülüğü altındadır. Yüklenici tarafından uyarıda bulunulmasına rağmen, işsahibi sözleşme niteliklerinin uygulanmasını isteyebilir. Böyle bir durumda, işsahibi, eserin ayıplı olduğunu iddia edemeyecektir¹⁰⁵.

Bilindiği gibi, eser, sözleşmede açık veya örtülü olarak kararlaştırılan özel kullanım amacına göre meydana getirilmelidir. Bazı durumlarda, işsahibi, eseri normal işlevi dışında başka bir amaç için kullanmayı düşünmüş ve yükleniciye bu konuda bilgi vermemiş olabilir. Yüklenici aynı zamanda bu durumu bilemeyecek durumda da olabilir. İşte bu halde, işsahibi, özel amaca uygun olmadığından ötürü eserin ayıplı olduğu ileri

¹⁰³ Seliçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul, 1978, s.136; Öz, Dönme, s.92-97; Burcuoğlu, s.285; Yavuz/Acar/Özen, s.565.

¹⁰⁴ Erman, s.122.

¹⁰⁵ Şenocak, s.96-97; Duman, s.786; Şahiniz, s.103.

süremez¹⁰⁶. Böyle bir durumda da TBK'nun 86. maddesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Sözleşme ile kararlaştırılan bedelin de, dürüstlük kuralı gereğince ayıbın tespitinde etkili olması söz konusu olabilir. Örneğin, götürü bedelin olağan maliyetten çok daha yüksek biçimde belirlenmiş olması, işçiliğin de yüksek kalitede malzeme ile yapılmasının beklendiğini anlamına gelebilir. Aynı şekilde, götürü bedelin oldukça düşük şekilde belirlenmiş olması da işçiliğin düşük kalitede malzeme kullanılmasında bir mahsur olmayacağı anlamını taşıyabilir. Fakat düşük kalitedeki malzeme ve işçilik, eserde bazı bozukluklara sebebiyet veriyor ise eser ayıplı sayılmalıdır. Zira yüklenicinin ayıba karşı sorumluluğu her halukarda devam etmektedir. Sözleşme ile belirlenmeyen niteliklere ilişkin hususlarda, ilgili mevzuat hükümleri dikkate alınmalıdır. Mevzuatta bulunan asgari ölçütler, ayıbın tespit edilmesinde önem arz etmektedir¹⁰⁷.

İşsahibi, ayıbı ispatlamakla yükümlüdür. Ayıbın her türlü delil kullanılarak ispatı mümkündür¹⁰⁸. İhraç edilen ve geri dönmeyen mallara ilişkin ayıp iddiası ise uygulamada çoğunlukla reklamasyon faturasının yükleniciye bildirilmesi ile iddia olunur. Bilindiği gibi, ayıbın varlığı tespit edilirken, eserde inceleme yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla, bu inceleme yapılmadan, yalnızca reklamasyon faturası ile eserde ayıp olduğu iddiası ispatlamaz¹⁰⁹.

Sonuç olarak, sözleşmede kararlaştırılan ya da kararlaştırılmayan her durum için, somut olay değerlendirilmeli ve dürüstlük kuralları çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması durumunu engellemek gerekmektedir. Bu kapsamda ortaya konulan eserin niteliği, tahsis ve kullanma maksadı gözetilerek ayıbın olup olmadığı hususu

¹⁰⁶ Öz, Dönme, s. 93; Seliçi, s.140-141; Kurşat, s. 79.

¹⁰⁷ Kurşat, s.76.

¹⁰⁸ Öz, s.193-194.

¹⁰⁹ İthalatçı firmanın eseri iade etmemesi ve ayıptan dolayı telafi amacıyla kestiği fatura, reklamasyon faturası olarak nitelendirilir; Selimoğlu, Y. E., Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017, s.152.

değerlendirilmelidir. Örneğin, mütevazı bir cafe için orta halli bir parke kullanılmış ise burada bir ayıp yoktur denilebilir fakat lüks bir otelde bu durum ayıp kapsamındadır.

D. Eser Sözleşmesi Bakımından Ayıbın Çeşitleri

Sözleşmede ayıbın vuku bulması farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Sözleşmede ayıp var ise bu ayıbın ortaya çıktığı zaman, eserin gözden geçirilmesi neticesinde ortaya çıkan ayıpların yükleniciye bildirilmesi ve işsahibinin eseri kabul edip etmemesi hususunda hukuken haklı konumda olup olmadığı bakımından önem arz etmektedir¹¹⁰. Ayrıca, ayıbın niteliği ve tarafların ayıba karşı sorumluluklarının sınırları da bu anlamda önemlidir.

Buna göre; doktrinde “maddi ayıp-hukuki ayıp”, “açık ayıp-gizli ayıp”, “önemli ayıp-önemli olmayan ayıp”, “asli ayıp-tali (ikincil) ayıp” gibi ayrımlar yapılmaktadır. Ayrıca, “kasten gizlenen ayıp-kasten gizlenmeyen ayıp” şeklinde bir ayırım da bulunmaktadır¹¹¹.

1. Açık Ayıp – Gizli Ayıp

Açık ayıp; eserin teslim edildiği anda, eserde açık bir şekilde ve olağan, basit bir inceleme ile belli olan ayıptır. İncelemeden kasıt, eserin sözleşme ile belirlenmiş olan şartları taşıyıp taşımadığına yönelik, detaylı olmayan, eserin bünyesine nüfuz etmeden, gözle ya da elle yapılan genel geçer incelemedir¹¹². Gizli ayıp ise eserin teslimi anında açıkça belli olmayan, olağan ve basit bir inceleme ile anlaşılabilen ayıptır. Gizli ayıp, detaylı ve teknik incelemeler sonucunda sonradan ortaya çıkabilen ayıptır. Burada, ayıbın açık bir şekilde belli olması, olağan ve basit bir inceleme ile anlaşılmasından kasıt, gözle ya da elle yapılan detaylı olmayan bir inceleme ile ortaya çıkmasıdır. Örneğin, tamir

¹¹⁰ Turanboy Asuman, Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFĐ 1991, s. 152-189, s. 160.

¹¹¹ Şahiniz, s. 108-109; Gümüş, Borçlar Özel, s. 358.

¹¹² Kostakoğlu, Cengiz, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, İstanbul, BetaYayımları, 2017, s. 448; Gümüş, s. 357.

edilen saatin arızasının devam etmesi açık ayıba, orjinal olduğu düşüncesiyle satın alınan saatin sahte olması ise gizli ayıba örnektir.

Tüm bunların yanında, ayıp, gizli ya da açık olması farketmeksizin gizlenmiş olabilir. Gizli ayıbın söz konusu olması için ayıbın olağan ve basit bir inceleme ile gözükmeyecek şekilde ve kasıtlı olarak gizlenmiş olması gerekmektedir.

Ayıbın, açık ayıp- gizli ayıp olmasına göre işsahibinin ne zaman muayene ve ihbar külfetinin doğduğu belirlenecek olduğundan, bu ayırım eser sözleşmeleri bakımından önem arz etmektedir¹¹³. TBK'nun 474. maddesinin 1. fıkrası, "işsahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır" hükmünü haizdir.

Aynı kanunun 477. maddesinin 3. fıkrası gereği ise "Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa işsahibi, gecikmeksizin durumu yükleniciye bildirmek zorundadır; bildirmezse eseri kabul etmiş sayılır." hükmünü haizdir. Bu doğrultuda, bu yükümlülüklerini yerine getirmeyen işsahibi, yükleniciyi ayıplı ifadan sorumlu tutamayacaktır. Ayrıca, yüklenicinin, gizli ayıplara ilişkin sorumluluğu zamanaşımı süresince devam etmektedir. Bu sorumluluğun sınırsız olduğu düşünülemez¹¹⁴.

2. Önemli Ayıp-Önemli Olmayan Ayıp

Önemli ayıp, eserde bulunan ayıptan ötürü işsahibinin eseri haklı olarak kullanmadığı ve kullanmasının da beklenmediği ayıptır. Önemsiz ayıp ise işsahibinin ayıbın varlığına rağmen eserin kullanımının beklenebildiği ayıp türüdür¹¹⁵.

¹¹³ Uçar, Ayıp, s. 130; Büyükay, s. 107; Şahin, Ayıp, s. 140.

¹¹⁴ Kostakoğlu, s. 452; Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 143; Selimoğlu, s. 148; Karadaş, s. 220.

¹¹⁵ Yavuz/Acar/Özen, s.565; Tandoğan, s.167; Kocaağa, s.141-142; Burcuoğlu s.286; Erman, s.126; Şenocak, s.104; Şahiniz, s.108; Büyükay, s.99.

TBK'nun; 475. maddesi incelendiğinde, eserde bulunan ayıbın önemli ayıp kapsamında olması durumunda kanunda belirlenen koşulların da sağlanmasıyla tüm seçimlik haklarını kullanabilecektir. Fakat ayıp önemli ayıp kapsamında değilse iş sahibi ancak sözleşmeden dönme dışındaki seçimlik haklarını kullanabilecektir. Ayıbın önemli ya da önemli olmayan ayıp kapsamında olduğunun tespiti uygulamada bilirkişiler aracılığıyla yapılmaktadır. Yapılan tespit ile ayıbın önemsiz olduğu kanısına varılmışsa, tespiti TBK'nun 475. madde hükmüne kıyasen dürüstlük kuralları da iş sahibinin sahip olduğu hakların kullanılması konusunda dikkate alınmalıdır¹¹⁶.

3. Maddi Ayıp-Hukuki Ayıp

Maddi ayıp, sözleşmede kararlaştırılan ya da kararlaştırılmamış olsa dahi dürüstlük kuralları gereğince olması gereken, esere ait fiziksel, kimyasal, teknik gibi niteliklerin bulunmaması durumunda oluşan ayıptır. Bir görüşe göre¹¹⁷, eserde vuku bulan fiili bozukluk, maddi ayıp kapsamında değerlendirilir. Bu görüşe göre, bir eserin, aynı türdeki bir diğer eser ile kıyaslanması durumunda, bu eserin maddi değerini azaltan, kullanıma olan elverişliliğini düşüren ya da kullanıma elverişsiz hale getiren bütün nitelik eksiklikleri maddi ayıp kapsamındadır¹¹⁸. Maddi ayıba örnek olarak, terzinin dikmiş olduğu elbisenin kollarının olması gerekenden kısa olması, satın alınan bir saatin bozuk olması gösterilebilir.

Hukuki ayıp ise meydana getirilen eserde, kanun koyucunun belirlediği emredici hükümlerin bulunmaması durumunda oluşan ayıptır. Başka bir anlatımla hukuki ayıp, meydana getirilen eser bakımından tasarruf imkanını kısıtlayan ya da sona erdiren, eserden yararlanılmasını engelleyen kamu hukukundan kaynaklanan sınırlamalardır¹¹⁹.

¹¹⁶ Uçar, Ayıp, s. 131.

¹¹⁷ Erman, s. 125.

¹¹⁸ Gür, s. 149.

¹¹⁹ Gümüş, s. 52-53.

Hukuki ayıba örnek olarak, yapılan inşaatın ruhsatının bulunmaması ya da satın alınan malın haciz, rehin, intifa hakkı gibi engeller neticesinde kullanılamaması gösterilebilir.

4. Asli Ayıp- Tali (İkincil) Ayıp

Asli ayıp, tali ayıbın kaynağı olup eserin teslimi anında da mevcut olan ayıptır¹²⁰. Bu kapsamda, tali ayıbın, asli ayıptan kaynaklanan ve bu sebeple sonradan ortaya çıkan ayıp olduğu söylenebilir¹²¹. Örneğin, eserde bulunan eksik beton kaynaklı ayıp, muayene sırasında anlaşılabilirse burada asli ayıp vardır, birincil nitelikte sayılan bu ayıp esere ait duvarda çatlak oluşturmuşsa tali ayıp söz konusu olacaktır¹²².

Yüklenicinin ayıba karşı tekeffülden sorumlu olabilmesi için tali ayıbın, teslim anında mevcut olan asli ayıp ile bağlantılı olması gerekmektedir. Eserde bulunan tali ayıp, eserin teslimi sırasında mevcutta bulunan bir asli ayıp ile bağlantılı değilse, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır¹²³.

Öte yandan, tali ayıp, gizli ayıbın bir çeşidi olup, gizli ayıp bu bağlamda daha kapsamlı bir ayıptır¹²⁴. Gizli ayıbın eserin teslimi anında da bulunabiliyor olması ve tali ayıpta bu ihtimalin olmaması iki ayıp arasındaki farktır. Eserin teslim edilmesinden sonra tespit edilen tali ayıplar, usulüne uygun olarak bildirilmiş olunması kaydıyla, tali ayıbın eserin teslim sırasında var olan asli ayıptan kaynaklanıyor olması sebebiyle, eser bu tali ayıp bakımından kabul edilmiş sayılmayacaktır¹²⁵.

5. Kasten Gizlenen Ayıp-Kasten Gizlenmeyen Ayıp

TBK'nun; 477. maddesinin 1. fıkrasında, ayıbın kasten gizlenmesi halinden bahsedilmiştir. Buna göre, mezkur maddede “Eserin açıkça veya örtülü olarak

¹²⁰ Gümüş, s. 55.

¹²¹ Gümüş, s. 55; Uçar, Ayıp, s. 134; Duman, İnşaat, s. 781; Şahiniz, s. 108.

¹²² Gümüş, Borçlar Özel, s. 358.

¹²³ Tandoğan, Borçlar Özel, s. 166; Uçar, Ayıp, s. 134; Duman, s. 794.

¹²⁴ Gümüş, s. 55.

¹²⁵ Aktürk, s. 256.

kabulünden sonra, yüklenici her türlü sorumluluktan kurtulur; ancak, onun tarafından kasten gizlenen ve usulüne göre gözden geçirme sırasında fark edilemeyecek olan ayıplar için sorumluluğu devam eder.” denilmek suretiyle, yüklenici tarafından bilinen ve fakat iş sahibine bilerek açıklanmayan ayıplar bu kapsama alınmıştır.

Bu türden bir ayıp; yüklenicinin, kendi sebebiyet vermediği bir ayıbı bilerek, aldatıcı sözlerle ve bu yöndeki fiilleriyle iş sahibinden gizlemesi ile olabileceği gibi, direkt olarak kendiliğinden de kaynaklanmış olabilir¹²⁶.

Gümüş’e göre¹²⁷, kasten gizlenen bir ayıbın varlığından söz edilebilmesi için yüklenicinin, kötü niyetli olması gerekir.

Bu çerçevede, yüklenici tarafından kasten gizlenen bir ayıp mevcut ise ve iş sahibi eseri açık veya örtülü şekilde kabul etmişse, TBK’nun 477. maddesinin 1. fıkrası gereği, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun devam ettiği kabul edilmektedir. Fakat iş sahibi de bu kasten gizlenen ayıptan haberdar ise ve eseri açık veya örtülü şekilde kabul etmiş ise yüklenici bu ayıptan sorumlu tutulamayacaktır. Kastem gizlenen bir ayıbın bulunmaması halinde, iş sahibi eseri açık veya örtülü olarak kabul etmiş ise yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumlu tutulması beklenemez.

E. Ayıp Sayılmayan Durumlar

1. Başka Bir Şeyin Teslimi (Aliud)

Bilindiği gibi ayıp, lüzumlu vasıfların sözleşme ile kararlaştırılarak ya da sözleşme ile kararlaştırılmasa dahi dürüstlük kuralları gereği eserde bulunması gerekirken bulunmaması halidir. Aliud ifa ise taraflar arasındaki sözleşme ile kararlaştırılmış olan

¹²⁶ Eren, Borçlar Özel, s. 646.

¹²⁷ Gümüş, Borçlar Özel, s. 358.

eserden bambaşka bir eserin teslimidir¹²⁸. Örneğin, işsahibine, tenis sahası yerine futbol sahası teslim edilmesi.

Görüldüğü gibi, ayıplı ifada sözleşmeden sapma hali söz konusu iken aliud ifa da hiç ifa etmeme durumu vardır. Yani aliud ifa hiç ifa etmemenin bir çeşididir¹²⁹. Dolayısıyla, aliud ifa halinde, ayıplı ifa hükümleri değil, TBK'nun 112 vd. madde hükümleri gereği, borcun ifa edilmemesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulur. Ayrıca, aliud ifa durumunda, ayıplı ifa halinde aranan muayene ve bildirim külfetleri bulunmamaktadır¹³⁰ ve genel zamanaşımı süreleri söz konusu olur¹³¹.

Bu çerçevede önemli olan husus, ifanın ayıplı ifa mı yoksa aliud ifa mı olduğudur. Uygulamada bu durum, somut olaya göre ve hakimin takdir yetkisi dahilinde alanında uzman bilirkişiler tarafından yapılan inceleme ile ortaya konulur.

2. Eksik İfa

Bilindiği gibi, ayıplı ifa eserdeki vasıf eksikliğini ifade etmektedir. Eksik ifa ise vasıf eksikliği değil yapılması gereken bir işin yapılmamış olma durumuyla ilgilidir¹³². Örneğin, yeni yapılan evin pencerelerinin olmaması eksik ifa iken pencere kolunun bozuk olması ayıplı ifadır.

¹²⁸ Kevork, Acemoğlu, "“Aliud” Ve Federal Mahkemenin “Aliud” Konusundaki Tutumu Üzerine", İÜMHAD, C.: 6, S.: 9, İstanbul, 1972, s. 19; Tandoğan, Borçlar Özel, s. 166; Yavuz, Ayıp, s. 767- 768. Yargıtay 19. HD, T. 15.9.2015, E. 2015/8010 K. 2015/11010; “Anlaşmaya konu maldan başka bir malın teslim edilmesi halinde aliud ifadan bahsedilir.” (K.İ.B.B.).

¹²⁹ İpek, E., Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul, 2016, s.271-272.

¹³⁰ İpek, 272; Şenocak, s.105-106.

¹³¹ Büyükay, s. 113.

¹³² Yargıtay HGK, T. 23.5.2018, E. 2017/13-661, K. 2018/1123: “Ayıplı ifa ile eksik ifa birbirinden farklı kavramlar ise de, her iki kavram da özünde tarafların hukuki ilişki ile yükümlendikleri edimlerini, gerek kanun gerekse sözleşme ile öngörülen şartlara uygun, başka bir anlatımla gereği gibi ifa etmemeleri ile ilgilidir. Başka bir deyişle, sözleşmeye aykırı mal teslimi her zaman ayıplı bir malın verilmesi anlamına gelmez. Eksik ifa da bu anlamda sözleşmeye aykırı mal teslimi anlamını taşır. Ancak eksik ifa sözleşmede kararlaştırılmış olan ya da dürüstlük kuralı gereğince yapılması gereken işlerin bir kısmının hiç yapılmamış olması hâlinde söz konusu olur. Ayıplı ifadan söz edilebilmesi için ise sözleşme ile kararlaştırılan malın, o malda bulunduğu belirtilen niteliklerin veya çeşidi yahut vasfı gereği malın taşınması gereken özelliklerinin mevcut olmaması gerekir.” (K.İ.B.B.) (Naklen: Büyükay, s. 110; Turgut Uygur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.: II, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 2166.)

Bu durumda, eksik ifa, sözleşmede bulunan taraflar arasına kararlaştırılmış ya da sözleşmede kararlaştırılmış olmasa da dürüstlük kuralları çerçevesinde eserde bulunması gereken şeylerin hiç bulunmaması ve de bu haliyle işsahibinin eseri kabul etmiş olması durumu olarak tanımlanabilir.

Eserin sözleşmeye uygun olarak tamamlanması için esere yapılan müdahalede mevcutta olan kısma bir zarar gelmiyorsa burada eksik ifa söz konusudur. Fakat esere yapılan müdahale ile mevcutta olan kısma zarar geliyor ise burada ayıplı ifa söz konusu olacaktır. Örneğin, konusu inşaat olan bir eserde, taşınmazda bulunması gereken camların hiç takılmamış olması eksik ifa iken, taşınmazın devam eden inşaatı sırasında camların bir şekilde zarar görmüş olması ayıplı ifaya konudur¹³³. Burada, camların hiç takılmamış olduğu durumda camların takılması esnasında eserde bir bozulma yaşanmayacakken, delik olan camların değişimi esnasında eserde bozulma yaşanacaktır.

Eksik ifa ve ayıplı ifade ortaya çıkan hukuki sonuçlar birbirinden farklıdır. Eksik ifade, ayıba karşı tekeffül hükümleri uygulama alanı bulamayacaktır çünkü eser hukuki ve teknik açıdan tamamlanmış sayılmamaktadır. Dolayısıyla, eserin tesliminin de teknik ve hukuki açıdan gerçekleştiği kabul edilemeyecektir. Fakat Yargıtay¹³⁴ eksikliğin işsahibi tarafından katlanılabilir ve az olarak nitelendirilebilecek bir boyutta olduğu durumlarda ise yüklenicinin edim borcunun tamamen yerine getirilmediği düşüncesinin iyi niyet kuralları ile bağdaşmadığını bu tür durumlarda yüklenici ve halefine varolan eksikliğin tamamlanması için fırsat sağlanması gerektiğini belirtmektedir. Doktrindeki¹³⁵ baskın görüş de bu yöndedir.

Öz'e göre, bu kıstas, Yargıtay tarafından TTK'de kısa zamanaşımı süresinin bulunduğu zamanda, kısa ayıp ihbarı yükümlülüğü nedeni ile işsahibinin zor durumda

¹³³ Özcan, s. 326.

¹³⁴ Yargıtay 14. HD, T. 22.9.2005, E. 2005/5975, K. 2005/8193; Yargıtay HGK, T. 16.2.2005, E. 2005/14-6, K. 2005/73 (K.İ.B.B.).

¹³⁵ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 40; Uçar, Ayıp, s. 103; Özcan, s. 326.

kalmaması için kullanılmıştır. Öz'e göre, TTK'deki mezkur zamanaşımı süresi kaldırılmış olduğundan ve iş sahibinin ihbar yükümlüğü geniş istisnalar ile düzenlendiğinden, bu içtihadın uygulama alanı bulunmamaktadır. Diğer yandan, bu hususun eksik iş kapsamında değerlendirilmesi durumunda iş sahibi, ayıptan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanamayacağı için, iş sahibi aleyhine bir durum oluşturacaktır¹³⁶.

Eksik ifa söz konusu olduğunda, borç gereği gibi ifa edilmediği için bu doğrultudaki TBK'nun 112 ve diğer madde hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda iş sahibinin, ayıba karşı tekeffüle ilişkin hükümlerin uygulanmasına ilişkin koşulların aksine, haklarını kullanabilmesi için muayene ve ihbar külfetini yerine getirmesine gerek yoktur¹³⁷.

Bizim de katıldığımız doktrindeki genel kabule göre, eser sözleşmesi için düzenlenen ayıp hükümlerinin, genel hükümleri dışlayıcı nitelikteki özel hükümler olduğudur¹³⁸. KURŞAT'a göre eksik iş, eserin kullanım amacını da engellemektedir. Bu sebeple de iş sahibinin hem eseri kabul etmeyerek genel hükümlere başvurabilir hem de eserin kabulünün akabinde genel hükümlere ya da ayıp hükümlerine başvurabilir durumda olması gerekmektedir. Zira eserin teslimi, işin eksik yapıldığı gerçeğini değiştirmemekte ve eksiklikler neticesinde ortaya çıkan ayıbı ortadan kaldırmamaktadır¹³⁹.

Öğretide eserin teslim alınmasının zorunlu olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, eser ayıplı ise eserin teslim alınması zorunlu iken, eksik iş halinde bu

¹³⁶ Öz, S.192, Dp.86; Kurşat, s.87.

¹³⁷ Erman, s. 199; Gönen, s. 349. Yargıtay 13 HD, T. 19.6.2013, E. 2012/25184, K. 2013/16764: "Hemen belirtmek gerekir ki, eksik iş, yapılması gerektiği halde yapılmayan işleri, ayıplı iş ise, eserde olması gereken vasıfla fiilen mevcut olan arasındaki farkları ifade eder. İşin yapılmayan kısmının teslim ve muayenesi söz konusu olamayacağından iş sahibinin eksik işler yönünden ihbarda bulunmasına ya da ihtirazi kayıt koymasına gerek yoktur. İş sahibinin muayene ve ihbar yükümlülüğü sadece ayıplı işler içindir. 4077 sayılı Yasanın 30. maddesine göre, sözleşmeden kaynaklanan edimin ifasındaki eksiklik nedeniyle davacının 10 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde satıcının sorumluluğuna gidebileceği kabul edilmelidir." (K.İ.B.B.).

¹³⁸ Yücer Aktürk, İ., Satım Ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara, 2012, s.264.

¹³⁹ Kurşat, s.88-89.

zorunluluk yoktur¹⁴⁰. Diğer bir görüş ise eserin teslim alınıp alınmaması hususunun, sözleşmeye aykırılığın ağırlığına göre belirlenmesi gerektiğini ortaya koymuştur¹⁴¹.

3. Fazla İş

Eserin; sözleşmede kararlaştırılandan daha fazla sayı ya da büyüklükte imal edilmesi durumunda fazla iş ortaya çıkmaktadır. Bu durum ise daha çok kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Yüklenici sözleşmede kararlaştırılan eserden daha büyük bir eserin imalini imar durumu imkan verse de meydana getiremeyecektir. Zira bu durum da sözleşmeye aykırılık teşkil etmektedir. İş sahibi ise eğer bu durumdan faydalanmışsa, bu bakımdan da somut olaya göre dürüstlük kurallarının ihlali gündeme gelebilmektedir¹⁴². Fakat fazla işin ayıp niteliğinde olup olmadığı yine somut olaya göre değerlendirilmelidir. Fazla yapılan inşaat neticesinde yapı kullanım belgesi alınması hususunda bir engel yoksa ve taraflara ait bağımsız bölümler aynı miktarda artırıldıysa, ayıbın varlığından söz edilemeyecektir. Lakin yüklenici, yalnızca kendisine ait olacak olan bölümler için fazla iş yapmışsa burada ayıplı bir eser olduğundan bahsedilebilecektir¹⁴³.

4. Teslim Edilmiş Bir Eserin Kötüleşmesi

Yüklenici, eseri iş sahibine sözleşmeye uygun ve ayıpsız şekilde teslim etmekle yükümlüdür. Bu şekildeki teslimden sonra eserin kötüleşmesi durumunda ayıbın varlığından söz edilemeyecektir. Zaten sözleşmede, yüklenicinin eserin tesliminden sonrasını kapsayacak şekilde eseri koruma yan yükümlülüğü yoksa, bu sorumluluğunun devam edeceği düşünülemez. Kaldı ki bu durumda dahi yüklenici ayıptan sorumlu değildir. Ancak, genel hükümler çerçevesinde sözleşmenin ihlal edilmesinden sorumlu

¹⁴⁰ Şahiniz, s.64 vd.

¹⁴¹ Kurşat, s.90.

¹⁴² Kurşat, s.79-80.

¹⁴³ Öz, s.194; Kurşat, s.80.

tutulabilir. Eser teslim edilirken, mevcut bulunan bir ayıp sonradan büyüyorsa ya da başka bir ayıba sebebiyet veriyorsa, bu ayıptan da yüklenici sorumlu olacaktır¹⁴⁴.

5. Garanti Taahhüdü

Yüklenici, eserin niteliklerini konu edinmeyen ve edim konusunun da dışında başkaca unsurlar için taahhüt verebilir. Eserin tesliminden sonra işsahibinin faydalanacağı hususlara ilişkin taahhütler buna örnektir. Ayıbın, eserin teslim anında mevcut ve gerçekleşmesi mümkün olan olgulara ilişkin olduğu hususu düşünüldüğünde, bu tarz taahhütlerin eserdeki ayıba ilişkin olmayacağı açıktır. Bu taahhütler, sözleşmeden ayrı bir garanti taahhüdü kapsamında ele alınacaktır. Dolayısıyla, tüm bu nedenlerle, garanti taahhüdünde, ayıplı ifade söz konusu olan muayene ve ihbar süresi, zamanaşımı süreleri uygulama alanı bulmayacaktır¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Duman, s.789; Şenocak, s.107; Tandoğan, s.166.

¹⁴⁵ Kurşat, s.71-72; Seliçi, s.139; Öz, Dönme, s.93; Erman, s.123; Tandoğan, s.163.

İKİNCİ BÖLÜM

İŞSAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN SORUMLULUĞA BAŞVURABİLMESİNİN KOŞULLARI

I. ESERİN TESLİM EDİLMİŞ OLMASI

Yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi maksadıyla, işsahibinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurabilmesi için eserin teslim edilmiş olması gerekmektedir¹⁴⁶. Nitekim, yüklenicinin eseri sözleşmeye uygun meydana getirmesi ile borcun ifa edildiği söylenemeyeceğinden, eserin teslim şartı aranmaktadır¹⁴⁷. Netice olarak, bir eserin meydana getirilmiş olması, eserin teslimi gerçekleşmedikçe borcun ifası anlamına gelmeyecektir. Eseri meydana getirme yükümlülüğünün tamamlayıcı asli edim yükümü, yüklenicinin eserin teslim edilmesi yükümlülüğüdür¹⁴⁸. Her ne kadar, TBK’de eserin teslim yükümlülüğü açıkça düzenlenmemişse de, mezkur kanunun eser sözleşmesini düzenleyen madde hükümlerinden, bu borcun asli edim borcu olduğu hususunun örtülü olarak kabul edildiği anlaşılmaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Öktem Seda, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.5, Y.2006, s. 1948; Uçar, s. 34; Uçar Ayhan, İstisna Sözleşmesinde Teslim Kavramı, Teslimin Usulü ve Hukuki Sonuçları, AÜEHFD, C.V, S.1-4(2001) (Teslim) s. 531; Şahin Turan, Borçlar Kanunu ve 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C.I, S.2, Y.2011, s. 137; Yener Mehmet Deniz, Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. IV, S.1, 2009, s. 159; Zevkliler/ Gökyayla, s. 486; Burcuoğlu, s. 287; Yavuz/Acar/Özen, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul 2011, s. 1025; Atamullu, s. 70; Acar Hakan, 6502 Sayılı Kanun ile Eser Sözleşmesinin Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun Kapsamına Alınmasının Hukuki Sonuçları, Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2, S.2, s. 5; Kocaağa, Köksal, İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014, s. 139; Canbolat s. 44; Kahraman Zafer, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümleriyle Karşılaştırmalı Olarak 1999 Fidic Kırmızı Kitap Kurallarının Kabul Edildiği İnşaat Sözleşmelerinde İşin Kabulü ve Yüklenicinin Ayıptan Sorumluluğu, Prof. Dr. Feridun Yenisey’e Armağan C.II, İstanbul 2014, s. 2554.

¹⁴⁷ Şahin, s. 43.

¹⁴⁸ Şahin, s. 44; Uçar, s. 513 (Teslim); Şenocak, s. 26; Gökyayla, Ek İş, s. 24-25; Tandoğan, C. II, s. 160.

¹⁴⁹ Tandoğan C. II, s. 124-125; Eren, Özel, s. 621; Gümüş, s. 28; Erman, s. 29; Şenocak, s. 26; Eren Fikret, Borçlar Kanunu Açısından İnşaat Sözleşmeleri, İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları; İnşaat Sözleşmesinin Sona Ermesi, İnşaat Sözleşmeleri Yönetimi- İşletme Mühendis ve Hukukçular için Ortak Seminer, Ankara, 18-29 Mart 1996, s. 72; Özyörük Sezer, İnşaat Sözleşmesi, 1988, S. 1; Zevkliler Aydın/Gökyayla Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 2017, s.486; Kurt, s. 67; Yakuppur, Sendi: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu Ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul 2009, s. 62-63; Aral/ Ayrancı, s. 313-314; Şahin, s. 44; Uçar (Teslim), s. 513.

Eserin, yüklenici tarafından teslimi, eserin işsahibi tarafından kabul edildiği anlamına gelmemektedir. Fakat burada işsahibinin eseri kabul etme imkanı doğmaktadır¹⁵⁰. Yüklenicinin, edimin ifasına yönelik davranışına teslim deniliyorken, işsahibi tarafından yapılan kabul beyanı, yükleniciyi yükümlülüklerinden kurtaran bir eylemdir¹⁵¹. Görüldüğü gibi, teslim ve kabul kavramları birbirinden farklı kavramlardır ve hukuken doğrudukları sonuç bakımından bu kavram ayrımı önem taşımaktadır. İfa olarak sunulan eser, işsahibi tarafından sözleşmeye uygun olduğu düşüncesiyle teslim alınsa da bu durum, eserin ifa olarak kabulü anlamına gelmez¹⁵². Eserin ifa olarak kabulü, işsahibinin kanundan kaynaklanan haklarından, açık ya da örtülü olarak vazgeçmesi demektir. Şöyle ki, eserin ifa olarak kabulünde, işsahibi tarafından eser, geçici olarak, TBK'nun 477. maddesinde yer alan kanun hükümleri saklı olmak kaydıyla teslim alınmaktadır. Diğer bir söyleyiş ile ifa olarak kabulde, işsahibi eseri teslim aldığındaki işsahibinin ayıptan doğan seçimlik hakları, eserden doğan alacak hakkının yerine geçmektedir¹⁵³. Teslim anı kendisine bağlanan sonuçlar nedeniyle önem taşımaktadır. Eserin teslimi neticesinde yüklenicinin ücret hakkı muaccel olmakla birlikte, işsahibinin kanundan kaynaklanan ayıbı gözden geçirme ve bildirim süresine uyma külfetleri doğar. Aynı zamanda işsahibi, ayıba karşı tekeffülden doğan hakları nedeniyle de zamanaşımı süresine uyma yükümlülüğü altına girmektedir. Esere ilişkin hasar rizikosunu da teslimle beraber işsahibine geçmekte olup, teslim borcu da yerine getirildiğinden, gecikmeden kaynaklanan cezai şart ya da gecikme tazminatı ortadan kalkmış olacaktır¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Gümüş, s.29; Zevkliler/ Gökyayla, s. 488; Seliçi, İnşaat, s. 35-36; Uçar, s. 89-90; Ayan, Temerrüt, s. 49; Yakuppur, s. 68; Kurt, s. 69; Bkz. Kabul s. 52.

¹⁵¹ Kurşat, s. 168.

¹⁵² Şenocak, s. 83.

¹⁵³ Şenocak, s. 83.

¹⁵⁴ Eren, Özel, s. 622; Uçar, s. 519; Kurşat, s. 168.

II. ESERİN AYIPLI OLMASI

Eseri teslim borcunun tamamlayıcı unsuru, yüklenicinin, eserdeki ayıplardan sorumlu olmasıdır¹⁵⁵. Eserin ayıplı olması hususu, her sözleşme için kendine has özelliklerine göre belirleneceğinden, ayıbın tespiti için sözleşmede öngörülen niteliklerle eserin fiilen taşıdığı nitelikleri karşılaştırmak gerekmektedir¹⁵⁶. Yapılacak olan bu karşılaştırmada, iş sahibinin sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına göre nasıl bir eser meydana gelmesini haklı olarak beklediği göz önünde tutulmalıdır¹⁵⁷.

İş sahibi, eserin tesliminden önce, eserdeki ayıbı kabul eder ve bu şekilde kabul edeceğini beyan da ederse, artık burada eserin ayıplı olduğundan söz edilemeyecektir. Zira bu durumda sözleşmenin tadil edilmesi suretiyle eserdeki aykırılığın ayıp sayılmayacağı kabul edilmiş olmaktadır. Bu durumlarda, sözleşme yazılı yapılmış ve sözleşmeye ilişkin değişikliklerin de yazılı yapılması gerektiği kararlaştırılmış ise ayıplı kabul beyanının sözlü yapılması, eserin tadili anlama gelmeyecek ise de iş sahibi dürüstlük kuralları gereği ayıptan doğan haklarını kullanamayacaktır¹⁵⁸.

III. ESERİN KABUL EDİLMEMİŞ OLMASI

Eserin kabulü, ancak iş sahibine teslim edilmiş olmasından sonra ve ihtirazi kayıt bulunmaması kaydıyla yapılabilir. Bir anlamda kabul, iş sahibinin, eserin sözleşmeye uygun olduğuna dair irade açıklamasıdır¹⁵⁹.

Eserin kabulü açık ya da örtülü olarak gerçekleşebilir. Bu noktada, iş sahibinin eseri mevcut haliyle beğendiğini bildirmesi halinde açık kabul gerçekleşirken, iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan haklarını saklı tuttuğunu belirtmeksizin eserdeki mevcut

¹⁵⁵ Tandoğan, C. II, s. 160.

¹⁵⁶ Tandoğan, C. II, s. 162.

¹⁵⁷ Tandoğan, C. II, s. 162.

¹⁵⁸ Öz, s.205.

¹⁵⁹ Zevkliler/Gökyayla, s. 524; Gümüş, s.57-58; Öz, Dönme, s.119; Seliçi, s.198-200; Eren, s.640; Paket, s.166-167; Turanboy, s.183.

ayıpları yükleniciye bildirmesi ve eserden tasarruf etmesi halinde, örtülü kabul meydana gelmektedir¹⁶⁰. İşsahibi, ayıptan doğan haklarını saklı tutmadan ayıplı eseri teslim almış olabilir fakat bu durum kural olarak kabul anlamına gelmeyecektir. Teslimin akabinde işsahibi, ayıba ilişkin hususları derhal yükleniciye bildirmelidir. İşsahibinin somut olayda gösterdiği tutumun, örtülü kabul olup olmadığının ispatı yüklenicidedir¹⁶¹.

İşsahibi kabule ilişkin beyanını, bizzat ya da yetkili temsilcileri ile yapabilir. Kabul beyanı koşula bağlı da olabilir¹⁶². Yapılan kabul beyanından sonra işsahibi, ayıptan doğan haklarını kullanamaz. Bunun istisnası, iradeyi fesata uğratan sebeplerin varlığıdır. Böyle bir durumda, kabul beyanı iptal edilerek meydana gelen sonuçlar ortadan kaldırılabilir. Eserde birden fazla ayıp bulunma olasılığı da vardır. Bu gibi durumlarda, işsahinin bu ayıpların bir kısmını kabul etmesi ve diğer ayıplar için yüklenicinin sorumluluğuna başvurulabilmesi mümkündür¹⁶³.

Yüklenicinin sorumluluğu, işsahibinin eseri açık ya da örtülü olarak kabul etmesiyle sona erecektir¹⁶⁴. Ayıbın açık olduğu hallerde eser, işsahibi tarafından gözden geçirilmeden teslim alınmıyor ise ayıba ilişkin riziko işsahibi tarafından yüklenilmiş ve eser kabul edilmiştir¹⁶⁵. Diğer taraftan, eserde açık bir ayıp var ve bu ayıp kasten gizlenmişse, eser kabul edilmiş olsa dahi kasten gizlenen ayıplarda yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir¹⁶⁶. Eğer ki bu durum işsahibi tarafından bilinerek eser kabul edilmiş ise eserin işsahibi tarafından kabulünün yapıldığı varsayılmaktadır. Bir ayıbın kasten gizlenmiş olması için yüklenicide aldatma iradesi olmalıdır. Aldatma iradesinden kasıt ise

¹⁶⁰ Tunçomağ, s. 1021; Eren, s.640-641; Paket, s.170.

¹⁶¹ Öz, s.205.

¹⁶² Seliçi, s.199; Öz, Dönme, 120-121; Gümüş, s.57.

¹⁶³ Öz, Dönme, 120-122.

¹⁶⁴ Kabulün başkaca sonuçları da vardır: İfanın gecikerek yüklenicinin temerrüte düştüğü durumlarda işsahibinin kabul beyanında bulunarak cezai şartta ve gecikme tazminatına ilişkin taleplerde bulunamaz. Bkz. Seliçi, s.200; Tandoğan, s.90; Öz, Dönme, s.119, dp.172; Zevkliler/Gökyayla, s 524.

¹⁶⁵ Tunçomağ, s.1025; Ruhi/Ruhi, s.48; Turanboy, s.183.

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, s.465; Ruhi/Ruhi, s.48; Tandoğan, s.219.

yüklenicinin ayıbın varlığını bilerek susması ve iş sahibinin bundan haberdar olmamasıdır. Yüklenicinin ayrıca bir aldatıcı beyanda bulunmasına gerek yoktur¹⁶⁷ .

Ayrıca, TBK'nun 477. madde hükmünde de belirtildiği gibi süresi içerisinde eser gözden geçirilmez ve bildirim külfetleri yerine getirilmezse, iş sahibi eseri kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda, iş sahibinin ayıptan doğan haklarının kullanılması da beklenemeyecektir.

Bilindiği gibi, Yapı İşleri Genel Şartnamesinin 42. ve 45. maddelerinde düzenlenmiş olan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki yapı işlerinde, eserin kabulü kabul komisyonu tarafından geçici kabul ve kesin kabul olarak iki aşamada yapılmaktadır. Bu doğrultuda imzalanan sözleşme gereğince, eser geçici kabul ile teslim alınmışsa yüklenicinin sorumluluğu kesin kabule kadar devam edecektir¹⁶⁸ .

IV. GÖZDEN GEÇİRME VE BİLDİRİM KÜLFETLERİNİN YERİNE GETİRİLMİŞ OLMASI

TBK'nun 474. maddesi “İş sahibi, eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır” hükmünü haizdir. Mezkûr hüküm çerçevesinde; iş sahibi, hem gözden geçirme ile tespitini yaptığı açık ayıpları hem de varlığı sonradan anlaşılan gizli ayıpları, ortaya çıktıkları andan itibaren zaman kaybetmeden yükleniciye bildirmekle yükümlüdür¹⁶⁹ .

¹⁶⁷ Tunçomağ, s.1028; Eren, s.646.

¹⁶⁸ Ruhi/Ruhi, s.48.

¹⁶⁹ Gümüş, s. 58: Gümüş'e göre TBK 477/III hükmü karşısında muayene ve ihbar külfeti yalnızca açık ayıplar için getirilmiş, gizli ayıplar için sadece ihbar külfeti getirilmiştir. Burada kanun koyucunun ihmaline dayalı olarak ortaya çıkan bir örtülü kanun boşluğu mevcut olup, TBK m. 477/III'te yer alan 'gecikmeksizin' ifadesinin, TBK m. 474/I'deki gibi 'uygun bir süre' olarak okunmasıyla bu boşluk doldurulmalıdır.

Öte yandan, kasten gizlenen açık ya da gizli ayıplar bakımından ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurulabilmesi için işsahibinin bildirim yükümlülüğünü zamanında yerine getirip getirmediğinin bir önemi yoktur.

Kanun koyucu, bildirim yapılması hususunda, 474. madde hükmünde “uygun bir süre” ifadesini kullanırken, 477. madde hükmünde “gecikmeksizin” ifadesini kullanmıştır. Buradan anlaşılan uygun süre ifadesinin açık ayıplar için gecikmeksizin ifadesinin ise gizli ayıplar için kullanıldığıdır. Doktrinde ise bildirim uygun bir süreden ziyade derhal yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁰. Bu noktada derhal kavramı üzerinde durmakta fayda vardır. Buna göre, derhal kavramından anlaşılması gerekenin, ayıbın tespit edilmesinin ardından bir iki gün gibi kısa bir sürenin geçmesi değil, işsahibine düşünme ve karar vermesi için kısa bir süre verilmesi gerektiğidir¹⁷¹. Fakat yapılan iş kapsamlı ve karmaşık ise ve bu sebeple gözden geçirme uzun sürecek ise bu süreç tamamlanmadan bildirim yapılmamalıdır¹⁷². Yargıtay, vermiş olduğu kararlarda ayıbın tespit edilmesinden üç ay sonra yapılan bildirim makul süre olarak değerlendirilemeyeceğini¹⁷³, fakat tesbitin ardından on beş gün sonra bildirim yapılmasının makul olarak değerlendirilebileceğinden bahsetmiştir. Bir başka kararında, tacirler arasında yapılan eser sözleşmelerinde, TTK’da düzenlenen bildirim süresi yerine TBK’da düzenlenen sürelerin geçerli olacağına bu yüzden teslimden sonraki sekiz günlük

¹⁷⁰ Öz, s. 203; Seliçi, s. 152; Tandoğan, C. II, s. 173; Burcuoğlu, s. 309; Karahasan, s. 1092; Erman, s. 135.

¹⁷¹ Öz, s. 203; Tandoğan, C. II, s. 173; Burcuoğlu, s. 310; Erman, s. 136.

¹⁷² Zevkliler/ Gökyayla, s. 528; Tandoğan, II, s. 174; Aral, Özel, s. 357.

¹⁷³ “Bilirkişiler tarafından bu hesaplama yapılırken ayıpların gizli ayıp mı, yoksa açık ayıp mı olduğu konusunda hükme yeterli bir değerlendirme yapılmamıştır. Raporun son bölümünde gizli ve açık ayıp konusunda bir paragraf halinde değerlendirme yapılmış ise de, bu değerlendirme parasal değer içermediğinden yeterli değildir. Davalı iş sahibi kendisine teslimin 12.8.2007 tarihinde yapıldığını kabul etmiştir. BK 359. maddesi iş sahibinin işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz eseri muayene etme ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirme yükümlülüğü olduğu düzenlemesini içermektedir. Bu düzenleme açık ayıplarla ilgilidir. Gizli ayıpların ise BK’nun 362. maddesi uyarınca ortaya çıktığı tarihte derhal bildirilmesi zorunludur. Davalı iş sahibi 12.8.2007 tarihinde teslim aldığı halde ayıp ihbarına 30.10.2007 tarihinde ihtarname ile yapmıştır. Teslim tarihi ile ayıp ihbarı yapıldığı tarih arasında geçen 3 aya yakın sürenin BK’nun 359. maddesine göre makul bir süre olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple açık ayıpların giderilme bedeline dair istemin yüklenicinin iş bedelinden mahsubu hatalı olmuştur.” Yargıtay 15. HD, 2012/ 4344 E., 2013/ 4436 K., 08.07.2013 T, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

süre içerisinde yapılan bildirim süresinde olduğu hususunu belirtmiştir¹⁷⁴. Gerek gözden geçirme gerek bildirim sürelerine ilişkin hükümler, yedek hukuk kuralları niteliğindedir. Bu sebeple, sözleşmede bu kurallara ilişkin süre taraflarca belirlenebilecektir¹⁷⁵. Sözleşmede, taraflarca bu şekilde bir sürenin belirlenmiş olduğu hallerde, iş sahibi bu süreye riayet etmek zorunda kalacaktır. Ayrıca, bu durumda, yüklenici TBK'da belirlenen sürelerle uyulmadığından bahisle ayıp ihbarının derhal yapılmadığını ileri sürerek ayıba karşı tekeffül sorumluluğundan kurtulamayacaktır¹⁷⁶.

Yükleniciye bildirim yapılırken, ayıp kapsamı ile türü açıkça belirtilmiş olmalıdır. Bildirimin geçerli bir bildirim sayılması için, bildirimde kullanılan genel ifadelerin (örneğin; eser ayıplıdır, eser sözleşmeye uygun değildir...) değil, yüklenicinin de ayıbı anlayarak üzerine düşeni yapabilmesi adına gerekli ibarelerin olduğu ifadelerin

¹⁷⁴ “Ne var ki iş sahibi eserde sonradan ortaya çıkan ayıpları 2.7.2009 tarihinde noterde düzenlediği tutanakla saptamış, 17.7.2009 tarihli duruşmada ayıpların giderilmesini istemiş, daha sonra birleşen davasında bedelini istemiştir. Bu haliyle sonradan ortaya çıktığı anlaşılan ayıpların süresinde yükleniciye ihbar olduğu anlaşılmıştır. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde gizli ayıbın varlığı saptanmış, iş bedelinden %20 nefaset düşülmesi gerektiği belirtilmiştir. Mahkemece teknik olan bu saptamaya karşı herhangi bir raporla inceleme yaptırılmadan nefaset bulunmadığı gerekçesiyle istemin reddinde isabet yoktur. O halde yapılması gereken iş, 25.3.2011 tarihli 2. ek rapordaki davacının kalan alacağı tutarı olan 227.933,94 TL üzerinden itirazın iptali ile takibin devamına karar verilmesinden ibarettir.” Yargıtay 15. HD, 2011/ 5055 E., 2012/ 5504 K.,10.09.2012 T, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası; “Taraflar arasındaki uyuşmazlık davacı yüklenici tarafından gerçekleştirilen fason baskı işinden kaynaklanmıştır. İş sahibi cevap ve birleşen davasında bu yüzden davacının bedele hak kazanmadığını ve malların satılamamasından dolayı zarara uğradığını belirtmektedir. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda imalatta baskı hataları olduğu ve bu hatanın davacı kusurundan kaynaklandığı belirlenmiştir. Davacı tarafından iş sahibine gönderilen 9.6.2003 tarihli fatura 14.6.2003'de, 24.6.2003 tarihli fatura ise 28.6.2003'de yükleniciye iade olunmuştur. Teslimat tarihleri dikkate alındığında bu iki faturaya dair malların açık ayıplarının süresinde ihbar edilmiş olduğunun kabulü zorunludur.” Yargıtay 15. HD, 2010/ 7019 E., 2011/ 7048 K.,30.11.2011 T, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “Mahkemece ayıp ihbarının süresinde yapılmadığından bahisle davanın esasına girilmemesi doğru değildir. Öte yandan eser sözleşmelerinde ayıp ihbarının varlığı her türlü delille yapılabileceği Dairemizin uygulamalarında kabul edilmektedir. Esasında davacı taraf konteynırı teslim aldığı 17.05.2014 tarihinden itibaren BK'nın 474. maddesi uyarınca uygun süre içerisinde 23.05.2014 tarihinde elektronik posta ile davalıya bildirdiğinden ihbarın süresinde yapıldığı kabul edilmelidir.” Yargıtay 15. HD, 2015/ 4343 E., 2016/ 2603 K.,05.05.2016 T, Uyap Bilgi Bankası.

¹⁷⁵ “O halde eser sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların öncelikle tarafların kararlaştırdıkları kurallara ve yasadaki öngörülen özel hükümlere göre çözümlenmesi gerekir. Bu cümleden olarak iş sahibi eseri teslim aldıktan sonra, işlerinin elverdiği ölçüde o şeyi muayene etmek ve kusurları varsa bunları yükleniciye bildirmek zorundadır. Açık ayıbın derhal yükleniciye bildirilmesi gerektiği gibi gizli ayıp niteliğinde olan kusurların ortaya çıkması halinde de aynı süre içinde yükleniciye ihbarı gerekir. İhbarın tabii olduğu süre taraflar arasındaki sözleşmede açıklanmadığı takdirde Borçlar Kanunu'nun 359/1. maddesinde belirtildiği üzere bunun “işlerin mutad cereyanına göre” saptanması yasa gereğidir.” Yargıtay 15. HD., 1989/ 1784E., 1989/ 2573K., T. 30.05.1989, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁶ “İhbarda genel ifadelerin kullanılması yeterli değildir; müteahhidin ayıpların kapsam ve niteliğini anlayabilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Bu nedenle, “eser ayıplıdır”, “eser sözleşmeye uygun değildir” şeklindeki beyanlar, ayıp ihbarı olarak kabul edilmezler.” (Naklen: Erman, s. 138.)

kullanılması gerekmektedir. Nitekim, iş sahibi eserin ayıplı olduğuna dair bildirim ile eseri kabul etmeyerek yükleniciyi ayıptan dolayı sorumlu tutmak istediğine ilişkin iradesini ortaya koymaktadır¹⁷⁷. Bu noktada, ayıbın kaynağının teknik olarak ayrıntılı bir şekilde açıklanması gerekmemektedir. Örneğin, mutfak dolap kapağının yanlış renkte takıldığına belirtilmesi yeterli olup, ne renk ya da ne marka dolap kullanıldığına ayrıca belirtilmesine gerek yoktur¹⁷⁸. Ayba ilişkin sebebin hatalı bildirilmesi, bildirim geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁷⁹. Mevzuatta bildirimle ilişkin bir şekil şartı öngörülmemiştir, dolayısıyla bildirim her şekilde yapılabilir. Bu bildirim yazılı veya sözlü olabileceği gibi e-mail yoluyla bile yapılabilir¹⁸⁰. Ayrıca, örtülü irade beyanıyla yapılan bildirimler de bu kapsamdadır. Her halukarda ispatın kolaylığı bakımından yazılı bildirim yapılması hususu önemlidir. Yargıtay, iş sahibi tarafından ayba ilişkin dava açılması¹⁸¹ ve mahkeme kanalı ile bilirkişi raporu alınması¹⁸² durumlarını, ayıp bildirim olarak kabul etmiştir.

¹⁷⁷ “İhbarda genel ifadelerin kullanılması yeterli değildir; müteahhidin ayıpların kapsam ve niteliğini anlayabilmesini sağlayacak şekilde olmalıdır. Bu nedenle, “eser ayıplıdır”, “eser sözleşmeye uygun değildir” şeklindeki beyanlar, ayıp ihbarı olarak kabul edilmezler.” (Naklen: Erman, s. 138.)

¹⁷⁸ Öz, s. 202; Şahiniz, s. 121.

¹⁷⁹ Şenocak, s. 126; Tandoğan, C. II, s. 172; Erman, s. 138; Gümüş, C. 2, s.56; Şahiniz, s. 121.

¹⁸⁰ “... Eser sözleşmesine dayanan ilişkilerde ayıp ihbarının yapıldığının tanık delili dahil olmak üzere her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Somut olayda davalı vekili tarafından gösterilen tanıklar dinlenmemiştir. Ayrıca, davalı şirket adına İ. A. tarafından 21.03.2011 tarihinde gönderilen e-mailin ayıp ihbarı niteliğinde olduğu, yüklenici tarafından bu e-maile karşılık olarak aynı tarihte gönderilen e-maile ayıp iddialarının kabul edildiği dikkate alınmamıştır. Mahkemece yukarıda belirtilen e-mailler dikkate alınmadan ve davalı tarafların tanıkları dinlenmeden ayıp ihbarının süresinde yapılmadığı ve yazılı olmadığı gerekçesiyle bu savunma dikkate alınmayıp karar verilmesi doğru olmamıştır.” Yargıtay 15. HD., 2012/ 6364E., 2012/6664K., T. 31.10.2012, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. “Davacı, davasında ayıbın gizli olduğunu ve ortaya çıkması üzerine telefon, facebook ve noter ihtarnamesi ile ihbarda bulunduğunu ileri sürmektedir. Ayıp ihbarının yapılması hukuki işlem değil maddi vakta olduğundan her türlü delille kanıtlanması mümkündür. Bu durumda mahkemece, ayıplı olduğu iddia edilen ve davacı iş sahibi elinde olduğu anlaşılacak dava ve sözleşme konusu masa, sandalye, koltuk takımı, sehpa, yemek takımı, konsol, konsol aynası, gümüşlük üzerinde konusunda uzman teknik bilirkişi marifetiyle keşif yapıp ayıplı olup olmadıkları, ayıbın gizli veya açık ayıp şeklindeki niteliği ve ayıplı ise ayıpların ağırlığına göre TBK'nun 475. maddesindeki seçimlik haklar yönünden, eserin reddini ve sözleşmeden dönmeyi bedelde tenzili ya da onarımı gerektirecek nitelikte olup olmadığı ile tenzili gereken miktar veya onarım bedeli konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, davacının sunduğu ayıp ihbarının yapıldığına dair deliller, davalının cevap dilekçesindeki beyanlarıyla birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, bu hususlar gözden kaçırılarak eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile davanın reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.” Yargıtay 15. HD., 2016/ 2080E., 2017/1864 K., 02.05.2017T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁸¹ Aktürk, s. 184.

¹⁸² Zevkliler/ Gökyayla, s. 527; Tandoğan, II, s. 170; Seliçi, s. 151; Burcuoğlu, s. 306; Erman, s. 125; Gümüş, II, s.113; Kocağa, İnşaat, s. 158; Yener, s. 141; Atamullu, s. 79; Turanboy, s. 165; Seçer, s.229; Aktürk, s. 184. 263 Seçer, Öz, “Eser Sözleşmesinde Ayıba Karşı Tekeffül Halinde Gözden Geçirme ve

Ayıp bildirimine ilişkin¹⁸³ hukuki sonuçlar, yükleniciye gönderildiği anda doğar¹⁸⁴ yani bunun için bildirimde yükleniciye ulaşmasına gerek yoktur.

Uygulamada eserdeki açık ya da gizli ayıbın, yüklenici tarafından biliniyor olması durumu karışıklık yaratmaktadır. Bunun gibi, yüklenicinin ayıbı bildiği durumlarda, işsahibinin bu nedenle bildirimde bulunmamasının, yüklenici tarafından işsahibinin eseri bu şekilde kabul etmiş olduğu algısını haklı olarak yaratmamış olması gerekmektedir¹⁸⁵ ki işsahibi bunu kanıtladığında ayıptan doğan haklarını kullanabilsin¹⁸⁶.

Yüklenici, bu durumu öne sürmez ise işsahibinin gözden geçirme yükümlülüğü ile bildirimde ilişkin yükümlülüğünü süresi içerisinde yaptığı varsayımı yapılacaktır. Bunun yanında, aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, eserin ayıplı olduğu ve yapılan ayıp ihbarında sürelerle uyulduğunun yükü işsahibindedir¹⁸⁷. Fakat uyumsuzluk konusu ayıbın, gizli ayıp mı yoksa açık ayıp mı olduğu konusunda bir anlaşmazlık var ise burada ispat yükü yüklenicidedir¹⁸⁸. İhbarın süresinde olup olmadığının ispatının tanık ile yapılabilmesi Yargıtayca¹⁸⁹ uygun bulunmuştur.

TBK'nun 478. maddesi “Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin

Bildirim”, dp. 20: “Ayrıca içlerinde davacı K1'in da bulunduğu arsa sahipleri Fatsa Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2003/151 D .iş dosyasıyla eksik ve kusurlu işlerin tespiti isteminde bulunmuşlar, bu dosyada alınan bilirkişi raporu davalı yüklenicilere tebliğ edilmiştir. Tespit dosyasındaki eksik ve kusurlu işleri bildirir bilirkişi raporunun yüklenicilere tebliğ edilmesi ayıp ihbarı olarak kabul edilir. Bu durumda davacıların eksik ve kusurlu işlerin giderilme bedellerini isteme haklarının bulunduğu sonucuna varılmaktadır.” Yargıtay 15. HD., 2008/660 E., 2009/856K., 17.02.2009 T., www.lexpera.com.tr.

¹⁸³ Aktürk, s. 184.

¹⁸⁴ Seliçi, s. 152.

¹⁸⁵ Aktürk, s. 184.

¹⁸⁶ Öz, s. 204.

¹⁸⁷ Gümüş, s. 60; Tandoğan, İ, S. 176; Şenocak, Eser, s. 129-130; Zevkliler/ Gökyayla, s. 528.

¹⁸⁸ Tandoğan, C. II, s. 176; Seliçi, s. 202; Öz, s. 119; Erman, s. 139.

¹⁸⁹ “ ...Yukarıda yapılan açıklama ve sözü edilen kurullarla birlikte somut olay değerlendirildiğinde; mahkemece dinlenen davacı tanığı ... anlatımında ayıp ihbarında bulunulduğunu bildirdiğine göre, ayıp ihbarının yapılması maddi vakia niteliğinde olup Dairemiz uygulama ve içtihatlarına göre tanıkla bu husus kanıtlanabileceğinden ve tanığın bu ifadesi dosya kapsamına da uygun olup, akabinde davacı iş sahibince delil tespiti yaptırıldığına göre gerek açık ayıplar gerekse gizli ayıplar yönünden ayıpların giderim bedelinin makul sürede hesaplanıp hüküm altına alınması zorunludur..” Yargıtay 15. HD, 2016/3487 E., 2017/4503K.,20.12.2017 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar” hükmünü haizdir. İşsahibi, belirlenen süre zarflarında ayıpları bildirmekle mükelleftir. Burada dikkat edilecek husus, gizli ayıbın varlığı halinde bildirim süresinin ayıbın öğrenilmesi ile başlayacak olmasıdır. Kasten gizlenen bir ayıbın varlığı halinde ise işsahibinin bildirimde bulunmasına gerek olmadan yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir.

İşsahibi, usulüne uygun olarak vaktinde ayıp bildirimini yapmış olması ile beraber ayıba karşı tekeffüle ilişkin haklarına başvurabilecektir. Ayıp bildirim yapılırken, işsahibinin hangi seçimlik hakkını kullandığına ilişkin bildirim, bu hakların kullanılabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu noktada, işsahibinin ayıba ilişkin bildirimini akabinde, hangi seçimlik hakkın kullanıldığının bildirimi, zamanaşımı süreleri içerisinde kalmak kaydıyla ayıp bildiriminden sonra da yapılabilir¹⁹⁰.

İşsahibinin, eserde açık ayıp bulunması durumunda bildirim yükümlülüğünü ihmal etmesi söz konusu ise ya da başkaca herhangi bir sebeple bu bildirim yükümlülüğünü yerine getirememiş ise eser örtülü olarak kabul edilmiş sayılacaktır. Bu gibi durumlarda, işsahibinin açık bir kabulüne gerek olmadan, yükümlülüklerin ihlal edilmiş olmasından kaynaklı ayıba karşı tekeffül hükümlerine başvurma imkanı ortadan kalkacaktır¹⁹¹. Gizli ayıplarda, ayıbın öğrenilir öğrenilmez yükleniciye bildirilmesi

¹⁹⁰ Seliçi, Müteahhidin Sorumluluğu, s. 150; Öz, s. 201; Büyükay, s. 111; Kurşat, s. 315.

¹⁹¹ Gümü, s. 59; Zevkliler/ Gökyayla, s. 528; Turanboy, s. 163; Yener, s. 159; Şenocak, Eser, s. 109; Seçer, s. 228.

gerekmektedir. Zira bu tür ayıplarda gözden geçirme yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁹².

Aksi halde yüklenici bu ayıptaki sorumluluktan kurtulacaktır¹⁹³.

¹⁹² Yargıtay 17. HD., 2015/ 2763E., 2017/ 10220K., 07.11.2017T., “Somut olayda, davalı yüklenici tarafından ilk tadilata dair hasar tespiti 25.05.2009 tarihinde yapılmıştır. Hasar nedeni üst kattaki ebeveyn banyosundaki temiz su borusunun patlayarak sızan suyun alt katın tavan ve parkelerin zarar gördüğü şeklinde belirtilmiştir. İkinci tespit ise 25.05.2012 tarihinde yapılmıştır. Hasar sebebinin ebeveyn banyosundaki pis su devresinin yanlış montajı sonucu 4 ayrı yerden su sızması sebebiyle alt kat salon tavanı, banyo tavanı ve duvarları zarar gördüğü şeklinde belirtilmiştir. Mahkemece alınan 07.07.2014 tarihli raporda da ikinci hasarın davalı şirketin ilk arızanın sıhhi tesisat işleri teknik şartlarına uygun yapmaması ve işin bitiminde gerekli test sonuçları yapılmadan banyo kaplamasının kapatılmasından kaynaklandığı ve garanti süresinde tekrar hasarın meydana geldiği belirtilmiştir. 25.05.2012 tarihinde sigortalı konutta meydana gelen zararın davalı şirketin ilk arızayı gereği gibi yapmamasından dolayı ile kusurundan kaynaklandığı sabit olmuştur. TBK'nun 477.son fıkrasına göre de sonradan çıkan ayıp için dava dışı sigortalı konut sahibi tarafından davalı firma yetkilinin çağrıldığı ancak sorumluluk kabul etmediğini belirttiği gibi ikinci tamiri yapan firma tarafından tutulan tutanakta da davalı firma yetkilinin çağrıldığı ve hatalı bölümler gösterildiği halde kabul etmediği bildirilmiştir. Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında mahkeme kabulünün aksine dava dışı sigortalının ayıbı zamanında bildirmediğinden bahsetmek mümkün olmayıp zarardan davalı şirketin sorumlu olduğundan davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. (Naklen: Gümüş, s. 58; Burcuoğlu, s. 315; Seçer, s. 230.)

¹⁹³ Yargıtay, satım sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta gizli ayıbın öğrenilmesinden itibaren 1 ay süre geçtikten ayıp ihbarında bulunulmasını “derhal” kavramından uzak bulmuş ve yapılan ayıp bildirimünün süresi geçtiğinden bahisle alıcının malı ayıpla beraber kabul ettiği sonucuna varmıştır; “... anılan yasa hükmü uyarınca derhal satıcıya bildirilmesi gerekirken aradan bir ay geçtikten sonra 10.03.2011 tarihli ihbarnameyle bildirimde bulunmuştur. 1 aylık süre “derhal” kavramı içinde yorumlanamaz.” Yargıtay 19. HD, (Naklen: Gümüş, s. 59; Zevkliler/ Gökyayla, s. 528; Turanboy, s. 163; Yener, s. 159; Şenocak, Eser, s. 109; Seçer, s. 228.)

¹⁹³ “Somut olayda, davalı yüklenici tarafından ilk tadilata dair hasar tespiti 25.05.2009 tarihinde yapılmıştır. Hasar nedeni üst kattaki ebeveyn banyosundaki temiz su borusunun patlayarak sızan suyun alt katın tavan ve parkelerin zarar gördüğü şeklinde belirtilmiştir. İkinci tespit ise 25.05.2012 tarihinde yapılmıştır. Hasar sebebinin ebeveyn banyosundaki pis su devresinin yanlış montajı sonucu 4 ayrı yerden su sızması sebebiyle alt kat salon tavanı, banyo tavanı ve duvarları zarar gördüğü şeklinde belirtilmiştir. Mahkemece alınan 07.07.2014 tarihli raporda da ikinci hasarın davalı şirketin ilk arızanın sıhhi tesisat işleri teknik şartlarına uygun yapmaması ve işin bitiminde gerekli test sonuçları yapılmadan banyo kaplamasının kapatılmasından kaynaklandığı ve garanti süresinde tekrar hasarın meydana geldiği belirtilmiştir. 25.05.2012 tarihinde sigortalı konutta meydana gelen zararın davalı şirketin ilk arızayı gereği gibi yapmamasından dolayı ile kusurundan kaynaklandığı sabit olmuştur. TBK'nun 477.son fıkrasına göre de sonradan çıkan ayıp için dava dışı sigortalı konut sahibi tarafından davalı firma yetkilinin çağrıldığı ancak sorumluluk kabul etmediğini belirttiği gibi ikinci tamiri yapan firma tarafından tutulan tutanakta da davalı firma yetkilinin çağrıldığı ve hatalı bölümler gösterildiği halde kabul etmediği bildirilmiştir. Bu maddi ve hukuki olgular dikkate alındığında mahkeme kabulünün aksine dava dışı sigortalının ayıbı zamanında bildirmediğinden bahsetmek mümkün olmayıp zarardan davalı şirketin sorumlu olduğundan davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” Yargıtay 17. HD., 2015/ 2763E., 2017/ 10220K., 07.11.2017T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Naklen: Gümüş, s. 58; Burcuoğlu, s. 315; Seçer, s. 230.)

¹⁹³ Yargıtay, satım sözleşmesine ilişkin bir uyuşmazlıkta gizli ayıbın öğrenilmesinden itibaren 1 ay süre geçtikten ayıp ihbarında bulunulmasını “derhal” kavramından uzak bulmuş ve yapılan ayıp bildirimünün süresi geçtiğinden bahisle alıcının malı ayıpla beraber kabul ettiği sonucuna varmıştır; “... anılan yasa hükmü uyarınca derhal satıcıya bildirilmesi gerekirken aradan bir ay geçtikten sonra 10.03.2011 tarihli ihbarnameyle bildirimde bulunmuştur. 1 aylık süre “derhal” kavramı içinde yorumlanamaz.” 30.09.2017 T., 2013/12453 E., 2013/ 14979 K., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

V. AYIBIN İŞ SAHİBİNE YÜKLENEMEMESİ

TBK'nun 476. Maddesi, "Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, işsahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple işsahibine yüklenebilecek olursa işsahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz." hükmünü haizdir. Buradan anlaşılana, yüklenicinin sorumlu olabilmesi için ayıbın işsahibine yüklenememesi gerektiğidir. Ayıp bizzat işsahibinden kaynaklı ise işsahibi ayıptan doğan seçimlik haklarını kullanamayacaktır¹⁹⁴. Yargıtay da işsahibinin kusuruna ilişkin oranın bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁵.

Eserin ayıplı olmasında işsahibinin yükleniciye yönelik bağlayıcı talimatları¹⁹⁶ söz konusu olup, bu talimatlar öğüt ve öneriyi aştığından ayıp işsahibine yüklenebilmektedir.

Bunun yanı sıra, işsahibinin eserde kullanılmak üzere sağladığı araç- gereç, proje vb. unsurlar ayıba sebebiyet vermiş ise bu durumda da işsahibi ayıptan sorumlu tutulmalıdır¹⁹⁷. Dikkat edilecek nokta illiyet bağının somut olayda olup olmadığıdır¹⁹⁸. Ayrıca, yüklenicinin sorumluluktan kurtulabilmesi için işsahibi tarafından verilen talimat ya da sağlanan araç- gereç vb. şeylerin, eserin selameti açısından uygun olmadığına, beklenen sonucun gerçekleşmeyeceğinin de işsahibine yüklenici tarafından bildirilmiş olması gerekmektedir¹⁹⁹.

¹⁹⁴ Gümüş, s. 61; Öz, İnşaat, s. 197; Seçer, s. 232.

¹⁹⁵ "...Mahkemece ayıbın giderim bedeli konusunda hükme esas alınan bilirkişilerin de dayanak aldığı 11.07.2012 tarihli ikinci bilirkişi kurulu raporunda, gölet etrafında drenaj sistemine rağmen membran etrafında davalı-karşı davacı iş sahibi tarafından beton kaplama ve duvar yapılmasının membran altına su sızmalarına neden olduğu, kaymalara tetikleyici etki ettiği belirtilmiştir. Mahkemece, BK'nın madde 98 delaletiyle 44. madde uyarınca davalı-karşı davacı iş sahibinin ayıpların oluşmasında kusurunun olup olmadığı, kusuru varsa kusur oranı değerlendirilmesi yapılması gerekirken bu durumun değerlendirilmemesi doğru olmadığı gibi, ayıpların giderim bedeli konusunda davalı-karşı davacı iş sahibi tarafından ayrı dava açıldığı halde asıl davada davacı-karşı davalı yüklenici alacağından ayıpların giderim bedelinin mahsubu da doğru olmamıştır." Yargıtay 15. HD., 2017/1559 E., 2017/4240 K.,01.12.2017 T, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁹⁶ Gümüş, s. 61; İş sahibinin veya ifa yardımcısının emir ve talimatı arasında bir fark bulunmamaktadır, Tandoğan, II, s. 211; Şenocak, Eser, s. 136; Zevkliler/ Gökyayla, s. 524; Aral, Özel, s. 353; Eren, Özel, s. 635.

¹⁹⁷ Gümüş, s. 62; Zevkliler/ Gökyayla, s. 524.

¹⁹⁸ Seçer, s. 232.

¹⁹⁹ Aral, Özel, s. 354; Eren, İnşaat, s. 80; Şenocak, Eser, s. 132; Zevkliler/ Gökyayla, s. 525; Yener, s. 171; Burcuoğlu, s. 301; Seçer, s. 233; "Uyuşmazlık, işin tesliminden sonra gerçekleşen ayıp sebebiyle uğranılan zarardan hangi tarafın sorumlu olduğuna ilişkindir. Dava açılmadan önce yaptırılan tespitler sonucu

TBK'nun 472. maddesinin 3. fıkrası, "Eser meydana getirilirken, iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi ya da zamanında meydana getirilmesini tehlikeye düşürecek başka bir durum ortaya çıkarsa, yüklenici bu durumu hemen iş sahibine bildirmek zorundadır; bildirmezse bundan doğacak sonuçlardan sorumlu olur." hükmünü haizdir. Görüldüğü üzere, hem bu madde hükmü hem de genel dürüstlük kuralları çerçevesinde, sözleşmenin akıbetini tehlikeye sokacak durumların varlığı halinde ya da bu halin yüklenici tarafından bilinmesi gerektiği hallerde yüklenici iş sahibine bunu bildirmekle yükümlüdür. Yüklenici tarafından bilinmesi gereken haller kavramından, ifayı tehlikeye düşüren durumun açık olduğu, ayrıca bir incelemeye gerek kalmadan bunun bilinebiliyor olduğu durumlar ile ortalama bir yüklenicinin gereken araştırmayı yapsaydı bilebilecek olduğu haller anlaşılmaktadır. Bu durumlarda yüklenicinin bu tehlikeyi bildiği kabul edilir²⁰⁰.

Yüklenici iş sahibi tarafından verilen talimatın yanlış olduğu hususunu açıkça belirtmiş olmalıdır. Yani bu noktada, yüklenici tarafından yapılan açıklama eleştiri boyutunda kalmamalı, bilakis böyle bir durumda talimat sebebiyle ortaya çıkan ya da

alınan bilirkişi raporlarında, çatı kaplama malzemesinin montajında hatalar olduğu, çatının yağmur derelerinin ve yağmur boru sisteminin hatalı projelendirildiği, aşık dikmelerin düşey yerine çatı düzlemine dik olarak tasarlanması ve stabilite bağlantısı olmadan yaklaşık 40 cm yüksekliğinde yapılmasının doğru olmadığı gibi sebeplerle ayıpların olduğu belirtilmiştir. Tespit raporlarında belirtilen bu ve diğer hususların hükme esas alınan bilirkişi kurulu raporunda değerlendirilmediği gibi, sözleşme tarihinde yürürlükte olan mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu 357. maddesinde, eser meydana getirilirken iş sahibinin sağladığı malzemenin veya eserin yapılması için gösterdiği yerin ayıplı olduğu anlaşılır veya eserin gereği gibi yapılmasını tehlikeye düşürecek başka bir durumun ortaya çıkması durumunda yüklenicinin bu durumu derhal iş sahibine bildirmek zorunda olduğu, aksi takdirde çıkan zararlı sonuçtan yüklenicinin sorumlu olacağına dair yer alan düzenleme bakımından da bilirkişilerce bir değerlendirme yapılmadığı anlaşılmıştır." Yargıtay 15. HD., 2016/1982 E., 2017/4316 K.,07.12.2017 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰⁰ "Taraflar arasındaki uyuşmazlık; D. İlçesi Yat Limanı içerisinde 2500 kişilik amfiteyatro inşaatının statik projesine uygun olarak yapılmaması nedeniyle davalı yüklenici namına yeniden yaptırılan imalatın bedelinin tahsili isteminden kaynaklanmıştır. Mahkemece statik projelerin davalıya verilmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmiştir. Oysa işin ehli olan davalı yüklenicinin statik projeleri davacı işverenden istemesi veya statik proje bulunmadan yapılacak imalatın mahzurları bakımından davacıyı uyarması gerekirken bu konudaki ihbar külfetini yerine getirilmeden imalat yapmakla bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi oluşan ayıplı eserin düzeltilmesi için iş sahibince yapılan masrafları karşılamak zorundadır. Bu nedenle mahkemece bilirkişiden ek rapor alınarak davalı namına yapılan imalat için davanın yapıldığı harcamanın miktarı ve kadri marufunda olup olmadığı belirlenerek ve iş bedelinden ödenmeyen kısım varsa mahsup edilerek davanın sonuçlandırılması gerekirken yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru olmaması kararın bozulması uygun bulunmuştur." Yargıtay 15. HD., 2003/576 E., 2003/3936 K.,16.09.2003 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Naklen: Seçer Bildirim Borcu, s. 730.)

ortaya çıkma ihtimali olan ayıptan, kendisinin sorumlu olmayacağını açıkça belirtmelidir²⁰¹. Burada bahsedilen bildirim, her belirsiz durum için değil, yalnızca eserin meydana getirilmesinde önemli ölçüde tehlike arz eden durumlar içindir²⁰². İş sahibinin talimatlarına uyulmasının neticesinde ortaya çıkabilecek sonuçları teknik açılardan da bildiren yüklenicinin, iş sahibinden gelecek olan cevabı beklemesi gerekmektedir²⁰³. Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ise iş sahibinin sessiz kalmasının örtülü kabul kapsamında değerlendirilemeyeceği ve bu hususta muhakkak açık bir talimat alınması gerektiği yönündedir²⁰⁴. Tüm bu uyarılara rağmen, iş sahibi talimatlarında ısrarcı olur ise bu durumda, yüklenici ayıptan sorumlu tutulmayacaktır. İş sahibinin kusurlu olduğunun ispatı yüklenici tarafından yapılmalıdır²⁰⁵. Yüklenicinin sorumluluğunun ortadan kalkması için eserdeki ayıbın, doğrudan iş sahibinden kaynaklanması gerekmektedir. Bu durumda ayıp, doğrudan iş sahibinden kaynaklanıyor ise ayıba karşı tekeffül hükümleri ve ayıba ilişkin zararın yükleniciden istenilmesi beklenemez²⁰⁶.

²⁰¹ Eren, Özel, s. 637.

²⁰² Seçer Öz, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, BAUHFD, C. 11, S. 145, Y. 2016 (s. 727-754), s. 730.

²⁰³ Seçer, Bildirim Borcu, s. 730.

²⁰⁴ "Uyarıya iş sahibinin cevap vermemiş olması zımni olarak işe devam edilmesi talimatı olarak ta kabul edilemez. Somut olayda davacının tamamlamayı üstlendiği imalâtın yapımına daha önce başka bir yüklenici tarafından başlandığı, ilk yüklenicinin yaptığı kısımlarda ayıp bulunduğu ihtilâfsızdır. Davacı bu durumu davalıya bildirdiğini, davalı tarafından kendisine cevap verilmemiş olmasının zımni olarak işe devam talimatı sayılacağını iddia etmekte ise de yukarıda açıklandığı gibi iş sahibinin işe devam konusunda zımni talimatı bulunduğunu kabul etmek mümkün değildir. Mahkemece öncelikle yüklenicinin uyarı yazılarına davalı iş sahibinin işe devam konusunda açık talimatının bulunup bulunmadığının araştırılması, talimatın bulunmadığının anlaşılması halinde bu durumun yüklenicinin işi fen ve sanata uygun yapma sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağından yeni bir bilirkişi heyetinden alınacak rapor ile önceki yüklenicinin yaptığı imalâtlar üzerine davacının yaptığı imalâtın kabul edilebilir olup olmadığının saptanıp sonucuna göre karar verilmesi, talimatın bulunduğu anlaşılması halinde ise davalı idarenin ilk rapora itirazlarında cevaplandırılmak suretiyle davacı alacağının hesaplanıp sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmektedir." Yargıtay 15. HD., 2016/1878 E., 2016/3355 K., 13.06.2016 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰⁵ Gümüş, s. 62; Seçer, s. 233.

²⁰⁶ Eren, Özel, s. 639.Bkz. s. 81.

VI. SORUMSUZLUK ANLAŞMASININ BULUNMAMASI

Yüklenicinin, ayıba karşı tekeffülden sorumlu tutulabilmesinin bir diğer şartı da sorumluluğun sözleşme ile bertaraf edilmemiş olmasıdır²⁰⁷. Yargıtay²⁰⁸ da uygulamada sözleşmede sorumluluğun ortadan kaldırıldığı ya da sınırlandırıldığı bir hüküm olup olmadığının değerlendirmesini yapmaktadır.

Sorumsuzluğa ilişkin anlaşma, sözleşmenin ihlalden evvel, açık veya örtülü olarak yapılmış olabilir. Bu anlaşma ile taraflar, ileriki zamanlarda alacaklı lehine vuku bulması muhtemel olan tazminat talebinin oluşmasını, kısmen veya tamamen engellemeyi amaçlar²⁰⁹. TBK hükümleri ile iş sahibine tanınan ayıba karşı tekeffül hükümleri emredici nitelikte olmadığından, yüklenicinin bu hükümlere aykırı davranması halinde iş sahibinin ne gibi haklara sahip olacağı sözleşme ile kararlaştırılabilecektir²¹⁰. Bu kapsamda, TBK'nun 115. maddesi, "Borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür. Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından

²⁰⁷ Gümüş, C. II, s. 62.

²⁰⁸ "Bu durumda mahkemece asıl ve birleşen 2012/355 Esas sayılı dosya davacısı ve birleşen 2009/34 Esas sayılı dosya davacılarının eşi ve babası olan ... ile davalı şirket arasında iş sahibine ait iş yeri santral ve dahili tesisatların bakım ve arızalarının giderilmesi konusunda yazılı eser sözleşmesi ilişkisinin varlığı sabit olduğu, iş sahibi ya da yüklenicinin sorumsuzluğuna dair sözleşmede bir hüküm bulunmadığı gibi sözleşme dışı böyle bir anlaşmanın varlığı da ileri sürülüp kanıtlanmadığından ve eser sözleşmelerinde işinin uzmanı olup basiretli bir iş adamı olarak fen ve tekniğine uygun biçimde işi yapmak ve iş güvenliği tedbirlerini almak yüklenicinin sorumluluğunda olduğundan, davalı iş sahibinin olayın meydana gelmesine etkili ve nedensellik bağı bulunan bir ihmal ve eylemi bulunup bulunmadığı konusunda, iş sahibi yetkilisinin ceza mahkemesinde verilip kesinleşen mahkumiyet hükmü de göz önünde tutularak HMK'nun 266 vd. maddeleri hükmünce eser sözleşmeleri konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan yüklenici ... ile iş sahibi şirketin eser sözleşmesi ve borçlar hukuku ilke ve hükümlerine göre kusur ve sorumlulukları ile aktüerya uzmanı bilirkişiden ...'ün istemekte haklı olduğu maluliyet ve bakıcı giderleri sebebiyle maddi tazminat miktarı konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp, önceki raporla farklı sonuca ulaşılmış halinde bu çelişki de giderilecek şekilde yeniden inceleme yaptırılıp davanın sonuçlandırılması gerekirken bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ile maddi tazminat konusunda yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır." Yargıtay 15. HD., 2017/ 2546E., 2018/ 1106 K., 22.03.2018 T., Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁰⁹ İstanbul Şerhi, C. 1, 915: Bu yönüyle sorumsuzluk anlaşması aynı zamanda tasarrufi işlem niteliğindedir.

²¹⁰ Uçar, Ayıp, s. 226; Seçer, s. 233; Eren, Özel, s. 655.

verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” hükmünü haiz olduğundan, yapılacak sorumsuzluk anlaşmasının ancak bu sınırlarda yapılması mümkündür²¹¹. Dolayısıyla tarafların; zaman aşımı, bildirim, gözden geçirmeye ilişkin süreler ve TBK’nun 115. madde hükümleri saklı kalmak kaydıyla TBK’nun 475. maddesi ile iş sahibine tanınmış olan haklar sözleşme ile düzenlenebilecektir.

TBK’nun 115 maddesinin 1. fıkrası ile sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olabilmesi için ağır bir kusur olmaması gerektiğine hükmedilmiştir. Bu durumda, kusurun ağırlığının ispatlanması sözleşmenin geçerliliği bakımından önem taşımaktadır²¹². Doktrinde bu hususun ispatının borçluda olduğu görüşü baskındır²¹³.

Bizim de katıldığımız ve Gümüş’ün savunduğu görüşe göre²¹⁴, yüklenicinin ağır kusuru ile gizlediği açık ve gizli ayıp durumlarında, yapılmış olan sorumsuzluk anlaşması kesin olarak hükümsüz sayılmalıdır. Bunun nedeni ise; satıcının ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun düzenlendiği hükümlerin, eser sözleşmesine de kıyasen uygulanıyor olmasıdır. Nitekim, TBK’nun 221. maddesi “Satıcı satılanı ayıplı olarak devretmekte ağır kusurlu ise, ayıptan sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan her anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.” hükmü haizdir. Eser sözleşmesine ilişkin yapılan sorumsuzluk anlaşması da bu doğrultuda kesin hükümsüz sayılmalıdır. Burada geçen, ayıbın varlığının ağır kusur ile gizlenmesi ibaresinden, tam olarak neyin kastedildiği (TBK’nun 477. madde hükümlerinin bu kapsamda olup olmadığı hususu tartışmalı) net olarak anlaşılacakla birlikte, kanımızca burada yüklenici tarafından sağlanan malzemelere ilişkin sorumluluğun kaldırılması mümkün olmayacaktır.

²¹¹ Uçar, Ayıp, s. 227; Seçer, s. 233.

²¹² İstanbul Şerhi, C. 1, s. 923.

²¹³ Oğuzman/ Öz, Ss. 495; Kahveci, İstanbul Şerhi, C. 1, s. 923.

²¹⁴ Gümüş, s. 62.

VII. YÜKLENİCİNİN AYIPLI İFADAN DOĞAN SORUMLULUĞU

A. Eserin Tamamlanmasından Önce Yüklenicinin Sorumluluğu

TBK'nun 473. maddesi "Yüklenicinin işe zamanında başlamaması veya sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirmesi ya da iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönebilir" hükmünü haizdir. Bu hükümden açıkça anlaşılacağı üzere, eserin ayıplı olacağı eserin tamamlanmasından önce kesin olarak belirlenebiliyor²¹⁵ ise ve ayıba neden olan davranış yüklenicinin kusurundan meydana geliyor ise bu noktada iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı bulunmaktadır. TBK'nun ispat yükünü borçluya yükleyen 112. madde hükmü burada da uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre, ispat yükü yüklenicidedir ve kusursuzluğunu ispat etmesi gerekmektedir.

Tüm bunlara ek olarak TBK'nun 473. maddesinin 2. fıkrası ile iş sahibinin bu hakkını kullanabilmesi için bir şart getirilmiştir. Buna göre, iş sahibi yükleniciye uygun bir süre vermeli ve ayıp tehlikesinin ortadan kaldırılmasını istemelidir. Yükleniciye verilen süre, sözleşmedeki vadeden bağımsızdır, onu etkilemez. Yüklenici kendisine verilen süre zarfında, ayıp tehlikesini ortadan kaldırmaz ise mezkur madde hükmü kapsamında uğramış olduğu zararların tazmin yükümlülüğü yüklenicide olmak üzere

²¹⁵ Öz, s.196-197; Hatemi, H./Serozan, R./Arpaci, A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 1992, s.362; SEÇER, Ö., Eser Sözleşmesinin İş Sahibi Tarafından Tam Tazminatla Feshi, Ankara, 2020, s.177-178; Kocaağa, K., Müteahhidin İşin Devamı Esnasında Özen Yükümünü İhlal Ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekilde Yapacağını Anlaşılması Halinde İş Sahibinin BK. M.358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, Dokuz Eylül Üniversitesi HFD., C.6, S.1, Y.2004, s.182-183, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/754352>); Kır Çelik, Ş. T., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde TBK. m.473/II Hükmünün Uygulanması, Kocaeli Üniversitesi HFD., C. 8, S.16, Y.2017, s.4-5, (<https://jurix.com.tr/article/17868>); Aksi Görüş: Gündoğdu, F., Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin İş Başkasına Yaptırma Hakkı, İstanbul, 2019, s.164, Yazara göre MK. m.473/f.2 hükmünün dar yorumlanmaması gerekir. Hükmün uygulanmasında kesinlik aranmamalı buna karşın küçük bir ihtimal de yeterli sayılmamalıdır. Mezkur hükmün uygulaması konusunda hakimim TMK. m.4 gereğince taraflar arasındaki menfaat dengesi gözetilerek hakkaniyete göre bir karar vermesi gerekmektedir.

eseri başkasına tamamlayabilecektir. Tüm bu durumlarda, iş sahibinin yükleniciye bedel ödeme borcu devam etmektedir. Eser sözleşmesinden belirlenen bedel ile iş sahibinin ayıp nedeniyle uğradığı zararın takası mümkündür²¹⁶. Ayrıca, iş sahibi, genel hükümler çerçevesinde TBK'nun 125. madde hükümlerine de başvurabilir²¹⁷.

Mezkur maddeler ile iş sahibine tanınmış olan haklara rağmen iş sahibi eserin tamamlanmasını bekleyebilir. İş sahibinin susma durumu ayıplı teslimin kabulü anlamına gelmedikçe, teslimden sonra da iş sahibinin ayıptan doğan haklarını kullanması mümkündür²¹⁸.

B. Eserin Tamamlanmasından Sonra Yüklenicinin Sorumluluğu

Eserin kabulü açık ya da örtülü olarak gerçekleşebilir. Bu noktada, iş sahibinin eseri mevcut haliyle beğendiğini bildirmesi halinde açık kabul gerçekleşirken, iş sahibinin ayıplı ifadan kaynaklanan haklarını saklı tuttuğunu belirtmeksizin eserdeki mevcut ayıpları yükleniciye bildirmesi ve eserden tasarruf etmesi halinde örtülü kabul meydana gelmektedir²¹⁹. İş sahibi, ayıptan doğan haklarını saklı tutmadan, ayıplı eseri teslim almış olabilir fakat bu durum kural olarak kabul anlamına gelmeyecektir. Teslimin akabinde iş sahibi, ayıba ilişkin hususları derhal yükleniciye bildirmelidir. İş sahibinin somut olayda gösterdiği tutumun, örtülü kabul olup olmadığının ispatı yüklenicidedir²²⁰.

İş sahibi kabule ilişkin beyanını, bizzat ya da yetkili temsilcileri ile yapabilir. Kabul beyanı koşula bağlı da olabilir²²¹. Yapılan kabul beyanından sonra iş sahibinin ayıptan doğan hakları kullanılamaz. Bunun istisnası, iradeyi fesata uğratan sebeplerin varlığıdır. Böyle bir durumda, kabul beyanı iptal edilerek meydana gelen sonuçlar ortadan

²¹⁶ Öz, s.196-197; Hatemi/Serozan/Arpaci, s.362; Gümüşsoy, Karakurt, G., Eser Sözleşmesinde Yüklenicinin Borca Aykırılığının Önceden Belli Olması, İstanbul, 2017, s.230 vd.; Kocağa, Özen Yükümü, s.185 vd.; Kır Çelik, s.5 vd.

²¹⁷ Kocağa, Özen Yükümü, s.195-196; Seliçi, s.113-114; Kır Çelik, s.8-9.

²¹⁸ Öz, s.200.

²¹⁹ Tunçomağ, s. 1021; Eren, s.640-641; Paket, s.170.

²²⁰ Öz, s.205.

²²¹ Seliçi, s.199; Öz, Dönme, 120-121; Gümüş, s.57.

kaldırılabilir. Eserde birden fazla ayıp bulunma olasılığı da vardır. Bu gibi durumlarda işsahinin bu ayıpların bir kısmını kabul etmesi ve diğer ayıplar için yüklenicinin sorumluluğuna başvurulabilmesi mümkündür²²².

Yüklenicinin sorumluluğu, işsahibinin eseri açık ya da örtülü olarak kabul etmesiyle sona erecektir²²³. Ayıbın açık olduğu hallerde, eser işsahibi tarafından gözden geçirilmeden teslim alınıyor ise ayıba ilişkin riziko işsahibi tarafından yüklenilmiş ve eser kabul edilmiştir²²⁴. Diğer taraftan, eserde açık bir ayıp var ve bu ayıp kasten gizlenmişse eser kabul edilmiş olsa dahi kasten gizlenen ayıplarda yüklenicinin sorumluluğu devam edecektir²²⁵. Eğer ki bu durum işsahibi tarafından bilinerek eser kabul edilmiş ise eserin işsahibi tarafından kabulünün yapıldığı varsayılmaktadır²²⁶. Bir ayıbın kasten gizlenmiş olması için yüklenicide aldatma iradesi olmalıdır. Aldatma iradesinden kasıt ise yüklenicinin ayıbın varlığı bilerek susması ve işsahibinin bundan haberdar olmamasıdır. Yüklenicinin ayrıca bir aldatıcı beyanda bulunmasına gerek yoktur²²⁷.

Ayrıca, TBK'nun 477. madde hükmünde de belirtildiği gibi süresi içerisinde eser gözden geçirilmez ve bildirim külfetleri yerine getirilmezse, işsahibi eseri kabul etmiş sayılacaktır. Bu durumda da işsahibinin ayıptan doğan haklarının kullanılması da beklenemeyecektir.

Bilindiği gibi, Yapı İşleri Genel Şartnamesinin 42. ve 45. maddelerinde düzenlenmiş olan 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamındaki yapı işlerinde, eserin kabulü kabul komisyonu tarafından geçici kabul ve kesin kabul olarak iki aşamada

²²² Öz, Dönme, s.120-122.

²²³ Kabulün başkaca sonuçları da vardır: İfanın gecikerek yüklenicinin temerrüte düştüğü durumlarda işsahibinin kabul beyanında bulunarak cezai şarta ve gecikme tazminatına ilişkin taleplerde bulunamaz. Bkz. Seliçi, s.200; Tandoğan, s.90; Öz, Dönme, S.119, Dp.172; Zevkililer/Gökyayla, s. 524.

²²⁴ Tunçomağ, s.1025; Ruhi/Ruhi, s.48; Turanboy, s.183.

²²⁵ Kılıçoğlu, s.465; Ruhi/Ruhi, s.48; Tandoğan, s.219.

²²⁶ Eren, s.646.

²²⁷ Tunçomağ, s.1028; Eren, s.646.

yapılmaktadır. Bu doğrultuda imzalanan sözleşme gereğince, eser geçici kabul ile teslim alınmışsa yüklenicinin sorumluluğu kesin kabule kadar devam edecektir ²²⁸.



²²⁸ Ruhi/Ruhi, s.48.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ESER SÖZLEŞMESİNDE İŞ SAHİBİNİN AYIPTAN DOĞAN HAKLARI

Ayıplı ifade, işsahibi ve yüklenicinin edim ağırlığı ile ifa menfaati arasındaki denge, yüklenici lehine bozulmaktadır. İşte bozulan bu dengenin, yeniden sağlanması adına, işsahibine kanun tarafından bazı haklar sağlanmıştır²²⁹. TBK'nun 475. maddesi bu hakları düzenlemektedir. Buna göre işsahibi, sözleşmeden dönebilir, bedelden indirim isteyebilir ya da eserin bedelsiz onarılmasını isteyebileceği gibi tazminat hakkını da kullanabilir. Bu haklar, işsahibinin tek taraflı irade beyanı ile yükleniciye ulaşan ve ulaştığı anda sonuç doğuran, hukuki nitelik olarak yenilik doğurucu hak kategorisindeki haklardır. Bu seçimlik hakların kullanımında herhangi bir şekil şartı ön görülmemiştir²³⁰. Bu nedenle, seçimlik hakların kullanımına ilişkin irade beyanı açık ya da örtülü yapılabilir. Seçimlik hakların şarta bağlı olarak kullanılması mümkün değildir. İşsahibi; seçimlik haklardan birini seçtiğine ilişkin irade beyanında bulunduğu anda, diğer seçimlik hakları kullanmaktan vazgeçmiş sayılmaktadır. Burada seçimlik hakkın, kesin hakka dönüştüğü söylenebilir. İşsahibi, seçmiş olduğu seçimlik hakkı tek taraflı irade beyanı ile değiştiremeyecektir²³¹. Bu noktada ancak yüklenici rızası ile seçimlik hakkın değiştirilmesi mümkündür²³².

Ayrıca, işsahibi kanunen kendisine tanınmış olan seçimlik haklarından birini seçtiğini beyan etmiş olsa da bu hakkı her zaman kullanamayabilir. Nitekim, seçilen hakkın kullanılmasına ilişkin kanunen gerekli olan şartların oluşmamış olması, bu hakkın

²²⁹ Şenocak, s.33; Kaplan, s.135; Kurşat, s.313.

²³⁰ Gümüş, S.60; Seliçi, s.158; Kaplan, s.137; Kurşat, s.316; Şahiniz, s.138.

²³¹ Kılıçoğlu, s.468; Seliçi, s.158; Şenocak, s.34; Kaplan, s.137; Kurşat, s.316; Eren, s.647; Kocaağa, s.160.

²³² Kılıçoğlu, s.468; Eren, s.647; Seliçi, s.159; Kurşat, s.316.

kullanılmasına engeldir. İşte bu durumda hakimin takdir yetkisi dâhilinde²³³, işsahibi, bir başka seçimlik hakkı yüklenicinin rızasına gerek olmadan kullanabilecektir. Tüm bunların yanında, işsahibi ayıbın giderilmesini istemiş ve fakat yüklenici tarafından ayıp giderilmemiş olabilir. Bu halde işsahibinin diğer seçimlik hakları kullanabilecek olduğu kabul edilmektedir²³⁴, bu istisnai bir durumdur. İşsahibinin seçimlik hakları TBK'nun 475. maddesinde tahdidi olarak sayılmış olup, tarafların sözleşme ile yeni bir seçimlik hak belirlemeleri mümkün değildir²³⁵. Ayrıca, aynı kanunun satış sözleşmesine ilişkin hükümlerini düzenleyen 227. maddesindeki “İmkan varsa, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini isteme” hükmü kıyasen uygulanamayacaktır²³⁶. TMK'nun 475. madde hükmü emredici olmadığından, taraflar sözleşme ile hakların nasıl kullanılacağına dair düzenleme yapabilirler. Örneğin, seçimlik hakların kullanımı, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmayacağı ya da yüklenicinin kusurlu olması gibi şartlara bağlanabilir²³⁷.

Alacağın temlik hükümleri bakımından ayıp nedeniyle uğranılan zararın tazminine ilişkin talepler, üçüncü bir kişiye ayıbın giderilmesi ile temlik edilebilir. Fakat eser sözleşmesinin ayrılmaz nitelikteki yenilik doğurucu haklardan olan, bedelden indirim ve sözleşmeden dönme haklarının üçüncü bir kişiye temlik mümkün değildir²³⁸.

İşsahibi tazminat talep hakkını, diğer seçimlik hakları ile birlikte kullanabilmektedir. Tazminat hakkının kullanılabilmesi için işsahibinin zararı ve

²³³ Şahiniz, s.155-156; Kurşat, s.316-317, Dp.866; Yargıtay 15. HD., E. 2014/5389, K. 2015/801, T. 18.02.2015.; Yargıtay 15. HD. E.2013/3112, K.2013/4901, T.01.09.2013, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²³⁴ Yener, s.162.

²³⁵ Ruhi/Ruhi, s.49; Eren, s.646. Ancak yazar daha sonraki açıklamalarında tarafların sözleşme ile dönme yerine ayıpsız başka bir eserin yapılması konusunda anlaşabileceklerini ifade etmiştir. Bkz. Eren, s.650; Aksi Görüş: Kılıçoğlu, s.472.

²³⁶ Kaplan, s.135; Kurşat, S.317; Kocaağa, s.160.

²³⁷ Seliçi, s.160; Kurşat, s.314.

²³⁸ Gümüş, s.60; Eren, s.647.

yüklenicinin kusuru aranmakta iken²³⁹, ayıptan doğan diğer seçimlik hakların kullanılması için yüklenicinin kusuru aranmamaktadır²⁴⁰.

İşsahibi seçimlik haklardan hangisini kullanacağına ilişkin irade açıklamasını kanunun belirlediği zamaaşımı süreleri içerisinde yapmalıdır. Ayrıca, işsahibi kanunun belirlediği şartlar dahilinde seçimlik haklarını seçebilmektedir. Zira TBK'nun 475. madde hükmünde "Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme." ifadesi kullanılarak, eserin işsahibinin kullanabileceği bir durumda olması halinde, işsahibinin bu hakkı kullanmaya hakkı olmadığı belirtilmiştir. Aynı doğrultuda, eserdeki ayıp, belli bir ağırlıkta ise sözleşmeden dönme seçimlik hakkına başvurulabileceği gibi diğer seçimlik haklara da başvurulabilecektir.

I. Sözleşmeden Dönme

1. Niteliği

Seçimlik hakların, işsahibinin, açık veya örtülü, tek taraflı irade beyanı ile kullanılan, yenilik doğurucu hak niteliğinde olduğundan bahsetmiştik. Buna göre, sözleşmeden dönme beyanı da yükleniciye varması ile sonuç doğuracak ve bu hakkın bir kere kullanılmasının akabinde, geri alınması mümkün olmayacaktır. Bu konuda, taraflar anlaşma yapabilecektir. Hakkın kullanılabilmesi için dava açılmasına gerek olmamakla birlikte, dava açılmış ise bu hakkın def'i olarak öne sürülmesi mümkündür. Uygulamada hakim, bu hakkın koşullarının oluşup oluşmadığını tespit etmektedir²⁴¹.

Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, sözleşmeden dönmeye ilişkin irade beyanı da herhangi bir geçerlilik şekline tabii değildir. Bunun istisnası, her iki tarafın da tacir olduğu eser sözleşmeleridir. Bu tür sözleşmelerde irade beyanı, TTK m.18/f.3'deki

²³⁹ Eren, s.646; Aral/Ayrancı, s.406.

²⁴⁰ Seliçi, s.157; Şenocak, s.33; Kaplan, s.136; Kurşat, s.314.

²⁴¹ Şenocak, s.49; Kurşat, s.338; Kırmızı, s.232; Şahiniz, s.139.

“Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır.” ibaresine uygun olarak yapılmalıdır. Yargıtay²⁴², kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin kabulü ile ya da mahkeme kararı ile sözleşmeden dönülebileceğini belirtmiştir²⁴³. Doktrinde, Yargıtay’ın bu görüşü eleştirilmektedir. Zira sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, tek taraflı iradi beyanla olmaktadır. Burada ayrıca bir mahkeme kararı ya da karşı tarafın kabulünün aranması, bu hakkın niteliği ile bağdaşmamaktadır²⁴⁴.

2. Şartları

a. Genel Olarak

Diğer seçimlik haklardan farklı olarak sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanmak belirli ve zor şartlara bağlanmıştır. Kanun koyucu tarafından bu şekilde bir düzenleme yapılmasının nedeni sözleşmeden dönmeye ilişkin sonuçların, yüklenici aleyhine diğer seçimlik hak sonuçlarına göre daha ağır olmasıdır. Nitekim, sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılmasının neticesinde yüklenici, ücrete hak kazanamamakla birlikte onca uğraş verilen eser de ortadan kaldırılmaktadır²⁴⁵.

Kanun koyucu, madde metninde ayıbın tanımını yapmamış, ayıba ilişkin bir derecelendime yaparak sözleşmeden dönme hakkı tanımıştır²⁴⁶. Bu seçimlik hakkın kullanılabilmesi için eserdeki ayıbın, hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde

²⁴² “...Arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri tapuda pay devrini de içerdiğinden, diğer tarafın karşı çıkması halinde tek taraflı dönme-fesih irade beyanının varlığı ve bunun karşı tarafa ulaşmasıyla hukuki sonuç doğurmayıp, dönme-fesih için mahkeme kararının alınması zorunludur...” Yargıtay 15. HD., E.2018/4396, K.2018/4298, T.0.11.2018; Yargıtay 15. HD., E.2019/1278, K.2019/4567, T.13.11.2019; Yargıtay 15. HD., E.2019/643, K.2019/3904, T.24.10.2019, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

²⁴³ Bu görüşü destekleyici açıklamalar: Erman, s.103-104.

²⁴⁴ Öz, Dönme, s.142; Ayan, s.253; Şahinöz, s.140.

²⁴⁵ Kılıçoğlu, s.469; Seliçi, s.162, Kurşat, s.340; Öz, s.214; Kahraman, s.435-436.

²⁴⁶ Acar, Ayıp kavramı için TBK’deki satış sözleşmesi hükümlerinden kıyasen yararlanılması gerektiğini ifade etmiştir, Bkz. Acar, s.4.

olması gibi zorlayıcı şartlar aranmıştır. Ayrıca, madde hükmünden de anlaşılacağı gibi burada yüklenicinin kusuru aranmamaktadır²⁴⁷. Bunun sebebi, bu sorumluluğun sebep sorumluluğunun bir çeşidi olmasıdır. Esas nokta, yüklenicinin eseri kullanmaya zorlanamayacak olmasıdır. Eserin kullanılmadığı haller, eserin kullanılmaya zorlanamamasının bir türüdür. Eserdeki ayıbın, hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı hallere, kullanılmazlık dışındaki sebepler de dahil olabilir²⁴⁸.

Öncelikle, eser kullanılmamak halde ise işsahibi sözleşmeden dönebildiği için bu durumun tespitinin doğru yapılması önem arz etmektedir. Yapılacak olan tespit bakımından, tarafların menfaat dengesinin bozulmaması esas alınacaktır. Bu da somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterecektir. Eserdeki ayıbın, eserde muhakkak olması gereken özelliklerin olmaması şeklinde olduğu hallerde, eser kullanılmaz niteliktedir denilebilir²⁴⁹.

İşsahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanması için eserin kullanılmaz olması yeterli değildir. Zira eserdeki ayıp kolaylıkla giderilebiliyor ise işsahibi, eserin kullanılmaz olduğu gerekçesiyle bu hakkını kullanamayacaktır²⁵⁰. Eserin bir kısmının kullanılabilir, bir kısmının kullanılmaz olduğu durumlarda da işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir²⁵¹. Yani, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını ancak eserin tam ve kesin olarak kullanmadığı durumlarda kullanabilecektir. Diğer bir deyişle, eserin makul bir kullanımı herhangi bir şekilde engelleyecek kadar ayıplı olması gerekmektedir²⁵². Bu durumun tespitinde de ayıbın

²⁴⁷ Eren, s.648.

²⁴⁸ Koyuncu, B. K., Ayıp Nedeniyle Eser Sözleşmesinden Dönme Hakkının Kullanılabilmesi İçin TBK m.475 Hükmünde Öngörülen Şartlar ve Sınırlamaya Dair Değerlendirmeler, Beykent Üniversitesi HFD, C.11, S.145-146, Y.2016, s.6, (<https://www.jurix.com.tr/article/5858>); Erman, s.144; Gümüş, s.61; ŞAHİNİZ, s.142; Tandoğan, s.181; Kurşat, s.341; Yener, s.163; Duman, s.823; Aral/Ayrancı, s.407; Şahin, s.142; Aksi Görüş: Yazara göre TBK. m.475/f.1 hükmünde eserin kullanılmaz ve işsahibince kabule zorlanamaz olma nitelikleri arasında “veya” bağlacı kullanıldığından, bu şartlar dönme hakkının kullanılabilmesi için alternatif olarak yer almıştır. Bkz. Kocaağa, s.161.

²⁴⁹ Kaplan, s.139; Kurşat, s.342.

²⁵⁰ Öz, Dönme, s.106.

²⁵¹ Tandoğan, s.182; Erman, s.143; Kurşat, s.341-341; Öz, s.214; Öz, Dönme, s.106-107; Tunçomağ, s.1030; Yavuz, s.641.

²⁵² Tandoğan, s.182.

niteliği ne kadar sürede giderilebileceği ve kullanamama durumunun derecesi dikkate alınacaktır²⁵³.

Doktrindeki kabul, eserin objektif ve subjektif niteliklere göre kullanılabilir olması durumlarına göre ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Buna göre, objektif olarak eser kullanılmaz halde ise iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceğine ilişkin tereddüt yoktur. Fakat subjektif olarak eserin kullanılmasının beklenemeyeceği hallerde, bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağı hususunda doktrinde tartışma vardır. Genel kabule göre, eserin subjektif olarak kullanılmaz olduğu hallerde de iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilmektedir²⁵⁴. Fakat burada iş sahibi tarafından belirlenen özel amaç, yüklenici tarafından bilinmesi gerekmeyen bir kullanım amacı ise ve eser ayıp neticesinde objektif olarak kullanılmaz hale gelmemiş ise bu durumda iş sahibinin sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanamayacağı kabul edilmiştir²⁵⁵.

Doktrindeki bir diğer görüş, ekonomik değeri bulunmayan ayıplı esere ilişkindir. Buna göre, ekonomik değeri olmayan eserde, eserin kullanılabilir olup olmaması önemli değildir. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını bu durumdan bağımsız olarak kullanabilir²⁵⁶. Doktrindeki baskın görüşe göre, ekonomik değeri bulunmayan ayıplı eser için, seçimlik haklardan yalnızca sözleşmeden dönme kullanılabilir²⁵⁷. Buna karşın, Öz²⁵⁸, onarım mümkün ise ve diğer koşullar da sağlanıyorsa, iş sahibi ayıbın giderilmesini de isteyebilir şeklindeki görüşü haklı olarak savunmuştur.

İkinci olarak, iş sahibinin eserin kabulüne zorlanamadığı haller ele alınmıştır. Bu haller belirlenirken, dürüstlük kuralları göz önüne alınır²⁵⁹. Örneğin, kullanılabilir

²⁵³ Öz, s.215; Kurşat, s.342.

²⁵⁴ Öz, s.107; Şenoacak, s.52; Zevkliler/Gökyayla, s.528; Yener, s.163; Koyuncu, s.6- 7, Yazara göre eserin subjektif olarak kullanılamazlığının belirlenmesinde, sözleşmede belirtilen nitelikler, kullanım amacı ve tarzı esas alınacaktır.

²⁵⁵ Öz, s.107; Koyuncu, s.8.

²⁵⁶ Tandoğan, s.182; Kurşat, s.342.

²⁵⁷ Burcuoğlu, s.291.Tandoğan, s.182.

²⁵⁸ Öz, Dönme, s.106.

²⁵⁹ Erman, s.144; Kurşat, s.342; Duman, Sözleşme, s.96; Öz, s.215.

durumdaki tavanı damlayan eser, iş sahibinin kabule zorlanamayacağı durumlar arasındadır.

Eserin kabulüne ilişkin madde hükmü, lafzi olarak yorumlandığında, eserdeki ayıp bakımından yalnızca iş sahibinin durumunun dikkate alındığı anlaşılmaktadır. Ancak, amaçsal bir yorum yapıldığında, yüklenicinin de durumunun dikkate alınması gerektiği ortadadır. Neticede, buradaki amaç taraflar arasındaki menfaat dengesinin sağlanmasıdır. Dolayısıyla, dönme hakkının kullanılmasında, her somut olay için hakkaniyet durumu, tarafların menfaatleri çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁶⁰. Bu noktada ayıbın, niteliği, türü ve derecesi önem arz ederken, ayıbın oluşmasına iş sahibinin de etkisi olmuş olabilir. Böyle bir durumda, iş sahibinin kusuru da dikkate alınmalıdır²⁶¹.

Eserdeki ayıp, kolayca giderilebiliyorsa ya da iş sahibi bu hakkını kullanmakta gecikmiş ise burada, eserin kabul edilmesi beklenebilir. Fakat sözleşmeden dönme seçicilik hak kullanılmayıp, ayıbın giderilmesi ya da bedelden indirim seçimleri yapıldığında, eserin sözleşmeden beklenen faydayı sağlayamayacağı anlaşılıyorsa, bu durumda eserin kabulü beklenemez²⁶². Eserde bulunan ayıbın/ayıpların, kabul edilemez olduğunu iş sahibinin ispatlaması gerekmektedir²⁶³.

Üçüncü olarak, iş sahibi, eser kullanılabilir nitelikte ve kabule de uygun olduğu halde sözleşmeden dönebilir. Bu durum ise ancak, “sözleşme şartları kapsamında” eserin kullanılabilir nitelikte olmaması ve iş sahibinin de zorlanamayacak derecede olması halinde mümkün olacaktır²⁶⁴. TBK’na göre bu hakkın kullanılabilirliğinin tespitinde, sözleşmeye aykırılığın ölçüsü önem arz etmektedir. Bu noktada bakılması gereken, iş sahibinin sözleşmenin kurulduğu tarihteki esere ilişkin kullanım amacı olacaktır. Eserin

²⁶⁰ Kaplan, s.138; Öz, s.216; Burcuoğlu, s.290; Aral/Ayrancı, s.407; Zevkliler/Gökyayla, s.529; Kocaağa, s.161; Karataş, s.199; Turanboy, s.170.

²⁶¹ Kurşat, s.343; Kaplan, s.138; Tandoğan, s.181-182.

²⁶² Tandoğan, s.182.

²⁶³ Erman, s.146; Öz, s.218; Günel, s.418; Kurşat, s.349-350.

²⁶⁴ Öz, s.216; Kılıçoğlu, s.469.

kullanım amacı, sözleşmede belirtilmiş olabilir. Böyle bir durumda sözleşmede belirtilen bu amaç dikkate alınacak ve eserin kullanılabilirliği buna göre belirlenecektir. Fakat sözleşmede kullanım amacının belirtilmediği durumlar da olabilir. Böyle durumlarda, eserin kullanım amacının yüklenici tarafından bilinmesi beklenmiyorsa ve eserdeki ayıp belirli bir ağırlıkta da değilse iş sahibi dönme hakkını kullanamayacaktır²⁶⁵. Sözleşmeye aykırılığın belirli bir ağırlıkta olduğu hususu karine olarak kabul görmektedir. Bu hususun aksinin ispatı yüklenicinin sorumluluğundadır²⁶⁶. Sözleşmeden dönme hakkının hukuken kullanılıp kullanılmayacağına takdiri hakime aittir²⁶⁷.

Eserde birden fazla ayıp olabilir. Bu gibi durumlarda, ayıpların her biri için ayrı ayrı sözleşmeden dönme hakkını kullanılmasına ilişkin koşulları taşınması beklenmeyecek, sözleşmenin bütünü ele alınarak değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır²⁶⁸.

Eser sözleşmelerinde, eser meydana getirme edimi borçlanan yüklenicinin edimi bölünebilir nitelikte ise ayıplı olan edimler için sözleşmeden kısmen dönülebilecektir. Bir bütüne ait olmayan parçalardan oluşan eser sözleşmeleri ile parça parça teslim yapılan eser sözleşmelerinde, önceki parçadaki ayıp, soraki parçaya tesir ediyor ise teslimi yapılmamış parçaları da kapsayacak şekilde sözleşmeden dönülebilir²⁶⁹. Taşınmaz eserlerde, kural olarak kısmen dönme söz konusu değildir²⁷⁰. Bunun sebebi, yüklenicinin edim niteliğinin bölünebilir olmamasıdır. Buna karşın, birden fazla taşınmazın inşa edildiği sözleşmelerde, bir taşınmazdaki ayıp, diğer taşınmazı etkilemiyor ise yalnızca ayıplı olan taşınmaz için kısmen sözleşmeden dönülebildiği kabul edilmektedir²⁷¹.

²⁶⁵ Öz, Dönme, s.107.

²⁶⁶ Erman, s.144; Günel, s.416; Öz, Dönme, s.109; Öz, s.216; Aksi görüşe göre sözleşmeye aykırılık halinde, aykırılığın belirli bir ağırlıkta olduğuna ilişkin bir karine kabul edilemez. Bkz. Tandoğan, s.182; Duman, s.829.

²⁶⁷ Eren, s.648; Kocaağa, s.161; Şahin, s.142.

²⁶⁸ Tandoğan, s.182; Kurşat, s.339-340.

²⁶⁹ Öz, Dönme, s.109-110; Tunçomağ, s.1032; Duman, s.830.

²⁷⁰ Kurşat, s.339; Erman, s.146; Öz, S.217; Tandoğan, s.180.

²⁷¹ Öz, s.217; Kaplan, s.140; Kurşat, s.339.

İşsahibi, dönmeye ilişkin irade beyanında bulunmuş ve bu beyanında belirttiği ibareler, dönme şartlarını oluşturmamış olabilir. Böyle bir durumda, bu beyandan sonra yeni bir aykırılık ileri sürer ve bu da dönme şartlarına uygun olursa, dönmeye ilişkin beyanın ayakta tutulması mümkündür²⁷².

Eserdeki ayıbın giderilebiliyor olması, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına tek başına engel teşkil etmez²⁷³. Örneğin, ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu bir durumda, ayıp çok kapsamlı ve büyük ise işsahibi eseri kabule zorlanamaz²⁷⁴. Aynı zamanda, işsahibinin ayıbın giderilmesine izin verilmesi beklenmiyor ise işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁷⁵.

Diğer taraftan, eser kullanılamaz olmasına karşın, ayıp kolayca giderilebiliyor ise dürüstlük kuralları ve tarafların menfaat dengesi gözetilerek, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı savunulmuştur²⁷⁶. Örneğin, pencerelerin kollarının birinde küçük bir parçanın eksik olması nedeniyle kapanmaması. Eserde büyük ve kapsamlı bir ayıbın olduğu durumlar da olabilir. Bu gibi durumlarda, işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği²⁷⁷ gibi, eserdeki ayıbı gidermek çok bir masraf gerektirmeyecek ise eserdeki ayıbın giderilmesini de talep edebilecektir.

TKHK'un sözleşmeden dönmeye ilişkin madde hükümleri incelendiğinde, bu hakkın kullanılması için ayıbın belirli bir ağırlıkta olmasına gerek olmadığı anlaşılmaktadır. Fakat Öz'e göre; tüketici sözleşmelerinde de ayıbın belirli bir ağırlıkta olması koşuluyla sözleşmeden dönme hakkı kullanılabilir.

²⁷² Yavuz/Acar/Özen, s.569; Tandoğan, s.182.

²⁷³ Tunçomağ, s.1032; Öz, Dönme, s.107; Öz, s.215.

²⁷⁴ Öz, Dönme, s.106-107; Öz, s.215.

²⁷⁵ Seliçi, s.163; Kurşat, s.346; Öz, s.215.

²⁷⁶ Kaplan, s.139; Seliçi, s.143-144; Erman, s.143; Öz, s.214-215; Kurşat, s.345.

²⁷⁷ Öz, Dönme, s.107; Öz, s.215.

b. İşsahibinin Taşınmazı Üzerindeki Eser

TBK'nun 475. maddesinin 3. fıkrasında; “Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.” denilmek suretiyle, sözleşmeden dönme hakkının kullanımı diğer durumlardan farklı olarak daha ağır şartlara bağlanmıştır. Böyle bir durumda işsahibi dönme dışındaki diğer haklarını da kullanabilecektir²⁷⁸.

Eserdeki ayıbın büyüklüğü dikkate alınmadan, sadece zararın miktarı göz önünde tutularak bu hakkın kullanılıp kullanılmayacağına düzenlendiği bu hüküm, doktrinde eleştirilmiştir²⁷⁹. Zira madde hükmünün lafzından anlaşılan da budur. Diğer taraftan, bu durum uygulamada başka türlü riskler de doğurmaktadır. Yüklenicinin yapmış olduğu lüks ve büyük apartmanda, apartmanın en düşük şiddetteki depreme bile dayanıklılığının olmaması durumunda, sözleşmeden dönmenin aşırı masraf gerektirmesinden kaynaklı işsahibinin bu hakkı kullanamayacak olması, bu duruma örnek olarak gösterilebilir²⁸⁰. Anılı hükümde geçen; “aşırı zarar”ın belirlenmesi, eserin taşınmazdan ayrıldığı değer ve eserin taşınmaza bağlı değeri arasında bulunan farka göre belirlenir²⁸¹.

Mezkûr hükümde geçen “aşırı zarar” kavramı bakımından, hükmün lafzi yorumla uygulanması, uygulamada başka türlü adaletsizlikler doğurabileceğinden, hem doktrinde hem de Yargıtay tarafından yapılan değerlendirmelerde bu konuya farklı ölçütler getirilmiştir. Örneğin, ayıplı durumda olan ve tehlike yaratan eserin, fen kurallarına aykırı

²⁷⁸ Gümüş, s.62; Yavuz/Acar/Özen, s.571; Erman, s.145; Arpacı, s.253; Eren, s.648; Öz, s.217; Aydoğdu/Kahveci, s.764; Öz, Dönme, s.125; Aral/Ayrancı, s.407; Kahraman, s.436.

²⁷⁹ Arpacı, s.253-255; Öz, s.217-218.

²⁸⁰ Arpacı, s.253-255: Yazar, haksız sonuçlar oluşması nedeniyle kanunda gerçek olmayan bir boşluk olduğunu, bu boşluğun TMK m.2/f.2 gereğince somut olay adaleti gözetilerek hakim tarafından doldurulması gerektiğini ifade etmiştir.

²⁸¹ Gümüş, s.63; Tandoğan, s.183; Seliçi, s.163-164; Kurşat, s.347; Öz, s.217; Öz, Dönme, s.125; Erman, s.145; Burcuoğlu, s.291; Tunçomağ, s.1033; Uçar, s.194-195; Kaplan, s.145; Şenocak, s.38; Eren, s.651; Tanrıverdi, A., Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Arsa Sahibinin İnşaatteki Ayıp Nedeniyle Sahip Olduğu Haklar, İstanbul Barosu Dergisi, C.88, S.3, Y.2014, 176.

yapılan yapı ve kaçak olan yapının, yıkılmaları zaruri olduğundan, aşırı zararın olup olmadığına bakılmaksızın işsahibi sözleşmeden dönebilecektir.

TBK'nun 475. maddesi kapsamında, işsahibi eserde önemli bir ayıp olduğunu ispatlamalıdır. Somut olayın mezkûr madde kapsamında olduğunun ispatı ise yüklenicidedir²⁸². TMK'nun 4. maddesi gereği, hakim kendisine verilen takdir yetkisine dayanarak, yapının sökülmesinin aşırı zarara yol açıp açmadığı hususunu değerlendirecektir²⁸³. Anılan hüküm, taşınmaz üzerine yapılmış eserler için söz konusu olmakla birlikte, sökülmesi/ kaldırılması gereken şeyin, taşınmazın bütünleyici parçasının söz konusu olduğu durumlar içindir. Nitekim, bu sınırlama taşınmazın bütünleyici parçası olmayan eserlerde uygulama alanı bulmaz²⁸⁴.

Bu madde, taşınmazın üzerinde, ekonomik bakımdan değeri veya masrafı fazla olmayan şeyler bakımından uygulama alanı bulmaz. Örneğin, taşınmaz üzerinde bulunan binadaki kapı, pencere vb. şeyler için bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Bununla birlikte, eserin bir kısmında bulunan ayıp, eserle bütünlük oluşturmuşsa, bu durumda değerlendirme tüm eser göz önüne alınarak yapılacaktır²⁸⁵. Örneğin, taşınmaz üzerine yapılan eserde anahtar teslim şeklinde sözleşme yapılmış ve kapılarda ayıp var ise bu olay TBK'nun 475. maddesinin 3. fıkrası kapsamında değerlendirilecektir²⁸⁶.

Bu hüküm uygulanırken, taşınmaz üzerine yapılan eserin kaldırılmasına ilişkin masrafın, kim tarafından karşılanacağı hususu gündeme gelmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre²⁸⁷, bu masraflar yükleniciye ait olup, işsahibi bu masrafları yükleniciden isteyebilecektir. Yüklenici, eserin uzaklaştırılması istendiğinde bunu yapmaya yetkili ise de bu konuda bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Diğer bir görüşe göre ise eserin

²⁸² Gümüş, s.67; Kocaağa, s.162; Günel, s.418; Şahiniz, s.152; Erman, s.146; Duman, s.844; Öz, Dönme, s.126; Kurşat, s.349-350; Öz, s.218.

²⁸³ Tandoğan, s.183; Duman, s.844-845; Şahin, s.144.

²⁸⁴ Öz, Dönme, s.125.

²⁸⁵ Seliçi, s.164; Öz, Dönme, s.127.

²⁸⁶ Öz, Dönme, s.127.

²⁸⁷ Tandoğan, s.180.

uzaklaştırılmasında yetki de yükümlülük de yüklenicidedir. Bu sebeple, yüklenici bu sorumluluğunu yerine getirmez ise TBK'nun 473. maddesindeki "Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir." hükmü, kıyasen uygulanır. Ayrıca, iş sahibi, bunu üçüncü bir kişiye yaptırmadan TBK'nun 123. maddesi ve devamı hükümlerine de başvurma imkanı bulunmaktadır²⁸⁸.

TBK'nun 475. maddesinin 3. fıkrasında, iş sahibine ait taşınmazdan söz edilmiş olsa da, işbu hüküm, iş sahibine ait olmayan taşınmaz üzerine yapılan eser için de uygulama alanı bulacaktır.

Doktrinde, TBK'nun 475. maddesinin 3. fıkrası ile esere ilişkin değer korunmasının amaçlandığı görüşü vardır²⁸⁹. Diğer bir görüş²⁹⁰, hükmün yüklenici ve iş sahibi arasındaki dengeyi de sağlayarak adaleti sağlamak olduğu yönündedir. Eğer hükmün amacı, ilk görüşteki gibi yalnızca eserin değerinin korunması olmuş olsaydı, hükümde eserin uzaklaştırılmayacağına/ kaldırılmayacağına ilişkin açık bir ibarenin yer alması gerekiyordu.

Doktrinde, genel olarak kabul gören görüşe göre, bu hükmün katı bir şekilde uygulanmaması daha doğrudur. Bu noktada, eserde bulunan ayıp, eserden beklenen faydayı veya eserin değerinin tamamına yakın kısmını ortadan kaldırıyor ise iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁹¹.

²⁸⁸ Şenocak, s.54-55.

²⁸⁹ Seliçi, s.163; Tandoğan, s.183; Zevkliler/Gökyayla, s.529; Erman, s.145; Aral/Ayrancı, s.407; Kocaağa, s.162; Günel, s.417; Tunçomağ, s.1032; Arpacı, s.253.

²⁹⁰ Öz, s.218; Öz, Dönme, s.126; Yavuz, s.642.

²⁹¹ Yavuz/Acar/Özen, s.569; Seliçi, s.164; Tandoğan, s.182; Kurşat, s.348.

Yargıtay, inşaatın %90'ının tamamlanmış olması ve borçlunun temerrüde düşmesine ilişkin olayda, dönme hakkının değil, ileriye etkili sonuç doğuracak feshin mümkün olduğu görüşündedir²⁹². Bu içtihat ise ayıp hükümleri için uygulama alanı bulamayacaktır. Zira TBK'nun 475. maddesinde eserin tamamlanma oranından hiç bahsedilmemiş olup yalnızca aşırı zarar kavramı üzerinde durulmuştur. Dolayısıyla, eserin ne kadar oranda tamamlandığı hususu, ayıp nedeniyle sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına etki etmeyecektir²⁹³.

Ayrıca, doktrinde, TBK'nun 475. maddesinin 3. fıkrasındaki bu hükmün TKHK kapsamındaki sözleşmelere de uygulanması gerektiği görüşü vardır²⁹⁴. Bunun sebebi ise bu hükmün TKHK hükümlerine kıyasla özel hüküm niteliğinde olmasıdır.

²⁹² Yargıtay 15.HD., E.2018/4947, K.2019/3227, T.08.07.2019; Yargıtay 15.HD., E. 2011/192 K. 2011/3284 T. 2.6.2011; Yargıtay 15.HD., E.2004/7507, K.2005/505, T.04.02.2005: "...Dava, eser sözleşmesinden kaynaklanmış olup yüklenici Ramazan tanınan ek süreye nazaran inşaatı tamamlayamamış ve borçlu temerrüdüne düştüğünden arsa sahibinin akdin feshini isteme hakkı doğmuştur. Hükme esas alınan bilirkişi raporu ile diğer raporda inşaatın seviyesi açısından belirgin çelişki vardır. Ek sözleşmedeki "inşaatın süresinde bitmemesi halinde devredilmeyen bağımsız bölümlerin arsa sahibine kalacağına dair hüküm" inşaatın getirildiği seviye nazara alındığında cezai şart olarak tacirin iktisaden mahvına sebep olacak nitelikte bulunup geçersiz sayılmıştır. Bu durumda akdin 25.1.1994 tarih ve 3/1 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca ileriye ya da geriye etkili biçimde feshinin gerekip gerekmediği üzerinde durulmalıdır. Bu nedenle mahkemece inşaatın getirildiği seviyedeki raporlarda mevcut çelişki yeni bir bilirkişi kurulundan alınacak raporla giderilmeli inşaatın %90 üzerinde tamamlandığı anlaşıldığı takdirde bu seviyeye göre yüklenicinin hak ettiği bağımsız bölümlerin adedi ve konumları belirlenip akdin ileriye etkili feshine ve davacı Mustafa'nın 4 nolu daire ile ilgili tapu iptal talebinin kabulüne ve yine 3 nolu daire ile ilgili mahkemece belirlenen bedele hükmedilmeli ve böylece akit ileriye etkili şekilde fesih ve tasfiye olunmalıdır. Alınacak raporda belirlenecek inşaatın seviyesi, akdin ileriye etkili feshini haklı kılacak derecede olmadığı takdirde ise akdin geriye etkili feshine ve yükleniciden daireleri satın alan davacı Mustafa'nın yüklenicinin akdi yerine getirmemesi ve tapuyu hak kazanmaması nedeniyle kendisinin de 4 nolu dairenin tapusunun iptalini ve tescilini talep edemeyeceği kabul edilerek 4 nolu dairenin tapusunun iptali istemi red edilmelidir..."; Yargıtay 15.HD. E.1997/3723, K.1997/5352, T.12.12.1997: "...Sözleşmeye göre, yüklenici, inşaatları tamamladığı takdirde, anılan parsellerin tapusuna hak kazanacaktır. Oysa, sözleşmenin fesh edildiği tarih itibarıyla inşaatı tamamlama oranı % 67 veya % 68.67'dir. Kaldı ki, bu oran % 83 dahi olsa, feshin ileriye etkili (ex nunc) sonuç doğurmasına engeldir. Gerçi, bu konuda, kıstas olarak belli bir oranı kabul etmek doğru değilse de, Dairemiz ve Hukuk Genel Kurulu çoğunluğu -olayın özelliğine göre- % 90'ın üzerindeki bir oranın, ileriye etkili sonuç doğuracağını kabul etmektedir..." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

²⁹³ Acar, s.5; Öz, s.218; Aksi Görüş: Kılıçoğlu, s.471.

²⁹⁴ İnceoğlu, M. M., Ayıba Karşı Tekeffül ve Garanti Sorumluluğu, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı, Der. M.M. İnceoğlu, İstanbul, 2015, S.185vd.; Öz, s.218; Özçelik, s.1177.

3. Dönme Hakkını Ortadan Kaldıran Haller

İşsahibi, eseri, bir yere sığınmak vb. zaruri haller içerisinde olduğundan kullanıyorsa²⁹⁵ ya da eserin işsahibi tarafından kullanılmasına tarafların her ikisi için de fayda bulunuyorsa, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir²⁹⁶. Fakat işsahibi teslim aldığı eserin ayıplı olduğunu bildiği halde kullanıyor ise dürüstlük kuralları çerçevesinde sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır²⁹⁷. Burada dikkat edilecek husus, sözleşmeden dönme ile yüklenicinin uğrayacağı zarar ve ayıp nedeni ile işsahibinin uğrayacağı zarar arasındaki menfaat dengesinin olmasıdır. Eğer ki, bu dengeler arasında büyük bir eşitsizlik oluşur ve bu eşitsizlik de yüklenici aleyhine oluşur ise işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır²⁹⁸.

Eser, işsahibinin sorumluluğuna giren bir sebepten ötürü esaslı bir şekilde bozulmuş ya da yok olmuş olabilir²⁹⁹. Bu durum işsahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı bir diğer haldir. Bu noktada, TBK'nun 228. maddesinde geçen, "Satılan alıcıya yüklenebilen bir sebep yüzünden yok olmuşsa veya alıcı onu başkasına devretmişse ya da biçimini değiştirmişse alıcı, ancak değerindeki eksiklik karşılığının satış bedelinden indirilmesini isteyebilir." hükmünün kıyasen uygulanması gerektiği kabul görmektedir. Bu hallerde, işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacak ve ayıbın giderilmesini isteyemeyecektir³⁰⁰ fakat bedelden indirim ile tazminat hakkını kullanılması mümkündür. Burada işsahibinin kusuru olması şartı aranmaz, önemli olan işsahibinin sorumluluğunda olan herhangi bir sebepten dolayı ayıbın ortaya çıkmış olmasıdır. Bu husus dönme hakkının ortadan kalkması için yeterlidir³⁰¹.

²⁹⁵ Öz, s.215, dp.101; Şahiniz, s.155.; Kurşat, s.340.

²⁹⁶ Kurşat, s.340; Tandoğan, s.186; Şahiniz, s.155.

²⁹⁷ Aydoğdu/Kahveci, s.764; Zevklilier/Gökyayla, s.529; Kurşat, s.340; Burcuoğlu, s.292; Öz, s.215; Tandoğan, s.185-186; Yener, s.164; Şahiniz, s.154; Şahin, s.144.

²⁹⁸ Öz, s.216; Öz, Dönme, s.109; Kurşat, s.344-345.

²⁹⁹ Tandoğan, s.184-185; Kurşat, s.349; Şahiniz, s.153; Aydoğdu/Kahveci, s.764; Zevklilier/Gökyayla, s.529; Yener, s.164; Karataş, s.202; Şahin, s.144.

³⁰⁰ Tandoğan, s.184-185; Kurşat, s.349; Şahin, s.144.

³⁰¹ Burcuoğlu, s.292; Şahiniz, s.153; Tandoğan, s.185.

Son olarak, eserin şeklinde yapılmış olan bir değişiklik halinde ya da iş sahibinin eseri üçüncü bir kişiye devretmesi halinde, iş sahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır³⁰². Burada da TBK'nun 228. maddesinin 2. fıkrasının kıyasen uygulanması söz konusu olacaktır. Eğer, iş sahibi eserin mülkiyetini yeniden kazanır ya da eserin şekli eski haline gelecek şekilde değiştirilmiş olursa, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını yeniden kullanabilecek duruma geldiği söylenecektir. Buradaki kıstas, her iki durumda da iş sahibinin ayıptan haberdar olmaması gerektirir.

4. Sonuçları

Sözleşme kapsamında, ifası tamamlanan edimlerin iadesinin gerekmesi, ifası henüz gerçekleşmemiş edimlerin ise ifa zorunluluğunun son bulması durumları, sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile olmaktadır.

Eser sözleşmesi kapsamında, sözleşmeden dönme hakkı neticesinde, iş sahibi teslim almış olduğu ayıplı eseri sağladığı tüm yarar ile yükleniciye geri verecek ve yükleniciye herhangi bir bedel ödemek zorunda kalmayacaktır. Yüklenici de bedel tarafına ödenmiş ise bunu faiziyle iş sahibine iade edecek ve eserdeki ayıbı gidermek gibi bir yükümlülük altında kalmayacaktır³⁰³. Dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin feshinden doğan diğer zararların iş sahibince ödenmesi zorunlu değildir. Fakat yüklenici iş sahibinin eser için yapmış olduğu, sigorta, bakım vb. giderleri ile iş sahibi tarafından sağlanan malzeme masrafını ödemekle yükümlendirilebilir. Hatta ve hatta malzemenin değeri azalmış ve buna yüklenicinin kusuru sebebiyet vermişse bu değer de yükleniciden talep edilebilecektir³⁰⁴.

Eğer, eser sözleşmesinin konusu, bir inşaatın meydana getirilmesi ise burada ne yüklenicinin emeği ne de inşaatın iadesi mümkün olmayacaktır. Bu gibi durumlarda,

³⁰² Zevklilier/Gökyayla, s.529; Yener, s.164; Şahiniz, s.154; Tandoğan, s.185; Burcuoğlu, s.292; Aydoğdu/Kahveci, s.764; Aydemir, s.353-354; Şahin, s.144.

³⁰³ Yavuz/Acar/Özen; Öz, s.218; Kılıçoğlu, s.469; Kurşat, s.337; Tandoğan, s.178; Kocaağa, s.162.

³⁰⁴ Tandoğan, s.178-179; Yavuz/Acar/Özen, s.570.

inşaat yıkılmayacak ise işçilik ve malzemeden kaynaklanan masrafin, inşaat yıkılacak ise yıkım sonucu oluşacak hurdanın yükleniciye ödenmesi gerekecektir³⁰⁵. Eserin, iş sahibine teslimi borcu, aranacak borçlardan olduğu için teslimine ilişkin masraflar yüklenicinin sorumluluğundadır³⁰⁶. Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde meydana getirilmişse, yüklenici tarafından ortadan kaldırılmalıdır. Yüklenici, bu sorumluluğunu yerine getirmez ve eseri ortadan kaldırmaz ise iş sahibi eseri masrafları yükleniciye ait olmak üzere kaldıracaktır³⁰⁷.

Eserin meydana getirilmesi için gerekli malzeme iş sahibi tarafından sağlanmış olabilir. Bu durumda, iş sahibinin dönme hakkını kullanmasının akabinde, eserin malzemesinin yükleniciye teslimi gerekmele birlikte, yüklenicinin de iş sahibi tarafından sağlanan bu malzemeyi çıkararak, kendisine iade etmesi gerekmektedir³⁰⁸. Yüklenicinin iş sahibinin sağladığı malzemeyi çıkarması mümkün değilse, iş sahibinin kusuru olup olmadığına bakılmaksızın, yüklenicinin tazminat ödemesi talep edilebilir³⁰⁹.

Dönme hakkının kullanılmasının akabinde, ifası tamamlanan edimlerin iadesi gerekmektedir, ifası henüz gerçekleşmemiş edimler için ifa zorunluluğu son bulmaktadır. Bu durum, doktrinde tartışmasız³¹⁰ bir şekilde kabul görmektedir. Fakat bu hakkın kullanılmasının borçlara etkisi doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde, dönme hakkının kullanılması ile sözleşmenin hiç kurulmamış varsayılarak geçmişe yönelik ortadan kalkması klasik dönme olarak isimlendirilmiştir³¹¹. Dönme hakkı kullanıldıktan sonra, dönme öncesinde yerine getirilen edimler için sebepsiz zenginleşme hükümleri doğrultusunda iade istenir ve ifası tamamlanmayan ifa

³⁰⁵ Öz, s.218; Kurşat, s.337.

³⁰⁶ Tandoğan, s.179; Eren, s.649.

³⁰⁷ Şahiniz, s.169; Eren, s.649.

³⁰⁸ Eren, s.649.

³⁰⁹ Gümüş, s.62; Tandoğan, s.179; Eren, İnşaat, s.85; Kocaağa, s.162-163.

³¹⁰ Yavuz/Acar/Özen, s.570.

³¹¹ Kılıçoğlu, s.469; Gümüş, s.61; Kurşat, s.337; Eren, İnşaat, s.85; Aral/Ayrancı, s.407; Ruhi/Ruhi, s.49; Günel, s.418; Öktem, s.1953; Karataş, s.198; Aydemir, s.352-353.

talepleri olduğunda sona erme itirazı öne sürülür. Bu görüşe katılan Yargıtay kararları³¹² da mevcuttur.

Konuya ilişkin doktrindeki diğer görüşte klasik dönme tekrar yorumlanmıştır. Buna göre, klasik dönmeden farklı olarak, sözleşmeden dönme aynı etki doğuruyor olmakla beraber, sözleşmenin geçmişe etkili olarak ortadan kalması bakımından klasik dönme ile aynı görüş savunulmaktadır. Sonuç olarak, ifa edilmeyen edimler için ifa zorunluluğu ortadan kalkarken, önceden ifa edilmiş maddi edimler istihkak davası neticesinde ve iş görmeye ilişkin edimler de sebepsiz zenginleşme ile iadesi talep edilebilecektir³¹³.

Diğer bir görüş göre³¹⁴, dönme hakkının kullanılması neticesinde, yükümlülükler tersi şekilde devam etmekte, sözleşme ortadan kalkmamaktadır. Bu sebeple, dönme hakkının dönüşüm etkisi bulunmaktadır diyebiliriz. Buna göre, dönme hakkı değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dolayısıyla, henüz yerine getirilmemiş edimlerin ifasını talep etmek için borcun dönüştüğü hususu def'i olarak öne sürülmelidir³¹⁵. Bu görüşe göre, sözleşme ortadan kalkmadığı için TBK'nun 146. maddesindeki "Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir." hükmü uygulama alanı bulacaktır³¹⁶.

Diğer bir görüşe³¹⁷ göre de hem klasik dönme teorisi hem dönüşüm teorisi benimsenmiştir. Şöyle ki, ifa edilmiş edimler için sözleşmeye dayanılarak iade talep edilecek, ifası tamamlanmamış edimler de kendiliğinden sona erecektir.

³¹² Yargıtay 15. HD. E.2003/7040, K.2004/6389, T.09.12.2004, Bkz.Tunç, A., İşsahibinin İfa Zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı (Tbk Md. 473/I), Erciyes Üniversitesi HFD., C.11, S.1, Y.2016, s.255, (<https://www.jurix.com.tr/article/5651>).

³¹³ Buz, Vedat, Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara, 1988, s.121vd.

³¹⁴ Eren, S.648-649; Tandoğan, s.179; Seliçi, s.162; Şenocak, s.48-49; Seliçi, Sona Erme, s.210; Serozan, s.90; Yalçınduran, T., Alt İstisna (Taşeronluk) Sözleşmeleri, Ankara, 2000, s.130.

³¹⁵ Eren, s.648-649; Duman, s.838.

³¹⁶ Tandoğan, s.179.

³¹⁷ Yavuz/Acar/Özen, s.570.

II. Bedelden İndirim Hakkı

Eserin ayıplı ifası neticesinde, eserin değerinin olumsuz etkileniyor olması sık sık rastlanan bir durumdur. Bu durum nedeniyle, iş sahibi bedelinde azalma yaşanan eser için bedelden indirim yapılması seçimlik hakkını kullanmak isteyebilir. Bu seçimlik hakkın kullanılması ile taraflar arasında bozulan edim dengesi yeniden dengeye gelecektir³¹⁸. İş sahibi kendisi ya da üçüncü bir kişi vasıtası ile eserdeki ayıbın giderilmesini sağlamış olabilir ki bu durumda seçimlik hakkını yükleniciye karşı kullanmış sayılmayacaktır.

Değiştirici yenilik doğuran bir hak olan bedelden indirim hakkı³¹⁹, sözleşmenin her iki tarafının tacir olduğu durumlarda bile geçerlilik şartına tabii hak niteliğinde olmayacaktır³²⁰. Ayıba ilişkin bir davanın açılması durumunda, mahkemece yalnızca indirim miktarı hesaplanabilecek olup³²¹, mahkemece yenilik doğurucu nitelikte bir karar verilmesi mümkün olmayacaktır.

Bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılabilmesi için ilk olarak, meydana getirilen ayıplı eserin değerinin, ayıpsız eserin değerinden daha az olması gerekmektedir³²². Ayıp eserin kullanım amacını engelliyor ve fakat değerinde azalma yaratmıyorsa, bu seçimlik hak kullanılamayacaktır³²³.

İkinci olarak, bu hakkın kullanılması için eserin ayıplı halinin, az miktarda da olsa bir değeri olması şarttır³²⁴. Eserdeki ayıbın değeri, sözleşme değerine yakın ya da eşit ise bu noktada bedel indirimi değil sözleşmeden dönme seçimlik hakkının kullanılacağı görüşü doktrinde baskındır. Bu noktada TBK'nun 227. maddesinin 5. fıkrasındaki,

³¹⁸ Uçar, s.187; Seliçi, s.166 vd.; Kurşat, s.318.

³¹⁹ Eren, s.650; Gümüş, s.63; Kaplan, s.141; Şahiniz, s.176; Yavuz/Acar/Özen'e göre, bedelden indirim hakkı bozucu yenilik doğurucu hak niteliğindedir, Bkz. Yavuz/Acar/Özen, s.571.

³²⁰ Zira, TTK. m.18/F.3'te bedelden indirim hakkı için bir düzenleme yapılmamıştır, Bkz. Burcuoğlu, s.293; Kurşat, s.317; Günel, s.421.

³²¹ Tandoğan, s.187; Kurşat, s.325.

³²² Seliçi, s.166; Eren, s.650; Burcuoğlu, s.294; Turanboy, s.171; Kaplan, s.141; Günel, s.419; Kırmızı, s.238; Şahin, s.147.

³²³ Seliçi, s.166; Kaplan, s.141; Eren, s.650.

³²⁴ Burcuoğlu, s.294; Yavuz/Acar/Özen, s.571; Eren, s.650; Tandoğan, s.182; Şenocak, s.60; Uçar, s.187; Kaplan, s.142; Yener, s.169; Öktem, s.1959; Kurşat, s.319; Öz, Dönme, s.106; Yavuz, s.672; Şahin, s.147.

“Satılanın değerindeki eksiklik satış bedeline çok yakın ise alıcı, ancak sözleşmeden dönme veya satılanın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesini isteme haklarından birini kullanabilir.” hükmü uygulama alanı bulacaktır. Zira burada azalan değerin giderilmesi durumundan daha farklı mahiyette bir durum ortaya çıkmaktadır, eser burada kullanılmayacak durumdadır³²⁵. Doktrindeki bir diğer görüş, şartların uygun olması durumunda iş sahibi, ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını da kullanabilecektir³²⁶.

Uygulamada, bedelden indirim yapılırken, sözleşmedeki bedel ve ayıplı eserin bedeli dikkate alınır. Taraflar genellikle bedeli sözleşme ile belirlerler. Fakat taraflarca sözleşmede bir bedel belirlenmemişse, bu bedel kanunen belirlenen bedel olacaktır. Bazı durumlarda bedel yeniden belirlenmiş olabilir. Örneğin, sözleşmede bir uyarılama yapılmış olabilir ya da sözleşme gereği yeni bir bedel belirlenmesi gerekiyor olabilir. Bu gibi durumlarda indirim bu yeni belirlenen bedel üzerinden yapılacaktır.

Bedelden indirim yapılmasından sonra, eserde başka bir ayıp vuku bulabilir. Bu durumda, iş sahibinin yeniden seçimlik haklarını kullanma hakkı doğacaktır. İş sahibinin, yeniden bedelden indirim hakkını seçmesi durumunda bedel, önceden indirilmiş yeni bedel üzerinden hesaplanır³²⁷.

Sözü geçen, eserin değeri ibaresinden eserin piyasa koşullarına göre belirlenecek olan rayiç değeri anlařılmalıdır³²⁸. Yani burada subjektif değil objektif değerler esas alınmaktadır. Grldği gibi, burada kıstas eserin değerindeki azalmadır. Eserin değerini etkilememekle birlikte, malvarlığında yaşanan azalmalar konu dahilinde olmayacaktır. Bu konuda yükleniciden tazminat istenmesi hususu gündeme gelecektir³²⁹. Nitekim,

³²⁵ Aydoğdu/Kahveci, s.764; Yavuz/Acar/zen, s.571; Eren, s.650; Tandoğan, s.182; şenocak, s.60; Uçar, s.187; Kaplan, s.142; Yener, s.169; ktem, s.1959; Kurşat, s.319; Tunomağ, s.1034; Aral/Ayrancı, s.408; Kocaağa, s.163.

³²⁶ z, Dnme, s.106; Burcuoğlu, s.294; Gnel, s.420.

³²⁷ Kaplan, s.144; Kurşat, s.321; Tandoğan, s.189.

³²⁸ Gmş, s.64; Seliçi, s.169; Tandoğan, s.188; Kurşat, s.321; Erman, s.151; Kaplan, s.141; Tanriverdi, s.273; Kocaağa, s.163; Kırmızı, s.238.

³²⁹ z, s.207; Kaplan, s.144; Kurşat, s.319-320; Tandoğan, s.17, Seliçi, s.172.

bedelden indirim hakkının ve tazminat isteme haklarının kullanılmalrı birbirlerinden farklı koşullara bağlanmıştır. Her Őeyden önce, tazminat hakkının kullanımında yüklenicinin kusurlu olup olmaması önem arz etmiyorken, bedelden indirim hakkı kullanılırken, tarafların kusur durumları göz önünde tutulmaktadır. TBK'nun 52. maddesi "Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldıracaktır." hükümünü haizdir. Bu hüküm doğrultusunda indirim miktarı azaltılabilir³³⁰.

Eserin teslim edildiği an ve teslim edildiği yer, ayıbın sebebiyet verdiği değer kaybının tespiti açısından nemlidir³³¹. Nitekim, hasarın iş sahibine geçmesi, eserin teslimi ile olmaktadır ve teslimden sonra yüklenicinin sorumluluğunda olmayan sebeplerden dolayı ortaya çıkan ayıplardan ya da değer Şen ayıp oranından yüklenici sorumlu tutulamayacaktır³³². Burada kastedilen kasten gizlenen ayıp, gizli ayıp ya da sonradan anlaşılan ayıplar değerdir.

Eserde meydana gelen değer azalması konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrine ve Yargıtay'ın bir görüşünde, bedelden indirimin, ayıbın etkisi ne zaman ortaya çıktı ise o tarih dikkate alınarak yapılması gerekmektedir³³³. Diğer görüşe göre ise eserin teslim tarihindeki rayış bedeli esas alınmalıdır³³⁴.

Eserin tesliminden sonra, eserde bazı durumlar oluşabilir. Bu durumların, bedelden yapılacak indirimde gözetilmesi gerekir. Örneğin, eserdeki ayıbın giderilmesi talep edilmiş ve yüklenici de bu talebi vaktinde yerine getirememiş olabilir. Ayıbın

³³⁰ Seliçi, s.172; Erman, s.152; Kurşat, s.320; Kaplan, s.144.

³³¹ Tandoğan, s.189; Uçar, s.189; Seliçi, s.169; öz, s.205; Kaplan, s.143; Kurşat, s.321; Tanriverdi, s.274; Ruhi/Ruhi, s.50; Selimoğlu, s.162; Günel, s.422; Kırmızı, s.241; Aydemir, s.359.

³³² Kaplan, s.143; Seliçi, s.169; öz, s.205; Uçar, s.189; Kurşat, s.321; Tandoğan, s.189.

³³³ Yargıtay 15.HD., E.2014/4337, K. 2015/2485, T. 11.05.2015 (Bkz. Erman, s.151-152); Karataş, s.209; Günel, s.422; Aydemir, s.359. Yargıtay 15.HD., E.2010/5449, K.2011/6965, T.28.11.2011 (Bkz. Aydemir, s.359, Dp.198.); Seliçi, s.171 vd., Erman, s.151-152.

³³⁴ Tandoğan, s.190; Kaplan, s.322; Şenocak, s.61.

giderilmemesinin akabinde işsahibi, bedelden indirim hakkını kullanmak isteyebilir. İşte böyle bir durumda, indirimin hesabında, yüklenicinin ayıbın giderilmesi için yaptığı çalışmalar da hesaplama da dahil edilmelidir³³⁵.

Uygulamada bedelden indirim için bir çok hesap yöntemi belirlenmiştir. Bunlar; maliyete göre hesaplama, mutlak indirim, tazminat yöntemi ve nisbi metod hesaplama yöntemleridir.

Maliyete göre hesaplama yapılırken, eser meydana getirilirken meydana gelen masraf, ayıbın giderilmesi esnasında yapılan masraf ile oranlanarak indirim miktarı belirlenmektedir³³⁶. Mutlak indirim yöntemi ile hesaplamada, eserin ayıpsız rayiç piyasa değerinden, eserin ayıplı değeri düşülerek tespit edilir. Tazminat yönteminde, ayıbın giderilmesi için ne kadar masraf yapıldıysa, indirilecek bedel de o kadar olarak hesaplanır. Son olarak nisbi metod yönteminde, eserin ayıplı ve ayıpsız piyasa değerleri arasında bir oranlama yapılır. Yapılan orantı, sözleşme bedeline uygulanır ve indirilecek bedel bu şekilde belirlenmiş olur. Bu yöntem ise hem doktrin³³⁷ hem de Yargıtay³³⁸ tarafından benimsenmiştir.

Bu yöntemler uygulanırken, kimi durumlarda işsahibi, kimi durumlarda yüklenici lehine sonuç doğması mümkündür. Nitekim, ayıbı gidermek için yapılacak olan masraf, ortaya çıkan değer kaybından az olur ise burada uygulanan nisbi metod yöntemi yüklenici aleyhine olacakken, tersi durumda yüklenici lehine sonuç doğacaktır³³⁹.

Kurşat, eserdeki değer kaybı, ayıbın giderilmesi ile tamamen ortadan kaldırılabiliyorsa, burada tazminat yöntemi kullanılmalı, değer kaybı bu şekilde

³³⁵ Kaplan, s.114; Kurşat, s.323; Tandoğan, s.190.

³³⁶ Öz, s.208; Kurşat, s.323-324.

³³⁷ Yavuz/Acar/Özen; Eren, s.651; Kılıçoğlu, s.471; Seliçi, s.169; Kaplan, s.143; Gümüş, s.63; Uçar, s.190; Kurşat, S.324; Öz, S.206; Yener, S.169; Burcuoğlu, S.294; Aydoğdu/Kahveci, S.764; Aral/Ayrancı, S.407-408; Kocaağa, s.163; Günel, s.421; Kırmızı, s.239.

³³⁸ YHGK, E.2013/2257, K.2015/1450, T. 27.05.2015; Yargıtay 15.HD., E.2016/3852, K.2017/2949, T.12.09.2017; Yargıtay 15.HD., E. 2014/3717, K.2014/7610, T.29.12.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³³⁹ Erman, s.151; Kurşat, s.324-325.

giderilemiyorsa nisbi metod yöntemi kullanılmalıdır demiştir. Nitekim, işsahibi burada ayıbın giderilmesini de talep edebilecek durumdadır.

Yükleniciye ödenecek bedel, bedelden indirim hakkının kullanılması neticesinde hesaplanan bedel kadar doğrudan son bulacaktır³⁴⁰. Yüklenici eser sözleşmesinden kaynaklı olarak, daha önce tarafına ödenen bedeli iade etmekle yükümlüdür³⁴¹.

Ayıplı eser, işsahibi bedelden indirim seçimlik hakkını kullanmış olsa bile üçüncü kişiye satılabilir. Bu noktada, satılan eserin piyasadaki bedelinde artış olursa bu husus yükleniciye sirayet etmeyecektir. Diğer bir deyişle, işsahibine teslim tarihindeki rayiç piyasa bedeli, piyasa değer artışı nedeniyle oluşan yeni satış bedelinden az olsa dahi bu durum işsahibinin bedelden indirim hakkını kullanmasına engel değildir³⁴². Uygulamada bedelden nefaset indirimi yapılması durumu sık sık gündeme gelmektedir³⁴³. Nefaset indiriminin uygulanması, karşı dava açmaya gerek kalmadan mashup def'inin öne sürülmesi ile olmaktadır. Bu indirim işsahibi lehine indirimdir³⁴⁴. Bu noktada tek önemli

³⁴⁰ Tandoğan, s.186; Erman, s.149; Burcuoğlu, s.293; Uçar, s.186, Kurşat, s.325; Aksi Görüş: Seliçi, s.168.

³⁴¹ Öz, s.206; Kurşat, s.325-326; Tandoğan, s.187; Seliçi, s.168; Erman, s.149; Günel, s.421.

³⁴² Seliçi, s.167; Kurşat, s.326.

³⁴³ Yargıtay 15.HD., E.2017/2069, K.2017/3830, T.07.11.2017; Yargıtay 15.HD., E.2016/3180, K.2017/1181, T.20.3.2017; Yargıtay 15.HD., E.2013/5744, K.2014/3788, T.03.06.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴⁴ Yargıtay 15. HD., E.2016/3852, K.2017/2949, T.12.09.2017: "...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1 fıkrasında bulunan "İmal olunan şeyin tesliminden sonra işsahibi, işlerin mutat cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur." hükmü gereğince ayıp ihbarı yapılması gerekli bulunmaktadır. Davalı taraf ayıp ihbarının 05.05.2012 tarihli tutanakla ayıp ihbarının yapıldığını savunmakta, davacı taraf ise bu tutanakta bulunan imzanın kendilerini bağlamadığını ileri sürmektedir. Dosyaya ibraz edilen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Formu" başlıklı belgede davacı çalışanın imzası bulunmakta olup, işin niteliği gereği bu imza davacı tarafı bağlar. O halde mahkemece yapılacak iş; davacı yüklenici tarafından imal edilen pantolonların bahsi geçen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Raporu"nda belirlenen ayıpları taşıdığı ve bu belgenin davacı tarafı bağladığı kabul edilerek iş bedelinden indirim yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. İş bedelinden indirim yapılması konusunda gerek Dairemizin gerekse Yargıtay'ın uygulaması "nisbi metod" yönündedir. Bu sebeplerle mahkemece, indirim bedeli nisbi metoda göre belirlenip davacı alacağından mahsup edilmek suretiyle iş bedelinin hesaplanarak hüküm altına alınmasından ibarettir. Aksi düşüncelerle verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın davalı yararına bozulması gerekmektedir..." ; Yargıtay 15. HD., E.2014/2016, K.2015/846, T.19.02.2015: "...Mahkemece yapılması gereken iş; davacı yüklenici tarafından yapılan ayıplı ifa, eserin tümünden reddini gerektirir nitelikte bulunmadığından bilirkişiden yeniden ek rapor alınarak, olayda zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince bedelden ayıp sebebiyle indirimi gereken miktarın belirlenip iş bedelinden mahsubuyla sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir..." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası (Naklen: Şahiniz, s.184-185 Karataş, s.206; Aydemir, s.356.)

³⁴⁴ Tandoğan, s.186; Erman, s.149; Burcuoğlu, s. 293; Uçar, s.186, Kurşat, s.325; Aksi Görüş: Seliçi, s.168.

³⁴⁴ Öz, s.206; Kurşat, s.325-326; Tandoğan, s.187; Seliçi, s.168; Erman, s.149; Günel, s.421.

³⁴⁴ Seliçi, s.167; Kurşat, s.326.

husus, ayıptan kaynaklı bedel indirimi yapılabilmesi için ayıbın ihbar edilmiş olması gerektiğidir³⁴⁵.

Doktrinde arsa payı karşılığı inşaat sözleşmeleri için bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılması tartışmalı konular arasındadır. Bir görüşe göre, bedelden indirim hakkı kullanıldığında, yüklenicinin hak kazanmış olduğu arsa payı ve bağımsız bölümlerin indirilmesi yoluna gidilecektir³⁴⁶. Çünkü burada yüklenici, bedel yerine bu bölümlerin mülkiyetini kazanmaktadır. Eğer indirilecek bedel ile bağımsız bölüm sayısı tam adet olarak örtüşmüyor ise burada yüklenici ve işahibi arasında paylı mülkiyet tesis edilmesi gündeme gelecektir³⁴⁷. Yüklenici, işahibi seçimlik hakkını kullanmadan evvel, arsa paylarını devralmışsa, işahibinin bu tescilin iptalini talep etme hakkı vardır³⁴⁸.

³⁴⁴ Yargıtay 15.HD., E.2017/2069, K.2017/3830, T.07.11.2017; Yargıtay 15.HD., E.2016/3180, K.2017/1181, T.20.3.2017; Yargıtay 15.HD., E.2013/5744, K.2014/3788, T.03.06.2014, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴⁴ Yargıtay 15. HD., E.2016/3852, K.2017/2949, T.12.09.2017: "...Sözleşme tarihinde yürürlükte bulunan Mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 359. maddesinin 1 fıkrasında bulunan "İmal olunan şeyin tesliminden sonra işahibi, işlerin mutad cereyanına göre imkanını bulur bulmaz o şeyi muayeneye ve kusurları varsa bunları müteahhide bildirmeye mecburdur." hükmü gereğince ayıp ihbarı yapılması gerekli bulunmaktadır. Davalı taraf ayıp ihbarının 05.05.2012 tarihli tutanakla ayıp ihbarının yapıldığını savunmakta, davacı taraf ise bu tutanakta bulunan imzanın kendilerini bağlamadığını ileri sürmektedir. Dosyaya ibraz edilen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Formu" başlıklı belgede davacı çalışanın imzası bulunmakta olup, işin niteliği gereği bu imza davacı tarafı bağlar. O halde mahkemece yapılacak iş; davacı yüklenici tarafından imal edilen pantolonların bahsi geçen 05.05.2012 tarihli "Kalite Kontrol Raporu"nda belirlenen ayıpları taşıdığı ve bu belgenin davacı tarafı bağladığı kabul edilerek iş bedelinden indirim yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. İş bedelinden indirim yapılması konusunda gerek Dairemizin gerekse Yargıtay'ın uygulaması "nisbi metod" yönündedir. Bu sebeplerle mahkemece, indirim bedeli nisbi metoda göre belirlenip davacı alacağından mahsup edilmek suretiyle iş bedelinin hesaplanarak hüküm altına alınmasından ibarettir. Aksi düşüncelerle verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın davalı yararına bozulması gerekmiştir..."; Yargıtay 15. HD., E.2014/2016, K.2015/846, T.19.02.2015: "...Mahkemece yapılması gereken iş; davacı yüklenici tarafından yapılan ayıplı ifa, eserin tümünden reddini gerektirir nitelikte bulunmadığından bilirkişiden yeniden ek rapor alınarak, olayda zaman bakımından uygulanması gereken mülga 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun 360. maddesi gereğince bedelden ayıp sebebiyle indirimi gereken miktarın belirlenip iş bedelinden mahsubuyla sonucuna göre hüküm kurmaktan ibarettir..." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. (Naklen: Şahiniz, s.184-185 Karataş, s.206; Aydemir, s.356.)

³⁴⁵ Yargıtay 15.HD., E.2019/815, K.2019/4872, T.27.11.2019: "...Bu durumda mahkemece hükme esas raporu düzenleyen teknik bilirkişi kurulundan tarafların mutabık kaldıkları 162.604,00 TL bedelli proje dışında davalı yüklenicinin üstlenip gerçekleştirdiği imalâtların eksikler dikkate alınarak, ayıplar yönünden süresinde ayıp ihbarı bulunmadığından bedel tenzili yapılmaksızın, işin yapıldığı tarihteki mahalli piyasaya rayiçleriyle bedeli konusunda gerekçeli ve denetime elverişli rapor alınıp bulunacak miktara ihtilâfsız proje bedeli eklendikten sonra kanıtlanan ödeme mahsup edilerek ve ayıp nedeniyle herhangi bir bedel tenzili-nefaset indirimi yapılmaksızın sonucuna uygun menfi tespit istemiyle ilgili bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile bedel tenzili yapan ve proforma fatura ile teflik formuna göre hesaplama yapan bilirkişi raporuna itibar edilerek davanın kısmen kabulü doğru olmamıştır..." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

³⁴⁶ Erman, s.149-150; Öz, Dönme, s.96; Öz, s.206; Günel, s.420; Duman, s.847.

³⁴⁷ Kurşat, s.326-327; Öz, s.206-207.

³⁴⁸ Erman, s.150; Kurşat, s.326-327.

Doktrindeki diğer görüşe göre, sözleşmedeki ücretin esas alınarak bedelden indirim hakkının belirlenmesi gerekmektedir. Bu sözleşmelerde, yüklenici ifa karşılığında bir bedel kazanmadığı için, vuku bulan değer düşüklüğünün para cinsinden talep edilmesi gerekmektedir³⁴⁹. Yargıtay'ın³⁵⁰ görüşü de bu yöndedir.

Doktrindeki bir diğer görüş, bedelden indirilecek tutar, tam bağımsız bölüme denk geliyor ise bu noktada bağımsız bölümler indirilmelidir. İndirilecek tutar tam bağımsız bölüme denk gelmiyor ise bu bölümü geçen tutara ilişkin işsahibine yüklenici tarafından para cinsinden ödeme yapılmalıdır³⁵¹. Eser sözleşmesi, Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi'ne tabii ise burada geçici teminat bedelinden ayıplı inşaat bedeli mashup edilir ve bedelden indirim bu şekilde yapılmış olur³⁵².

³⁴⁹ Seliçi, s.170.

³⁵⁰ Yargıtay 15 HD., E.1994/5728, K.1994/4463, T. 30.06.1994: "...Taraflar arasındaki 13.6.1990 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesi, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmedir. Davacı yüklenici, sözleşmeden doğan edimlerini tam ve kusursuz olarak yerine getirmesi halinde, kendisine düşen bağımsız bölümlerini ve bunlara isabet eden pay tapusunun verilmesini isteyebilir. Ancak, davalı arsa malikleri tarafından, eksik ve kusurlu işler yönünden, dava açmalarına gerek olmadan itiraz niteliğinde olan mahsup istekleri yargılamanın her safhasında ileri sürülebilir ve hakim bu konuyu re'sen gözönünde bulundurması gerekir (HGK.'nın 7.6.1974 tarih, 1970/2737-658 sayılı kararı). Davalıların arsaları üzerine inşaat yapıldığına göre BK.nun 360.maddenin 2. fıkrası gereğince işin kusurlu olması veya sözleşmeye aykırı bulunması, işsahibinin eseri kullanamayacağı ve nısfet kaidesine göre kabul edilemeyeceği derecede ehemmiyeti haiz değilse, işsahibi yapılan işi reddetmeyip, işin kıymetinin noksanı nisbetinde fiyatının tenzilini, eğer o işin ıslahı çok büyük masraftı gerektirmiyorsa yükleniciyi onarıma mecbur edilebilir. Gerek, tespit bilirkişisi ve gerekse mahkemece alınan bilirkişi raporlarında, eserde eksik ve kusurlu işler bulunduğu, ancak bu eksiklik ve kusurlu işlerin işin reddini gerektirecek nitelikte olmayıp eksiklikler bedeli ve nefaset farkı verilmesini gerektirdiği hususu saptanmıştır. Öte yandan somut olayda ayrıca, davalı arsa malikleri; inşaatın devamı sırasında yapılan işleri gördükleri ve ihtarnameler çektikleri halde, sözleşmeyi feshetmeyerek, inşaatın bitirilip iskan ruhsatı alınmasına karşı çıkmadıkları için bu aşamadan sonra eseri kabul etmekten kaçınmazlar (BK. m. 358). Gerek kusurlu ve gerekse eksik işlerin niteliği ve derecesi yönünden tesbit raporuyla, mahkemece alınan bilirkişi raporunda farklılıklar bulunmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş; yeniden oluşturulacak bilirkişi heyetinden rapor olunarak, eksik ve kusurlu işlerin, teslim için kararlaştırılan 11.6.1992 tarihindeki piyasa rayiçlerine göre parasal tutarı saptanarak, bu miktarın davacı tarafından arsa sahiplerine ödenmesi koşuluyla yükleniciye düşen bağımsız bölümlerle onlara isabet edecek arsa payları toplamının davacı yüklenici adına tapuya tesciline ve ayrıca kat mülkiyeti kurmakta muhtariyetlerine biçiminde, birlikte ifaya karar verilmesi olmalıdır. Bu yönler gözden uzak tutularak, karşı dava açılmadığından bahisle davanın kabulüne karar verilmesi ve infazı kabul olmayacak şekilde arsa payları belirlenmeden hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. (Naklen: Selimoğlu, s.162; Şahiniz, s.175.)

³⁵¹ Ayan, s.79; Şahiniz, s.175-176.

³⁵² Burcuoğlu, s.291; Öz, s.216, Dp.102.

III. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı

Eserin ayıplı olması nedeniyle, taraflar arasında meydana gelen dengesizlik, iş sahibinin ayıbın giderilmesi seçimlik hakkının kullanılmasıyla giderilebilir. Doktrinde, bu hakkın hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, bir görüş, edime yönelik alacak hakkı olduğunu savunmuştur³⁵³. Bu cihetle, bu hakkın kullanılmasının, diğer seçimlik hakların kullanılmasını engellemeyeceği söylenebilir³⁵⁴. Nitekim, yüklenici, eseri ayıpsız bir şekilde ifa etmekle yükümlüdür. Ayıbın giderilmesi hakkının, yenilik doğrucu bir hak olduğunu savunan diğer bir baskın görüştür³⁵⁵.

Ayıbın giderilmesini talep etmek hakkı iş sahibinde olup yüklenicinin bunu kendiliğinden gidermesi ona tanınan bir hak olmamakla birlikte, yüklenici tarafından iş sahibine ayıpların giderilmesi teklif edilmiş ve iş sahibi bunu kabul etmemiş ise alacaklının temerrüdüne ilişkin sonuçlar ortaya çıkmayacaktır³⁵⁶. Fakat örneğin iş sahibinin arsasındaki inşaaata ilişkin ayıbın giderilmesi için yüklenicinin arsaya girmesine izin verilmesi gerekir. Bu gibi durumlarda, izin verilmemesi halinde, alacaklının temerrüdü söz konusu olacaktır³⁵⁷. Ayıbın giderilmesini talep etmek için yüklenicinin kusurlu olması gerekmemekteyken, ayıp haricindeki zararlarda tazminatın ödenmesi için kusur şartı aranmaktadır³⁵⁸.

Eserin, sözleşmeye uygun olacak şekilde ve masraflar yüklenicinin sorumluluğunda olmak üzere yüklenici tarafından gerekli işlemlerin yapılması, ayıbın giderilmesidir. Bu noktada, ayıbın giderilmesine ilişkin işlemlerin yapıldığı tarihte, herhangi bir maliyet artışı meydana gelmiş ise yüklenici buna katlanmak zorundadır³⁵⁹.

³⁵³ Öz, s.210; Günel, s.424-425; Seliçi, s.173-174.

³⁵⁴ Turanboy, s.175; Tandoğan, s.192; Eren, s.651; Günel, s.424-425.

³⁵⁵ Tandoğan, s.192; Uçar, s.194-195; Kaplan, s.145; Şenocak, s.38; Eren, s.651; Tanrıverdi, s.276.

³⁵⁶ Tandoğan, s.193; Kurşat, s.328; Eren, s.651; Aydoğdu/Kahveci, s.764; Duman, s.860.

³⁵⁷ Seliçi, s.179; Kurşat, s.328; Turanboy, s.175.

³⁵⁸ Öz, s.211; Kurşat, s.328; Uçar, s.209.

³⁵⁹ Kaplan, s.148; Tandoğan, s.194-195; Kurşat, s.329; Gümüş, s.64.

Ayıbın giderilmesi objektif olarak mümkünse, bu hak kullanılabilir³⁶⁰. Ayıbın giderilmesi tamamen mümkün olmamakla birlikte bir kısım için mümkün olabilir. Böyle bir durumda, mümkün olan kısım için ayıp giderilebilir. Objektif olmayan, subjektif nedenler, örneğin yüklenicinin iş ekibinde eksiklikler olması gibi durumlar, bu hakkın kullanılmasını engellemeyecektir³⁶¹.

Ayıbın giderilmesi hakkının kullanımı, TBK'nun 475. maddesinin 1. fıkrası ile aşırı masraf gerektirmeme şartına bağlanmıştır. Aşırı masraftan kasıt, yüklenicinin eseri ayıpsız hale getirmesi için yapacağı harcama ve iş sahibinin bu işlem sonucunda elde edeceği yarar arasındaki farkın adaletsiz olması durumudur³⁶². Aşırı masrafın somut olayda bulunup bulunmaması hususu, her olay için ayrı ayrı değerlendirilecektir³⁶³. Bu noktada bakılacak olan şey, iş sahibinin elde edeceği ekonomik yarar ve buna kıyasla ayıbın giderilmesi için yapılacak masraf olacaktır. Yapılacak olan masraf, aşırı masraf kapsamında ise yüklenicinin bu seçimlik hakkın kullanımı reddetme hakkı vardır. Yine de taraflar, sözleşmede her halükarda bu hakkın kullanılacağına ilişkin bir hüküm eklemiş olabilirler. Eğer yüklenici, ayıbın giderilmesine ilişkin istemi kabul etmişse ya da esere dair bazı özellikleri kabul etmişse, aşırı masraf gerektirmesi hususu önem arz etmeyecektir³⁶⁴.

Yüklenici, kasıtlı olarak kötü malzeme kullanmış ve bunun sonucunda ayıba sebebiyet vermişse, bu ayıbı gidermekle mükelleftir³⁶⁵. İş sahibi, yüklenicinin yapma borcu niteliğindeki ayıbı giderme borcunun yerine getirilmemesi halinde dava açma

³⁶⁰ Seliçi, s.176; Kurşat, s.331; Tandoğan, s.196-197; Eren, s.651; Gümüş, s.64; Karataş, s.210; Kocaağa, s.163; Günel, s.423; Yavuz, s.673; Kırmızı, s.242; Şahin, s.145.

³⁶¹ Seliçi, s.176; Kurşat, s.331; Tandoğan, s.196-197.

³⁶² Öz, s.209; Kurşat, s.329; Şenocak, s.153; Turanboy, s.173; Seliçi, s.175; Günel, s.423; Kırmızı s.242.

³⁶³ Tandoğan, s.197; Kurşat, s.330; Seliçi, s.175; Erman, s.153; Kılıçoğlu, s.472; Gümüş, s.64.

³⁶⁴ Eren, s.651; Kurşat, s.330; Kaplan, s.149; Burcuoğlu, s.297-298; Seliçi, s.175-176; Duman, s.861.

³⁶⁵ Tandoğan, s.198; Kurşat, s.331; Kaplan, s.149.

hakkına sahiptir. Ayrıca, iş sahibinin borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlere başvurma hakkı da bulunmaktadır³⁶⁶.

Ayıbın nasıl giderileceği, kural olarak yüklenici tarafından belirlenmektedir. Burada yüklenici tarafından belirlenen yöntem, ayıba uygun şekilde maksadın hasıl olmasını sağlamalıdır. Bu doğrultuda, yüklenici masrafı daha fazla oluyor olsa da ayıbın tamamen giderilmesine yönelik olan yöntemi uygulayabilir. Yüklenici tarafından iş sahibine, aşırı masraf savunması yapılmış olsa dahi iş sahibi bunu kabul etmek zorunda değildir ve bu sebeple alacaklının temerrüdü de gündeme gelmeyecektir. Fakat iş sahibi, iş sahibinin savunmasını dikkate alarak bu yöntemi seçebilir ya da diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Yine de iş sahibi, yüklenici tarafından önerilen yöntemi kabul etmiyor ise mantıklı bir gerekçe göstermesi gerektiği kabul edilmektedir³⁶⁷. Diğer taraftan, iş sahibinin ortaya çıkacak olan masrafın, aşırı olması durumunda, bu masrafın bir kısmını üstlenmesi ve bu şekilde ayıbın giderilmesini yükleniciden istemesi de mümkündür³⁶⁸. Eserde bulunan ayıp, eserin bir kısmının yıkılması ve tekrar yapılması ile giderilebiliyor olabilir. Böyle bir durumda iş sahibi durumun gereklilikleri arasında olmadığı halde yeniden inşa talebinde bulunamayacaktır. Zira iş sahibinin seçimlik hakları arasında böyle bir hak da bulunmamaktadır.

Ayıbın giderilmesine ilişkin hakkın kullanımı dürüstlük kuralları çerçevesinde ve aşırı masraf gerektirmeyen durumlarda söz konusu olmaktadır³⁶⁹. Ayıbın giderilmesi imkansız olabilir. Böyle bir durumda, iş sahibinin eserin yeniden yapılmasını talep etmesi gerekiyor olabilir. Bu husus açıkça kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte TMK'nun 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak

³⁶⁶ Yavuz/Acar/Özen, s.571-572.

³⁶⁷ Kurşat, s.331; Tandoğan, s.198.

³⁶⁸ Tandoğan, s.196.

³⁶⁹ Seliçi, s.177; Kurşat, s.332.

idiyse ona göre karar verir.” hükmü gereği işsahibine, böyle bir hakkın hakim tarafından tanınması gerekmektedir³⁷⁰. Eserin yeniden inşasını talep, ayıbın giderilmesi talebinden başka bir talep olarak değerlendirilmemelidir³⁷¹.

Sözleşme ile belirlenen işin yapılması için bir takım giderlere işsahibinin katlanması gerekiyor olabilir. Bu giderlere, ayıbın giderilmesi halinde de işsahibinin katlanması gerekecektir. Aynı şekilde ayıbın giderilmesi için yapılan masraflar, işsahibinin bu talebini zamanında yapmaması ya da ayıbın doğmasında etkili olması gibi sebeplerden artmışsa, artan masraflardan da işsahibi sorumlu olacaktır³⁷².

Ayıbın giderilmesi için süre, sözleşme ile belirlenebilir. Bu durumda sözleşme ile belirlenen süre esas alınacaktır. Böyle bir süre belirlenmemiş ise, kanun ile de herhangi bir süre ön görülmediğinden işin niteliği ve tarafların içinde buldukları durum da gözetilerek makul bir süre belirlenecektir³⁷³. Belirlenen bu süre zarfında, ayıbın yüklenici tarafından giderilemeyeği anlaşılıyorsa, işsahibi başka bir seçimlik hakkını kullanmayı seçebilecektir. Diğer taraftan yüklenici, işsahibinin seçmiş olduğu ayıbın giderilmesi hakkının seçilmesine itiraz edebilir. Bu durumda işsahibinin bunun dışında kalan seçimlik haklarını kullanması da mümkündür³⁷⁴.

İşsahibinin, ayıbın giderilmesi seçimlik hakkını kullanmayı seçmiş olduğu durumlarda, yüklenici hemen işe başlamalıdır. Bu durumda normal bir yükleniciden beklenen makul sürede ayıbın giderilmiş olması gerekir³⁷⁵ aksi halde yüklenici, işsahibi tarafından yapılan ihtar ile temerrüde düşecektir. İşsahibi ayıbın giderilmesi için belli bir süre ön görmüş olabilir. Bu durumda, TBK'nun 117. maddesinin 2. fıkrasındaki “Borcun ifa edileceği gün, birlikte belirlenmiş veya sözleşmede saklı tutulan bir hakka dayanarak

³⁷⁰ Kaplan, s.146; Kurşat, s.332.

³⁷¹ Kurşat, s.332; Şenocak, s.159-160; Gümüş, s.64; Tandoğan, s.194.

³⁷² Tandoğan, s.195-196; Kurşat, s.333.

³⁷³ Kurşat, s.333-334; Kaplan, s.150; Seliçi, s.179; Öz, s.210-211; Gümüş, s.64.

³⁷⁴ Seliçi, s. 179-180; Turanboy, s.174; Tandoğan, s.199-200; Kurşat, s.334; Yener, s.166.

³⁷⁵ Tandoğan, s.198; Aral/Ayrancı, s.410; Kocağa, s.165; Yavuz, s.640.

tarafardan biri usulüne uygun bir bildirimde bulunmak suretiyle belirlemişse, bu günün geçmesiyle; haksız fiilde fiilin işlendiği, sebepsiz zenginleşmede ise zenginleşmenin gerçekleştiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur” hükmü gereği herhangi bir ihtara gerek kalmadan yüklenici temerrüde düşmüş olacaktır. İş sahibi, temerrüde ihtar çekilmeden düşen yükleniciye, TBK’nun 123. maddesindeki “Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan biri temerrüde düştüğü takdirde diğeri, borcun ifa edilmesi için uygun bir süre verebilir veya uygun bir süre verilmesini hâkimden isteyebilir.” hükmü gereği süre vermelidir. Verilen süre sonunda iş sahibi, TBK’nun 125. maddesindeki “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.” hükmü uyarınca bu haklarını sözleşme sınırları dahilinde kullanabilecektir³⁷⁶.

İş sahibi, ayıbın giderilmesi maksadıyla hemen ifa talebini herhangi bir süre vermeden yapabilir. Ayrıca iş sahibi, TBK’nun 125. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen “Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir.” hükmü doğrultusunda talepte bulunabilir. Yüklenici, iş sahibinin, aynen ifadan vazgeçerek müsapet zararı talep etmesi durumunda, herhangi bir kusuru olmadığını ispat edebiliyorsa, iş sahibinin bedelden indirim isteme hakkı yeniden doğacaktır³⁷⁷. Bu halde de iş sahibinin gözden geçirme ve bildirim külfetlerine katlanmak zorunda olduğu ortadadır³⁷⁸.

Yüklenicinin ayıbın giderilmesi talebini kabul ederek işe başlamasına karşın, kendisine verilen süre zarfında ayıbın giderilmesinde başarısız olmuş olabilir. Bu halde

³⁷⁶ Kocağa, s.165; Günel, s.425-426; Aral/Ayrancı, s.410; Tandoğan, s.198-199; Kırmızı, s.246.

³⁷⁷ Kocağa, s.165; Tandoğan, s.199; Aral/Ayrancı, s.410.

³⁷⁸ Aral/Ayrancı, s.410-411; Kırmızı, s.247; Kocağa, s.165.

işsahibi, ayıbın üçüncü kişi tarafından giderilmesini talep edebileceği gibi yasal hakkı olan diğer seçimlik haklarını da kullanabilecektir³⁷⁹.

Ayıbın üçüncü kişi tarafından nasıl giderileceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre³⁸⁰, TBK'nun 113. maddesinde belirtilen “Yapma borcu, borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafı borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.” hükmü uyarınca, bu istemi hakim izni ile yapabilecektir. Bu durumun gerekçesi de, eserin teslim edilmiş olması ve ayıbın giderilmesine dair aciliyetin bulunmamasıdır. Diğer taraftan, ayıbın üçüncü kişi tarafından giderilmesi hususu, sözleşme ile kararlaştırılmış olabilir³⁸¹.

Diğer görüşe göre³⁸², TBK'nun 473. maddesinin 2. fıkrasında bulunan, “Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, işsahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verdireceği uygun bir süre içinde yükleniciye, ayıbın veya aykırılığın giderilmesi; aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir” hükmü doğrultusunda hakimden izin almadan ayıbın giderilmesini üçüncü kişi vasıtasıyla sağlayabilecektir. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre amaç, hukuki ilişkilerdeki güveni sağlamaktır³⁸³.

Uygulamada ise ayıp, genellikle yüklenici tarafından bizzat ya da üçüncü kişi vasıtasıyla giderilmektedir. Bu noktada, işsahibi tarafından yapılan masraflar, müspet zarar kapsamında yükleniciden istenebilir³⁸⁴.

³⁷⁹ Kurşat, s.334; Eren, s.652.

³⁸⁰ Tandoğan, s.200 vd.; Burcuoğlu, s.298; Seliçi, s.180; Uçar, s.205-206; Turanboy, s.174; Yener, s.167; Öktem, s.1962; Aral/Ayrancı, s.410; Seliçi, s.176; Kurşat, s.331; Tandoğan, s.196-197; Eren, s.651; Gümüş, s.64; Karataş, s.210; Kocaağa, s.164-165; Kırmızı, s.243; Duman, s.855-856.

³⁸¹ Kurşat, s.335; Seliçi, s.181.

³⁸² Şenocak, s.197-198; Selimoğlu, s.165; Eren, s.651.

³⁸³ Turanboy, s.174.

³⁸⁴ Şenocak, s.203.

Öte yandan, işsahibi, TBK'nun 475. maddesinde belirtilen "İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır." hükmü doğrultusunda, yüklenici tarafından ispatlanan kusur oranında, masrafları yükleniciden talep edebilecektir³⁸⁵.

Yapılan sözleşme, Bayındırlık Genel Şartnamesi'ne tabii ise burada idare, eserin ayıplı olması durumunda TBK'nun 475. madde hükmünden farklı olarak, ayıbın giderilmesini öncelikli olarak isteyecektir³⁸⁶.

IV. Tazminat Hakkı

Yukarıda da belirtildiği gibi tazminat talepleri genel hükümler çerçevesinde istenebilmektedir. Bu durumda bu talepler için TBK'nun 112. maddesi ve devamındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır³⁸⁷. Buradan anlaşılan, seçimlik hakların kullanılmasında aranan muayene ve ihbar külfetini burada söz konusu olmayacağıdır³⁸⁸.

Öte yandan, tazminata ilişkin taleplerin yerine getirilebilmesi için ayıptan doğan seçimlik hakların kullanımının³⁸⁹ aksine, yüklenicinin kusurlu olması da gerekmektedir.

Ayıptan kaynaklanan zararlar için doğrudan veya dolaylı zarar ayırımı yapılmamıştır. Yüklenici kusuru ile sebebiyet verdiği doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumludur³⁹⁰. Ayıp neticesinde uğranılan zararın ispat yükü, işsahibinde iken³⁹¹, TBK'nun 112 maddesinde geçen "Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür." hükmü gereği yüklenicinin kusurlu olduğuna ilişkin ispat külfeti yüklenicidedir. Ayıp nedeniyle, işsahibinin malvarlığı azalmış olabilir ya da

³⁸⁵ Kurşat, s.335-336.

³⁸⁶ Uçar, s.191; Şahin, s.145.

³⁸⁷ Seliçi, s.130 vd.; Öz, Dönme, s.98-99; Kurşat, s.353-354; Erman, s.157.

³⁸⁸ Öz, S.219; Tandoğan, s.205; Kaplan, s.151; Kocaağa, s.168; Duman, s.863; Kurşat, s.354.

³⁸⁹ Kurşat, s.354; Şenocak, s.65-66; Erman, s.158; Tandoğan, s.192; Seliçi, s.184-185; Uçar, s.194-195; Kaplan, s.145; Şenocak, s.38; Eren, s.651; Tanriverdi, s.177; Burcuoğlu, s.300; Selimoğlu, s.157; Şahin, s.148.

³⁹⁰ Aral/Ayrancı, s.412; Günel, s.427.

³⁹¹ Tunçomağ, s.1035; Karataş, s.211; Olgaç, s.466.

eser zarar görmüş olabilir. Ayıptan kaynaklı tanınan seçimlik haklarda amaç; iş sahibinin oluşan zararının giderilmesidir.

Ayıptan kaynaklanan zarar, iş sahibinin malvarlığında ise bunun giderilebilmesi için genel hükümlerdeki kurallar dikkate alınacaktır³⁹². Ayrıca, ayıp ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmadıkça, tazminata hükmedilemez³⁹³. Bunun yanında, ayıp giderilmiş olmasına rağmen, eserde değer düşüklüğü oluşmuş olabilir. Bu durumda meydana gelen değer düşüklüğü de yükleniciden talep edilebilecektir³⁹⁴. Bir takım zarar kalemlerinin de ayıptan kaynaklandığı kabul edilmektedir. Bunlar, sözleşmeden dönme sebebiyle vuku bulan zarar, meydana gelen eserdeki satış değerinin azalması, eserin kiralanmasından elde edilecek meblağda azalma, muayene ve ihbara ilişkin masraflardır³⁹⁵. Fakat eserin vaktinde teslim edilmemesi, iş sahibinin aydınlatılmamış olması, özen yükümünün yerine getirilmesi gibi durumlarda oluşan zarar için nedensellik bağı olduğu söylenemez³⁹⁶.

Doktrindeki genel görüşe göre³⁹⁷, manevi zararlar TBK'nun 475. maddesinin dışında değerlendirilmelidir. Ayıp neticesinde oluşan manevi zararlar, yükleniciden genel hükümler çerçevesinde ve TBK'nun 56. ve 58. maddesindeki koşulların sağlanması koşuluyla istenilebilir. Bu bağlamda, TBK'nun 114. maddesinin 2. fıkrasındaki "Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır." hükmü gereği manevi zarara ilişkin tazminat da yükleniciden istenebilir³⁹⁸. TBK'nun 475. maddesinin 2. fıkrası uyarınca tazminat, diğer seçimlik hakların yanında ayrıca talep edilebilecektir. Bu noktada, ayıbın giderilmesi ile ortadan kalkan zarar,

³⁹² Kurşat, s.350; Tandoğan, s.192; Uçar, s.194-195; Kaplan, s.145; Seliçi, s.181-182; Şenocak, s.38; Eren, s.651; Tanrıverdi, s.177.

³⁹³ Tandoğan, s.204; Seliçi, s.182; Uçar, s.194-195; Kaplan, s.145; Kurşat, s.350; Şenocak, s.38; Eren, s.653; Tanrıverdi, s.177; Yener, s.170; Burcuoğlu, s.298; Şahin, s.151; Turanboy, s.177.

³⁹⁴ Seliçi, s.184; Kurşat, s.351; Duman, s.863.

³⁹⁵ Kaplan, s.152; Kurşat, s.351.

³⁹⁶ Tandoğan, s.204-205; Şenocak, s.74-75; Erman, s.157; Seliçi, s.182-183; Kurşat, s.351; Burcuoğlu, s.299.

³⁹⁷ Kaplan, s.163; Kurşat, s.352; Tandoğan, s.205; Şen/Şen, s.425.

³⁹⁸ Kaplan, s.163; Kurşat, s.352

tazminatın ödenmesi sırasında dikkate alınacaktır. Tazminat hakkının, diğer seçimlik haklardan bağımsız şekilde kullanılması da mümkündür³⁹⁹.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'a tabii sözleşmelerde, ayıp nedeniyle kullanılacak olan seçimlik haklara başvurmadan, sadece tazminat isteminin yapılıp yapılamayacağı konusu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁴⁰⁰, anılan kanunun 11. maddesindeki seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin "Seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/01/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir." hükmü ile 15. maddesindeki "Hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir." hükmü nedeniyle genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edebilmesi için seçimlik hakların kullanılması gerekmektedir.

Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre⁴⁰¹, tüketici ister tek başına ister diğer seçimlik haklarını da kullanarak tazminat talebinde bulunabilecektir. Keza, işbu kanun amacı tüketiciyi korumak ve onun işini kolaylaştırmaktır. Bu sebeple, diğer görüşün uygulanması, kanunun amacına aykırı olacağından isabetli değildir.

³⁹⁹ Burcuoğlu, s.298; Karataş, s.211; Kocaağa, s.167.

⁴⁰⁰ Öz, s.220, Yazar bununla birlikte tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde, tüketicinin taraf olmadığı sözleşmelere nazaran daha sınırlı bir sonuca ulaşılmasının isabetsiz olduğunu ifade etmiştir (Bkz. Öz, s.220, Dp.104.).

⁴⁰¹ İnceoğlu, s.184; Özçelik, s.1177; Aydoğdu, M., Tüketici Hukuku Dersleri, Ankara, 2015, s.179-180; Kurşat, s.352-353; Zevkliler, A./Özel, Ç., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2016, s.185-186.

Seçimlik haklar, zamanaşımına uğramış ya da düşmüş olabilir. Böyle durumlarda, tazminat talebi içerisinde seçimlik haklar ile giderilmesi beklenen zararlar da eklenebilir.

Seçimlik hakların kullanılması ile talep edilebilecek bir zarar, tazminat talebi içerisinde talep edilmişse, bu durumda seçimlik hakların düşmesinden bahsedilecektir. Böyle bir durum yok ise seçimlik haklar kullanılmaya devam edilebilir⁴⁰².

Yüklenicinin kusurunun miktarı, işsahibinin bu kusura etkisi ve somut olaydaki unsurlar, tazminat miktarının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca, zarar, işsahibi ya da onun yetkilendirmiş olduğu üçüncü bir kişiden kaynaklanıyorsa, tazminat miktarı yüklenici lehine değişecek ya da tamamen ortadan kalkabilecektir⁴⁰³.

⁴⁰² Öz, s.220; Kurşat, s.353; Kocağa, s.167-168.

⁴⁰³ Seliçi, s.188-189; Kurşat, s.356.

SONUÇ

Eser sözleşmeleri hem iş hayatında hem de gündelik yaşamda sıklıkla karşımıza çıkan, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, buna karşılık iş sahibinin de bedel ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmelerdir. Her sözleşmede olduğu gibi taraflar, eser sözleşmesi ile elde etmek istedikleri amaçlarına bir an önce sözleşmeye uygun bir şekilde ulaşmak isterler. Eser sözleşmesinde yüklenici, eseri ayıpsız bir şekilde iş sahibine teslim etmekle yükümlüdür. Aksi halde yüklenicinin eserdeki ayıp nedeniyle sorumluluğu doğacaktır.

Eserdeki ayıp, sözleşmede kararlaştırılan veya eserin dürüstlük kuralı gereğince taşınması gereken niteliklerden yoksun olması şeklinde karşımıza çıkabilir. Sözleşmeye konu eserde ayıp ya da ayıpların bulunması halinde, yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğu gündeme gelir ve kanun tarafından iş sahibinin bu ayıptan doğan hakları ile menfaatleri, TBK'nun ilgili maddeleri çerçevesinde korunacaktır. TBK madde 472 ve devamında yüklenicinin ayıplı eser tesliminden doğan sorumluluğu ve bu sorumluluğun şartları düzenlenmiştir. Bu hükümlerle kanun koyucu eser sözleşmesine ilişkin bir ayrıma giderek ayıp halinde iş sahibinin haklarını özel şartlara bağlamıştır. Bu şartların gerçekleştiğini kabul edebilmek için de öncelikle ayıp kavramının doğru bir şekilde anlaşılması ve buna göre uygulanacak hükümlerin doğruluğunun tespit edilmesi gerekmektedir.

Ayıp çeşitli şekillerde karşımıza çıkabilmekte; özellikle açık veya gizli olmasına farklı sonuçlar bağlanabilmektedir. Eserdeki ayıp nedeniyle iş sahibi eseri açıkça kabul etmediyse üzerine düşen gözden geçirme ve bildirim yükümlülüklerini usulüne uygun olarak yerine getirmesi ile ayıptan doğan haklarını kullanabilmektedir. TBK'nun 475. maddesinde iş sahibinin ayıp halinde başvurabileceği seçimlik haklara yer verilmiş, bu hakların yanında borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteme hakkı da

saklı tutulmuştur. Bu hak ile iş sahibi, dilerse seçimlik haklarına ek olarak genel hükümlere göre zararını tazmin edebileceği gibi sadece genel hükümlere göre tazminat isteyebilmesi de mümkün kılınmıştır. Yüklenicinin ayıptan doğan sorumluluğuna başvurabilmesi için iş sahibinin belirli külfetleri yerine getirmiş olması gerekir.

Öncelikle, iş sahibi eseri ayıplı haliyle kabul etmemelidir. İş sahibi teslim edilen eseri, gözden geçirmeli ve ayıbı iş sahibine bildirmelidir. Bu külfetlerin zamanında yerine getirilmemesi durumunda, TBK m.477/f.2 gereğince iş sahibi eseri kabul etmiş sayılır. TBK'nun 475. maddesinde ise iş sahibinin ayıp halinde başvurabileceği seçimlik haklara yer verilmiş, bu hakların yanında borcun gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı tazminat isteme hakkı da saklı tutulmuştur. Bu hak ile iş sahibi dilerse seçimlik haklarına ek olarak genel hükümlere göre zararını tazmin edebileceği gibi sadece genel hükümlere göre tazminat isteyebilmesi de mümkün kılınmıştır. İş sahibinin kanun çerçevesinde ayıp nedeniyle başvurabileceği bu seçimlik haklar; sözleşmeden dönme, bedelden indirim, ayıbın giderilmesidir.

İş sahibinin, sözleşmeden dönme hakkını kullanması için eserin kullanılmaz olması yeterli değildir. Zira eserdeki ayıp kolaylıkla giderilebiliyor ise iş sahibi, eserin kullanılmaz olduğu gerekçesiyle bu hakkını kullanamayacaktır. Eserin bir kısmının kullanılabilir, bir kısmının kullanılmaz olduğu durumlarda da iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir. Ekonomik değeri olmayan eserde ise eserin kullanılabilir olup olmaması önemli değildir. İş sahibi sözleşmeden dönme hakkını bu durumdan bağımsız olarak kullanabilir. Eserde birden fazla ayıp olabilir. Bu gibi durumlarda, ayıpların her biri için ayrı ayrı sözleşmeden dönme hakkını kullanılmasına ilişkin koşulları taşıması beklenmeyecek, sözleşmenin bütünü ele alınarak değerlendirme yapılması daha uygun olacaktır. Eserdeki ayıbın giderilebiliyor olması, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasına tek başına engel teşkil etmez. Örneğin, ayıbın giderilmesinin mümkün olduğu bir durumda, ayıp çok kapsamlı ve büyük

ise işsahibi eseri kabule zorlanamaz. Aynı zamanda, işsahibinin ayıbın giderilmesine izin verilmesi beklenmiyor ise işsahibi sözleşmeden dönme hakkını kullanabilecektir. Diğer taraftan, eser kullanılamaz olmasına karşın, ayıp kolayca giderilebiliyor ise dürüstlük kuralları ve tarafların menfaat dengesi gözetilerek, işsahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanamayacaktır.

Bedelden indirim seçimlik hakkının kullanılabilmesi için ilk olarak, meydana getirilen ayıplı eserin değerinin, ayıpsız eserin değerinden daha az olması gerekmektedir. Ayıp eserin kullanım amacını engelliyor ve fakat değerde azalma yaratmıyorsa, bu seçimlik hak kullanılamayacaktır. İkinci olarak, bu hakkın kullanılması için eserin ayıplı halinin, az miktarda da olsa bir değeri olması şarttır. Eserdeki ayıbın değeri, sözleşme değerine yakın ya da eşit ise bu noktada bedel indirimi değil sözleşmeden dönme seçimlik hakkı kullanılacaktır. Uygulamada bedelden indirim için bir çok hesap yöntemi belirlenmiştir. Bunlar; maliyete göre hesaplama, mutlak indirim, tazminat yöntemi ve nisbi metod hesaplama yöntemleridir. Bu yöntemler uygulanırken, kimi durumlarda işsahibi, kimi durumlarda yüklenici lehine sonuç doğması mümkündür. Eserdeki değer kaybı, ayıbın giderilmesi ile tamamen ortadan kaldırılabiliyorsa, burada tazminat yöntemi kullanılmalı, değer kaybı bu şekilde giderilemiyorsa nisbi metod yöntemi kullanılmalıdır demmiştir. Nitekim, işsahibi burada ayıbın giderilmesini de talep edebilecek durumdadır. Yükleniciye ödenecek bedel, bedelden indirim hakkının kullanılması neticesinde hesaplanan bedel kadar doğrudan son bulacaktır. Yüklenici eser sözleşmesinden kaynaklı olarak, daha önce tarafına ödenen bedeli iade etmekle yükümlüdür. Ayıplı eser, işsahibi bedelden indirim seçimlik hakkını kullanmış olsa bile üçüncü kişiye satılabilir. Bu noktada, satılan eserin piyasadaki bedelinde artış olursa bu husus yükleniciye sirayet etmeyecektir.

Ayıbın giderilmesi hakkı, objektif olarak mümkünse kullanılabilir. Ayıbın giderilmesi tamamen mümkün olmamakla birlikte bir kısım için mümkün olabilir. Böyle

bir durumda, mümkün olan kısım için ayıp giderilebilir. Objektif olmayan, subjektif nedenler, örneğin yüklenicinin iş ekibinde eksiklikler olması gibi durumlar, bu hakkın kullanılmasını engellemeyecektir. Ayıbın giderilmesi hakkının kullanımı, TBK'nun 475. maddesinin 1. fıkrası ile aşırı masraf gerektirmeme şartına bağlanmıştır. Aşırı masraftan kasıt, yüklenicinin eseri ayıpsız hale getirmesi için yapacağı harcama ve işsahibinin bu işlem sonucunda elde edeceği yarar arasındaki farkın adaletsiz olması durumudur. Aşırı masrafın somut olayda bulunup bulunmaması hususu, her olay için ayrı ayrı değerlendirilecektir. Ayıbın nasıl giderileceği, kural olarak yüklenici tarafından belirlenmektedir. Burada yüklenici tarafından belirlenen yöntem, ayıba uygun şekilde maksadın hasıl olmasını sağlamalıdır. Ayıbın giderilmesi imkansız olabilir. Böyle bir durumda, işsahibinin eserin yeniden yapılmasını talep etmesi gerekiyor olabilir. Bu husus açıkça kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte TMK'nun 1. maddesinin 1. fıkrasındaki "Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hâkim, örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir." hükmü gereği işsahibine, böyle bir hakkın hakim tarafından tanınması gerekmektedir.

Tazminat talepleri ise genel hükümler çerçevesinde istenebilmektedir. Bu durumda bu talepler için TBK'nun 112. maddesi ve devamındaki hükümler uygulama alanı bulacaktır. Buradan anlaşılan, seçimlik hakların kullanılmasında aranan muayene ve ihbar külfetini burada söz konusu olmayacağıdır. Öte yandan, tazminata ilişkin taleplerin yerine getirilebilmesi için ayıptan doğan seçimlik hakların kullanımının aksine, yüklenicinin kusurlu olması da gerekmektedir.

Seçimlik haklar, zamanaşımına uğramış ya da düşmüş olabilir. Böyle durumlarda, tazminat talebi içerisine seçimlik haklar ile giderilmesi beklenen zararlar da eklenebilir. Seçimlik hakların kullanılması ile talep edilebilecek bir zarar, tazminat talebi içerisinde talep edilmişse, bu durumda seçimlik hakların düşmesinden bahsedilecektir. Böyle bir durum yok ise seçimlik haklar kullanılmaya devam edilebilir.

KAYNAKÇA

- ACEMOĞLU, Kevork**, "'Aliud" Ve Federal Mahkemenin "Aliud" Konusundaki Tutumu Üzerine", İÜMHAD, C.: 6, S.: 9, İstanbul, 1972, s. 19-29.
- ANTALYA, Gökhan**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. III, 1. Baskı, Nisan 2017, İstanbul.
- AKİ PEK, Jale G./ AKINTÜ RK, Turgut/ KARAMAN, Derya Ateş**, Türk Medeni Hukuku Birinci Cilt Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, 18. Baskı, Beta Yayınları, Haziran 2022.
- AKKANAT, Halil**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Fazla İnşaat, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006.
- AKKANAT, Halil**, İfada Gecikme ve Borçlu Temerrüdü, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, İstanbul 2000.
- AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça**, Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Temerrüde Düşmesi Üzerine Arsa Sahibinin Sözleşmeyi Sona Erdirmesi ve Sona Ermenin Etkileri, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul 2004.
- AKKAYAN-YILDIRIM, Ayça**, Cezaî Şartın İşlevi Türk ve Amerikan Hukukları Açısından Karşılaştırmalı Bir Değerlendirme, İÜHFM, 2003/1-2, s. 357-414. (Kısaltma:
- AKYOL, Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006.
- AKTÜRK, YÜCER, İpek**, Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.
- ALTAŞ, Hüseyin**, "Eserin Teslimden Önce Telef Olması", Ankara, 2002.
- ALTOP, Atilla**, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", 7. Baskı, İstanbul, 1993.
- ARAL, Fahrettin**, "Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa", Ankara, 2011.
- ARAL, Fahrettin/ AYRANCI, Hasan**, "Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri", 11. Baskı, Ankara, 2015.
- ASLAN, Yılmaz**, Tüketici Hukuku, 3. Bası, Bursa 2006.

- ATAMER, Yeşim**, İfa Engelleri Hukukunu Yeniden Sistemize Etmeyi Düşünmek: Borca Aykırılık Türleri Yerine Yaptırımları Esas Alan Bir Sistemik, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul 2010.
- AYAN, Serkan**, İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Temerrüdü, Ankara 2008.
- AYDEMİR, Efrail**, "Eser Sözleşmesi ve İnşaat Hukuku", 3. Baskı, Ankara, 2016.
- BAŞPINAR, Veysel**, Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004.
- BURCUOĞLU Haluk**, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi için Uyulması Gereken Süreler, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925-1988), Ankara 1990.
- BUZ, Vedat**, "Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkansızlaşması" ("İmkansızlık"), AÜSBFD, C. 49, 1994, s. 23-40.
- BUZ, Vedat**, "Ödemezlik Def'inin Borçlu Temerrüdüne Etkisi" ("Def'i"), BATİDER, C. 29, S.4, 2013, s. 83-111.
- BÜYÜKAY, Yusuf**, "Eser Sözleşmesi", 1. Baskı, Ankara, 2013.
- CANBOLAT, Ferhat**, İstisna Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları, Ankara 2009.
- DAYINLARLI, Kemal**, Joint Venture Sözleşmesi, 3. Bası, Ankara 2007.
- DUMAN, İklér, Hasan**, İnşaat Hukuku, Ankara, 2018.
- EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara, 2018.
- ERDEM, Mehmet**, Özel Hukukta Zamanaşımı, İstanbul, 2010.
- ERDOĞAN, İhsan**, İstisna Sözleşmesi ve Bazı İşgörme Sözleşmeleri ile Karşılaştırılması, Selçuk Üniversitesi HFD., C.3, S.1, Y.1990, s.135-172.
- ERZURUMLUOĞLU, Erzan**, "Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri)", Ankara, 2014.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper**, "Borçlar Hukuku Özel Hükümler" C.II, 3. Bası, İstanbul, 2014.
- İPEK, Eyüp**, Edime Uygun İfa Kuralı ve Bu Kuralın İhlâline Bağlanan Hukuki Sonuçlar, İstanbul, 2016.
- İstanbul Şerhi**, C. 1, Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.

- İstanbul Şerhi**, C. 2, Özel Borç İlişkileri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2018.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler” (Borçlar Hukuku), 16. Bası, Ankara, 2012.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma Borcu veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD, C. 32, S. 1-4, s. s. 185-199.
- KIRMIZI, Mustafa**, Açıklamalı – İçtihatlı Eser Sözleşmesi ve Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara 2014.
- KOSTAKOĞLU, Cengiz**, İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri, 10. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, 2017.
- KUNTALP, Erden**, Arda arda teslimli satım akdi, Ankara 1968.
- KUNTALP, Erden**, Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971.
- KURT, Leyla Müjde**, “Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü”, Ankara, 2012.
- KURŞAT, Zekeriya**, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/ ÖZ, Turgut**, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 10. Bası, C.I, İstanbul, 2012.
- ÖKTEM, Seda**, Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Doğan Hakları, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, S.5, Y.2006, s. 1947-1965.
- ÖZ, Turgut**, “İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi”, İstanbul, 1989.
- ÖZCAN, Zeynep**, "İnşaat Sözleşmelerinde Yüklenicinin Ayıplı Ve Eksik İfası", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.: 6, S.: 11, Haziran 2018, s. 317-339.
- SELİÇİ, Özer**, “İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu”, İstanbul, 1978.
- SELİMOĞLU, Yaşar. Engin.**, Eser Sözleşmesi, Ankara, 2017.
- SEROZAN, Rona**, “Sözleşmeden Dönme”, 2. Bası, İstanbul, 2007.
- SEROZAN, Rona**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Baskı, İstanbul, Oniki Levha Yayınları, 2019 (Borçlar Özel).
- ŞAHİNİZ, Salih**, Eser Sözleşmelerinde Yüklenicinin Eksik İfa ve Ayıplı İfadan Sorumluluğu, İstanbul, 2014.
- ŞENOCAK, Zarife**, “Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı”, Ankara, 2002.

TANDOĞAN, Haluk, “İstisna Akdinde Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakların Zamanaşımı” (“Zamanaşımı”), **BATİDER**, C. XI, S. 3, 1982, s.1-11.

TANDOĞAN, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri” (“Borçlar Hukuku”), c.II, İstanbul, 2010.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Sermet/ BURCUOĞLU, Haluk/ ALTOP, Atilla, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 7. Baskı, İstanbul, 1993.

TUNÇOMAĞ, Kenan, “Borçlar Hukuku” c. II, 2. Bası, İstanbul, 1974.

YAVUZ, Cevdet/ ACAR, Faruk/ ÖZEN Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2019.

YILDIRIM, Abdulkerim, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, 5. Bası, Ankara- 2016.

ZEVKLİLER, Aydın/ GÖKYAYLA, K. Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2019.

Elektronik Kaynaklar

Kazancı İçtihat Bilgi Bankası

<https://www.jurix.com.tr>

<https://dergipark.org.tr>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiistemciWeb/>

www.lexpera.com.tr

ÖZET

Eser sözleşmesi, iş görme sözleşmelerinin bir türünü oluşturmaktadır. Günlük ve ticari hayatta sıklıkla karşılaştığımız bir sözleşme türü olması nedeniyle eser sözleşmesi ayrı bir öneme sahiptir. Eser sözleşmesi, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ile 478'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Eser sözleşmesinde ayıptan doğan sorumluluk halinde işsahibinin sahip olduğu seçimlik haklar, mezkur kanunun 475. maddesinde ele alınmıştır. Çalışmamızda eser sözleşmesi, ayıplı ifa durumunda yüklenicinin sorumluluğu bakımından ele alınacaktır. Yüklenicinin eser sözleşmesinde asli borcu, eseri ayıpsız bir şekilde işsahibine teslim etmektir. Eser sözleşmesinde, hem ortaya çıkan ayıbın türü hem de yüklenici tarafından yapılan ifanın mahiyeti uygulamada sıklıkla karıştırılmaktadır. Hem ayıbın türleri hem de edimin ifasının türü bakımından ortaya çıkan hukuki sonuçlar farklılık arz ettiğinden, çalışmamızda bu hususlara açıklık getirilmeye çalışılmıştır.

Edimin ifasının ayıplı olması durumunda, yüklenicinin sorumluluğuna ilişkin olarak yapılan düzenlemeler çalışmamızda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bu kapsamda, eser sözleşmesindeki ayıp kavramı, ayıbın çeşitleri, ifanın ayıplı olup olmaması hususu, ifanın ayıplı olması halinde yüklenicinin sorumluluğu, işsahibinin ayıplı ifadan doğan hakları ve bu hakları kullanabilmesinin şartları ve uygulanacak zamanaşımı süresi tez kapsamında irdelenecektir. Tezin amacı eser sözleşmesinin ayıba karşı tekeffül hükümlerine ilişkin olarak uygulamadaki sorunlara karşı hukuki çözümleri ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Eser, Eser Sözleşmesi, Ayıp, Ayıplı İfadan Sorumluluk, İşsahibinin Seçimlik Hakları

ABSTRACT

A contract of work is a type of independent contractor agreements. Because of it is a type of contract that we frequently encounter in daily and commercial life, the contract of work has a special importance. The contract of work is regulated between articles 470 and 478 of the Turkish Code of Obligations No. 6098. The optional rights of the client in case of liability arising from defect in the contract of work are discussed in article 475 of the aforementioned law. In our study, the contract of work will be handled in terms of the responsibility of the contractor in case of defective performance. The main obligation of the contractor in the contract of work is to deliver the work to the client without any defects. In the contract of work, both the type of defect and the nature of the performance by the contractor are often confused in practice. Because of the legal consequences that arise in terms of both the types of defect and the type of performance of the act differ, these issues have been tried to be clarified in our study.

In case the performance of the performance is defective, the arrangements made regarding the responsibility of the contractor have been examined in detail in our study. In this context, the concept of defect in the contract of work, the types of defect, whether the performance is defective or not, the responsibility of the contractor if the performance is defective, the rights of the client arising from the defective performance and the conditions for using these rights and the limitation period to be applied will be examined within the scope of the thesis. The aim of the thesis is to present legal solutions to the problems in practice regarding the responsibility of defect the contract of work.

Keywords: Work, Contract of Work, Defect, Responsibility for Defective Performance, Elective Rights of the Client