

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞ SAHİBİNİN
SEÇİMLİK HAKLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Gökhan TEZCAN

Ankara-2021

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞ SAHİBİNİN
SEÇİMLİK HAKLARI**

Yüksek Lisans Tezi

Gökhan TEZCAN

**Tez Danışmanı
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ**

Ankara-2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

Gökhan TEZCAN

ESERDEKİ AYIP SEBEBİYLE İŞ SAHİBİNİN SEÇİMLİK HAKLARI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ

Doç. Dr. Dr. Mehmet KILIÇ

Dr. Öğr. Üy. Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi: 19.01.2021

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Doç. Dr. Süleyman YILMAZ danışmanlığında hazırladığım “Eserdeki Ayıp Sebebiyle İş Sahibinin Seçimlik Hakları (Ankara 2021)” 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.

Gökhan Tezcan

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	i
KISALTMALAR CETVELİ	v
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ, YÜKLENİCİNİN BORÇLARI VE AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ	2
A. Tanımı	2
B. Unsurları	3
1. Bir Eser Meydana Getirme	3
2. Eser Meydana Getirmeye Karşılık Bedel Vaat Edilmesi	6
3. Tarafların Anlaşması	7
C. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Özellikleri	9
D. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırılması	10
1. Hizmet Sözleşmesinden Ayırılması	11
2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırılması	11
3. Satış Sözleşmesinden Ayırılması	12
II. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI	13
A. İş Sadakat ve Özenle Yapma Borcu	14
1. Sadakat Borcu	14
a. Sadakat Borcunun Kapsamı ve Sınırları	15
b. Türk Borçlar Kanunu'nda Sadakat Borcunun Özel Görünümleri.....	16
c. Yüklenicinin Sadakat Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları.....	18
2. Özen Borcu	18
B. Şahsen İfa Borcu	20
1. Genel Olarak	20
2. Yüklenicinin Yardımcı Kişilere Başvurması	22
3. Birden Fazla Kimsenin Eseri Birlikte Meydana Getirmesi	23
4. Şahsen İfa Borcunun İstisnaları	24
a) Alt Yüklenicilik Sözleşmesi	24
aa. Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki	25
bb. Alt Yüklenici ile İş Sahibi Arasındaki İlişki	26

cc. İş Sahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişki	27
b) Sözleşmenin Tümünden Devri	28
C. Yüklenicinin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu	28
1. Araç ve Gereç Sağlama Borcu	28
2. Malzeme Sağlama Borcu	30
D. Yüklenicinin Genel İhbar Yükümlülüğü	32
E. Yüklenicinin İş Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu	33
1. Genel Olarak	33
2. Teslimden Önce Eserin Ayıplı Olacağının Ortaya Çıkması	36
F. Eseri Teslim Etme Borcu	38
G. Eserin Ayıpsız Olmasını Sağlama Yükümlülüğü	38
III. YÜKLENİCİNİN AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUĞUNUN	
ŞARTLARI	39
A. Genel Olarak	39
B. Eserin İş Sahibine Teslim Edilmiş Olması Gerekir	41
1. Teslimin Ayıptan Sorumluluk Açısından Önemi	41
2. Teslim ve Tesellüm Kavramı	42
3. Teslimin Ön Şartı Olarak Eserin Tamamlanmış Olması	44
4. Eser Türlerine Göre Teslimin Nasıl Yapılacağı	49
C. Teslim Konusu Eser Ayıplı Olmalıdır	51
1. Ayıp Kavramı	51
2. Eserin Ayıplı Sayıldığı Durumlar	53
3. Ayıp Türleri	56
4. Ayıp Sayılmayan Durumlar	57
D. Eseri Muayene ve Ayıbı İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi	59
1. Muayene ve İhbarın Amacı ile Hukuki Niteliği	59
2. Muayene Külfetinin Yerine Getirilmesi	60
3. Ayıbın İhbar Edilmesi	63
E. Ayıp İş Sahibine Yüklenememelidir	65
1. Eserdeki Ayıbın İş Sahibine Yüklenilebilecek Bir Durumdan	
Kaynaklanması	66
2. İş Sahibi Tarafından Eserin Kabul Edilmesi	67
3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Mevcut Olmaması	68

İKİNCİ BÖLÜM

AYIP SEBEBİYLE SEÇİMLİK HAKLAR

I. SEÇİMLİK HAKLAR VE SEÇİMLİK HAKLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ	69
A. Genel Olarak Seçimlik Haklar	69
B. Seçimlik Hakların Genel Özellikleri	71
II. SÖZLEŞMEDEN DÖNME	73
A. Genel Olarak	73
B. Dönme Kavramını Açıklayan Teoriler	75
1. Klasik Dönme Görüşü	75
2. Yeni Dönme Görüşü	77
3. Karma Görüş	77
C. Dönme Hakkının Kullanılmasının Şartları ve Sınırları	78
D. Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları	82
III. AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME	84
A. Genel Olarak	84
B. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları	85
C. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkını Kullanmanın Sonuçları	87
IV. BEDEL DEN İNDİRİM İSTEME HAKKI	89
A. Genel Olarak Bedelden İndirim Hakkı	89
B. Bedelden İndirim İsteme Hakkının Şartları	91
1. Eserdeki ayıp kural olarak önemli olmamalıdır	91
2. Ayıp nedeniyle eserin değerinde bir eksiklik meydana gelmiş olmalıdır	93
3. Ayıplı eserin objektif değeri bedele eşit olmamalıdır	93
C. Bedelden İndirim İsteme Hakkının Kullanılması	94
V. İŞ SAHİBİNİN ESERİN YENİDEN MEYDANA GETİRİLMESİNİ İSTEME HAKKININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU	94
VI. ESERDEKİ AYIP DOLAYISIYLA UĞRANILAN ZARAR ZİYANIN GİDERİLMESİ	95
VII. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASINDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ	97
A. Genel Olarak	97
B. Süre	98

SONUÇ	100
KAYNAKÇA	104
ÖZET	111
ABSTRACT	112



KISALTMALAR CETVELİ

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
B.	: Bölüm
bkz.	: Bakınız
bs.	: baskı/bası
C.	: Cilt
DİK.	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dipnot
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
eBK	: 818 Sayılı Eski Borçlar Kanunu
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
İİK	: 2004 Sayılı İcra ve İflâs Kanunu
K.	: Karar
KİBB.	: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
KİSK	: 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TAAD	: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
SDÜHFD	: Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
vb.	: Ve benzeri
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Yarg.	: Yargıtay

YHGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBGK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
YİGŞ. : Yapım İşleri Genel Şartnamesi



GİRİŞ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 470 ilâ 486'ıncı maddeleri arasında düzenlenen eser sözleşmesi, en sık uyuşmazlık yaşanan sözleşme türlerinden başında gelmekte olup, çalışmamızın temel konusunu yüklenicinin iş sahibi ile akdettiği eser sözleşmesi gereğince taahhüt ettiği eseri sözleşmeye uygun olarak meydana getirememesi hallerinden biri olan ayıplı ifa halinde iş sahibine tanınan haklar oluşturmaktadır.

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, sözleşme konusu eserin sözleşme ile kararlaştırılan şekilde meydana getirilmesi ve iş sahibine teslimi olup; ifanın yer ve zaman açısından sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesi yanında, tamamlanmış olan eserin hem sözleşmede kararlaştırılan vasıflara hem de dürüstlük kuralları gereğince eserde bulunması gereken niteliklere uygun olması gerekmektedir. Bu nitelikleri haiz olmayan, bir başka deyişle ayıplı olarak meydana getirilen eser sebebiyle kanun koyucu tarafından iş sahibine, yükleniciye karşı kullanılabileceği bazı seçimlik haklar tanınmıştır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 475'inci maddesinde düzenlenen bu haklar anlatılmadan önce, çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak eser sözleşmesi, bu sözleşme bağlamında yüklenicinin borçları, ayıp kavramı ve yüklenicinin ayıp sebebiyle sorumluluğunun şartları irdelenmiş olup, ikinci bölümünde ise iş sahibinin eserde meydana gelen ayıp sebebiyle kanundan doğan seçimlik hakları, bu hakların hukuki niteliği, kullanılması ve sonuçları mevzuat, yargı kararları ve öğretideki görüşler çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

Sonuç kısmında ise çalışma konumuza ilişkin genel bir değerlendirme yapılarak, çalışma kapsamında ortaya koymuş bulduğumuz açıklamalar ve görüşlerimiz özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ, YÜKLENİCİNİN BORÇLARI VE AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

I. GENEL OLARAK ESER SÖZLEŞMESİ

A. Tanımı

Eser sözleşmesi, satış ve kira gibi gündelik hayatta sık karşılaşılan sözleşme türlerinden birisi olmasına karşın pek bilinmemekte; eser sözleşmesi denildiğinde akla, heykeltıraşın heykel yapmayı, ressamın tablo yapmayı üstlendiği örnekler gelmektedir. Ancak bir bina yapılmasını, bir elbise dikilmesini, bir evin boyanmasını, mutfak dolabı yaptırılmasını, kilitli kalmış bir kapının açılmasını ve hatta eski bir binanın yıkılmasını konu alan sözleşmeler dahi hep eser sözleşmesidir. Eser sözleşmesinin yargı kararlarına en çok konu olan şeklini ise inşaat sözleşmeleri oluşturmaktadır.

Eser sözleşmesine ilişkin temel hükümler, esasen 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'muzun 470. maddesi ile 486. maddesi arasında düzenlenmiş olmakla birlikte, 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu ile yine kamu hukuku kaynaklı, özellikle ihale konularına ilişkin muhtelif kanunlarda ve daha alt nitelikteki düzenlemelerde de bu sözleşme ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Bu çalışmamızın konusunu TBK hükümleri kapsamında eser sözleşmesi ve eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar oluşturmaktadır.

6098 sayılı TBK'nın 470. maddesinde eser sözleşmesinin tanımı şöyle yapılmıştır: “Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”. Tanımdan anlaşılabacağı üzere, eser sözleşmesinin taraflarını “yüklenici” ve “iş sahibi” oluşturmaktadır. Bu

sözleşme ayrıca “tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme” dir. Eser sözleşmesinin kanundaki tanımından hareketle eser sözleşmesinin unsurları şu şekilde ifade edilebilir.

B. Unsurları

1. Bir Eser Meydana Getirme

Eser sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden ayıran temel fark, iş görme faaliyetinin kendisinden çok, ortaya konulan ve objektif olarak gözlemlenebilen sonuçtur¹. Yüklenici edim fiiliyle beraber eserin tesliminden yani edim sonucundan sorumludur. Bir başka ifadeyle, yüklenicinin eser meydana getirme borcu, bir sonuç borcu olup, bu sonuca da eser denilmektedir². Eser kavramının niteliği esasında tartışmalı bir hadise olup, bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Dar anlamda yalnız maddi varlıkları eser olarak niteleyen görüş ile bu kavramı geniş anlamda yorumlayan ve hem maddi varlıkları hem de maddi olmayan varlıkları eser olarak niteleyen hâkim görüş³ yanında; maddi olmayan iş görme sonuçlarını konu alan sözleşmeleri kendine

¹ **Yavuz**, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul 2014, s. 986.

² **Aral**, Fahrettin / **Ayrancı**, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, s. 361; **Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019, s. 462; **Zevkliler**, Aydın / **Ertaş**, Şeref / **Havutcu**, Ayşe / **Aydoğdu**, Murat / **Cumahoğlu**, Emre: Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, İzmir 2013, s. 588.

³ Eser kavramını açıklayan görüşler ve tartışmalar hakkında bkz. **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010, s. 2-22; **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014, s. 584-589; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 462-466; **Aral/Ayrancı**, s. 361-365; **Büyükay**, Yusuf: Eser Sözleşmesi, Ankara 2019, s. 32.; **Akıntürk**, **Turgut/Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020, s. 305; **Erzurumluoğlu**, Erzan: Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2017, s. 175; **Bilge**, Necip: Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 245; **Tunçomağ**, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. II Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977, s. 952; Nitekim Yargıtay, yüklenicinin sonuç sorumluluğunu üstlenebileceği her şeyin ister maddi varlığı bulunsun ister

özgü sözleşme olarak niteleyen üçüncü bir görüş daha mevcuttur⁴. Konunun dışına çıkılmaması bakımından çalışmamızda bu tartışmalara yer verilmeyecektir.

Eser sözleşmesinde ortaya konulan sonuç, yani eser; bina, heykel, tablo yapılması, elbise dikilmesi gibi maddi bir sonuca yönelik olabileceği gibi, sanatçının konser vermesi, sinemada film gösterilmesi veya reklam kampanyası düzenlenmesi gibi gayri maddi bir sonuca da yönelik olabilir⁵. Bununla birlikte, gayri maddi sonuca yönelik sonuçların, yani *fikri eser* kavramının sınırlarının belirlenmesi, eser sözleşmesini başkaca iş görme amacı güden sözleşmelerden, özellikle vekâlet sözleşmesinden ayırmak bakımından son derece önem taşımaktadır.

Öncelikle, gayri maddi sonuca yönelmiş sözleşmelerin eser sözleşmesi sayılabilmesi için, bu sonucun yapı itibariyle yüklenicinin sahip olduğu güç ve yeteneklerin dışında, baştan tartılabilen ve değişik etkenlere tâbi olmayan objektif bir sonuç olması gerekir⁶. Örneğin, özel ders verilmesi, tedavi amaçlı cerrahi müdahale veya bir davanın takip edilmesi gibi iş görmeler, yapısı itibariyle değişik etkenlere bağlı ve yüklenicinin vaat etmesine elverişli olmayan sonuçlar ortaya koyduğundan eser olarak değil, vekâlet akdi olarak nitelendirilir. Ancak estetik cerrahi, dış etkenlerden bağımsız bir şekilde, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleşen ve tıbbi olarak vaat edilmeye elverişli objektif bir sonuç ortaya koymakta olduğundan eser sözleşmesi niteliğindedir⁷. Zira Yargıtay tarafından da bir kararında; “*Davacı, burun estetiği, yüz gerdirme ve karnında yağ alma gayesiyle yani estetik*

bulunmasın eser olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir. YHGK, E. 2009/15-459, K. 2009/541, T. 18.11.2009, KİBB.

⁴ **Gümüş**, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2020, s. 334.

⁵ Örnekler için bkz. **Yavuz**, s. 988.

⁶ **Yavuz**, s. 989; Eren, s. 588; **Aral/Ayrancı**, s. 364.

⁷ Salt estetik amaçlı cerrahi müdahaleye dönük sözleşmelerin eser sözleşmesi değil, vekâlet sözleşmesi sayılması gerektiği yönündeki aksi görüş için bkz. **Yavuz**, s. 989.

amaçla davalıya başvurmuş olduğuna göre, estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan amaca uygun güzel bir görünüm sağlanmasının taraflar arasındaki eser sözleşmesinin konusu olduğu açıktır. Burada sözleşme yapılmasının nedeni belli bir sonucun ortaya çıkmasıdır.” denilerek taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde sayılması gerektiğinden bahisle, bilirkişi raporundaki “*hekimin eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu*” yönündeki görüşün yeterli olmadığı yönünde karar verilmiştir⁸.

Gayri maddi bir sonucun fikri eser kavramına girebilmesi için doktrinde⁹ yapılan bir diğer sınırlama ise, bu sonucun belirli bir maddi boyut ve vücut kazanması gerektiği yönündedir. Buna göre maddi boyutu sağlayan şey, kâğıt, elektronik bilgi depolayan aygıt veya müzik bandı olabilir. Buna karşılık, fikri eser kavramının ortaya çıkabilmesi

⁸ “...bu duruma göre ilgili hekimin eylemlerinin tıp kurallarına uygun olduğu ve atfı kabul bir kusur bulunmadığı belirtilmiş ve mahkemece de bu rapor gözetilerek dava reddedilmiş ise de; taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın gerek burun gerekse yüz germe ve yağ dokusu alınması ile ilgili isteminin davalı doktor tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde, hekimin eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu yönündeki görüş yeterli olmayıp, ayrıca davacının isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı, ayıplı olduğu iddia edilen yüz germe ve karından yağ dokusu alma ile ilgili olarak; hekimin edimini yerine getirip getirmediği ya da komplikasyon olup olmadığı ve komplikasyon konusunda aydınlatma görevinin yerine getirilip getirilmediği ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılıp yapılmadığı hususları tartışılıp değerlendirilmek üzere, aralarında akademik kariyere sahip üniversitelerden seçilecek Estetik Plastik ve Rekonstrüktif cerrahisi konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi kurulu oluşturulmak suretiyle gerektiğinde muayene edilmek suretiyle, dosyadaki belge ve bilgiler incelenerek alınacak rapora yapılacak itirazlar da dikkate alınıp hekim ve istihdam eden sıfatıyla davalı hastane işleticisinin sorumluluğu saptanıp, hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.” Yarg., 15. HD, E. 2018/5312, K. 2019/139, T. 14.01.2019, KİBB.

⁹ **Yavuz**, s. 989.

için ortaya konulacak sonucun belirli bir maddi boyut ve vücut kazanması yani dış şekil kazanmasının gerekmediği yönünde de görüşler mevcuttur¹⁰.

TBK'nin 470. maddesinde geçen “*eser meydana getirme*” ifadesi geniş biçimde yorumlanmalıdır. Eser meydana getirme, bir terzinin takım elbise dikmesi gibi yeni bir eser meydana getirme biçiminde olabileceği gibi, bir pantolonun paçasının kısaltılması gibi, mevcut bir eserde değişim veya onarım şeklinde de söz konusu olabilir. Hatta, eski bir binanın yıkılmasında olduğu gibi, mevcut bir eserin ortadan kaldırılması da eser sözleşmesi olarak değerlendirilebilir¹¹.

2. Eser Meydana Getirmeye Karşılık Bedel Vaat Edilmesi

Kanuni tanımdan anlaşılacağı üzere eser sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğindedir. Yüklenicinin eser meydana getirmeyi üstlenmesine karşılık, iş sahibi yükleniciye bir bedel ödemeyi taahhüt etmektedir. Bedel konusunda taraflar açıkça anlaşabileceği gibi zımnen de anlaşmış olabilirler. Bedel para olarak kararlaştırılabileceği gibi, para dışında başka bir şey de olabilir¹². Örneğin, ortaya çıkacak eserin başka bir eserle değiştirilmesinin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹³. Bununla birlikte, doktrinde eserin bedelinin mutlaka para olarak belirlenmesinin gerektiği de ileri sürülmektedir¹⁴.

Bu unsur, (yani iş sahibinin bedel ödemeyi taahhüt etmesi) eser sözleşmesinin zorunlu unsurunu oluşturmakla birlikte, bedelin sözleşme kurulduğu esnada kararlaştırılması şart değildir, önemli olan bedel verileceğinin kararlaştırılmış olmasıdır.

¹⁰ Eren, s. 587.

¹¹ Büyükkay, s. 37; Aral/Ayrancı, s. 359; Yavuz, s. 991; Eren, s. 589; Gümüş, s. 333.

¹² Erzurumluoğlu, s. 176; Tandoğan, s. 28.

¹³ Yavuz, s. 992; Buna karşılık, bedelin para dışında başka bir şey olması halinde sözleşmenin karma bir sözleşme olacağı yönündeki görüş için bkz. Zevkliler/Gökyayla, s. 470.

¹⁴ Büyükkay, s. 38; Zevkliler/Gökyayla, s. 470.

Nitekim TBK'nin m. 481'de, "*Eserin bedeli önceden belirlenmemiş veya yaklaşık olarak belirlenmişse bedel, yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yüklenicinin giderine bakılarak belirlenir.*" hükmüne yer verilerek, ücret bedelinin belirlenmemesinin sözleşmenin kurulmasına etkili olmadığı ifade edilmiştir.

Ancak şunu da belirtmek gerekir ki; yüklenici, eser meydana getirmeyi bir karşılık almaksızın üstlenmişse, eser sözleşmesinden bahsedilemeyecektir¹⁵. Bununla birlikte, eser sözleşmesinin ivazsız yapıldığı bu gibi durumlarda, sözleşme tipinin vekâlet mi yoksa isimsiz bir akit mi olduğu yönünde tartışmalar bulunmaktadır¹⁶. Konudan uzaklaşmamak bakımından çalışmamızda bu tartışmalara yer verilmeyecektir.

3. Tarafların Anlaşması

Eser sözleşmesinin bir diğer unsuru, yüklenici ile iş sahibinin eserin meydana getirilmesi ve karşılığında bedel ödenmesi konusunda anlaşmalarıdır. TBK'nın 470 ilâ 486. maddelerinde, tarafların anlaşmasının şekline ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. TBK m. 12 hükmüne göre, "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*" Bu çerçevede, eser sözleşmesinin geçerliliğinin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığını söylemekte sakınca yoktur.

¹⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 359; **Eren**, s. 582; **Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/Cumahoğlu**, s. 589.

¹⁶ Bu durumda, sorunun olayın somut özelliklerine göre çözümlenmesi gerektiği, şüphe halinde ise TBK m. 502/II'ye rağmen, eser sözleşmesi benzeri isimsiz (karma) bir sözleşmenin olduğunun kabulü gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Eren**, s. 582; Buna karşılık, eser meydana getirilmesinin bedelsiz olarak taahhüt edilmesi halinde eser sözleşmesi benzeri bir isimsiz (karma) sözleşme bulunduğu yönündeki görüş için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 366; **Gümüş**, s. 331.; **Büyükay**, s. 36; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 470; Bedelsiz olarak bir eser meydana getirmenin vekalet sözleşmesi sayılacağı hakkında bkz. **Akintürk/Ateş**, s. 306.

Ne var ki, eser sözleşmesi açısından şekil serbestisi geçerli olmakla birlikte bunun bazı istisnaları bulunmaktadır¹⁷. 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu kapsamında kalan sözleşmelerin, bu kanunun 57. maddesi gereğince noter tarafından onaylama şeklinde, 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu kapsamında kalan sözleşmelerin ise bu kanunun 46. maddesi uyarınca yazılı şekilde yapılması zorunluluğu şekil serbestisinin en önemli istisnalarındandır.

Bunların yanında, tam iki tarafa borç yükleyen, karma bir sözleşme hüviyetinde olup, uygulamada çok sık yapılan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmeleri de, şekil serbestisinin bir diğer istisnasını oluşturur. Zira, taraflardan birinin bir taşınmazın mülkiyetinin devrini borçlandığı hallerde, bu sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir¹⁸. Şöyle ki; eser ve gayrimenkul satış vaadi sözleşmelerinin bir araya getirildiği çifte tipli karma bir sözleşme¹⁹ mahiyetinde olan arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesi, gayrimenkul satış vaadi içerdiğinden, bu sözleşmenin noterde düzenleme şeklinde yapılması gerekir. Zira karma sözleşmede sözleşmelerden birisi için geçerli şekil, karma sözleşme için de geçerlilik şeklini oluşturur²⁰. Ancak Yargıtay, *tarafların edimlerini tümüyle ya da önemli oranda yerine getirmiş olmaları*, bir de *arsa sahibinin arsa payını yükleniciye devretmiş olması halinde* artık şekle aykırılığın ileri sürülemeyeceğini, aksi takdirde bu durumun dürüstlük kuralına aykırı olacağını belirtmiştir²¹.

¹⁷ Eser sözleşmesinde şekil mecburiyetinin bulunduğu sözleşmeler ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Avcı**, Ali: Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2015, s. 285-335; **Büyükcay**, s. 58-69.

¹⁸ **Yavuz**, s. 993; **Eren**, s. 591.

¹⁹ **Serozan**, Rona: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2018, s. 91.

²⁰ **Avcı**, Şekil, s. 303

²¹ Yarg. 23. HD, E. 2013/549, K. 2013/2250, T. 08.04.2013; 23. HD, E. 2012/2967, K. 2012/2967, T.12.09.2012, KİBB.

Son olarak, iş sahibinin eserin bedelini tapuda bir mülkiyet devri olarak ödeyeceğinin kararlaştırıldığı sözleşmelerin de (mülkiyet naklini içeren eser sözleşmeleri) resmi şekilde yapılması gerekir²².

C. Eser Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Özellikleri

Eser sözleşmesi, malvarlığının aktifini doğrudan etkilemeyen, sadece pasifini artıran bir sözleşme olduğundan taahhüt işlemi olarak nitelendirilmektedir²³. Eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşme olduğu yönünde bir şüphe bulunmamakla birlikte, ani edimli bir sözleşme olup olmadığına dair doktrinde tartışmalar vardır. Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde hukuki sonuçları açısından son derece önem arz eden bu konu üzerinde kısaca durmakta fayda bulunmaktadır. Zira eser sözleşmesinin ani edimli olduğu kabul edilirse, dönme ile geriye etkili; sürekli edimli sözleşme olduğu kabul edilirse, fesih ile ileriye etkili olarak sona erdirilecektir.

Bir görüşe göre²⁴, eser sözleşmesi sürekli değil, ani edimli bir sözleşme olup, diğer iş görme amacı taşıyan vekâlet ve hizmet sözleşmesinden farklı olarak edim fiilinin değil, edim sonucunun önem taşıdığı bir sözleşmedir. Sözü edilen edim sonucu, yüklenici tarafından oluşturulan eserin iş sahibine teslimidir²⁵. Eser sözleşmesi, “sürekli borç ilişkisi” olarak kabul edilmese de, inşaat sözleşmelerinde yüklenicinin meydana getirme borcu uzun bir zaman dilimine yayıldığından, sürekli borç ilişkisine ilişkin kuralların burada dikkate alınması gerektiği de kabul edilmektedir²⁶.

²² **Avcı**, Şekil, s. 308

²³ **Eren**, s. 580.

²⁴ **Karahasan**, s. 56; **Aral/Ayrancı**, s. 360; **Yavuz**, Cevdet /**Acar**, Faruk / **Özen**, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2018, s. 533; **Eren**, s. 582.

²⁵ **Gümüş**, s. 331.

²⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 360; Bu görüşler ve tartışmalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Büyükcay**, s. 44-48.

Türk hukukunda savunulan ve Yargıtay’ca²⁷ da benimsenen bir diğer görüşe²⁸ göre ise eser sözleşmesi, “ani-sürekli karmaşığı içeren bir borç ilişkisi”dir. Bu tartışmalar ve sonuçlarına, çalışmamızın daha sonraki bölümlerinde ayrıca değinilecektir.

D. Eser Sözleşmesinin Benzer Sözleşmelerden Ayırılması

Yukarıda bahsedildiğı üzere eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiğı sözleşmedir. Burada eser sözleşmesine hüviyetini veren karakteristik unsur, daha önce belirtildiğı üzere bir eser meydana getirmektir. Yani eser sözleşmesinde, objektif anlamda gözlemlenebilen ve ortaya konulan bir sonuç vardır. Bu yönü, eser sözleşmesini diğer iş görme borcu doğuran sözleşmelerden ayırt eder. Çalışma kapsamı dışına çıkmamak için burada sadece, hizmet sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, satış sözleşmesi ile farkları ortaya konulacaktır.

²⁷ “İş görme sözleşmeleri arasında yer alan istisna sözleşmesi genel olarak “ani edimli” sözleşmeler grubunda mütalaa edilmekte ise de istisna sözleşmesinin bir türü olan inşaat sözleşmelerinde; müteahhidin (emeğe ve masrafa dayanan) edim borcunun genellikle uzun bir zaman süreci içinde yayılmış olmasından dolayı ve edim borcunun bu özelliğı yönünden, sürekli borç ilişkilerine özgü kuralların da gözetilmesi gerekir. Kanunda da istisna sözleşmeleri düzenlenirken, sürekli borç ilişkilerine özgü kurallara yer verildiğı görülmektedir. O halde, Hukuk Genel Kurul Kurulu kararında da açıkça belirttiğı gibi inşaat sözleşmeleri “geçici-sürekli karmaşığı” bir özellik taşımaktadır.” YİBGK, E.1983/3, K. 1984/1, T. 25.01.1984, KİBB.

²⁸ **Şenocak**, Zarife: Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002, s. 11-12; **Serozan**, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2008, s. 166; **Büyükay**, s. 47.

1. Hizmet Sözleşmesinden Ayırılması

TBK'nin 393. maddesinde yapılan tanıma göre; *“hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana ve yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir.”*. Tanımda belirtildiği üzere, hizmet sözleşmesinde işçi belli bir sonucu taahhüt etmeksizin, süreli veya süresiz hizmet edimini ifa etmektedir. Eser sözleşmesinde ise taahhüt edilen bir sonuç söz konusudur. Yani, hizmet sözleşmesinde *“edim fiili”* önem taşırken, eser sözleşmesinde *“edim sonucu”* ön plana çıkar.

Hizmet sözleşmesinin temel özelliği ve bu sözleşmeyi diğer iş görme borcu doğuranlardan ayıran özellik, hizmet ediminin işverene bağımlılık içinde ve onun talimatı altında gerçekleştirilmesidir²⁹. Eser sözleşmesinde ise yüklenici iş sahibine bağımlı olmaksızın taahhütte bulunmaktadır.

2. Vekâlet Sözleşmesinden Ayırılması

Vekâlet sözleşmesi, vekilin müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun olarak, zaman kaydına tâbi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak onun bir işini görmeyi, istenen neticenin elde edilememesinin riski vekil edende olmak üzere üstlendiği bir sözleşmedir³⁰.

Vekâlet ile eser sözleşmesinin ortak noktası, her iki sözleşmede de sözleşmenin diğer tarafına bağımlı olmaksızın iş görmenin taahhüt edilmiş olmasıdır. Ancak, tanımdan anlaşılacağı üzere vekâlet sözleşmesinde vekil, özen ve sadakatle çalışmış olmasına rağmen arzu edilen sonuç elde edilememiş olsa bile vekilin sorumluluğu ortaya çıkmayacak ve vekil sözleşmeye uygun davranmış olacaktır. Dolayısıyla, vekilin

²⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 468.

³⁰ Tandoğan, s. 356.

sonuçtan sorumlu olmaması, bu sözleşmeyi eser sözleşmesinden ayıran en temel özelliktir.

Vekâlet sözleşmesi ile eser sözleşmesi arasındaki diğer ve en bariz fark ise ücret konusunda ortaya çıkmaktadır. TBK m. 502’de yer alan “*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.*” şeklindeki tanıma göre, vekâlet sözleşmesi bakımından ücretin zorunlu bir unsur olmadığı anlaşılmaktadır. Buna karşılık, eser sözleşmesinde bedel zorunlu unsurlarından birisidir.

3. Satış Sözleşmesinden Ayırılması

Günlük hayatta en çok kullanılan sözleşme türü olan satış sözleşmesi TBK m. 207/1’de “*...satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmıştır. Tanıma göre satış sözleşmesinde her şeyden önce ortada bir *satılanın* hazır bulunması gerekir. Eser sözleşmesinde ise *meydana getirmeden* bahsedildiğinden, sözleşme anında hazır bir şey söz konusu olmayıp, eserin sözleşmeden sonra imali söz konusudur. Ancak günümüzde bazı durumlarda henüz üretilmemiş malların satışı da gerçekleştirildiğinden, bu kıstas tek başına ayırt edici değildir. Bu noktada emek ve malzeme unsurlarının ağırlığı, edim borcunun misli veya gayrimisli oluşu dikkate alınarak karar verilmelidir. Alınan şey, sipariş üzerine meydana getirilmiş ve misli olmayan bir mal niteliğinde ise sözleşme, eser sözleşmesidir³¹. Çünkü eser sözleşmesinde iş sahibinin isteği üzerine meydana getirilen şeyin genellikle benzeri yoktur.

³¹ Eren, s. 598.

Satış ile eser sözleşmesinin en çok karıştırıldığı durumlar, yüklenici tarafından malzemesi kendisi tarafından sağlanarak yeni bir şey meydana getirilip, teslim edilmesinin taahhüt edildiği sözleşmeler ile montaj yükümlüğü de içeren satım sözleşmelerinde ortaya çıkar. Örneğin, bir eve yeni bir dış kapı takılması için kurulan sözleşmede durum böyledir. Bu halde emek ve malzeme unsurlarının ağırlıklarına bakılarak, emek unsurunun ağır bastığı durumlarda eser sözleşmesinin bulunduğu kabul edilmelidir³².

Eser sözleşmesini satış sözleşmesinden ayıran bir diğer nokta ise iş sahibinin talimat verme yetkisi yönündendir. Zira eser sözleşmesinde iş sahibinin talimat verme yetkisinin bulunurken, satış sözleşmesinde böyle bir durum söz konusu değildir.

II. ESER SÖZLEŞMESİNDE YÜKLENİCİNİN BORÇLARI

Eser sözleşmesinin tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından dolayı gerek yüklenici gerekse iş sahibi, karşılıklı olarak birtakım borçlar altına girer. İş sahibinin borcu esas itibarıyla ücret ödeme olup, bunun yanında malzemeyi sağlama, tehlikeli veya işi etkileyecek hususlar hakkında yükleniciyi haberdar etme ile ayıby muayene ve ihbar borçları da bulunmaktadır³³.

Yüklenicinin borçlarına bakıldığında, bir kısmı eserin sözleşmeye uygun olarak hazırlanmasıyla ilgili iken, diğer bir kısmı ise meydana getirilen eserin teslimi ile ilgilidir. İş sadakat ve özenle yapma, işi bizzat yapma, araç-gereç ile malzeme sağlamaya ilişkin borçlar, iş zamanında başlama ve devam etme ile genel ihbar yükümlülüğü *eserin meydana getirilmesine ilişkin borçlar* iken; eseri teslim borcu,

³² Zevkliler/Gökyayla, s.482.

³³ Erzurumluoğlu, s. 180; Yavuz/Acar/Özen, s. 558.

teslim borcuna bağılı olarak ayıptan sorumluluk ve eserin hasarına katlanma borcu ise meydana getirilen *eserin teslimine ilişkin borçlardır*³⁴.

A. İşi Sadakat ve Özenle Yapma Borcu

1. Sadakat Borcu

Sadakat ve özen borcunun çok sıkı bir şekilde birbirine bağılı olması nedeniyle gündeme gelen, “*özen borcunun sadakat borcunun sonucu olduğı ya da sadakat borcunun özen borcunun sonucu olduğı*” tartışmalarına çalışmamız kapsamı dikkate alınarak yer verilmeyecektir.

Eski Borçlar Kanunu’nun eser sözleşmesine dair hükümlerinde sadakat borcuna ilişkin açık bir düzenleme bulunmazken, 6098 sayılı TBK’nın 471. maddesinin 1. fırfasında sadakat borcu yorumu gerektirmeyecek şekilde açık ifadelerle düzenlenmiştir. Sözü edilen hükme göre; “*Yüklenici, üstlendiğı edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır.*”.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlükte³⁵ “*sadakat*” kavramı, “*içten bağılılık*” anlamına gelmektedir. Hukuki ve teknik manada bakılacak olursa yüklenicinin bu borcu, yüklenicinin edimini sözleşmeye göre tamamlama dışında, “*iş sahibinin her alandaki haklı çıkarlarını gözetme ve sözleşme sayesinde elde ettiğı pozisyonu kendi çıkarına kullanmama, iş sahibinin yararına olacak şeyleri yapmak ve ona zarar verecek her türlü hareketten kaçınmak borcu*” anlamını taşır³⁶. Sadakat borcu, bir yandan

³⁴ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 537.

³⁵ www.tdk.gov.tr

³⁶ **Öz**, M. Turgut: İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013, s. 121; **Tandoğan**, s. 49; **Avcı**, Ali: Türk Borçlar Kanunu’nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliğı Dergisi, 2015/119, s. 368-394, s.369; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 496.

kaynağını dürüstlük kuralında bulan, diğer yandan da eser sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi oluşundan kaynaklanan bir borçtur³⁷.

Yüklenicinin yaptığı iş nedeniyle elinde bulunan, plan ve projeleri, malzemeyi işin sahibinin müsaadesi olmadan başkaları ile paylaşmama, başkaca işlerinde kullanmama, ona ait sırları saklama, sadakat borcuna örnek olarak verilebilir³⁸.

a. Sadakat Borcunun Kapsamı ve Sınırları

TBK' nın 471. maddesinin 2. fıkrasında “*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*” denilerek özen ölçüsünün sınırı belirlenmiştir. Buna karşılık, sadakat borcunun sınırları kanunda belirlenmemiştir. Bu durumda, sadakat borcunun sınırları, her somut olaya özgü olarak nispi bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bununla birlikte, “*benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin*” uygun davranış göstermesi gereken “*mesleki ve teknik kurallar*” da sadakat borcunun kapsamı ve sınırları belirlenirken objektif olarak dikkate alınacaktır³⁹.

Sadakat borcu, sözleşmeden kaynaklanan diğer borçlardan farklı olarak, sadece sözleşmenin ifası sırasında değil, sözleşmenin öncesinde, kurulması sırasında ve ifasından sonra da geçerli olan⁴⁰, eseri meydana getirme aşaması ile sınırlı kalmayıp, buna ilişkin hukuksal menfaatin iş sahibi tarafından ispatlanması durumunda, sözleşme

³⁷ **Gökyayla**, K. Emre: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan, GÜHFD, Ocak-2002, S.1, s.785.

³⁸ **Öz**, İnşaat, s. 121; **Yavuz**, s. 1002.

³⁹ **Avcı**, Sadakat, s. 372.

⁴⁰ **Gökyayla**, agm, s.785

sona erdikten sonra da devam eden bir borçtur⁴¹. Hatta sözleşmenin irade bozukluğu, ehliyetsizlik gibi bazı nedenlerle geçersiz olması halinde dahi sadakat borcunun varlığından bahsedilmektedir⁴². Zira, sözleşme yapılması vesilesiyle öğrenilen sırların saklanması gerekir. Örneğin, bir işyerinin kaba inşaatı iken alınıp da ince işleri ve tefrişi için bir iç mimarla anlaşılması ve bu kişiden de bir tablonun arkasına veya başka herhangi bir yere gizli olacak ve dışarıdan belli olmayacak şekilde özel bir kasa yerleştirmesi istenmesi durumunda, işin yapılıp bitirilmesinden sonra, yapılmış olan bu işin saklanması, referans gösterme gibi amaçlarla olsa dahi hiçbir şekilde duyurulmaması, açık edilmemesi gerekir. Aksi halde yüklenici durumunda olan iç mimar sadakat borcuna aykırı davranmış olur. Yüklenicinin bu hareketi sonucu, iş sahibinin beklediği menfaat ortadan kalkar ve zarar görme ihtimali ortaya çıkar.

b. Türk Borçlar Kanunu’nda Sadakat Borcunun Özel Görünümleri

Yüklenicinin sadakat borcuna ilişkin TBK’da bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır. Sadakat borcunun bu özel görünümlerine, kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

TBK’ nın 472. maddesinin 2. fıkrasına göre, “*Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.*”. Mezkûr Kanun’un 472. maddesinin 3.fıkrasına göre ise, sözleşmenin “*gereği gibi*” ve “*zamanında*” ifasını tehlikeye düşürecek halleri yüklenicinin hemen iş sahibine bildirmesi gerekir. Yine TBK’ nın 476. ve 483. maddesinin 2. fıkrası hükümleri de sadakat borcunun ihbar yükümlülüğü şeklinde ortaya çıktığı sadakat borcunun birer özel görünümüdür⁴³. TBK m. 476’da

⁴¹ Gümüş, s. 367.

⁴² Zevkliler/Gökyayla, s. 496 dn. 180.

⁴³ Yavuz/Acar/Özen, s. 538.

yükleniciye işin uzmanı olarak, işin sahibinin sözleşmenin gereği gibi ifası ve kendisi tarafından meydana getirilecek eserin ayıptan arı olması bakımından sakınca doğuracağını düşündüğü talimatlarına karşı iş sahibine açıkça ihtarda bulunması yükümlülüğü getirilmiştir. Yüklenicinin açık ihtarına rağmen, iş sahibi tarafından verilen talimatta ısrar edilmesi durumunda ise artık iş sahibi eserin ayıplı olması sebebiyle yüklenicinin sorumluluğuna gidemeyecektir⁴⁴. Benzer şekilde TBK m. 483'e göre de, iş sahibince verilen malzemede veya gösterilen arsada mevcut bulunan ayıp ya da iş sahibince verilen hatalı talimat sebebiyle meydana getirilecek eserin yok olma riskinin bulunması halinde, yüklenicinin bu tehlikeyi önceden iş sahibine bildirme yükümlülüğü mevcuttur. Aksi halde, ortaya çıkan olumsuz sonuçtan yüklenici kendisi sorumlu olacaktır.

⁴⁴ “...Sözleşme ve ekleri ile proje ve teknik resimlere aykırı olarak imalât yapılmış olması halinde, imâlâtın bu şekilde yapılması iş sahibi tarafından talep edilmiş olsa dahi yüklenici iş sahibine karşı genel ihbar yükümlülüğünü yerine getirmemişse, doğacak sonuçlardan kurtulamaz. İş sahibinin talimatının yerine getirilmesi halinde eserin, fen ve sanat kuralları ile tekniğine ve iş sahibinin ondan beklediği amaca uygun olarak tamamlanamayacağının iş sahibine ihbarı anlamına gelen genel ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesine karşılık, iş sahibinin talimatında ısrar etmesi halinde yüklenicinin sorumluluğundan söz edilemeyecektir.

Somut olayda hükme esas alınan bilirkişi raporunda inşaat alanında stabilize dolgu malzemesinin sıkıştırılması işinin davacı iş sahibi tarafından yapıldığı, bu imalâtın iyi yapılmaması nedeniyle sonradan ortaya çıkan ayıplardan davalı-karşı davacı yüklenicinin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiş, mahkemece bu görüş benimsenerek hüküm kurulmuş ise de davalı-karşı davacı kendisinin yapacağı imalâtlarda, iş sahibinin yaptığı dolguların hatalı olması nedeniyle sonradan oluşabilecek hasarlar ile ilgili uyarı görevini yerine getirdiğini kanıtlamadığından bilirkişilerden alınacak ek rapor ile bu nedenle davacı-karşı davalının uğradığı zararın tespit ettirilip taleple bağlı kalınarak hüküm altına alınması gerekirken hatalı hukuki yorum ile asıl davanın reddine karar verilmesi doğru olmamış bozulması gerekmiştir.” Yarg. 15. HD, E. 2018/4893 E., K. 2019/129, T. 14.01.2019, KİBB

c. Yüklenicinin Sadakat Borcuna Aykırı Davranmasının Sonuçları

Yüklenicinin sadakat borcuna uygun hareket etmemesi durumunda iş sahibine karşı sorumluluğunun ne olacağı, ihlal edilen menfaate göre değişmekle birlikte kısaca şu açıklamalar yapılabilir.

İş sahibi bu borca aykırılık halinde, sadece tazminat istemekle yetinebileceği gibi, eğer yüklenici borca aykırı davranışı neticesinde bir gelir elde etmişse TBK m. 530 hükmü kıyasen uygulanacak, iş sahibi gelirin kendisine devredilmesi talebinde bulunabilecektir⁴⁵. Bunun yanında iş tamamlanmadan önce gerçekleşen ağır ihlâllerde, TBK m. 484 veya m. 473/2 ile birlikte, temerrüt durumundaki seçimlik haklara ilişkin TBK m. 125' e göre iş sahibi tarafından sözleşmeden dönülebilir⁴⁶.

2. Özen Borcu

Özen, *“Asıl borcun ifası için zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı”* olarak tanımlanmaktadır⁴⁷. Eser sözleşmesinde bu borç, sözleşmeye tamamen egemen nitelikte olup ve sadakat borcunun somutlaştırılmış bir şekli olarak kabul edilmektedir⁴⁸.

TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce eski Borçlar Kanunu m. 356'da yüklenicinin özen borcu, işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna yapılan bir genel yollamadan ibaret iken, öğretide bu durum yüklenicinin ilke olarak yaptığı işi meslek edinmiş olan uzman bir kişi olması, hizmet sözleşmesindekinin aksine iş sahibinin emirlerine bağlı ve bağımlı olmaması gibi sebeplerle haklı olarak tenkit

⁴⁵ Yavuz/Acar/Özen, s. 538; Gümüş, s. 368.

⁴⁶ Yavuz/Acar/Özen, s. 538.

⁴⁷ Başpınar, Veysel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara-2004, s. 124.

⁴⁸ Zevkliler/Gökyayla, s. 497.

edilmiş, yüklenicinin özen borcunun işçinin özen borcuna oranla daha katı kurallara bağlanması, yükleniciden işçiden beklenen özenden daha fazlasının beklenmesi gerektiği belirtilmiştir⁴⁹. Zira hizmet sözleşmesinde iş sahibi, yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bildiği veya bilmesi gerektiği halde, işçiyi çalıştırıyor ise bu durumun neticelerine kendisi katlanırken; eser sözleşmesinde iş sahibinin yüklenicinin yeterli uzmanlığa sahip olmadığını bilmesi gerekse dahi sorumluluk yüklenicidedir⁵⁰. 6098 sayılı TBK’da yapılan düzenleme ile eBK’daki hizmet sözleşmesine yapılan yollamadan vazgeçilmiş, m. 471’ de özen borcu açıkça düzenlenerek yüklenici için ayrı ve özel bir sorumluluk sistemi ile özen ölçüsü getirilmiştir.

Özen borcunun sınırları TBK m. 471/2’de şöyle ifade edilmiştir: “*Yüklenicinin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alandaki işleri üstlenen basiretli bir yüklenicinin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışı esas alınır.*”. Bu düzenleme ile özen borcunun objektif bir ölçüte bağlandığı görülmektedir. Ancak kanun objektif ölçütle yetinmemiş ve “*basiretli bir yükleniciden beklenilecek özeni*” ifadelerini kullanarak, yükleniciden TTK m. 18/2’de bahsedilen, özel ve ağırlaştırılmış bir özen talep etmektedir. Doktrinde, bu özel ve ağırlaştırılmış özenin sadece, “*yüklenicinin eser meydana getirme faaliyetini mesleki, profesyonel kazanç getirici faaliyet olarak yürüttüğü hallerde*” uygulanabileceği, diğer hallerde ise, “*ortalama yüklenicinin ortalama davranışının*” özen konusunda ölçüt alınması gerektiği ileri sürülmektedir⁵¹.

⁴⁹ **Eren**, Fikret: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BATİDER, Ankara-1996, s. 74.

⁵⁰ **Kocaağa**, Köksal: Müteahhidin İşin Devamı sırasında Özen Yükümünü İhlâl ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekil de yapacağının Anlaşılması halinde İş Sahibinin BK. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, Cilt : 6, Sayı : 1, 2004, s.178.

⁵¹ **Gümüş**, s. 367.

Yüklenicinin özen borcu, eserin meydana getirilme zamanına göre eserin meydana getirilmesinden önce, eserin meydana getirilmesi sırasında ve eserin meydana getirilmesinden sonraki özen borçları olmak üzere üçe ayrılır.⁵² Yüklenici sözleşmenin tüm aşamalarında borçlarını yerine getirirken özenli davranmak, iş sahibini zarara uğratabilecek davranışlardan kaçınmak durumundadır.

Sözleşme özgürlüğü gereğince, tarafların özen borcunu ağırlaştırmaları mümkün olduğu gibi hafifletmeleri de mümkündür. Ancak bu yöndeki sorumsuzluk anlaşmalarının TBK m. 115’de öngörülen düzenlemeye uygun yapılması gerekir⁵³.

B. Şahsen İfa Borcu

1. Genel Olarak

Borçlunun borcunu şahsen ifa etmek zorunda olup olmadığı birçok açıdan önem taşımaktadır. Bu husus, edimin ifasının üçüncü kişiye bırakılıp bırakılamayacağı, borçlunun ölmesi veya fiil ehliyetini, yeteneklerini kaybetmesi durumunda bunun sözleşmeyi sona erdirip erdirmeyeceği gibi açılardan son derece önemlidir⁵⁴.

TBK’nın “*Şahsen ifa zorunluluğunun olmaması*” başlıklı 83. maddesinde “*Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir.*” denilmiştir. Ancak, borçlunun şahsi niteliklerinin karşı taraf için önem taşıdığı borç münasebetlerinde, borcun borçlu yanca bizzat yerine getirilmesi gerekir. İş görme sözleşmelerinde, borçlunun kişisel yetenekleri, özellikleri ile deneyimleri ve bilgisi ön planda olduğundan, kural olarak borçlunun borcunu bizzat ifa etmesi gerekir.

⁵² Eren, s. 621.

⁵³ Avcı, Sadakat, s. 379.

⁵⁴ Kılıçoğlu, Ahmet M.: Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD 1975, C. 32, s. 187

TBK m. 471/3, “Yüklenici meydana getirilecek eseri doğrudan doğruya kendisi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlüdür. Ancak, eserin meydana getirilmesinde yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşıyorsa, işi başkasına da yaptırabilir.” hükmüne yer vererek TBK m.83’ten ayrılmış, eser sözleşmesinde yüklenicinin kişiliğini, maddi ve fikri yeteneklerini peşinen önemli kabul etmiş ve şahsen ifa borcu getirmiştir. Gündelik hayata bakıldığında bu düzenleme haklı olarak eleştirilebilir. Zira, gündelik hayatta karşılaşılan eser sözleşmelerinin çoğunluğunda, yüklenicinin kişisel özellikleri önem taşımamakta, ancak sanat eserleri ortaya çıkarma gibi istisnai durumlarda yüklenicinin kişisel yetenekleri önemli hale gelmektedir.

Burada, şu ihtimaller ortaya çıkmaktadır: İlk olarak, sözleşmeye konu eser, özgün yapısını ve değerini onu yapanın kişiliğinden alıyor ve yerine başkası konulamıyorsa, başkaları tarafından yapılmaya çalışıldığında aynı eserin ortaya çıkamayacağı şekilde etkileniyorsa, yani kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edimse, yüklenici işi bizzat yapmalı, ifa yardımcısı dahi kullanmamalıdır. Yüklenicinin kişisel yetenekleri eserin ortaya çıkarılması açısından önem taşımakla birlikte kişiye sıkı sıkıya bağlı bir edim değilse, işin yüklenicinin yönetimi altında başkasına yaptırılması mümkün kabul edilmelidir⁵⁵. Ancak, yüklenici burada işi bağımlı ifa yardımcılarına yaptırabilir, bağımsız ifa yardımcısı niteliğindeki alt yükleniciye ise yaptıramaz⁵⁶. Buna karşılık, yüklenicinin kişisel yetenekleri önem taşıyorsa, yüklenici işi bağımsız ifa yardımcısı konumundaki alt yüklenicilere bırakabilir⁵⁷.

Kanunun hükmünden anlaşılacağı üzere, yüklenicinin kişisel yeteneklerinin önem taşımadığı ve işin başkalarına yaptırılabilceği hususunu yüklenicinin ispatlaması

⁵⁵ Yavuz, s. 1007-1008.

⁵⁶ Gümüş, s. 339; Bkz. Büyükay, s. 82 vd.

⁵⁷ Gümüş, s. 339.

gerekir⁵⁸. Yüklenicinin işi şahsen veya üçüncü bir kişi eliyle yerine getirmesini düzenleyen kanun hükmü emredici nitelikte bir hüküm olmayıp, tarafların bunun aksini kararlaştırması mümkündür⁵⁹.

2. Yüklenicinin Yardımcı Kişilere Başvurması

Yüklenicinin şahsen ifa borcu, bir binanın inşa edilmesinde olduğu gibi, kendi denetimi ve gözetimi altında olması ve eserin özellikleri ile niteliklerini etkilememesi koşuluyla yüklenici tarafından yardımcı kişi kullanılmasına engel değildir. Buna karşılık, bir ressamın tablo yapmasında olduğu gibi yardımcı kişi kullanılması özellik ve nitelik olarak kararlaştırılanın daha altında bir esere vücut verecekse, yardımcı kişi kullanması da mümkün olmamalıdır.

Yüklenicinin eseri doğrudan doğruya kendisinin yapmasının zorunlu olduğu hallerde yardımcı kişiler kullanması şahsen ifa borcuna aykırılık sayılır ve genel hükümlere göre onun sorumluluğunu gerektirir⁶⁰

Yüklenici eserin meydana getirilmesinde kullandığı kişilerin kendilerine bırakılan işi, hiç ya da gereği gibi yapmamaları veya eserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin uğradığı zararlardan dolayı yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluğa ilişkin TBK md. 116 uyarınca sorumlu olacak ve yüklenici yardımcı kişilerin seçiminde, denetiminde ve talimat vermede kusuru bulunmadığını ispatlasa bile sorumluluktan kurtulamayacaktır⁶¹. TBK m. 116/2 uyarınca yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluğun iş sahibi ile yüklenici arasında önceden yapılacak bir anlaşmayla sınırlandırılması ve hatta tamamen kaldırılması mümkündür.

⁵⁸ **Yavuz**, s. 1007; **Aral/Ayrancı**, s. 370.

⁵⁹ **Eren**, agm, s. 66.

⁶⁰ **Kılıçoğlu**, s. 191.

⁶¹ **Kılıçoğlu**, s. 192, **Avcı**, Sadakat, s. 310

3. Birden Fazla Kimsenin Eseri Birlikte Meydana Getirmesi

Uygulamada, özellikle kamu ihale sözleşmelerinde birden çok yüklenicinin genellikle iş sahibi olan kamu kurumu tarafından istenilen ekonomik ve mali yeterlilik ile mesleki ve teknik yeterlilik koşullarını sağlayabilmek bakımından bir ortaklık oluşturup, iş sahibi ile hep birlikte bir sözleşme yaparak, baraj, köprü, demiryolu gibi büyük ölçekli yapı işlerini birlikte üstlendikleri görülmektedir. Aynı şekilde özel bir işin üstlenilmesi de mümkündür. Ortaklığı oluşturan ortakların, birlikte üstlendikleri inşaat işinin hangi bölümünü yapacakları kararlaştırılmışsa *konsorsiyum*; şayet bütün ortaklar müştereken tüm işleri yapacaksa *joint venture* söz konusu olacaktır⁶².

Sözü edilen ortaklıklar TBK m. 620 ve devamında düzenlenen adi ortaklıklar hakkındaki hükümlere tâbi olup, uyuşmazlıkların çözümünde TBK'nin adi ortaklığı düzenleyen hükümleri (m. 620-645) uygulanacaktır⁶³.

Adi ortaklık kurulmak suretiyle ortaya çıkan kişi birliği, onu oluşturan şahıslardan bağımsız bir hak süjesi teşkil etmemekte, öğreti ve yargı kararlarına göre adi ortaklığın tüzel kişiliğinin olmadığı ve hak ehliyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁶⁴. Bunun sonucu olarak TBK m. 638/3'e göre, sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa adi ortaklığı oluşturan yüklenici ortaklar, iş sahibine karşı müteselsilen sorumlu bulunmaktadır. Bu halde her bir yüklenici tek başına tüm eserin meydana getirilmesinden sorumlu olup, TBK m. 155 uyarınca yüklenicilerden sadece biri için zamanaşımının kesilmesi halinde diğer yükleniciler bakımından da zamanaşımı kesilmiş sayılacaktır⁶⁵.

⁶² **Büyükcay**, s. 41.

⁶³ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 542; **Avcı**, Sadakat, s. 312; **Büyükcay**, s. 41.

⁶⁴ **Oruç**, Hami Şener, Adi Ortaklık, Ankara 2008, s. 154-155.

⁶⁵ **Öz**, İnşaat, s. 46.

4. Şahsen İfa Borcunun İstisnaları

a) Alt Yüklenicilik Sözleşmesi

Eserin meydana getirilişinde yüklenicinin şahsi özellikleri ehemmiyet taşımıyorsa, yüklenici işi başkasına yaptırabilir. Hatta yüklenici ilgili eserin meydana getirilmesi konusunda, bazı hususlarda uzmanlık ve bilgi sahibi değilse, edimin ifasını başka yüklenicilere devir bakımından sadece yetkili değil, aynı zamanda bu yola başvurmayaya da mecburdur⁶⁶. Esasen günümüzde teknolojik olarak geline seviye, dev havalimanları, petrol tesisleri, yüksek katlı binalar gibi karmaşık yapım projelerinde ihtisaslaşmayı zorunlu kılmakta, sermaye gücü bulunan yüklenici yüklendiği işi her biri kendi alanında ihtisas sahibi olan alt yükleniciler vasıtasıyla yerine getirmektedir. Burada iş sahibinden işi alan yüklenici çoğunlukla işin idare ve denetimini üstlenmekte, bir başka anlatımla eserin meydana getirilmesine ilişkin organizasyonu sağlamaktadır. Üstlenilen bir havalimanı işinin bilgi teknolojileri alt yapısının veya pist ısklandırmasının yalnızca bu işleri yapan bir başka yükleniciye yaptırılmasında durum böyledir.

Yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı bu veya benzeri gibi durumlarda, yüklenicinin eserin meydana getirilmesi işinin tamamını veya bir kısmını bir başka yükleniciye devretmesi mümkündür. Bu durumda asıl yüklenici – alt yüklenici kavramları karşımıza çıkacaktır. Asıl yüklenicinin kendisi namına ve hesabına akdettiği bir sözleşme ile iş sahibine karşı yerine getirmeyi üstlendiği eseri meydana getirme borcunu bıraktığı, kendi hesabına çalışan kişiye alt yüklenici denilmektedir⁶⁷.

Asıl yükleniciden işi üstlenen alt yüklenici bağımsız olup, onun yerine geçen kişi olduğundan yardımcı kişi ile karıştırılmamalıdır. Ayrıca, yardımcı kişiler yüklenicinin gözetim ve denetimi altında olmalarına rağmen, alt yüklenici ve asıl

⁶⁶ Kılıçoğlu, s. 189

⁶⁷ Yavuz/Acar/Özen, s. 543; Büyükay, s. 85; Aral/Ayrancı, s. 372; Avcı, Sadakat, s. 313;

yüklenici arasında bu şekilde bir ilişki yoktur⁶⁸. Dolayısıyla, asıl yükleniciden adam çalıştıran, alt yükleniciden ise yardımcı kişi olarak bahsetmek mümkün olmayacaktır⁶⁹.

aa. Asıl Yüklenici ile Alt Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici ve alt yüklenici arasındaki ilişkinin kaynağı, asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeden ayrı, yani müstakil olarak yapılan alt eser sözleşmesidir. Bu sözleşme ile alt yüklenici asıl yükleniciye karşı bir eser meydana getirerek onu teslim borcu altına girer. Burada asıl yüklenici başka bir yüklenici ile yaptığı sözleşme ile kişisel nitelikte olmayan eser meydana getirme borcunun ifasını tamamen veya kısmen alt yükleniciye devretmektedir⁷⁰. Ancak alt yüklenicinin eser meydana getirme ve teslim borcu iş sahibine karşı değil, asıl yükleniciye karşı söz konusudur⁷¹. Aynı şekilde asıl yüklenici de alt yükleniciye karşı ücret ödeme borcu altındadır. Her ne kadar, asıl yüklenici ile alt yüklenici arasındaki ilişki asıl yüklenici ile iş sahibi arasındaki sözleşmeden bağımsız ise de; asıl yüklenicinin eseri tamamlama borcunun iş sahibinden kaynaklanan durumlar sebebiyle imkânsızlaşması halinde alt yüklenicinin sözleşmesi de sona erecek, TBK m. 485 gereği asıl yüklenici alt yüklenicin yaptığı işin değerini ve bu değere girmeyen giderlerini ödeyecek, ayrıca iş sahibinin kusurlu olması halinde alt yüklenicinin olumlu zararını da karşılamak durumunda kalacaktır⁷².

⁶⁸ Kılıçoğlu, s. 195.

⁶⁹ Avcı, Sadakat, s. 314

⁷⁰ Gümüş, s. 340.

⁷¹ Eren, s. 606.

⁷² Buz, Vedat: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD. 1994, C.49, S.1-2, s.31.

bb. Alt Yüklenici ile İş Sahibi Arasındaki İlişki

Öncelikle, alt yüklenicinin eserin ortaya çıkarılmasına ilişkin doğrudan iş sahibine yönelik bir taahhüdü yoksa veya tam üçüncü kişi yararına sözleşme yapılmamışsa⁷³; alt yüklenici ile iş sahibi arasında bir akdi ilişki bulunmadığından nispi ilkesi gereğince, alt yüklenici ve iş sahibinin karşılıklı olarak birbirlerine ileri sürebilecekleri herhangi bir hakkı söz konusu olmayacaktır. Zira, bu durumda ortada iki ayrı sözleşme ve iki ayrı borç ilişkisi mevcuttur. Çalışma konumuz ile ilgili olarak şu kısma özellikle vurgu yapmak gerekir ki; Alt yüklenicinin eserin ayıplı olması sebebiyle doğan sorumluluğu da asıl yükleniciye karşı gerçekleşecektir⁷⁴.

Alt yüklenici eseri meydana getirme ve teslim açısından asıl yükleniciye borçlu olup, iş sahibinin alt yüklenicinin başladığı işi durdurma ve/veya ona talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Aynı şekilde, alt yüklenici sadece asıl yükleniciden bedel talebinde bulunabilir, iş sahibinden bedel talebinde bulunamaz⁷⁵. Asıl yüklenicinin konkordato başvurusunda bulunup ödeme yapamaması ve hatta iflâsı durumunda dahi, alt yüklenici tarafından iş sahibine müracaat edilmesi mümkün değildir.

İş sahibi ile alt yüklenici arasında bir sözleşme ilişki bulunmamasına karşın, alt yüklenicinin iş sahibine karşı TMK m. 893 uyarınca kanuni ipotek hakkına sahip olduğunu belirtmek gerekir. Sözü edilen hak, kaynağını kanundan alan asıl yükleniciler ile asıl iş sahibi arasında doğrudan hukuki ilişki kuran tek kurumdur⁷⁶. Anılan kanun maddesinde, “....bir taşınmaz üzerinde yapılan yapı veya diğer işlerde malzeme vererek

⁷³ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 544; **Eren**, s. 607.

⁷⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 373. Buna karşılık, 4735 sayılı KİSK m. 30’da yapının fen ve sanat kurallarına uygun olarak yapılmaması, hileli malzeme kullanılması ve benzeri nedenlerle ortaya çıkan zarar ve ziyan sebebiyle alt yükleniciler için kanundan doğan bir sorumluluk getirilmiştir.

⁷⁵ **Gümüş**, s. 342.

⁷⁶ **Öz**, İnşaat, s. 49.

veya vermeden emek sarf ettikleri için malzeme ve emek karşılığı olarak malik veya yükleniciden alacaklı olan alt yüklenici veya zanaatkarların” kanuni ipotek hakkının tescilini isteyebileceği düzenlenmiştir. 743 sayılı eMK m. 807/1’den farklı olarak, TMK m. 893/1’de işçi tabiri yerine doğrudan alt yüklenici ifadesine yer verilmesi, daha önceden işçi kavramı içine sokularak alt müteahhitleri bu haktan yararlanılma tartışmalarına son vermiştir⁷⁷. Bu hak, asıl yüklenicinin kanuni ipotek hakkından tamamen bağımsız bir hak olup, asıl müteahhitin alacağının tamamı iş sahibi tarafından ödense dahi alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkının doğumuna mani olmaz⁷⁸. İş sahibi, ipotek hakkı tescil edilen alt yükleniciye, yalnızca tescil yapılan taşınmazıyla sorumlu olacaktır⁷⁹. Anılan kanun hükmüne göre alt yüklenicinin kanuni ipotek hakkından önceden feragati geçersizdir. İnşaatın yapıldığı taşınmazın kamu malı vasfında olması halinde kanuni ipotek hakkıyla sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak kamunun özel hukuk hükümlerine tâbi taşınmazları üzerinde kanuni ipotek hakkının tescili istenebilir⁸⁰.

cc. İş Sahibi ile Asıl Yüklenici Arasındaki İlişki

Asıl yüklenici işin tamamen veya kısmen alt yükleniciye devri yetkisini haiz ise, alt yüklenici asıl yüklenicinin yardımcı kişisi sayılır ve asıl yüklenici bunların fillerinden TBK m. 116 hükmü uyarınca iş sahibine karşı sorumlu olur⁸¹.

Asıl yüklenici, yetkisi olmadığı halde, işi alt yükleniciye devretmiş ise, bu davranış sözleşmenin müspet ihlali sayılacaktır. Ayrıca, alt yüklenici tarafından iş

⁷⁷ **Erişen**, Muhammet: Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2011, s.120.

⁷⁸ **Reisoğlu**, Safa: Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961, s. 38-39.

⁷⁹ **Eren**, s. 608.

⁸⁰ **Resisoğlu**, s. 25.

⁸¹ **Eren**, s. 609; **Aral/Ayrancı**, s. 374.

sahibine verilen zararlardan ötürü asıl yüklenicinin TBK m. 112 hükümlerine göre sorumluluğu gündeme gelecektir⁸².

Asıl yüklenici, alt yüklenicinin sebebiyet verdiği eserdeki ayıp sebebiyle, iş sahibinin dönme, bedelden indirim ve ücretsiz onarım istemlerinde kusuru olmaksızın sebep sorumluluğu ilkesine göre sorumlu olacaktır⁸³.

b) Sözleşmenin Tümünden Devri

Yüklenicinin iş sahibi ile arasında mevcut bulunan eser sözleşmesini, kural olarak iş sahibinin rızası dışında üçüncü bir kişiye devretmesi mümkün değildir. Sözleşmenin devri ancak iş sahibinin rızası alınmak koşuluyla gerçekleştirilebilir⁸⁴. Aksi halde, bu durum sözleşmeye aykırılık teşkil eder ve iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkı doğar⁸⁵. TBK m. 205'e göre iş sahibi devre önceden izin verebileceği gibi sonradan icazet vermesi de mümkündür. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbi sözleşmeler bakımından ise sözleşmenin devri, devir alacak kişinin ilk ihaledeki şartları taşıması koşuluyla ve ancak ihale yetkilisinin yazılı onayı ile mümkündür (KİSK m. 16).

C. Yüklenicinin Araç, Gereç ve Malzeme Sağlama Borcu

1. Araç ve Gereç Sağlama Borcu

Yüklenicinin eser meydana getirmesi kapsamında bir diğer borcu araç, gereç ve malzeme temin borcudur. Araç ve gereç, eserin bünyesine dahil olmayan sadece eserin

⁸² Aral/Ayrancı, s. 374.

⁸³ Eren, s. 609; Aral/Ayrancı, s. 375.

⁸⁴ Eren, s.610.

⁸⁵ Selimoğlu, Yaşar Engin: İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010, s. 93.

meydana getirilmesinde kullanılan şeyleri; malzeme ise eserin kendisinden imal edildiği şeyleri ifade eder⁸⁶. Örneğin, inşaatın yapımında kullanılan vinçler, kazıda kullanılan iş makineleri, kazma kürek araç gereç iken; işin yapımında sarfedilen demir, çelik, ve çimento ise malzemedir. Türk Borçlar Kanunu’nun açık hükmü gereği, eser meydana getirme esnasında kullanılan araç ve gereçleri yüklenicinin sağlaması gerekir. Zira, eserin ortaya çıkarılması açısından bu işleri meslek olarak yapan, bu işlerde uzmanlık ve teknik bilgiye sahip olan yüklenicinin kendisidir. TBK m. 471/4’e göre “*Aksine âdet veya anlaşma olmadıkça yüklenici, eserin meydana getirilmesi için kullanılacak olan araç ve gereçleri kendisi sağlamak zorundadır.*” İş makineleri, mazot, petrol, elektrik, şantiye binası ve işte kullanılacak aletler, araç-gereç sağlama borcu kapsamına örnek olarak verilebilir⁸⁷.

Araç ve gereçleri sağlama borcunu yükleniciye yükleyen tek düzenleme TBK değildir. 4734 sayılı KİK kapsamında akdedilen yapım işi sözleşmelerinin kapsamında bulunduğu “*Yapım İşleri Genel Şartnamesi*” m. 19/1’e göre, “*Sözleşmenin imzalanmasından sonra yüklenici, üstlenmiş olduğu işin önemine ve iş programına uygun olarak, işlerin yapılması için gerekli her türlü makine, araç ve yardımcı tesisleri hazırlamak, her türlü malzemeyi ve işçileri temin etmek ve ihzaratla ilgili tedbirleri almak zorundadır.*” Aynı düzenleme, 2886 sayılı DİK dayanılarak hazırlanmış “*Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi*” m. 18’ de de yer almaktadır.

⁸⁶ **Yavuz**, s. 1015.

⁸⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 375.

2. Malzeme Sağlama Borcu

Malzeme, eser meydana getirilirken, onun imali esnasında kullanılan ve ona dahil olan mallar olarak tanımlanmaktadır⁸⁸. Malzeme, taş, kum, tesisat boruları, demir gibi hammadde şeklinde olabileceği gibi, prefabrik yapı elemanları gibi önceden imal edilmiş bir şey de olabilir⁸⁹. TBK m. 472' ye göre, *“Malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa yüklenici, bu malzemenin ayıplı olması yüzünden iş sahibine karşı, satıcı gibi sorumludur. Malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa yüklenici, onları gereken özeni göstererek kullanmakla ve bundan dolayı hesap ve artanı geri vermekle yükümlüdür.”*.

Görüldüğü üzere, TBK' da malzeme temin borcunun kime ait olduğu açıkça düzenlenmemiş ve malzeme temin borcu, *“yüklenici tarafından sağlanmışsa”* veya *“iş sahibi tarafından sağlanmışsa”* şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutularak düzenlenmiştir. Burada malzemeyi kimin sağlayacağı yönünde taraflar sözleşmede bir kararlaştırma yapmamışlarsa, somut olay açısından edim-karşı edim dengesi gözetilerek, hâkim tarafından sözleşme boşluğunun doldurulması gerekir⁹⁰.

Malzemeyi yüklenici sağlayacaksa, malzeme kalitesinin ortalama nitelikten daha düşük olmaması gerekir. Zira, TBK m. 86'da, *“Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça edimin seçimi borçluya aittir. Ancak, borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten düşük olamaz.”* hükmü düzenlenmiştir. Bu anlamda, yüklenici tarafından sağlanan malzemenin de ayıpsız malzeme olması gerekir. Ayıpsız malzemedен kasıt, sözleşmede vaat edilen veya sözleşmede vaat edilmese dahi, eserin kararlaştırılan şekilde meydana getirilmesine elverişli, yani dürüstlük kuralına göre

⁸⁸ **Büyükcay**, s. 158; **Aral/Ayrancı**, s. 377; **Eren**, s. 611; **Gümüş**, s. 343; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 513.

⁸⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 377.

⁹⁰ **Büyükcay**, s. 159; Malzeme sağlama borcunun kime ait olacağı yönündeki tartışmalar için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 377-378.

bulunması gereken özelliklerin o malzemede bulunmasıdır⁹¹. Malzemenin ayıplı olması durumunda, yüklenicinin satıcı gibi sorumlu olacağı kanunda açıkça belirtilmiştir. Yüklenicinin, malzemede ayıp bulunması sebebiyle iş sahibine karşı “*satıcı gibi*” sorumlu olacağı ifadesinden ne anlaşılması gerektiği doktrinde farklı görüşlere yol açmıştır⁹².

Ağırlıklı görüş⁹³, yüklenicinin sağladığı malzemenin ayıplı olması sebebiyle eserin ayıplı olduğu durumlarda, kanundaki atıf nedeniyle TBK’nın 474 ilâ 478. maddelerinde düzenlenen eserin ayıplı olması nedeniyle yüklenicinin sorumluluğu hükümlerinin uygulanamayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, malzemenin ayıplı olması halinde, satış sözleşmesindeki satılanın ayıplı olması durumuna ilişkin satıcının sorumluluğunu düzenleyen TBK’nın 219 ilâ 231. maddelerinin uygulanması gerekir. Yani, bu halde eserdeki ayıbın sebebine bağlı olarak, farklı sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Örneğin, yüklenicinin yaptığı binadaki çökme, kullanılan malzemenin ayıplı olmasından kaynaklanmışsa satış sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümleri; buna karşılık, binadaki çökme kullanılan malzemenin ayıplı olmasından değil de, yapım işinin hatalı hesaplama veya yanlış tarzda düşünülmesinden kaynaklanmışsa eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁹⁴.

Bu görüşe karşılık doktrinde, yüklenicinin sağladığı malzemedeki ayıplar hakkındaki yollamanın, satış sözleşmesindeki ayıptan sorumluluğun tümüne yapıldığını kabul etmenin yerinde olmadığı, aksi takdirde bunun sakıncalı sonuçlara yol açacağı

⁹¹ **Eren**, s. 612.

⁹² Bu hususta yapılan tartışmalar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gümüş**, s. 345 vd.

⁹³ Bu görüşler hakkında bkz. **Tandoğan**, s. 107.

⁹⁴ Örnek için bkz. **Öz**, M. Turgut: İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989, s. 101;

ileri sürülmektedir⁹⁵. Bu görüş gereğince, ayıplı malzemenin seçiminde kusursuz olsa bile, satış sözleşmesinde olduğu gibi, yüklenici iş sahibinin doğrudan doğruya uğradığı zararları gidermek zorundadır⁹⁶.

Bir başka görüş ise, satışa yapılan yollamanın sadece zaptla ilgili olduğu, malzemenin ayıplı olmasının eserin ayıplı olmasına yol açması durumunda, eser sözleşmesindeki ayıptan sorumluluk hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklindedir⁹⁷.

Malzemeyi iş sahibinin sağlaması durumunda ise, malzemenin özen borcuna uygun olarak kullanılması ve malzeme konusunda iş sahibine hesap verilmesi gerekir. Artan malzeme bulunması durumunda yüklenici bunları iş sahibine geri vermelidir. Bunun yanında TBK m. 472/3 gereğince iş sahibinin verdiği malzemenin, eseri meydana getirme bakımından uygun olmaması durumunda, bunun yüklenici tarafından derhal iş sahibine ihbar edilmesi gerekir. Aksi halde, ortaya çıkan olumsuz sonuçtan yüklenici kendisi sorumlu olacaktır.

D. Yüklenicinin Genel İhbar Yükümlülüğü

Yüklenici üstlendiği iş bakımından uzman bir kişi olup, iş sahibini aydınlatma, ona tavsiyede bulunma, eserin meydana getirilmesinde önem taşıyan her konu, olay ve durum hakkında bilgi vermekle yükümlüdür⁹⁸. Yüklenicinin bu yükümlülüğüne ihbar yükümlülüğü denilmektedir. Genel ihbar yükümlülüğü, sadakat ve özen borcunun özel bir uzantısı olarak kabul edilmektedir⁹⁹.

⁹⁵ **Öz**, Dönme, s. 102.

⁹⁶ **Öz**, Dönme, s. 102; **Öz**, İnşaat, s. 221.

⁹⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 379; **Gümüş**, s. 345.

⁹⁸ **Seçer**, **Öz**: İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Eylül-Ekim 2016, Sayı 145-146 (s. 728-754), s. 728

⁹⁹ **Aral/Ayrancı**, s. 380; **Yavuz**, s. 1017.

Bu yükümlülüğün en önemli örneği TBK'nin 472. maddesidir. Sözü edilen maddenin üçüncü fıkrası uyarınca, *“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.”*

Bu yükümlülük, sözleşmenin gereği gibi ifa edilmesini tehlikeye düşüren bir durumun bilindiği hallerle sınırlı olmayıp, basiretli bir yüklenici olarak bilinmeyen ama bilinmesi gereken durumlar için de söz konusu olacaktır¹⁰⁰. Örneğin, kumsal bir arazide yapılacak inşaatta, arazinin inşaata ne derecede elverişli olduğu ya da rüzgarla çalışan bir jeneratör kurulmasında jeneratörün kurulacağı yerdeki rüzgâr ilişkileri incelenmeli ve rizikolar iş sahibine bildirilmelidir¹⁰¹.

E. Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve Devam Etme Borcu

1. Genel Olarak

Eser sözleşmesinde yüklenicinin işe zamanında başlaması ve işi devam ettirmesi yüklenicinin sözleşmeden doğan asli edim yükümleri arasındadır¹⁰². Özen borcunun bir gereği olan bu borç TBK m. 473/1'de düzenlenmiştir. Anılan madde hükmüne göre *“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.”* Buna göre yüklenicinin, bu borcuna aykırı

¹⁰⁰ Seçer, s. 729

¹⁰¹ Seçer, s. 733

¹⁰² Şenocak, s. 25.

davranması halinde iş sahibine, yükleniciyi kararlaştırılan teslim zamanından önce temerrüde düşürme (erken temerrüt) hakkı verilmektedir¹⁰³. Sözü edilen durumda daha önce eBK m. 358/1’de iş sahibinin sözleşmeyi feshinden bahsedilirken, TBK’da aynı durum dönme hakkı olarak düzenlenmiştir. Anılan hüküm ile yüklenicinin asıl borcu olan teslim borcuna, eser meydana getirme şeklinde dolaylı olarak bir borç daha eklenmiş olup; yüklenici, teslim borcu yanında eserin meydana getirilmesi borcu altına girmektedir¹⁰⁴. TBK m. 473/1 hükmünün amacı, iş sahibine, yapılan işe göre ileride zaten temerrüde düşeceği öngörülebilen yükleniciye karşı, teslim süresini beklemeden sözleşmeden dönme imkânı sağlamaktır¹⁰⁵.

Yüklenicinin meydana getirmeyi üstlendiği eseri, sözleşmeye uygun olarak zamanında teslim edebilmesi için işe vaktinde başlaması gerekir. İşe başlama zamanı sözleşmede belirlenmemiş ise bu sözleşme boşluğu TBK md. 90 hükmü ile doldurulur¹⁰⁶. Anılan madde uyarınca, *“İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.”* Dolayısıyla, işe başlama zamanı taraflarca belirlenmemişse ve hukuki ilişkinin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, eser sözleşmesi yapılır yapılmaz hemen işe başlanması gerekir¹⁰⁷. *“Hemen”* kelimesinden kastedilen, işe başlanması için bir engel veya iş sahibinin yapması gereken bir hazırlık eylemi yoksa, vakit kaybetmeden başlanmasıdır¹⁰⁸. Aksi takdirde iş sahibi, yükleniciyi temerrüde düşürerek sözleşmeden

¹⁰³ **Yavuz/Acar/Özen**, s. 547; **Yücel**, Özge: Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş Sürdürme Borcu, AÜHFD, 2008, C.57, S.3, (s. 779-790), s. 781

¹⁰⁴ **Tunç**, Aybike: İş sahibinin İfa zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı, ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016, s. 254.

¹⁰⁵ **Ürem**, Müge: Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017, s. 54.

¹⁰⁶ **Yücel**, 781; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 547.

¹⁰⁷ **Yücel**, 781; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 547.

¹⁰⁸ **Yücel**, s. 781

dönebilir. Burada yükleniciye TBK m. 117 uyarınca ihtarda bulunulmalı, yine TBK m. 123 gereğince süre verilmeli, verilen süre içinde yüklenicinin işe başlaması beklenmelidir. Yüklenici verilen süre içerisinde işe başlarsa, artık dönme hakkının kullanılması mümkün değildir¹⁰⁹. Şayet TBK m. 124'deki süre verilmesine gerek bulunmayan haller mevcut ise ihtarda bulunulmasına ve süre verilmesine gerek yoktur.

Diğer taraftan, yüklenicinin işe zamanında başlamasının yanında, olması gereken hızda da işe devam etmesi gerekir. Aksi takdirde, yüklenici borca aykırı davranmış olacaktır. Bu kapsamda olmak üzere, yüklenicinin işi bırakması, geciktirmesi veya yavaş bir tempoda yürütmesi halinde, iş sahibi ihtarda bulunarak yükleniciyi temerrüde düşürebilir. Bunun üzerine iş sahibi, edimini sözleşmeye uygun olarak ifa etmesi için yükleniciye bir süre verebilir ve verilen süre sonunda iş sahibi, dönme hakkı dahil olmak üzere TBK m.125'te düzenlenen seçimlik haklarını kullanabilir. TBK m. 473/1'e göre, dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı bulunmamaktadır¹¹⁰.

TBK'nın m. 473/1 kapsamında, iş sahibinin dönme hakkını kullanabilmesine olanak veren durumlar, sadece “işe zamanında başlamama” veya “sözleşme hükümlerine aykırı olarak işi geciktirme” den ibaret değildir. Bunlar yanında, “iş sahibine yüklenemeyecek bir sebeple ortaya çıkan gecikme yüzünden, bütün tahminlere göre yüklenicinin işi kararlaştırılan zamanda bitiremeyeceği açıkça anlaşılırsa, iş sahibi yine teslim için belirlenen günü beklemek zorunda olmaksızın” sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

¹⁰⁹ Yücel, s. 783

¹¹⁰ Tunç, s. 259.

2. Teslimden Önce Eserin Ayıplı Olacağının Ortaya Çıkması

Yüklenicinin işe vaktinde başlama ve devam borcu kapsamında, çalışma konumuz açısından özellikle değinilmesi gereken husus TBK m. 473/2 hükmüdür. Bu hükme göre, *“Meydana getirilmesi sırasında, eserin yüklenicinin kusuru yüzünden ayıplı veya sözleşmeye aykırı olarak meydana getirileceği açıkça görülüyorsa, iş sahibi bunu önlemek üzere vereceği veya verileceği 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.”* Burada, TBK’nın 474 ilâ 478. maddelerinde düzenlenen ve eserin tesliminden sonra gündeme gelen ayıptan sorumluluk değil, henüz eser meydana getirilirken ortaya çıkan ayıp ve sözleşmeye aykırılık halinde, iş sahibine tanınan onarım veya eserin üçüncü kişiye tamamlatılması hakları düzenleme konusu yapılmıştır. Anılan hükümde eser meydana getirilirken ayıplı olması ile sözleşmeye aykırı olması farklı durumlar olarak düzenlenmiştir. Bu konu üzerinde, çalışma konumuzdan hareketle sözleşmeye aykırılık değil, sadece eserin ayıplı olarak meydana getirileceğinin görülmesi üzerinde durulacaktır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için, eserin ayıplı şekilde meydana getirileceğinin henüz eser tamamlanmadan önce eserin yapımı sırasında açıkça görülmesi gerekir. Şayet ayıp eser tamamlandıktan veya teslim edildikten sonra ortaya çıkarsa bu halde eser tamamlanmadan iş sahibine müdahale hakkı veren TBK m. 473/2 hükmü uygulanmaz¹¹¹. İkinci olarak, ayıp yüklenicinin kusurundan kaynaklanmış bulunmalıdır. Burada yer alan kusur kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiği, kastın yanı sıra, ağır ve hafif ihmalin de kusur için yeterli olacağı kabul edilmektedir¹¹². Hatta doktrinde, bu hükmün uygulanabilmesi için iş sahibinin ayıbın doğumunda kusursuz olmasının

¹¹¹ Kocağa, s. 183.

¹¹² Eren, s. 627.

yeterli olduğu dahi ileri sürülmektedir¹¹³. Bir diğer şart ise, yükleniciye uygun bir süre verilerek ayıbın giderilmesi aksi takdirde onarımın veya işin devamının bir başkasına verileceği konusunda ihtarla bulunulması ve verilen bu süre içerisinde ayıbın giderilmemesidir. Süre iş sahibi tarafından bizzat verilebileceği gibi mahkemeden de süre verilmesi istenebilir. Ancak, yüklenicinin verilen süre içerisinde ayıbı gidermeyeceği açıkça anlaşılıyorsa ihtar çekmeye de lüzum olmayacaktır¹¹⁴. Bundan başka, TBK m. 476 uyarınca, eserdeki ayıbın iş sahibinin verdiği talimattan kaynaklanmaması veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenememesi gerekir.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde iş sahibi, masraf ve hasarı yüklenicide olmak üzere, ayıbın giderilmesi ya da eserin tamamlanması işini bir başkasına verebilecektir. Bu halde iş sahibi ile ilk yüklenici arasındaki ilişkinin tasfiyesi söz konusu olur ve yüklenicinin eser sözleşmesinden kaynaklanan borcunun yerini işin başkasına yaptırılması sebebiyle ortaya çıkan masrafları ödeme borcu alır¹¹⁵. TBK m. 113/1 hükmünün aksine, burada işi bir başkasına vermek için mahkemeden izin alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir¹¹⁶. Bu konuda son olarak, iş sahibinin aslında burada seçimlik bir hakka sahip olduğu ve eserin onarımını veya tamamlanmasını üçüncü bir kişiye vermek yerine, aynen ifadan vazgeçerek müspet zararın tazminini ya da sözleşmeden dönme yollarından birisini de seçebileceği doktrinde haklı olarak kabul edilmektedir¹¹⁷.

¹¹³ **Gümüş**, s. 353; **Aral/Ayrancı**, s. 385.

¹¹⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 386.

¹¹⁵ **Kocağa**, s.190.

¹¹⁶ **Tandoğan**, s. 65; **Eren**, s. 627; **Aral/Ayrancı**, s. 389; **Gümüş**, s. 354.

¹¹⁷ **Eren**, s. 628; **Tandoğan**, s. 65; İş sahibinin bu haklara sahip olup olmayacağı yönündeki ayrıntılı tartışmalar için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 388-389.

F. Eseri Teslim Etme Borcu

Kanunda açıkça ve ayrıca bahsedilmeyen bu borç, eser sözleşmesinin doğasında yer alan bir borçtur¹¹⁸. Zira, yüklenicinin eseri meydana getirdikten sonra yapması gereken, eseri iş sahibine teslim etmektir. Nitekim, TBK'nin 473/I, 474/I, 479/I vs. maddelerinde açıkça eserin teslim edilmesinden bahsedilmektedir. Eser sözleşmelerinde yüklenicinin asli edimi olan eser meydana getirme, eserin teslimi borcuyla tamamlanmaktadır¹¹⁹. Eser sözleşmesinde, ayıptan sorumluluk açısından önem taşıyan eseri teslim borcu üzerinde aşağıda ayrıntıları ile durulacaktır.

G. Eserin Ayıpsız Olmasını Sağlama Yükümlülüğü

Eser sözleşmesinde yüklenicinin borçlarından biri de yüklenicinin ayıpsız bir eser meydana getirme ve teslim etme borcudur. Dolayısıyla, yüklenici sözleşmede kararlaştırılan vasıfları ve sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte, sözleşme içeriği dikkate alındığında dürüstlük kuralı gereği o eserin taşınması gereken vasıfları içeren bir eser meydana getirmek zorundadır. Bu çerçevede ayıbı üstlenme borcu, yüklenicinin teslim borcunun tamamlayıcısı olarak da kabul edilmektedir¹²⁰. Yüklenicinin bu borcu TBK m. 474 ilâ 478. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, aşağıda ayrıntıları ile incelenecektir.

¹¹⁸ Eren, s. 581.

¹¹⁹ Aral/Ayrancı, s. 393; Eren, s. 581.

¹²⁰ Zevkliler/Gökyayla, s. 521.

III. YÜKLENİCİNİN AYIP SEBEBİYLE SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

A. Genel Olarak

Yüklenicinin sözleşmeyle açıkça kararlaştırılan ve sözleşmede kararlaştırılmamakla birlikte dürüstlük kuralı gereği o eserin taşınması gereken vasıfları taşıyan bir eseri meydana getirmek ve iş sahibine bu eseri teslim etmek ile yükümlü olduğunu daha önce söylemiştik. Aksi halde, yüklenici eserdeki ayıptan iş sahibine karşı sorumlu olacaktır. Bu bağlamda, yüklenicinin ayıptan sorumluluğu, onun eseri teslim borcunun tamamlayıcısıdır¹²¹.

Çalışma konumuzu oluşturan ayıptan sorumluluk, TBK'nın 474 ilâ 478. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre, iş sahibi ayıbın muayene ve ihbarını gerçekleştirdiğinde, iş sahibine karşı sözleşmeden dönme, bedelden indirim isteme veya eserin ücretsiz onarılmasını isteme şeklinde üç seçimlik hakka sahip olacaktır. Bu haklar arasında bir öncelik / sonralık bulunmayıp, iş sahibi dilediği seçimlik hakkı kullanma hakkına sahiptir¹²². Ancak bu hakların kullanılması ile ilgili bazı sınırlamalar mevcuttur. Örneğin, dönme hakkının kullanılabilmesi için eserin, kullanılamayacak ya da hakkaniyet gereği iş sahibinin eseri kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması gerekir. Ücretsiz onarım hakkının kullanılabilmesi için ise bu ayıp aşırı masraf gerektirmemelidir. Yani, eserdeki ayıbın ölçüsü, kullanılacak seçimlik haklar üzerinde ciddi bir etki ve sınırlamaya yol açmaktadır.

Sözü edilen seçimlik haklar, birer yenilik doğuran haktır. Sözleşmeden dönme, bozucu yenilik doğuran hak iken, bedelden indirim ve ücretsiz onarım isteme hakları ise değiştirici yenilik doğuran hak niteliğindedir. Dolayısıyla, yenilik doğuran haklar kullanıldıktan sonra tükendiği için bu hakları kullandıktan sonra bundan dönmek, onu

¹²¹ Tandoğan, s. 160.

¹²² Şenocak, s. 33.

geri almak da kural olarak mümkün değildir¹²³. Bu hakların kullanımı belli bir süreyle sınırlandırılmış olup, bu sürelerin hukuki niteliği hak düşürücü süre değil, zamanaşımı süresi niteliğindedir. Esasen, yenilik doğuran hakların kullanılması eğer bir süreye tâbi ise bu süre hak düşürücü süredir. Ancak, ayıptan doğan seçimlik haklar bu kuralın istisnasını teşkil etmekte olup, zamanaşımı süresine tâbidir. Nitekim, eserin ayıplı olması ile ilgili açılacak davaların süresini düzenleyen TBK m. 478’in madde başlığı “*zamanaşımı*” şeklindedir.

Bununla birlikte, eserin ayıplı olmasından dolayı şayet iş sahibinin uğradığı bir zarar varsa, bu zararlar da yükleniciden ayrıca talep edilebilir.

Yüklenicinin eseri ayıpsız olarak teslim borcuna aykırı davranması durumunda iş sahibinin ayıptan sorumluluk hükümlerinin yanı sıra, genel olarak borca aykırılığı düzenleyen TBK m. 112 hükmüne dayanıp dayanamayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur¹²⁴. Borca aykırılık veya TBK’daki ifadeyle borcun ifa edilmemesi “hiç ifa etmeme” veya “gereği gibi ifa etmeme” şeklinde ortaya çıkabilir¹²⁵. Ayıplı (kötü) ifa gereği gibi ifa etmeme kapsamında yer alan bir borca aykırılık hali oluşturur¹²⁶. TBK m. 475/2’de genel hükümlere yapılan yollama sebebiyle iş sahibi seçimlik haklarını kullandıktan sonra veya seçimlik haklarını hiç kullanmadan TBK m. 112 hükmüne göre ayıp sebebiyle uğradığı zararlarının tazminini talep edebilir¹²⁷.

Eserin ayıplı olmasından dolayı iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklar ayrıca incelenecek olup, bu konuda şimdilik daha fazla bilgiye yer verilmeyecektir. Burada,

¹²³ **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019, s. 70; Şenocak, s. 34.

¹²⁴ Bu konuda ortaya atılan görüşler ve tartışmalar hakkında açıklamalar için bkz. **Büyükcay**, s. 100.

¹²⁵ **Eren**, Genel, s. 1153.

¹²⁶ Bkz., **Aral**, Fahrettin: Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011, s.79 vd.

¹²⁷ **Öz**, İnşaat, s.218. Ayrıca bu konuda geniş bilgi için bkz. **Acun, Hüseyin**: Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Ankara 2018, s. 62 vd.

yüklenicinin ayıptan sorumlu olabilmesi için gereken şartlar üzerinde durulacaktır. Yüklenicinin eserin ayıplı olması dolayısıyla iş sahibine karşı sorumlu olması için, teslimin gerçekleşmiş bulunması ve eserin ayıplı bulunması gerekir. Bundan başka, eserin iş sahibi tarafından kabul olmamış olması, muayene ve ihbar yükümlülüğünün yerine getirilmesi, eserdeki ayıbın iş sahibine tahmil edilememesi ve hakların süresi içerisinde kullanılması gibi bazı şartlara ihtiyaç vardır.

B. Eserin İş Sahibine Teslim Edilmiş Olması Gerekir

1. Teslimin Ayıptan Sorumluluk Açısından Önemi

Daha önce de bahsedildiği üzere, eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğünü, eserin meydana getirilmesi ve bu eserin iş sahibine teslim edilmesi oluşturmaktadır. Yüklenicinin bu edimini tam olarak ifa edebilmesi için, ifanın yer ve zaman açısından sözleşmeye uygun olarak gerçekleşmesi yanında bu eserin tamamlanmış ve ayıpsız olması gerekir. Eserin bu şekilde teslim edilmesi, ayıptan sorumluluk kapsamında birçok açıdan önem taşımaktadır.

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğunun ilk şartı, sözleşme konusu eserin iş sahibine teslim edilmesidir. Zira, eserin henüz teslim edilmemiş olması halinde, ayıptan sorumluluk hükümleri de gündeme gelmeyecektir¹²⁸. Daha önce bahsedildiği üzere, eserin tesliminden önce, eserin ayıplı olarak imal edileceğinin anlaşılması durumunda, TBK m. 473/2 hükümleri uygulama alanı bulur ve bu halde iş sahibi eserin ayıplı olarak imal edilmesini önlemek üzere yükleniciye bir süre vererek, ayıbın veya aykırılığın giderilmesini, aksi takdirde hasar ve masrafları kendisine ait olmak üzere, onarımın veya işe devamın bir üçüncü kişiye verileceği konusunda ihtarda bulunabilir¹²⁹.

¹²⁸ Tandoğan, s. 160.

¹²⁹ Bu hususa daha önce değinildiğinden üzerinde durulmayacaktır.

TBK'nın m. 474 ve m. 478 hükümleri arasında düzenlenen ayıptan sorumluluk, eserin ayıplı olarak teslim edilmesi ile ilgilidir.

TBK m. 474 hükmü, ayıptan sorumluluğun başlangıcı olan ayıbın belirlenmesini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca, iş sahibinin ayıbı gözden geçirmesi ve varsa ayıpların yükleniciye bildirilmesi eserin tesliminin ardından başlayacaktır. Bu bağlamda, eserin ayıplı olup olmadığının tespit edilmesi açısından teslim anının esas alınması gerekir. Yine, TBK m. 478 uyarınca, eserin ayıplı olması nedeniyle açılacak davalar hakkında işleyecek zamanaşımı süresi, teslimden itibaren işlemeye başlayacaktır.

2. Teslim ve Tesellüm Kavramı

Eser sözleşmesindeki teslim kavramı, eşya hukukundaki teslim kavramından daha geniş bir anlam taşımaktadır. Bu anlamda eserin tesliminden anlaşılması gereken şey, sözleşme ile amaçlanan ve iş sahibinin kullanabileceği tarzda meydana getirilen *tamamlanmış* eserin, edimin ifası düşüncesiyle iş sahibine sunulmasıdır¹³⁰. Benzer bir tanımlama ile eserin teslimi, *“tamamlanmış bir eserin yüklenici tarafından eser sözleşmesinden doğan asli edim yükümünün ifasına yönelik olarak iş sahibinin hâkimiyet alanına sokulmasını veya münhasıran iş sahibinin hâkimiyet alanına terkini”*¹³¹ ifade eder.

Eserin tesliminde ayrıntılara geçmeden önce, uygulamada sıkça kullanılan ve eBK'da geçen *“tesellüm”* kavramını kısaca açıklamakta fayda görüyoruz. Türk Dil Kurumu sözlüğünde tesellüm, *“verilen bir şeyi alma, teslim alma”* şeklinde ifade edilmektedir. Yani, teslim sürecine yüklenicinin penceresinden bakıldığında *“teslim”*

¹³⁰ Şenocak, s. 80; Yavuz, s. 1021.

¹³¹ Gümü, s. 355.

kavramı, iş sahibinin penceresinden bakıldığında ise “tesellüm” kavramı ile karşılaşılır. Buradan hareketle, eserin teslimi, her iki tarafın da katılımını gerektiren bir süreçtir¹³². Bu bağlamda teslim ve tesellüm aynı anda olur¹³³. Örneğin, ressam tarafından tamamlanmış bir tablonun iş sahibine verilmesi, ressam için teslim iken, iş sahibi açısından tesellüm anlamına gelir.

Diğer taraftan teslim, yüklenici açısından teslim yükümlülüğünü ifa anlamına gelirken, iş sahibi açısından haklı sebep olmaksızın reddedilmesi halinde alacaklı temerrüdüne düşmesine yol açacak bir külfettir¹³⁴. Aynı zamanda, iş sahibinin eserin teslim edilmesi şeklindeki ifayı kabul etmesi, hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması olarak da nitelendirilmektedir¹³⁵.

Bu çerçevede üzerinde durulması gereken bir diğer mesele, eserin kabul edilmesi ile tesellümün farklı hususlar olduğudur. Kabul, eserin teslim alınmasından farklı olup, eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğunu açıklayan iş sahibinin iradesidir¹³⁶. Kabul ile birlikte iş sahibi ayıptan doğan haklarını kaybeder. Bu anlamda, eserin teslim edilmesi, eserin kabul edilmesinin de ön şartı olarak değerlendirilmektedir¹³⁷. Eserin kabulünü düzenleyen TBK m. 477 hükmüne göre, *“Eserin açıkça veya örtülü olarak 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.”*

¹³² Şenocak, s. 82.

¹³³ Yakuppur, Sendi: Borçlar Kanunu’na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2009, s. 68.

¹³⁴ Şenocak, s. 83.

¹³⁵ Şenocak, s. 83.

¹³⁶ Aral/Ayrancı, s. 393; Gümüş, s. 355; Yakuppur, s. 68.

¹³⁷ Gümüş, s. 355.

3. Teslimin Ön Şartı Olarak Eserin Tamamlanmış Olması

İsviçre ve Türk doktrini ile uygulamasında hâkim olan görüşe göre, eserin teslim edilmiş sayılabilmesi için, eserin tamamlanmış olması gerekir¹³⁸. Tamamlanmış eser, yüklenicinin eser sözleşmesi ile yüklenmiş olduğu bütün işleri yerine getirmesi demektir¹³⁹. Sözleşmeye göre kararlaştırılan tüm çalışmalar henüz bitmemiş ise eser tamamlanmış sayılmayacağından, eserin ayıplı da olsa tamamlanması ve tamamlanmış şekliyle teslimi gerekir¹⁴⁰. Ancak tamamlanmayan kısmın, tamamlanan kısma oranla çok az ve önemsiz olması halinde, mevcut eser, teslimi mümkün bir eser olarak kabul edilmelidir¹⁴¹. Fakat eserin kabulü ve eserin teslimi olgularının aynı anlama geldiği söylenemez¹⁴². Zira KİSK kapsamında bulunan yapım işlerinin muayene ve kabul esaslarını düzenleyen *Yapım İşleri İhaleleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği*'nde¹⁴³ de kabul yapılmasına engel olmayacak nitelikteki kusur ve eksikliklerden bahsedilmektedir. Bununla birlikte, bazen eserin fiziken meydana getirilip bitirilmesi yetmez. Eserin kullanılabilmesi için resmi makamlardan izin veya belge almak

¹³⁸ **Tandoğan**, s. 126; **Yavuz**, s. 1021; **Tunçomağ**, s. 1012; Eksik işe rağmen, iş sahibinin eseri ifa olarak kabul ettiği durumlarda, eksik işin teslimi engellemeyeceği; bu durumda eksik işler açısından sözleşmenin ifasına, ayıplı işler bakımından ise ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebileceği bir diğer görüş ile eserin teslimi kabul edildiği sürece ayıptan sorumluluk hükümlerine gidilebileceği üçüncü bir görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Şenocak** s. 87;

¹³⁹ **Tandoğan**, s. 126; **Şenocak**, s. 88,

¹⁴⁰ **Turan**, Şahin: Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD, C.I, S.II, 2011, s. 137.

¹⁴¹ **Turanboy**, Asuman: Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1989-1990,C.41, S.104, s. 155.

¹⁴² **Paket**, Sabure: Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı (Basılmamış) Doktora Tezi, Ankara 2019, s.56-99 vd.

¹⁴³ Bkz. 04.03.2019 tarih, 27159 Mükerrer sayılı Resmî Gazete.

gerekiyorsa ve yüklenici bunu da taahhüt etmişse, eserin tamamlanmış sayılabilmesi için bunları da tedarik etmesi gerekir¹⁴⁴.

Bahsedildiği üzere, eserin teslimi için, öncelikle eserin tamamlanması gerekir. Zira, tamamlanmamış eser, eksik iş olarak değerlendirilmektedir. Burada eserin ayıplı olması ile tamamlanmamasının (eksik iş) farkı üzerinde durmak gerekir. Eserin tamamlanmaması ve ayıplı olması farklı şeylerdir. Binada bulunan bağımsız bölümlere parke döşenmemesi eksik, parke döşenmiş olmasına rağmen parkelerin kabarmış olması ve zeminin düz olmaması ayıplı ifaya örnek olarak gösterilebilir. Eksik iş halinde temerrüt hükümleri, ayıp halinde ise ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁵. Ayrıca, eksik iş (eksik teslim) halinde, kural olarak hukuki ve teknik anlamda eserin teslimi gerçekleşmiş olmadığından, ayıptan sorumluluk hükümleri de henüz uygulama alanı bulamayacaktır¹⁴⁶. Keza, ayıbın muayene ve ihbar süresi ile ayıplı ifadan dolayı sorumluluğa ilişkin zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır. İş sahibinin, eser üzerinde tasarrufta bulunmaya başlaması, örneğin eseri kullanmaya başlaması karine olarak eserin teslim edildiği anlamına gelebilir ise de; eser tamamlanmadıkça teslim edilmiş olmaz¹⁴⁷. Burada, her somut olayın özelliğine göre bir inceleme yapmak gerekir.

¹⁴⁴ **Yavuz**, s. 1021. “Sözleşmede yer alan anahtar teslimi olgusu iskân izni alınması koşulunu da kapsamakta olup HUMK.nun 287. maddesi uyarınca delil sözleşmesi niteliğindedir. Somut olayda dava konusu inşaat henüz tamamlanmamıştır. Bir kısım eksiklikleri bulunmaktadır. Eksikliklerin tamamlanmadan iskân izninin alınması da mümkün değildir. Bu husus B. Belediyesi İmar İşleri Müdürlüğü’nün 9.6.2004 tarihli raporuyla da sabittir. Yüklenici eseri teslim ettiğini kanıtlayamadığı gibi zaten iskân ruhsatı alınmadığından teslim edilmiş sayılamaz.” Yarg. 15. HD, E. 2004/4417, K. 2005/1075 T. 28.02.2015, Bu konudaki Yargıtay kararları için Bkz. **Duman**, İlker Hasan: İnşaat Hukuku, İstanbul 2012, s.520.

¹⁴⁵ **Yavuz**, s. 1021, dn. 175.

¹⁴⁶ **Gümüç**, s. 356.

¹⁴⁷ **Tandoğan**, s. 126; **Tunçomağ**, s. 1012; **Karahasan**, s. 263; **Yakuppur**, s. 59.

Eksik işin teslim edilmek istenmesi halinde, doktrinde önemli eksiklik ve önemli olmayan eksiklik ayrımının yapıldığı görülmektedir¹⁴⁸. Buna göre, somut olayın şartları ve dürüstlük kuralına göre ortalama bir iş sahibinin gözüyle bakıldığında, eserin tesliminin reddini haklı gösterecek önemli eksiklikler varsa, teslim gerçekleşmeyecek ve borçlu temerrüdü hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁴⁹. Buna karşılık, eserin reddini haklı göstermeyen önemsiz eksiklikler teslimi engel olmayacak ve yapılan işin hukuken teslimi mümkün olacaktır¹⁵⁰. Bu durumda, iş sahibi TBK m. 112 uyarınca uğramış olduğu zararı talep edebilecektir¹⁵¹. Nitekim, Yargıtay bir kararında, “*eksik bırakılan bir iş varsa ve bu eksiklik de pek az ve arsa sahibi tarafından katlanılacak boyutta ise davacıya, yüklenicinin halefi olarak bu eksikliği tamamlama olanağı tanınmalı veya saptanacak bedelin tamamının para ile karşılanması halinde kişisel hakkın doğduğu kabul edilmeli ve tescil hükmü kurulmalıdır.*” diyerek bu görüşü kabul etmektedir¹⁵². Yargıtay bu kararında meseleyi, TBK m. 113 uyarınca, yapma borcunun ifa edilmemesi halinde iş sahibinin eseri tamamlatması için açılan bir dava olarak değil, gereği gibi ifa etmeme anlamına gelen bir tazminat davası olarak görmektedir¹⁵³.

Bu hususta son olarak, uygulamada çok sık karşılaşılan bir problemle ilgili olarak Yargıtay’ın yaklaşımı üzerinde durmakta fayda görüyoruz. İnşaat sözleşmelerinde çok sık rastlanılan, yapı kullanma izninin alınması yükümlülüğünün de yükleniciye bırakıldığı anahtar teslimi içeren sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu sözleşmelerde, yapı kullanma izninin alınmaması halinde bu durumun önemli bir

¹⁴⁸ **Gümüş**, s. 356.

¹⁴⁹ **Gümüş**, s. 356.

¹⁵⁰ **Yakuppur**, s. 66.

¹⁵¹ **Gümüş**, s. 356;

¹⁵² Bkz. Yarg. 14. HD, E. 2003/5341, K. 2003/8244, 20.11.2003, KİBB.

¹⁵³ Bu karar ve kararın yorumu hakkında bkz. **Gümüş**, s. 356.

eksiklik olduğu ve eylemli bir teslim alma durumu gerçekleşse dahi hukuken bu durumun bir teslim sayılmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Bu durumda, yani eksik işle teslimin yapıldığı durumlarda, eser aynı zamanda ayıplı ise, sebeplerin yarışması gereğince ayıptan sorumluluk hşkşmlerine de bařvurulabilecektir¹⁵⁵.

Tamamlanmış eserin konusu taşınır ise zilyetliğin devri; taşınmaz ise eserin tamamlandığının iş sahibine bildirildiği, iş sahibinin de yşkleniciye ait bu yřkřmlřlřđřn onun tarafından yerine getirildiğine ilişkin kabul beyanı ile teslim tamamlanmış olacaktır¹⁵⁶. Esere konu şey, fikrş bir eserse, fikrş sonucu taşıyan şeyin (CD, taşınır bellek veya belge gibi) iş sahibine teslim edilmesi gerekecektir.

Eserin teslimi açısından ifa yeri ve ifa zamanı hakkında kanunda bir hşkşm olmadığından, meselenin TBK'nın bu konularda genel hşkşm niteliği taşıyan m. 89 ve m. 90 hşkşmleri çerçevesinde şzşme bağlanması gerekir. İfa yeri sşzleşmede kararlaştırılmışsa bir sıkıntı yaşanmayacaktır. Ancak, bşyle bir kararlaştırma yapılmamışsa, eserin niteliğine bakmak gerekir. Taşınmaz şzerine yapılacak eser ile taşınmazın bştşnleyici parça ve eklentisini teşkil eden eşyalarla ilgili teslimler

¹⁵⁴ **Gşmşş**, s. 357; “Davalı yşkleniciler vekili, sşresinde verdiği cevap dilekçesinde davacı arsa sahiplerinin taleplerinin inşaatın bitmesi gerektiği tarihten itibaren 14 yıl gibi sşre geçmiş olması sebebiyle zamanaşımına uğradığını ileri sşrerek zamanaşımı def'inde bulunmuştur. Dosya kapsamı ile mahkeme ve bşlge adliye mahkemesi kararlarından davalıların murisi yşklenici tarafından inşaatın teslimi gereken tarihte yapı kullanma izin belgesi alınarak tamamlanıp teslim edilmediği ve davacı arsa sahiplerinin gecikme tazminatı istemekte haklı oldukları anlaşılmaktadır.” Bkz. Yarg. 15. HD, E. 2018/1714, K. 2019/552, T. 12.02.2019, KİBB.

¹⁵⁵ **Gşmşş**, s. 356.

¹⁵⁶ **Turanboy**, s. 154.

taşınmazın bulunduğu yerde yapılacaktır¹⁵⁷. Malzemesini iş sahibinin getirdiği, tamir ve işlemeye bırakılan taşınırılar ise iş sahibi tarafından aranmalıdır¹⁵⁸.

İfa zamanı açısından ise; sözleşmede bir hüküm yoksa, eser sözleşmesinin konusu ve bu eserin normal şartlarda ne zaman tamamlanıp teslim edileceğinin tespiti ile ifa zamanının her somut olaya göre ayrı belirlenmesi gerekir¹⁵⁹. Eseri teslim zamanı, ayıptan sorumlulukta iş sahibinin eseri gözden geçirme ve ayıp varsa bunu bildirme süreleri ile ayıptan sorumluluğa ilişkin zamanaşımının işlemeye başlaması açısından önem taşır.

Son olarak, eser sözleşmesi açısından bakıldığında teslim, maddi bir fiil olduğundan her türlü delille ispatlanabilir ve ispat yükü de yükleniciye aittir¹⁶⁰. Nitekim Yargıtay, “Kural olarak, eserin arsa sahibine teslim edildiğini ispat yükleniciye düşer. Maddi bir olay olması bakımından teslim taraflar arasında düzenlenecek bir teslim tutanağı ile ispatlanabileceği gibi diğer yazılı deliller veya tanık sözleri ile de ispatlanabilir. Yüklenicinin teslimi sözleşmede teslim için kararlaştırılan 5.9.2001 tarihinde yaptığına dair yazılı bir delili bulunmadığından yukarıda sözü edilen kural uyarınca arsa sahibi olan davacılar kendilerine isabet eden 4, 5, 8 ve 9. bağımsız bölümlerin teslimindeki gecikmeden ötürü Eylül 2001 ayı için bilirkişilerin bulacakları gecikme tazminatını talep edebilir.” şeklinde bir karar vermiştir¹⁶¹. Buna karşılık iş sahibi, eksiklik bulunmasına rağmen herhangi bir “ihtirazi kayıt” koymaksızın fiili olarak eserin kullanımına başlamışsa, bu durum eserin teslim

¹⁵⁷ Yavuz, s. 1022.

¹⁵⁸ Yavuz, s. 1022.

¹⁵⁹ Yavuz, s. 1023.

¹⁶⁰ Gümü, s. 355.

¹⁶¹ Bkz. Yarg. 15. HD, E. 2003/6321, K. 2004/3464, T. 21.06.2004, KİBB.

alındığına dair bir karine teşkil ettiğinden, ispat yükü tersine dönecek ve eksik iş bulunduğunu işin sahibi ispatlayacaktır¹⁶².

4. Eser Türlerine Göre Teslimin Nasıl Yapılacağı

Teslim çoğunlukla, yüklenici tarafından tamamlanmış eserin iş sahibine verilmesiyle, o şeyin zilyetliğinin doğrudan doğruya iş sahibine geçirilmesiyle olur. Ancak, bu durum sadece konusu taşınır olan eserler açısından mümkün olan bir teslim olur. Bununla birlikte, eser sözleşmesinin konusu değişiklik gösterdiği için, teslim de değişik şekillerde ortaya çıkabilir.

Eser sözleşmesinin konusu bir taşınır ise ve eğer malzeme yüklenici tarafından sağlanmışsa teslim ile birlikte eserin mülkiyeti de iş sahibine geçer. Buna karşılık onarım veya işlenmek üzere iş sahibi tarafından yükleniciye verilen şey, iş sahibine iade edilerek teslim gerçekleşir¹⁶³.

Eser sözleşmesinin konusunu gayri maddi şeyler oluşturuyorsa teslim, bu gayri maddi sonuçların cismani varlığa büründüğü, rapor, mütalaa, CD veya harici disk gibi veri taşıyıcı elektronik eşya veya cihazların iş sahibine verilmesiyle gerçekleşecektir¹⁶⁴. Günümüzde bu tarz eserlere ilişkin teslimlerin, e-posta yoluyla iş sahibine gönderilmesi veya elektronik ortamda bir buluta yüklenerek iş sahibinin erişimine açılmasıyla dahi teslimin gerçekleştiği görülmekte ise de; bu tarz yapılan teslimlerin ispatı açısından yüklenici tarafından sıkıntı yaşanması pek tâbi olasıdır. Bundan başka, bir konser ya da opera gösterisinde olduğu gibi bazı gayri maddi sonuçlar içeren eser sözleşmeleri

¹⁶² **Kurt**, Leyla Müjde: Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012, s. 69.

¹⁶³ **Şenocak**, s. 82; **Tandoğan**, s. 125.

¹⁶⁴ **Yakuppur**, s. 65; **Tandoğan**, s. 125; **Karahasan**, s. 255; **Şenocak**, s. 82; **Kurt**, s. 68.

teslime elverişli olmadığından, bu sonuçlar ortaya konulur konulmaz teslim gerçekleşmiş olur ve ayıptan sorumluluk hükümleri uygulama alanı bulur¹⁶⁵.

Eser sözleşmesinin konusu eğer bir taşınmaz ise ve üzerine yapı yapılmasını veya mevcut yapının tamiratını, boyanmasını içeriyorsa, yüklenicinin yapıyı tamamladığını açık veya örtülü olarak, iş sahibine bildirmesiyle teslim gerçekleşecektir¹⁶⁶. Bununla birlikte, teamül tamamlanmış eserin kullanılmasını sağlayacak anahtar veya diğer bazı gereçlerin de iş sahibine sunulmasını gerektiriyorsa, bunların da teslim edilmesi gerekir, aksi takdirde eserin teslimi gerçekleşmiş olamayacaktır¹⁶⁷. Ayrıca, inşaat iskeleleri gibi eseri meydana getirmek için kullanılan ve eserin kullanılmasını olumsuz etkileyecek, araç gereç ve malzemelerin de teslim açısından kaldırılıp, götürülmesi gerekecektir¹⁶⁸.

Kiracının verdiği eşyanın tamir edilip, kiracıya teslim edilmesinde olduğu gibi, iş sahibine sağlanacak olan zilyetliğin asli zilyetlik olması gerekmez, fer'i zilyetlik olması da mümkündür¹⁶⁹.

Doktrinde haklı olarak, teslim esnasında iş sahibine eseri muayene etme hakkı tanınması gerektiği kabul edilmektedir¹⁷⁰. Buradaki muayene, ayıptan sorumluluğun bir şartı olan ayıbın muayenesinden farklı olarak, eserin teslim alınmasına ilişkin şartların oluşup oluşmadığı ile ilgilidir.

TBK m. 474 ilk fıkra uyarınca, ayıplar eserin tesliminden sonra tespit edileceğinden, ayıp kural olarak eserin teslimine engel olmayacaktır. Eserin ayıplı

¹⁶⁵ Şenocak, s. 87; Kurt, s. 68.

¹⁶⁶ Kurt, s. 68; Tandoğan, s. 125-127; Karahasan, s. 262; Yakuppur, s. 65.

¹⁶⁷ Yakuppur, s. 65.

¹⁶⁸ Tandoğan, s. 126; Karahasan, s. 263.

¹⁶⁹ Tandoğan, s. 126; Şenocak, s. 82; Yakuppur, s. 65.

¹⁷⁰ Bu görüş hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Şenocak, s. 84.

olduğu durumlarda, iş sahibi kural olarak eseri teslim almak zorundadır¹⁷¹. Ancak, eserdeki ayıp, eserin kullanılamayacağı derecede ağırsa, iş sahibi eseri teslim almaktan kaçınarak borçlu temerrüdü hükümlerine başvurabilir¹⁷².

Son olarak, sözleşme özgürlüğü uyarınca teslimin ne şekilde olacağı taraflarca ayrıca kararlaştırılabilir¹⁷³. Örneğin, taraflarca teslimin bir kurumun ya da tarafların eser üzerinde birlikte yapacakları incelemenin olumlu sonuçlanması gibi bazı koşullara bağlanması mümkündür.

C. Teslim Konusu Eser Ayıplı Olmalıdır

Yüklenicinin sorumluluğunun doğması ve iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakların gündeme gelebilmesi için bir diğer şart, eserin ayıplı olmasıdır. Aşağıda açıklanacağı üzere ayıp, sözleşmede kararlaştırılan vasıfların ve lüzumlu vasıfların bulunmaması şeklinde kendini gösterir¹⁷⁴.

1. Ayıp Kavramı

TBK'nın ayıptan sorumluluğu düzenleyen 474 ilâ 478 maddeleri arasında, ayıbın bildirilmesi, iş sahibinin seçimlik hakları, iş sahibinin sorumluluğu ve zamanaşımı gibi hususlar düzenlenmiş, ancak ayıbın ne anlama geldiği belirtilmemiş, ayıbın tanımı yapılmamıştır. Eser sözleşmesinde ayıp kavramı üzerinde genel olarak bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, satış sözleşmesindeki ayıp kavramı burada da geçerli olmalı ve aynı türden eserin ortalama nitelikleri ile karşılaştırıldığında, olması gereken niteliklerin bulunmaması veya olmaması gereken

¹⁷¹ Kurt, s. 68; Tandoğan, s. 126; Şenocak, s. 78.

¹⁷² Öz, İnşaat, s. 194; Kurt, s. 69.

¹⁷³ Kurt, s. 68.

¹⁷⁴ Tandoğan, s. 161.

niteliklerin o eserde bulunması ayıp olarak nitelendirilmelidir¹⁷⁵. Bu görüş, eser sözleşmesinin özelliklerinin dikkate alınmaması nedeniyle yoğun eleştirilere maruz kalmıştır¹⁷⁶. Zira, eser sözleşmesinin özelliği gereği, o eser ilk defa ve o olaya özel ortaya çıkan yeni bir şeydir. Dolayısıyla, normal ve ortalama vasıflardan sapma burada bir ölçü olmayacaktır.

Bu çerçevede, ayıp kavramının içeriğinin belirlenmesinde eser sözleşmesinin somut olarak incelenmesi gereklidir. Teslim edilen eserin, sözleşmeye göre taşınması gereken özellikler ile mevcut hali arasındaki sapmalar belirlenmelidir¹⁷⁷. Bununla birlikte, sözleşme hükümlerinin dışında yani hususi bir anlaşma olmasa bile, sözleşmenin muhteviyatına göre, eserde “dürüstlük kuralı” gereği bulunması gereken nitelik, yani lüzumlu vasıfların eksikliği de ayıp olarak değerlendirilecektir¹⁷⁸.

Eser sözleşmesinin tüketici sözleşmesi niteliği taşıdığı hallerde ise; 6502 sayılı TKHK m. 8’deki “Ayıplı Mal” tanımına bakmak gerekecektir. TKHK m. 3/I’deki tüketici işlemi tanımında eser sözleşmeleri de sayılmakla¹⁷⁹, iş sahibinin tüketici olduğu durumlarda yükleniciye karşı sahip olduğu hakların belirlenmesinde anılan kanun hükümleri öncelikli olarak uygulanacağından, TKHK’deki ayıplı mal tanımı tüketici

¹⁷⁵ Bu görüş ve taraftarları hakkında bkz. **Şenocak**, s. 92. Aynı yönde bkz. **Yener**, Mehmet Deniz: Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin Hakları, ERÜHFD, C.IV, S.I, 2009, s. 157.

¹⁷⁶ **Seliçi**, Özer: İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s. 135; **Tandoğan**, s. 162; **Şenocak**, s. 92.

¹⁷⁷ **Gümüş**, s. 370; **Aral/Ayrancı**, s. 400; **Yavuz**, s. 1026; **Büyükay**, s. 103.

¹⁷⁸ **Gümüş**, s. 370; **Büyükay**, s. 104; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 522; **Yavuz**, s. 1025; **Şenocak**, s. 93; **Tandoğan** s. 162; **Seliçi**, s. 136.

¹⁷⁹ TKHK md. 3’de “Tüketici işlemi: Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi, ... ifade eder” şeklinde tarif edilmiştir.

sözleşmesi niteliği taşıyan eser sözleşmelerinde önem taşır. Burada dikkat çeken husus sözleşmeye konu olan şeyin, sözleşmede kararlaştırılan süre içinde teslim edilmemesinin, yani temerrüt halinin “Ayıplı Mal” başlığı altında düzenlenmiş olmasıdır. Anılan düzenleme TBK’nın sistematigi ile çatışmakta olup, öğretide haklı olarak eleştirilmiştir¹⁸⁰.

Neticede, eser sözleşmesinde ayıp kavramı, eserin sözleşmeye göre taşınması gereken nitelikleri taşımaması veya sözleşmede özel bir anlaşma olmasa dahi, sözleşmenin içeriği dikkate alındığında, o eserde dürüstlük kuralı gereği mevcut olması gereken niteliklerin eksikliği şeklinde ifade edilebilir.

2. Eserin Ayıplı Sayıldığı Durumlar

Eser sözleşmesinin içeriği hazırlanırken, taraflar meydana getirilecek eserle ilgili bazı nitelikler, özellikler belirleyebilirler. Bu yöndeki anlaşma açık olabileceği gibi zımni de olabilir. Meydana getirilen eserin bu özellikleri taşımaması eserin ayıplı sayılmasına yol açacaktır. Örneğin, evin gri renge boyanacağı kararlaştırıldığı halde, beyaza boyanması veya mutfak tezgâhının mermerden yapılacağı kararlaştırıldığı halde granitten yapılması halleri, eserin sözleşmede açıkça kararlaştırılan nitelikleri taşımaması dolayısıyla ayıplı olması sonucunu doğuracaktır. Bununla birlikte, yeni taşınılan bir evin boyanması hususunda boyacı ile yapılan anlaşmada, duvardaki eskiden kalma çivi izlerinin ve irili ufaklı çukurların kapatılacağı yönünde bir kararlaştırma açıkça yapılmamış olsa dahi, boyacının bu çivi izlerini ve çukurları kapatacak şekilde boya işini tamamlaması, eserin zımni olarak kararlaştırılmış vasfını oluşturur.

¹⁸⁰ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. **Erkan**, V. Umut: Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması, TAAD, Yıl:7, Sayı:30, s. 293 vd.

Eserin ayıplı sayıldığı durumlar yalnızca, eser sözleşmesinin içeriği dikkate alınarak açık ve zımni olarak kararlaştırılan niteliklerin bulunmamasından ibaret değildir. Eser sözleşmesinin içeriği dikkate alındığında dürüstlük kuralı gereği taşıması gereken lüzumlu vasıfların bulunmaması da eserin ayıplı sayılmasını gerektirecektir¹⁸¹. Zira dürüstlük kuralı, bir çatının kiremitlerinin donmaya dayanıklı olmasını gerektirdiği gibi, yüklenicinin aksi öngörülmediği sürece normal şartlardaki bir eserin değerini taşıyan ve kullanılmaya elverişli bir eser teslim etmesini gerektirir¹⁸².

Bu kapsamda, eser sözleşmesinde kullanılacak malzemenin kalitesi belirtilmemişse, TBK m. 86'daki *“Çeşit borçlarında hukuki ilişkiden ve işin özelliğinden aksi anlaşılmadıkça, edimin seçimi borçluya aittir. Ancak borçlunun seçeceği edim, ortalama nitelikten daha düşük olamaz.”* hükmü gereği, kullanılacak malzemenin kalitesini belirleme yetkisi yüklenicide olmakla birlikte, yüklenici en azından orta kalitede bir malzeme kullanmak durumunda olup, bundan daha düşük kalite bir malzeme kullanamaz. Eğer yüklenici, orta kalitenin altında bir malzeme ile eseri meydana getirmiş ise eser ayıplı sayılacaktır¹⁸³.

Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılan niteliklere tamamen uygun bir eser meydana getirmesine rağmen, bu eserin tekniğin genel kabul görmüş kurallarının öngördüğü standartların altında kalması veya mevzuata aykırı olması halinde, yüklenicinin ayıptan sorumlu olup olmayacağı doktrinde tartışmalıdır¹⁸⁴. Tekniğin genel kabul görmüş kuralları, “bir eserin tasarlanması ve meydana getirilmesinde kullanılan teknik kurallar olup, bilimsel çevrelerde teorik açıdan doğruluğu sabit ve kabul edilmiş

¹⁸¹ **Gümüş**, s. 371; **Şenocak**, s. 97.

¹⁸² **Şenocak**, s. 97.; Yine, soğuk bir bölgede yapılan yapıda, sıcak iklimdeki bir bölgede yapılan yapılardaki ısı yalıtımıyla yetinilmesi, gerekli niteliklerin (lüzumlu vasıfların) eksikliğini ifade eder ve bu durum ayıp olarak değerlendirilecektir. Örnek için bkz. **Gümüş**, s. 371.

¹⁸³ **Büyükay**, s. 99; **Şenocak**, s. 97; **Tandoğan**, s. 164.

¹⁸⁴ Bu tartışmalar için bkz. **Şenocak**, s. 96.

olan ve bu kuralları uygulamaya yetkili, en yeni bilgilerle donatılmış teknik elemanlar tarafından bilinen ve tecrübeye göre teknik açıdan elverişli, uygun ve gerekli görülen kurallar”¹⁸⁵ olarak tarif edilmektedir. Tekniğin genel kurallarına aykırılık, eserin kullanılmasını engellemiyorsa bir sıkıntı yaşanmayacak ve ayıptan sorumluluk da gündeme gelmeyecektir. Ancak, aykırılık eserin kullanımını ortadan kaldıracaksa, yüklenicinin, iş sahibine bu konuda bir ihtar yapıp yapmadığı incelenmelidir. Şayet böyle bir ihtar yoksa yüklenici ayıptan sorumlu olacak, ancak ihtar yapılmış ise herhangi bir sorumluluk da gündeme gelmeyecektir¹⁸⁶. Zira, TBK m. 476’da “*Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtara karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.*” hükmü düzenlenmiştir. Eserin, sözleşmeye uygun imal edilmesine karşılık mevzuata aykırı olduğu durumlar için de aynı açıklamalar geçerli olacaktır.

Eserin sözleşmeye uygun olarak imal edilip teslim edildiğini yüklenici ispatla yükümlü iken, eserin tesliminden sonra ayıbın varlığını iş sahibi ispatlamakla yükümlüdür¹⁸⁷.

¹⁸⁵ **Büyükcay**, s. 105’den aynen.

¹⁸⁶ **Şenocak**, s. 97.

¹⁸⁷ “Uyuşmazlık, yapılan işin ayıplı olup olmadığı noktasındadır. Kural olarak, eser sözleşmelerinde işin yapıldığını ve teslim edildiğini kanıtlamak yükleniciye, eserin ayıplı olduğunu kanıtlama külfeti ise iş sahibine aittir. Her ne kadar gerek cevabi ihtarname gerekse tanık anlatımlarıyla ayıp ihbarının yapıldığı kanıtlanmış ise de ayıbın varlığı konusunda tespit bulunmadığı gibi ayıba ilişkin başkaca delil de sunulmamıştır. Kısaca davalı iş sahibi ayıplı olduğunu iddia ettiği imalatı ortadan kaldırmış olmakla ayıbın varlığını kanıtlamamıştır.” Yarg. 15. HD.; E. 2012/3601, K. 2012/4443, T. 13.06.2012, KİBB.

3. Ayıp Türleri

Eserdeki ayıp, maddi ayıp-hukuki ayıp, açık ayıp-gizli ayıp, önemli ayıp-önemsiz ayıp gibi değişik şekil ve türlerde karşımıza çıkabilir.

Eserin maddeten taşınması gereken özellikleri taşımaması, yani eserdeki fiziki vasıf eksikliği maddi ayıp olarak nitelendirilirken, eserde maddeten bir sıkıntı olmamakla birlikte, daha çok kamu hukuku hükümlerinden doğan, eserin elverişliliğini etkileyen veya kullanılabilirliğini ortadan kaldıran, hukuken etkileyen eksiklikler hukuki ayıp olarak nitelendirilir¹⁸⁸. Bir başka görüşe göre ise; hukuki ayıp, eserin meydana getirilmesi esnasında kullanılan malzeme üzerinde üçüncü kişilerin mülkiyet hakkını ifade etmekte olup, bu sebeple hukuki ayıbın inşaat sözleşmelerinde gerçekleşmesinin nadir olduğu ileri sürülmektedir¹⁸⁹.

Teslim esnasında açıkça görülebilen veya eserin muayenesiyle kolaylıkla fark edilebilen ayıplar açık ayıp; buna karşılık muayeneyle tespit edilemeyen, zaman içerisinde kullanımla ortaya çıkan ayıplar ise gizli ayıp olarak değerlendirilir¹⁹⁰. Bu ayırım, ayıbın muayene ve ihbarında önem arz eden bir ayırımdır. Zira, açık ayıplarda iş sahibi işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve uygun bir sürede ayıpları yükleniciye bildirmek zorundadır. Gizli ayıplarda ise, zamanaşımı

¹⁸⁸ **Gümüş**, s. 371; **Büyükcay**, s. 105; **Şenocak**, s. 103.; Örneğin, yapılan yapının duvarlarının çatlak olması veya dikilen elbisenin paçasının kısa olması gibi, ayıbın eserin teknik, kimyasal ve fiziksel yapısında meydana gelmesinde maddi ayıp; üretilen makinanın teslim edileceği ülkenin ithalat rejimine aykırılık teşkil etmesi gibi kamu hukuku kaynaklı sınırlamalar hukuki ayıp olarak nitelendirilecektir. Örnekler için bkz. **Gümüş**, s. 371; **Tandoğan**, s. 167.

¹⁸⁹ **Seliçi**, s. 143. Az rastlansa da, inşaatla kullanılan bir kısım malzemelerin yükleniciler tarafından finansal kiralama yoluyla edinildiği görülmektedir. Finansal kiralama sözleşmesinin feshi ve malzemenin mülkiyet hakkını elinde bulunduran finansal kiralama şirketinin malzemenin iadesini istemesi halinde inşaat işlerinde de nadir de olsa bu şekilde hukuki ayıbın ortaya çıkması mümkündür.

¹⁹⁰ **Şenocak**, s. 104; **Büyükcay**, s. 107; **Gümüş**, s. 372.

süresi içerisinde olması koşuluyla gizli ayıp ortaya çıktığında yükleniciye derhal bildirilmesi gerekir¹⁹¹.

Eser, iş sahibi açısından kullanılamaz ve kabule zorlanamaz durumdaysa önemli ayıp¹⁹²; eser kullanılabilir durumda olmakla birlikte, onu çekilmez hale getirmeyen, ancak ondan beklenen faydayı olumsuz etkileyen ve iş sahibince kabul etmesi beklenen¹⁹³ ayıplar, önemsiz ayıp olarak değerlendirilecektir. Bu ayrım, seçimlik hakların kullanılmasında getirilen sınırlamalar açısından önem taşımaktadır. TBK m. 475'e göre, *“Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa”* iş sahibi dönme hakkını kullanabilir. Dolayısıyla, önemsiz ayıplarda iş sahibi eseri kabulden kaçınamayacak, ancak bedelden indirim veya ayıbın giderilmesini isteme haklarını kullanabilecektir¹⁹⁴. Bir başka ifade ile önemsiz ayıplarda iş sahibinin dönme hakkı olmayacaktır.

Son olarak, asli ayıp ve tali ayıp şeklinde bir ayrım yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, eserin teslimi sırasında mevcut olan ayıplar asli ayıp iken, ayıplı beton yüzünden duvarın yıkılması gibi asli ayıbın sonradan yol açtığı ayıplar tali ayıptır¹⁹⁵.

4. Ayıp Sayılmayan Durumlar

Eserden başka bir şeyin teslim edilmesi (aliud), eserin tamamlanmaması, işçi ve malzeme masraflarının artması ve teslim edilen eserin sonradan kötüleşmesi gibi durumlar, eserin ayıplı olması ile karıştırılmamalıdır.

¹⁹¹ **Büyükcay**, s. 107.

¹⁹² **Yavuz**, s. 1027; **Büyükcay**, s. 108.

¹⁹³ **Gümüç**, s. 372.

¹⁹⁴ **Duman**, s.733.

¹⁹⁵ **Tandoğan**, s. 167; **Büyükcay**, s. 108.

Yüklenicinin sözleşmede kararlaştırılardan tamamen başka bir şey teslim etmesi halinde aliud gündeme gelecektir. Aliud halinde, eserin ayıplı olmasından bahsedilemez. Zira eserin ayıplı olması demek, kararlaştırılan eserin teslim edilmesi ama sözleşme ile kararlaştırılan niteliklerin o eserde bulunmaması demektir. Aliud halinde ise, kararlaştırılan şeyden başka bir şeyin eser olarak meydana getirilmesi söz konusudur. Tablo yerine heykel yapılması bunun gibidir. Aliud halinde yanlış ifa söz konusu olduğundan yüklenici iş sahibine karşı, eserin ayıplı olmasından dolayı sorumluluk hükümlerine göre değil, borcun ifa edilmemesi hükümlerine göre sorumlu olacaktır¹⁹⁶. Bununla birlikte, aliud teslimine rağmen, iş sahibinin buna itiraz etmemesi, ifa yerine edim olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁹⁷.

Daha önce bahsedildiği üzere, eserin tamamlanmamış olması halinde eksik işten bahsedilir ve bu durumda ayıptan sorumluluk hükümleri gündeme gelmez¹⁹⁸.

Eser meydana getirilirken, yüklenicinin özen ve sadakat borcuna aykırı davranarak, normalden daha fazla işçi veya malzeme masrafı yapması mümkündür. Bu durum eserin taşınması gereken nitelikleri etkilemiyorsa, ayıp olarak değerlendirilmez, ancak eserin ücreti belirlenirken dikkate alınır¹⁹⁹.

Son olarak, eserin teslim edilmesinden sonra yüklenicinin eseri muhafaza borcu bulunmadığından eserin kötüleşmesi durumunda ayıptan sorumluluk gündeme gelmeyecektir. Ancak, eserdeki ayıbın, sonradan başka bir ayıba daha yol açması²⁰⁰ veya gizli ayıp durumunda yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelecektir.

¹⁹⁶ Şenocak, s. 105; Büyükcay, s. 113.

¹⁹⁷ Büyükcay, s. 113.

¹⁹⁸ Aksi görüş için bkz. Şenocak, s. 106.

¹⁹⁹ Şenocak, s. 106.

²⁰⁰ Şenocak, s. 107.

D. Eseri Muayene ve Ayıblı İhbar Külfetlerinin Yerine Getirilmesi

1. Muayene ve İhbarın Amacı ile Hukuki Niteliği

Eserin ayıplı olmasından dolayı yüklenicinin sorumluluğuna gidilebilmesi için iş sahibi tarafından bazı şartların yerine getirilmesi gerekir. TBK m. 474 hükmüne göre; iş sahibinin, yükleniciye karşı TBK m. 475’te yer alan seçimlik haklarını kullanabilmesi için eserin teslimini müteakip, *“işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirmek zorundadır.”* Aksi takdirde, iş sahibi eseri kabul etmiş sayılacağından, yüklenicinin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Nitekim TBK m. 477/2 uyarınca, *“İş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, eseri kabul etmiş sayılır.”*

İş sahibinin eseri gözden geçirme, başka bir ifadeyle eseri muayene etme ve şayet varsa ayıpları yükleniciye ihbar etmesi, hukuki niteliği itibariyle bir yükümlülük değil, külfettir²⁰¹. *Külfet*, hukuk düzeni tarafından bir kişiye başka bir kişi karşısında yüklenilen bir davranış olup, yükümlü kişinin bu davranışı yerine getirmemesi halinde; elde etmesi mümkün olan bir hakkı kazanamaması veya böyle bir hakkı kaybetmesi durumu ortaya çıkar²⁰². Zira, muayene ve ihbar külfeti yerine getirilmezse, iş sahibi TBK m. 475’te yer alan seçimlik haklara hak kazanamayacak ve eserin ayıplı olmasına katlanmak zorunda kalacaktır. İş sahibinin eseri muayene veya ayıblı ihbar etmemesi halinde, muayene ve ihbar iş sahibinin bir edim borcu olmayıp, dolayısıyla bu durum borca aykırılık hali oluşturmadığından yüklenici iş sahibini bu konuda temerrüde düşüremez, yüklenici iş sahibinden eseri muayene etmesini, şayet ayıp varsa kendisine bildirmesini isteyemez²⁰³.

²⁰¹ Yavuz, s. 1029; Tandoğan, s. 167-168; Şenocak, s. 108; Büyükkay, s. 118; Gümüş, s. 374.

²⁰² Eren, Genel, s. 45.

²⁰³ Seliçi, s. 145; Öz, İnşaat, s.198.

İş sahibinin eserin ayıplı olması durumunda doğrudan seçimlik hakları kullanamaması, öncelikle eserin muayene ve ayıbın ihbar edilmesindeki amaç, yüklenicinin eserdeki ayıp hakkında bilgi sahibi olarak, gerekli araştırmaları yapması ve ayıbın varlığına itiraz edebilmesi olanağının tanınmasıdır²⁰⁴. Aksi takdirde, yükleniciye bir araştırma ve itiraz hakkı tanınmamış olacak ve yüklenici bakımından adaletli olmayan, olumsuz bir sonuç ortaya çıkacaktır.

2. Muayene Külfetinin Yerine Getirilmesi

Muayene veya TBK’ da ifade edildiği şekliyle *gözden geçirme*, teslim olunan eserdeki özelliklerin sözleşmede kararlaştırılanla örtüşüp örtüşmediğini saptamak, önceden bir belirleme yapılmamışsa eserin emsallerindeki özellikleri taşıyıp taşımadığını ortaya çıkarmak demektir²⁰⁵. TBK m.474’te, “*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.*” denilmiştir. Muayene külfeti, maddenin açık düzenlemesinden anlaşılacağı üzere açık ayıplar için gündeme gelir, gizli ayıplarda ise sadece ihbar külfeti söz konusu olacaktır²⁰⁶.

Kanun koyucu, muayene süresi olarak on beş gün veya bir ay gibi belirli bir süre koymamış, “... *eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz*” diyerek, kesin bir belirleme yapmaktan kaçınmıştır. Bu düzenleme gerek yüklenici gerekse iş sahibinin faydasıdır. Zira, iş sahibinin eseri etraflıca incelemesi ve muayene etmesi için onu sıkıştıran bir süre olmayıp, onun dahil olduğu çevrenin teamüllerine göre hareket etmesi amaçlanmıştır. Diğer taraftan, yüklenicinin teslim

²⁰⁴ Şenocak, s. 108.

²⁰⁵ Karataş, İzzet: Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004, s.156.

²⁰⁶ Gümü, s. 376.

ettiği eserin ayıplı olup olmadığı bakımından en kısa sürede haberdar edilmesini sağlamak ve sorumluluğunu sürüncemede bırakmamakta fayda vardır.

Muayene sürecinin başlangıcı ve bitişi arasındaki süre muayene süresi olup²⁰⁷, anılan maddeden anlaşılacağı üzere, bu süre eserin teslim edilmesinden itibaren başlar²⁰⁸. Hukuki ve de teknik anlamda bir teslim yok ise muayene süresi de başlamış sayılamaz. Örneğin, bir ev inşaatında, inşaat tamamlanmadan iş sahibi eve taşınmış olsa dahi, hukuki ve teknik manada teslim henüz gerçekleşmediğinden bu süre de işlemeye başlamaz²⁰⁹. Ancak, teslime rağmen, somut olayın özellikleri dikkate alındığında, eserin muayenesinin yapılamayacağı anlaşılırsa, muayene süresinin başlangıcı, daha sonraki bir tarihe ertelenebilir²¹⁰. Örneğin, tamir edilen çatının su akıtıp akıtmadığının belirlenmesi gibi eserin belli bir amaç için kullanılacak olması ve bu kullanımın ancak yaz veya kış mevsiminde olabileceği gibi durumlarda muayenenin başlangıcı da o tarihlere göre olacaktır²¹¹. Diğer taraftan, “teslim” kavramı TBK m. 477’de düzenlenen “kabul” kavramından farklı olup, iş sahibinin eseri teslim almış olmasına rağmen, muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirdikten sonra ayıp sebebiyle eseri kabul etmeme hakkının bulunduğu unutulmamalıdır²¹².

“İşlerin olağan akışı” ifadesinden o çevrenin teamüllerine atıf yapılmakta olup, o çevrede kararlaştırılan türden bir eserin muayenesi için ne kadar bir süreye ihtiyaç duyulduğu teamüllere göre tespit edilecektir²¹³. İş sahibinin hastalanması veya işletmesi ile ilgili bir sıkıntı gibi kendisinden kaynaklanan nedenler, muayene süresi açısından

²⁰⁷ Şenocak, s. 110.

²⁰⁸ Yavuz, s. 1031.

²⁰⁹ Tandoğan, s. 168; Yavuz, s. 1030.

²¹⁰ Gümüş, s. 375; Şenocak, s. 111; Büyükay, s. 119.

²¹¹ Şenocak, s. 111.

²¹² Aktürk, Y. İpek: Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012, s. 124.

²¹³ Tandoğan, s. 169; Şenocak, s. 111.

haklı bir durum oluşturmaz. Ancak, genel grev veya doğal afet gibi iş sahibinin kendisinden kaynaklanmayan nedenler muayeneye engel olursa, iş sahibinin muayene süresinde geciktiği söylenemez²¹⁴. Sonuç olarak muayene, başka bir ifade ile gözden geçirme süresi, tarafların sıfatı, o iş alanındaki teamüller ve özenli bir iş sahibi için gerekli olan süre gibi hususlar dikkate alınarak, her somut olaya göre belirlenecektir²¹⁵. Muayene külfetinin düzenlendiği TBK m. 474 hükmünde bir kısıtlama yer almadığından tarafların sözleşme serbestisi ilkesi gereğince sözleşmelerinde muayene için bir süre kararlaştırmaları da mümkündür.

Muayenenin yapılacağı yerin eserin teslim edileceği yer olduğu kabul edilmekle birlikte, teslim yerinden başka bir yerin muayene yeri olması da mümkündür²¹⁶. Sözleşme ile açık olarak veya zımnen teslimden başka bir yerde muayenenin yapılacağı da kararlaştırılabilir. Bununla birlikte, durumun gereği veya işin özelliği de muayenenin teslim yerinden başka bir yerde yerine getirilmesini gerektirebilir. Muayene için gereken araç ve gereçlerin teslim yerinde bulunmaması buna örnek olarak gösterilebilir.

Esas olarak, işin sahibi bir uzmana muayene yaptırmak zorunda değildir. Ancak sözleşmede aksi kararlaştırılmış olabileceği gibi teamül de bunu gerektirebilir. Muayene, yukarıda açıklandığı üzere iş sahibi bakımından bir külfet ve eserin teslim alınmasına ilişkin hukuki bir süreç olduğundan buna ilişkin giderlerin de kural olarak iş sahibi tarafından karşılanması gerekir²¹⁷. Bununla birlikte TBK m. 474/2 hükmünde *“taraflardan her biri giderini karşılayarak, eserin bilirkşi tarafından gözden geçirilmesini ve sonucun bir raporla belirlenmesi isteyebilirler.”* denilmiş olmakla, eserin muayenesinin uzman tarafından yapılmasını yüklenicinin de talep etmesi mümkün olduğundan, bu talep şayet yükleniciden gelmiş ise bu kez muayene

²¹⁴ Şenocak, s. 112.

²¹⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 525; Tandoğan, s. 170; Büyükay, s. 119.

²¹⁶ Şenocak, s. 112; Aktürk, s. 145.

²¹⁷ Aktürk, s. 150.

masraflarından yüklenici sorumlu olacaktır. Eserin muayene giderleri iş sahibi tarafından karşılanmış ve yapılan muayene sonucunda eserde bir ayıbın varlığı tespit edilmiş ise, giderler elbette yükleniciden talep edilebilir²¹⁸.

İş sahibi, gözden geçirme külfetini yerine getirirken, sözleşme konusu eserin türüne ve önemine göre uygun bir özen göstermek mecburiyetinde olup, gösterilecek özenin derecesinin tespitinde sözleşmeye konusu eser türünden anlayan, makul, dürüst, orta zekada bir iş sahibinin göstereceği özen göz önünde bulundurulmalıdır²¹⁹.

Son olarak, tarafların ayıptan sorumluluğun gündeme gelmesi için iş sahibinin muayene külfetinin bulunmadığı yönünde bir kararlaştırma yapmaları mümkündür²²⁰. Zira, TBK m. 474 hükmünün emredici nitelikte olmadığı kabul edilmektedir²²¹.

Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'na tâbi sözleşmeler bakımından ise, muayene işlemlerine ilişkin usul ve esaslar *Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliği*' nde düzenlenmiştir.

3. Ayıbın İhbar Edilmesi

Gözden geçirmenin ardından eserde bir ayıbın varlığına rastlanırsa, bu ayıbın yükleniciye ihbar edilmesi gerekir. Esasen eser gözden geçirilip ayıplar tespit edilse dahi, zamanında yükleniciye bildirilmemesi halinde, iş sahibi ayıp sebebiyle ortaya çıkan haklarını kullanamaz. Bununla birlikte, teslim sırasında yüklenici tarafından bilinen veya gizlenen ayıpların, iş sahibi tarafında yükleniciye bildirilmesinin

²¹⁸ **Gümüş**, s. 375; **Şenocak**, s. 121; **Aktürk**, s. 152.

²¹⁹ **Eren**, s. 637; İş sahibi eserin yapıldığı alanda faaliyet gösteren orta nitelikteki bir uzmanın göstermesi gereken özeni göstermekle yükümlü olduğu yönündeki diğer bir görüş hakkındaki açıklamalar için bkz. **Ergezen**, Muaz: İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2004, s.57.

²²⁰ **Şenocak**, s. 112.

²²¹ Bu görüş için bkz. **Yavuz**, s. 1030, dn. 212.

geremediği kabul edilmektedir²²². Bu durumda, yüklenici ayıptan yine de sorumlu olacaktır.

Eserdeki ayıbın ihbar edilmesi, tarafların tacir olmasına bakılmaksızın herhangi bir şekle tâbi değildir²²³. Dolayısıyla elektronik posta ve hatta sözlü olarak dahi ayıp bildiriminde bulunulabilir. Yargıtay kararlarında da süresinde ayıp ihbarı yapıldığının tanık beyanı da dahil olmak üzere her türlü delille kanıtlanabileceği kabul edilmekte olup²²⁴, Yüksek Mahkeme bir kararında elektronik posta ile yapılan ayıp bildirimini geçerli bir bildirim olarak kabul edilmiştir²²⁵.

İş sahibi ayıp bildiriminde bulunurken, eserin ayıplı olduğu yönünde genel ifadelerle yetinmemesi, ayıbın cinsi ve kapsamını da belirtmesi gerekir²²⁶. Bildirimde ayıp tam olarak anlatılmalı, bildirim yeteri kadar ayrıntı, tanım ve bilgileri içermelidir²²⁷. Yüklenici, iş sahibi tarafından yapılan bildirimden onun bu konudaki haklılığı konusunda bir değerlendirme yapabilmelidir²²⁸.

²²² **Büyükay**, s. 121.

²²³ **Aral/Ayrancı**, s. 405; **Zevkliler/Gökyayla**, s 526; **Dirikkan**, Hanife: Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar, DEÜHFD., 2002/1, s. 69.

²²⁴ “Ayıp ihbarının yazılı olarak yapılması zorunlu olmayıp süresinde ayıp ihbarının yapıldığı her türlü delille ve tanık beyanı ile dahi kanıtlanabilir. (YHGK'nın 02.02.1979 gün 1977/11-393 Esas 1979/80 Karar sayılı ve Dairemizin 16.01.2013 tarih ve 2012/5835 Esas, 2013/129 Karar sayılı ilamında bu ilke ve esaslar ayrıntıları ile açıklanmıştır.)” Yarg. 15. HD. E. 2018/1233, K. 2018/2610, T. 21.06.2018 (KİBB)

²²⁵ “...Öte yandan eser sözleşmelerinde ayıp ihbarının varlığı her türlü delille yapılabileceği Dairemizin uygulamalarında kabul edilmektedir. Esasında davacı taraf konteyneri 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.” Yarg. 15. HD. 2015/4343 E., 2016/2603 K., T. 05.05.2016, KİBB.

²²⁶ **Aral/Ayrancı**, s. 405; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 526; **Gümüş**, s. 376; **Şenocak**, s. 126.

²²⁷ **Eren**, s. 639.

²²⁸ **Turanboy**, s.165.

İhbarın zaman bakımından gözden geçirilmesinin hemen sonrasında, uygun bir süre içerisinde yapılması gerekir. Ancak, bu muayene sonucu ortaya çıkan ayıplar için geçerlidir. Sonradan ortaya çıkan gizli ayıplar açısından bildirimin gecikmesizin yapılması gerekir.

İş sahibinin yükleniciye bildirmediği ayıpların, sonradan başka zararlara yol açması halinde, iş sahibinin bunlara ilişkin ayıp bildirimde bulunarak ayıptan sorumluluk hükümlerine dayanıp dayanamayacağı tartışmalı bir hadisedir²²⁹.

İş sahibinin ayıp bildirimine ilişkin irade açıklaması ile ayıp sebebiyle sahibi olduğu seçimlik haklarını kullanması şart değildir. Zamanaşımı süresi içerisinde bu hakların ayrıca kullanılması mümkündür²³⁰.

Ayıp bildiriminin zamanında yapıldığını ispat yükü iş sahibine ait olup²³¹; Yargıtay kararlarında da kabul edildiği üzere, yüklenici tarafından ileri sürülmemesi halinde ihbar yükümlülüğünün zamanında yerine getirilip getirilmediğinin mahkemece re'sen gözetilmesi mümkün değildir²³².

E. Ayıp İş Sahibine Yüklenememelidir

Eserdeki ayıbın iş sahibine yüklenilebilecek bir durumdan kaynaklanması veya iş sahibinin eseri açıkça veya örtülü olarak kabulü durumlarında yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulması mümkün değildir. Bununla birlikte, ayıptan sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı süresi geçirilirse, yine yüklenicinin eserdeki ayıptan sorumluluğu

²²⁹ Bu konudaki görüş ve tartışmalar için bkz. **Büyükcay**, s. 122.

²³⁰ **Büyükcay**, s. 123.

²³¹ **Yavuz**, 1030.

²³² **Zevkliler/Gökyayla**, s. 527; **Yavuz**, s. 1030. "...ayıp ihbarının süresinde yapıp yapılmadığının da mahkemece re'sen gözetilmesi mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, ayıp ihbarının yapıp yapılmadığı mahkemece re'sen gözetilmeyip, yüklenicinin bu hususu def'i olarak ileri sürmesi gerekir. Gerek Dairemizin gerekse Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararları da bu yöndedir." Yarg. 15. HD. 2015/4343 E., 2016/2603 K., T. 05.05.2016, KİBB.

gündeme gelmeyecektir. Eserdeki ayıptan sorumluluğun tâbi olduğu zamanaşımı süresi ve ayrıntıları ileride anlatılacağından bu başlık altında, bu konuda daha fazla bilgi verilmeyecektir

1. Eserdeki Ayıbın İş Sahibine Yüklenilebilecek Bir Durumdan Kaynaklanması

TBK m. 476' da *“Eserin ayıplı olması, yüklenicinin açıkça yaptığı ihtar karşın, iş sahibinin verdiği talimattan doğmuş bulunur veya herhangi bir sebeple iş sahibine yüklenebilecek olursa iş sahibi, eserin ayıplı olmasından doğan haklarını kullanamaz.”* hükmü düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin esasında TBK m. 472/3'te yer alan yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bu maddeye göre, *“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.”*

O halde, malzemenin iş sahibi tarafından temin edildiği durumlarda, malzeme ya da eser yapımı için gösterilen yerin ya da eserin meydana getirilmesi ile ilgili verilen talimatların, eserin ayıplı olmasına yol açacağı durumlarda, bu işlerde uzman ve basiretli kabul edilen yüklenicinin iş sahibine bu tehlikeleri bildirmesi gerekir²³³. Buradaki talimattan kastedilen, iş sahibinin eser sözleşmesinde verdiği bağlayıcı emirler olup, bağlayıcı olmayan tavsiye niteliğindeki görüşler bu madde bağlamında talimat sayılmaz ve yüklenicinin sorumluluğunu gerektirir²³⁴.

²³³ Zevkliler/Gökyayla, s. 523; Aral/Ayrancı, s. 402.

²³⁴ Aral/Ayrancı, s. 401; Tandoğan, s. 210; Öz, Dönme, s. 111.

Yüklenicinin yaptığı bildirimle rağmen iş sahibinin ısrarcı olması ve sonuçta eserin ayıplı olarak ortaya çıkması durumunda yüklenicinin ayıptan dolayı sorumlu tutulması mümkün değildir. Doktrinde, iş sahibinin veya onun temsilcisinin verilen talimatlar bakımından uzman olmaları hali gibi, yüklenicinin bazı hallerde uyarı içerikli bu bildirimlerde bulunmasa dahi ayıptan sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir²³⁵.

2. İş Sahibi Tarafından Eserin Kabul Edilmesi

Daha önce açıklandığı üzere, “teslim” ile iş sahibinin eserin ayıpsız ve sözleşmeye uygun olduğu yönünde iradesini açıklayan “kabul” kavramları birbirinden farklı kavramlardır. Eserin kabul edilmesini düzenleyen TBK m. 477’ye göre, “*Eserin açıkça veya örtülü olarak 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.*”. Bu düzenleme uyarınca, iş sahibi açıkça veya zımni olarak teslim edilen şeyde ayıp bulunmadığını kabul ederse, artık yüklenicinin ayıptan sorumlu tutulması mümkün değildir. Bununla birlikte sözü edilen hükümden anlaşılacağı üzere bu kabulün eserin ayıptan doğan sorumluluğu sona erdirebilmesi, yalnızca teslim anında açıkça göze çarpan ayıplarla gizli olmayan ayıplar hakkındadır²³⁶. Eserdeki ayıp sonradan ortaya çıkarsa, bu kabule rağmen ayıptan sorumluluk devam edecektir. Ancak, bu durumda iş sahibinin durumu gecikmesizin yükleniciye bildirmesi gerekir, yoksa eseri zımnen kabul etmiş sayılır. Son olarak, iş sahibi, gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, TBK m. 477/2 gereği, eseri yine kabul etmiş sayılır.

Doktrinde, eserin kabul edilmesine dair iradenin kesin olduğu ve kabul iradesinin geri alınmasının ve tekrar ayıptan sorumluluk hükümlerinden yararlanmanın

²³⁵ Aral/Ayrancı, s. 402.

²³⁶ Yavuz, s. 1032; Büyükay, s. 115.

mümkün olmadığı kabul edilmektedir²³⁷. Buna karşılık, ihtirazi kayıtla kabulün yapılması mümkün olup²³⁸, ihtirazi kayıt konulmamışsa açık ayıplar bakımından yüklenicinin sorumluluğuna gidilmesi mümkün değildir. Eksik işler bakımından ise ihtirazi kayda gerek olmaksızın zamanaşımı süresi içerisinde her zaman yükleniciye başvurulması mümkündür²³⁹.

Ayrıca, kabul iradesi eserin tesliminden sonra ortaya konulabileceği gibi, eserin meydana getirilişi aşamasında da ortaya konulabilir. Örneğin, eserin meydana getirilişi aşamasında vâkıf olunan ayıplarla ilgili iş sahibi, eserin ayıplı olması dolayısıyla reddedilmeyeceğini ve eserin bu haliyle kabul edileceğini beyan ederek, ayıp sebebiyle sahip olduğu haklarından vazgeçebilir²⁴⁰. Bu durumda, bu ayıplarla ilgili olarak ayıptan sorumluluk hükümlerine başvurulamayacaktır. Son olarak, eserin kabul edildiği iddiasını yüklenici ispatlamak zorundadır.

3. Sorumsuzluk Anlaşmasının Mevcut Olmaması

Yüklenicinin ayıptan sorumluluğu emredici bir kural olarak değerlendirilmediğinden, tarafların yapacağı bir anlaşmayla, bu sorumluluğu ortadan kaldırılması veya sınırlandırılması mümkündür²⁴¹. Bununla birlikte bu sorumsuzluk anlaşması TBK m. 115 hükmü kapsamında geçerli olur. Ayrıca, satış sözleşmesine dair TBK m. 221 hükmünün burada kıyasen uygulanmasının gerektiği ve yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde bu anlaşmanın geçersiz olduğu kabul edilmektedir²⁴².

²³⁷ **Büyükcay**, s. 116.

²³⁸ **Seliçi**, s. 199.

²³⁹ **Güven**, Kudret: Borçlar Hukuku Açısından İhtirazi kayıt Esasları, Panel Yapım İşlerinde İhtirazi Kayıt, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara-2014, s. 31.

²⁴⁰ **Öz**, Dönme, s. 120; **Büyükcay**, s. 116.

²⁴¹ **Gümüş**, s. 379.

²⁴² **Gümüş**, s. 379.

İKİNCİ BÖLÜM

AYIP SEBEBİYLE SEÇİMLİK HAKLAR

I. SEÇİMLİK HAKLAR VE SEÇİMLİK HAKLARIN GENEL ÖZELLİKLERİ

A. Genel Olarak Seçimlik Haklar

Türk Borçlar Kanunu sistemine göre, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin ayıplı olması halinde, kanun koyucunun sözleşmenin diğer tarafına, bazı haklar tanıdığı; bu hakların kullanımını ise bazı şartlara bağladığı görülmektedir. İşte diğer sözleşme çeşitlerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de, eserin ayıplı olması halinde, iş sahibine bazı seçimlik haklar tanınmıştır.

Yüklenici tarafından ortaya çıkarılan eserin ayıplı olması halinde, yüklenicinin bu ayıplardan dolayı sorumluluğu; kanunda aranan bazı şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu şartların gerçekleşmesi halinde, iş sahibinin yükleniciye karşı sahip olduğu bir takım haklar, kanunda düzenlenen şartlarla ileri sürülebilmektedir. “İş sahibinin seçimlik hakları” başlıklı TBK m. 475’de bu haklar şu şekilde düzenlenmektedir: *“Eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hâllerde işsahibi, aşağıdaki seçimlik haklardan birini kullanabilir:*

- 1. Eser işsahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.*
- 2. Eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme.*
- 3. Aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme.*

İşsahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır.

Eser, işsahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa işsahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.”

Bu hükme göre iş sahibi, “sözleşmeden dönme”, “eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme” ve “eserin ücretsiz onarılmasını isteme” şeklinde üç seçimlik haktan birisini dürüstlük kurallarına uygun olarak kullanma hakkına sahiptir. Belirtmek gerekir ki, bu üç seçimlik hak birbiriyle eşit derecede değildir. Başka bir ifade ile iş sahibi her durumda bu haklardan dilediğini, istediği gibi seçip kullanma hakkına sahip olmayıp, ileride bahsedileceği üzere bu hakların kullanımı ile ilgili bazı sınırlamalar mevcuttur. TBK. m. 475’de yer alan “iş sahibinin genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı saklıdır” hükmü uyarınca, iş sahibi; bir zararının doğması ve yüklenicinin kusurlu olması şartı ile diğer üç seçimlik hak ile birlikte tazminat da talep edebilmektedir.

TBK. m. 475’de sayılan bu seçimlik haklar, sınırlı olarak sayılmış olduğundan, bunların genişletilmesi mümkün değildir²⁴³. Diğer sözleşme çeşitlerinde olduğu gibi, ayıplı eserin ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi seçim hakkı, eser sözleşmesinde düzenlenmemiştir. Çünkü eser sözleşmesinde ortaya çıkarılan eser, yani sonuç; ilk defa ortaya çıkarılmıştır. İlk defa ortaya çıkarılan ve misli olmayan eşya niteliğinde olan bu eserin benzerinin bulunması da zaten mümkün değildir²⁴⁴. Sadece yeniden bir eserin meydana çıkarılması söz konusu olabilir ki; bu durum da benzeri ile değiştirme kapsamında değerlendirilemez. Kaldı ki, eser sözleşmesinin konusu her zaman bir şeyin

²⁴³ Bu konuda geniş bilgi için, Bkz., **Eren**, 641; **Meşe, Müge**: Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfanın Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı / Özel Hukuk Bilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011, s. 34 vd.

²⁴⁴ Bkz., **Ünal, Mehmet / Başpınar, Veysel**: Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017, s. 34 vd.; **Sirmen, Lale**: Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019, s. 13 vd.

imal edilmesi değil; bazı durumlarda mevcut bir eserin yok edilmesi, yıkılması, değiştirilmesi de şeklinde de ortaya çıkabilmektedir²⁴⁵. Özellikle eser sözleşmesinin konusunun bir şeyin değiştirilmesi, yıkılması veya restore edilmesi gibi edimlerden oluşması halinde, ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesi mümkün olmayacaktır.

Gerçekten Yargıtay da, konuya ilişkin bir kararında, sözleşme konusu eserin ayıplı olması halinde, iş sahibi tarafından eserin ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi talep edilmiş olsa bile; TBK. m. 475’de böyle bir seçimlik hakkın tanınmamış olması gerekçesi ile ilk derece mahkemesi tarafından misli ile değiştirme yönünde verilen kararı bozmuştur²⁴⁶.

B. Seçimlik Hakların Genel Özellikleri

TBK m. 475’te düzenlenen seçimlik haklar, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran hak niteliğinde olup, yenilik doğran hakların genel özelliklerini taşımaktadırlar. Başka bir ifade ile bu haklar tek kullanımlık olup, kullanıldıktan sonra geri alınamaz;

²⁴⁵ Eser sözleşmesinin konusu için bkz., **Eren**, s. 590; **Büyükcay**, s. 36-37.

²⁴⁶ "Eser, iş sahibine ayıplı olarak teslim edilmiş, iş sahibi de muayene ve ihbar külfetini yerine getirmiş ise yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu nedeni ile iş sahibinin kullanacağı seçimlik haklar akdî ilişkinin kurulduğu tarihte yürürlükte olan 818 sayılı BK'nın 360. maddesinde sayılmıştır (TBK'nın 475.md). Bunlar eserdeki ayıbın önemine göre eser sözleşmesinden dönülmesi, eserin alıkonarak ayıp oranında bedelden indirim isteme hakkı, aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin onarılmasını talep hakkıdır. **Bu seçimlik haklar arasında misli ile değiştirme bulunmamaktadır.** Bu nedenle misli ile değiştirme kararı verilemez. BK'nın 360. maddesinde düzenlenen seçimlik haklar kullanılmayıp değişim istendiğinden dava tarihinde yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 26 maddesi gereği taleple bağlılık ilkesi gereği talep dışı bir karar verilemeyeceği gözetilerek davanın reddi gerekirken davanın kabulüne dair verilen karar usul ve yasaya aykırı olmuş kararın bu nedenlerle bozulması gerekmiştir." Yarg. 15 HD., E. 2014/4247, K. 2015/2265, T. 29.04.2015, KİBB.

şarta bağlanamaz²⁴⁷. Bu hakların kullanımı özel bir şekle tâbi olmayıp, ulaşması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır²⁴⁸. Seçimlik haklardan, dönme hakkı ve bedelden indirim isteme hakkı, hukuki niteliği itibariyle bağımlı yenilik doğuran hak olduğu için, bunların bağımsız olarak devri mümkün değildir. Buna karşılık, ayıbın giderilmesini isteme hakkı ile ayıplı ifadan doğan tazminat isteme hakları ise, alacağın devri hükümlerine göre devredilebileceği kabul edilmektedir²⁴⁹. Öte yandan söz konusu seçimlik hakların dava yoluyla kullanılması şart değildir. Bu seçimlik haklar; yenilik doğuran hak olması özelliğinden dolayı varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılmaktadırlar²⁵⁰.

İş sahibi bu haklardan birisini kullandığında, seçilen bu hak dışındaki diğer haklar ortadan kalkar. Hakkın seçiminin yapılmasıyla birlikte diğer haklar da ortadan kalkmış olur ve artık seçilemez²⁵¹. Bu hakların kullanılması şarta bağlanamayacağı gibi, kullanılan hak geri alınamaz ve bundan dönülemez²⁵².

Ayıptan doğan bu üç seçimlik hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Burada yüklenicinin kusursuz sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Buna karşılık, ayıp dolayısıyla ortaya çıkan

²⁴⁷ **Gümüş**, s. 379; **Buz**, Vedat: Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 57 vd.

²⁴⁸ Bkz., **Eren**, Genel, s. 68; **Büyükay**, s. 133; **Gümüş**, s. 379; **Eren**, s. 641.

²⁴⁹ **Gümüş**, s. 379; **Eren**, s. 642.

²⁵⁰ **Eren**, s. 641; **Buz**, Yenilik, s. 57 vd.

²⁵¹ **von Tuhr, von Andreas**: Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983, s. 22 vd.; Ayıp nedeniyle iş sahibinin sahip olduğu seçimlik hakların borçlu temerrüdünde alacaklının sahip olduğu seçimlik haklarla aynı nitelikte olduğu söylenebilir. **Eren**, s. 641.

²⁵² **Eren**, s. 641; **von Tuhr**, s. 23 vd.

zararın giderilmesi yani, yüklenicinin tazminattan sorumlu olabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmaktadır²⁵³.

Eserin kendisinin ayıplı olması nedeniyle ortaya çıkan zararlar tazminatın kapsamına dâhil değildir. Bu zararlar, eserdeki ayıbın sonucunda yani ayıbı takip eden zararların tazmini kapsamındadır²⁵⁴. Örneğin, esere konu yapının çatısının su akıtması durumunda kusursuz sorumluluk hükümlerine göre bedelden indirim veya ücretsiz onarım hakları seçilebilirken, çatının akması neticesinde eşyaların zarar görmesi, ayıbı takip eden zarar kapsamında olup; kusurlu sorumluluk hükümleri kapsamında tazmini talep edilebilecektir²⁵⁵.

II. SÖZLEŞMEDEN DÖNME

A. Genel Olarak

TBK m. 475/1 uyarınca, “*Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa*”, iş sahibinin “sözleşmeden dönme” hakkı vardır. Dönme iradesi, eserin kabulünden kaçınma halinde açıklanabileceği gibi, eseri kabulden sonra da açıklanabilir. Başka bir ifade ile eserin kabulünden önce veya sonra, sözleşmeden dönmek mümkündür²⁵⁶.

²⁵³ Kusur şartı aranması sorumluluğun temel kurucu unsuru olup; bu konuda kusursuz sorumluluk da kabul edilmediğinden, kusur şarttır. **Aral/Ayrancı**, s. 406.

²⁵⁴ **Aral/Ayrancı**, s. 406; bkz., **Akça, Merve**: Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012, s. 59 vd.;

²⁵⁵ Örnek için bkz. **Aral/Ayrancı**, s. 406.

²⁵⁶ **Eren**, s. 642; **Akça**, s. 59-60.

Dönme hakkını ve sonuçlarını incelemeden önce, bu hakkın hukuki niteliği üzerinde kısaca durmak gerekir²⁵⁷. Dönme, taraflardan birinin tek taraflı beyanıyla sözleşme ilişkisinde yenilik meydana getiren, bu nedenle de yenilik doğuran hak olarak kabul edilen bir irade açıklamasıdır. Dönme hakkının kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması şartı aranmamaktadır. Çünkü, ayıp nedeniyle sorumluluk bir kusursuz sorumluluk halidir²⁵⁸.

TBK m. 475, iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesini, ayıptan sorumluluğun genel şartları yanında, “eserin kullanılamayacağı” veya “hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı” şeklinde özel bazı şartlara da bağlamıştır. Zira, iş sahibinin ayıptan doğan seçimlik hakları içerisinde en ağır olanı tartışmasız sözleşmeden dönmedir. Zira, sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme geçmişe etkili olarak ortadan kalkmakta ve sözleşme tasfiye sürecine girmektedir²⁵⁹.

Dönme hakkı, bozucu yenilik doğuran bir hak olup, ulaşması gerekli tek taraflı irade açıklaması ile kullanılır²⁶⁰. Açık veya örtülü bir irade açıklaması ile kullanılabilen dönme hakkı, hiçbir şekle bağlı değildir. Ancak TTK m. 18/3 gereği tacirler arasında sözleşmeden dönmeye ilişkin yapılacak ihbar ve ihtarların noter marifetiyle, taahhütlü mektupla, telgrafla veya karşı tarafın kayıtlı elektronik posta sistemine güvenli elektronik imza kullanılarak yapılması gerekir²⁶¹.

²⁵⁷ Dönme, esas itibarıyla ani edimli bir borç ilişkisini geçmişe etkili olmak üzere sona erdiren varması gerekli tek taraflı bozucu yenilik doğuran bir irade açıklaması olarak kabul edilmekle birlikte, son yıllarda dönme konusunda ortaya atılan yeni görüşler, dönmenin hukuki niteliğinin farklı şekilde anlaşılmasına neden olmaktadır. Bkz., **Tunç**, s. 253-269.

²⁵⁸ Başka bir ifade ile yüklenicinin ayıplı bir eser imal etmesinde kusurunun bulunması şartı aranmamaktadır. Buna karşılık, ayıplı eser tesliminde ağır kusurunun bulunması, sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüzlüğüne yol açabilir. **Eren**, s. 642.

²⁵⁹ **Yavuz**, s. 1036; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529.

²⁶⁰ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529; **Büyükay**, s.133; **Yavuz**, s. 1036;

²⁶¹ **Büyükay**, s.133; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 528.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, bahsedildiği üzere tek taraflı bir irade beyanı ile olur. Kural olarak bu hakkın dava yoluyla kullanılması gerekmez²⁶².

İş sahibinin eseri tesellümde temerrüde düşmüş olması halinde, eser beklenmedik bir olay sonucunda yok olursa, iş sahibinin yükleniciden sadece bedelden indirim isteyebileceği de doktrinde kabul edilmektedir²⁶³.

B. Dönme Kavramını Açıklayan Teoriler

Dönme hakkının hukuki niteliği ve bu hakkın kullanılmasının sözleşmeye etkisinin ne olacağı, daha önce ifa edilen edimlerin iadesi, borcun kapsamı ve iadenin gerçekleştirileceği hükümler hususunda doktrinde görüş birliği mevcut değildir. Bu konuda klasik görüş ve yeni dönme teorisi olmak üzere iki ana görüş bulunmaktadır. Ayrıca bu iki görüşü de benimseyen karma bir görüş de bir kısım yazarlar tarafından ileri sürülmektedir.

1. Klasik Dönme Görüşü

İsviçre ve Türk Hukuklarında baskın olan *klasik görüşe*²⁶⁴ göre, sözleşmeden dönme, iptal işlemi gibi sözleşmeyi kurulduğu andan itibaren geriye etkili olarak hiç kurulmamış gibi ortadan kaldırmaktadır. Bu anlamda dönme hakkı, bozucu yenilik

²⁶² Yargıtay, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinde dönme hakkının aynı etkileri bulunduğu gerekçesiyle, bu sözleşmeler açısından dönme hakkının mutlaka dava açılarak kullanılması gerektiğini kabul etmiştir. Bkz. Yarg. 15. HD., E. 1998/2263, K. 1998/3752, T. 08.10.1998, KİBB.

²⁶³ Eren, s. 642.

²⁶⁴ Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 951; Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, s. 415; Öz, Dönme, s. 227; Buz, Vedat, Borçlu Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme; Ankara 1998, s. 118 vd.; Oğuzman, M. Kemal / Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I., İstanbul 2013, s. 529 vd.

doğuran bir haktır. Bu görüşe göre, yerine getirilmemiş sözleşme yükümlülükleri kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle, bu edimlerin yerine getirilmesi istemine karşı borcun bulunmadığı yönünde bir savunma ileri sürülecektir. Dönme anına kadar yerine getirilmiş edimler bakımından ise; sözleşme ortadan kalktığından bunların hukuki sebebi sonradan ortadan kalkmış olacak ve alınanların sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilmesi gerekecektir²⁶⁵.

Klasik görüş taraftarları arasında, dönme öncesinde yapılan sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin sözleşmeden dönmeden etkilenip etkilenmeyeceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır²⁶⁶. Bir kısım yazarlara göre, dönmeden önce yapılan kazandırmalar, sebebe bağlı bir tasarruf işlemiyle yapılmış olsa dahi, bu hak kendiliğinden eski sahibine dönmeyecek yani tasarruf işlemi bu dönmeden etkilenmeyecektir. Zira dönme, tıpkı iptal gibi sözleşme kurulduğu esnadaki bir sebebe dayanmamakta, sonradan ortaya çıkan bir sebeple sözleşmeyi geçmişe etkili olarak sona erdirmektedir. Bu nedenle de tasarruf işlemi yapılırken, sebebini oluşturan işlemin geçerliliğini etkileyen bir durum bulunmamaktadır. Anlatılan nedenlerle de iade isteminin sebepsiz zenginleşmeye dayanması gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁷.

Buna karşılık klasik görüşü destekleyen diğer bir kısım yazar grubu ise, sebebe bağlı tasarruf işlemlerinin dönme hakkının kullanılması ile birlikte, geçmişe etkili olarak ortadan kalktığından bahisle, verilen şeylerin iadesinin aynı hakka dayanacağı görüşündedir²⁶⁸.

²⁶⁵ Bkz., **Ürem**, s. 158 vd.; **Buz**, s. 118-119. Ayrıca bkz., **Öz, Turgut**: İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1996, Cilt 20, s. 48-57.

²⁶⁶ Bu görüşler için bkz. **Oğuzman/Öz**, C. I., s. 530-531.

²⁶⁷ **Tunçomağ**, s. 952; **Akça**, s. 75.

²⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Öz**, Dönme, s. 40 vd.; **Buz**, s. 133 vd.

2. Yeni Dönme Görüşü

Savunucuları artmakta olan *yeni dönme* teorisi taraftarlarına²⁶⁹ göre ise, dönme hakkının kullanılmasının sözleşmeyi ortadan kaldırıcı doğrudan bir etkisi olmayıp, sözleşmenin konusunu tersine çeviren dolaylı bir etkiye sahiptir. Şöyle ki, sözleşme varlığını devam ettirmekte, sadece tarafların edimi tersine dönüşmektedir. Bunun sonucu olarak, ifa edilen edim konusu şeyleri alan taraf, bunu tekrar karşı tarafa iade borcu altına girecektir²⁷⁰. Buna göre, henüz yerine getirilmemiş edimin ifası talep edildiğinde, karşı tarafın bu edimi yerine getirmekten kaçınma hakkı (def'i) bulunmaktadır. Yerine getirilen edimler açısından ise, sebepsiz zenginleşme hükümleri değil, doğrudan sözleşmeye dayanan iade talepleri gündeme gelecektir²⁷¹. Sonuç olarak bu görüşe göre dönme hakkı kullanıldığında, taraflar arasındaki ilişkiyi sözleşmesel bir tasfiye ilişkisine döndürür ve bu etkisiyle değiştirici yenilik doğuran bir haktır²⁷².

3. Karma Görüş

Klasik dönme görüşü ile yeni dönme görüşünü uzlaştıran üçüncü bir görüşe göre, edimlerin ifasına kadar ilk görüşün, edimlerin ifasından sonra ise ikinci görüşün esas alınması gerektiği ileri sürülmektedir²⁷³. Buna göre, edimler henüz ifa edilmemişse bu yükümlülükler kendiliğinden sona ermiş olacak ve hakkın sona erdiğine dair bir

²⁶⁹ **Serozan**, Dönme, s. 78; **Selici**, Sürekli Borç İlişkileri, s. 209; **Eren**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1001; **Büyükay**, s.135.

²⁷⁰ **Eren**, Genel, s. 1001; **Akça**, s. 64 vd.

²⁷¹ **Aral/Ayrancı**, s. 407.

²⁷² **Şenocak**, s. 48-49; **Aral/Ayrancı**, s. 407; **Oğuzman/Öz**, C. I., s. 533; **Eren**, Genel, s. 1001; **Eren**, s. 643.

²⁷³ **Yavuz**, s. 1038; Bkz. 15. HD. T. 14.02.2018, E. 2016 /6399, K. 2018/574

itiraz sebebi oluşturacaktır. Edimler yerine getirilmiş ise sözleşmeye dayanan bir geri verme talebi söz konusu olacaktır²⁷⁴.

C. Dönme Hakkının Kullanılmasının şartları ve Sınırları

Hukuki olarak diğeri seçimlik haklara göre daha ağır sonuçlar içeren dönme hakkının kullanılması, diğeri sözleşme tiplerinde olduğu gibi, eser sözleşmesinde de zorlaştırılmış ve belli şartlara tâbi tutulmuştur. rneğinin, TBK m. 227/4'te satış sözleşmesinde dönme hakkının kullanılabilmesi için durumun bunu haklı göstermesi; TBK m. 305'te kira sözleşmesinin ayıptan dolayı feshedilebilmesi için ayıbının önemli olması gibi özel şartların gerçekleşmesi şartının arandığı görülmektedir. Benzer şekilde eser sözleşmesinde de, iş sahibinin sözleşmeden dönme hakkını kullanması hem belirli şartların gerçekleşmesine, hem de belirli şekil şartına baėlanmıřtır²⁷⁵.

Dönme hakkının doğması ve kullanılması bakımından eBK m. 360'ta, *“Yapılan şey iş sahibinin kullanamayacağı ve nışfet kaidesine göre kabule icbar edilemeyeceği derecede kusurlu veya mukavele şartlarına muhalif olursa, iş sahibi, o şeyi kabulden imtina edebilir; bu hususta mtaahhidin taksiri bulunursa zarar ve ziyan da isteyebilir.”* hükmünü iermekteydi²⁷⁶.

Bu maddede yer alan “ve” bağlacı dolayısıyla, *eserin kullanılamazlığı* ile iş sahibinden *kabulün beklenemezliğinin* iş sahibinin sözleşmeden dönebilmesi için birbirinin alternatifi olup olmadığı tartışmalara yol açmıştır. 6098 sayılı TBK m. 475/1'de ise “veya” bağlacına yer verilerek, *“Eser iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine*

²⁷⁴ Diğeri görüşler için bkz., **Buz**, s.118 vd.; **Yavuz**, s. 1038.

²⁷⁵ şekil şartı özellikle tacirler bakımından öngörülmektedir.

²⁷⁶ Bkz., **Akça**, s. 12 vd.

aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme.” şeklinde yeni düzenleme yapılmış ise de, bu düzenleme de tartışmayı sonlandırmış değildir.

Doktrinde hâkim görüş olarak böyle bir alternatif bulunmadığı, eserin kullanılamayacak olmasının sadece, eserin kabulünün hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı halinin somut bir görünümü olduğu kabul edilmektedir²⁷⁷. Buna karşılık doktrinde, bunların alternatif olduğu ve artık bu kriterlerden birisinin bulunmasının yeterli olduğu da ileri sürülmektedir²⁷⁸. Bu görüşe göre, sözleşmeden dönmek için, “eserin kullanılamayacak” veya “hakkaniyete göre kabulü beklenemeyecek derecede” ayıplı olması şart ve yeterli görülmektedir²⁷⁹.

Kanun koyucunun bu sınırlama ile kastettiği aslında önemli ve ağır bir ayıbın varlığıdır²⁸⁰. Yani, eser, ayıplı olmasına rağmen, dürüstlük kuralına gereği, mevcut ayıp iş sahibinin bunu kullanmasını mani olmayacak ağırlıkta ise, bu halde dönme hakkından

²⁷⁷ **Gümüş**, s. 379; **Aral/Ayrancı**, s. 407.

²⁷⁸ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529; **Akça**, s. 31 vd.

²⁷⁹ **Büyükay**, s. 136 vd.; “Davacı iş sahibi, TBK’nın 475/1-1 maddesi gereğince ayıplı ifa nedeniyle sözleşmeden dönme hakkını kullanarak ödediği bedelin tahsilini talep etmiş ve mahkemece yapılan yargılama neticesinde bedelin iadesine karar verilmiş ise de; yapılan iki ayrı bilirkişi incelemesinde eserin ayıplı olduğu belirtilmiş, ancak eserin kullanılamayacağı veya hakkaniyet gereği iş sahibinin kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olup olmadığı alınan raporlarda değerlendirilmemiştir. Eser sözleşmesinde iş sahibi sözleşmeden dönerek bedelin iadesini istese de, eser kabule zorlanamayacak derecede ayıplı değilse, hakim bilirkişiye ayıp giderim bedelini belirleterek bedelde indirim yapabilir. Ayrıca, dava konusu pistonun davalı tarafça, kendisinin taktığı piston olmadığı, fatura dayanak gösterilerek itiraz edilmiş olmasına karşın bu husus da yargılama sırasında açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; alanında uzman bilirkişi veya bilirkişiler belirlenerek, eserin kabule zorlanamayacak derecede ayıplı olup olmadığını tespit ettirmek, kabul edilemeyecek şekilde ayıplıysa bedele hükmetmek, aksi takdirde ise, ayıbın giderim bedeline hükmetmekten ibarettir.” Yarg. 15. HD. E. 2019/3083, K. 2020/2116, 07.07.2020, KİBB.

²⁸⁰ **Eren**, s. 642; **Akça**, s. 31 vd.

da bahsedilemeyecektir²⁸¹. Dolayısıyla, önemli ayıp olması halinde dönme hakkı kullanılabilir iken, diğer hallerde bedelden indirim veya ayıbın giderilmesi seçimlik haklarından birisinin kullanılması gerekir²⁸². Örneğin, verilen ölçülerin çok dışında ölçülerle bir gelinlik dikilmesi halinde, iş sahibi eseri kullanamayacağından sözleşmeden dönme hakkının varlığını kabul etmek gerekecektir. Dönme hakkının kullanılabilmesi için, iş sahibinin yükleniciye ayıbı gidermesi için uygun bir süre vermesi şart değildir.

Eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunun tespiti, çıkarlar dengesine ve hakkaniyete göre belirlenmelidir²⁸³. Başka bir ifade ile bunun belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi önemli bir rol oynamaktadır. Dönme halinde yüklenicinin uğrayacağı zarar ile iş sahibinin yarar dengesinin gözetilmesi gerekir²⁸⁴. Bunun yanında diğer seçimlik haklar olan, bedelden indirim veya ücretsiz onarımın iş sahibinin çıkarlarına hizmet etmeyeceği ve yararsız kalacağı hallerde eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunun kabul edilmesi gerekir²⁸⁵. Yani, dönmenin yükleniciye vereceği zarar ile iş sahibinin sağlayacağı yarar arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmaması veya ayıbın giderilmesi için gerekli zaman ve masrafın göz önünde tutulması gerekir²⁸⁶.

Daha önce belirtildiği üzere, dönme hakkının kullanılabilmesi için, TBK m. 475'te yer alan şartların gerçekleşmesi gerekir²⁸⁷. Aksi takdirde, iş sahibinin yapma

²⁸¹ Tandoğan, s. 181; Büyükkay, s. 136.

²⁸² Gümüş, s. 381.

²⁸³ Tandoğan, s. 181 vd.; Şenocak, s. 51; Zevkliler/Gökyayla, s. 529; Aral/Ayrancı, s. 407.

²⁸⁴ Akça, s. 32 vd.; Zevkliler/Gökyayla, s. 542.

²⁸⁵ Zevkliler/Gökyayla, s. 529; Akça, s. 34.

²⁸⁶ Aral/Ayrancı, s. 407; Zevkliler/Gökyayla, s. 529; Akça, s. 34.

²⁸⁷ Aral/Ayrancı, s. 410; Akça, s. 12 vd.

borçlarının zorla ifasına ilişkin TBK m. 113 ve İİK m. 30 hükümlerinin uygulanması veya TBK m.125’te yer alan haklardan birisini kullanabileceği kabul edilmektedir²⁸⁸.

Yine TBK m. 475/son hükmünde, “*Eser, iş sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış olup, sökülüp kaldırılması aşırı zarar doğuracaksa iş sahibi, sözleşmeden dönme hakkını kullanamaz.*” şeklinde düzenleme yapılarak, dönme hakkının kullanılması sınırlanmıştır. Bu halde, iş sahibi TBK m. 475’te yer alan diğer iki seçimlik hakkı olan bedel indirimi veya onarım isteme haklarından birini kullanmak durumunda kalacaktır²⁸⁹.

Dönme hakkının kullanılmasına getirilen bu sınırlama ile “ekonomik açıdan değerli malların imkân ölçüsünde korunması ve tahrip edilmemesi ilkesi” gözetildiği gibi²⁹⁰, yüklenicinin taşınmaz üzerinde ortaya çıkardığı eserin ciddi bir emek gerektirmesi ve bu emeğin sadece iş sahibinin çıkarları esas alınarak hiçe sayılması da engellenmek istenmiştir. Bununla birlikte, iş sahibinin bu hakkını kullanarak, yükleniciye sadece yapılan kısımların bedelini ödeyerek yapıyı edinmesi gibi hakkaniyete uymayan olumsuz bir sonucun engellenmek istendiği de doktrinde ileri sürülmektedir²⁹¹. Aşırı zararın doğup doğmadığı hâkimin takdirinde olup, hâkim bu değerlendirmeyi yaparken, bağlantılı eserin değeri ve eseri taşınmazdan ayırmanın getireceği değer azalmasını özellikle göz önünde tutmalıdır. Bununla birlikte, taşınmaz üzerine inşa edilen yapının yapım hatası nedeniyle yıkılıp, insanlara veya eşyalara zarar verme tehlikesi varsa, dönme hakkının yine varlığından bahsedilebilecektir²⁹².

Kanımızca iş sahibinin arsası üzerine yapılan binanın ayıplı olması halinde, iş sahibinin dönme hakkının varlığını belirleyen “aşırı zarar” ortaya çıkması şartı yanında,

²⁸⁸ **Yavuz**, s. 1040; **Gümüş**, s. 383.

²⁸⁹ **Turanboy**, s. 170.

²⁹⁰ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529; **Aral/Ayrancı**, s. 407; **Tandoğan**, s. 183.

²⁹¹ **Öz**, İnşaat, s. 216; **Akça**, s. 35.

²⁹² **Gümüş**, s. 382.

TBK m. 475/1’de ifade edilen eseri kullanamama veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamama şartlarından birisinin de gerçekleşmesi gerekir. Doktrinde de, iş sahibinin arsası üzerine inşa edilen eserin sökülüp kaldırılması aşırı zarara yol açacak olsa dahi, kullanılamayacak veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacak bir yapı söz konusu ise, bu durumda iş sahibinin dönme hakkının sınırlanmaması gerektiği kabul edilmektedir²⁹³. Bu durumda, geri verme borcunun konusunu ayıplı inşaatın yani enkazın kaldırılması, başka bir ifade ile yıkım masrafı ve kalan enkazı alma hakkı oluşturur. Yüklenici kendisine verilen süreye rağmen ayıplı eseri iş sahibinin arsasından kaldırmaması halinde ise, iş sahibi enkazı bizzat kaldırarak masraflarını yükleniciden talep edebilir²⁹⁴.

Yine doktrinde, bu düzenleme ile iş sahibinin arsası üzerinde yapılan bir eser söz konusu olduğunda, iş sahibinin dönme hakkını değil, fesih hakkını kullanabileceği de savunulmaktadır²⁹⁵. Kanun hükmünün lafzına bakıldığında, bu hükmün sadece iş sahibinin taşınmazı üzerine yapılan eserleri kapsadığı düşünülse de, iş sahibine aidiyeti bulunmayan taşınmazlar üzerinde yapılan eserleri de kapsadığı kabul edilmektedir²⁹⁶.

D. Dönme Hakkının Kullanılmasının Sonuçları

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte, sözleşme “geriye etkili olarak” ortadan kalkar²⁹⁷. Bu hakkın kullanılması, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmesinden önce bu borçlardan kurtarıcı, sözleşmeden doğan borçların yerine

²⁹³ **Büyükay**, s. 138.

²⁹⁴ **Turanboy**, s. 170.

²⁹⁵ **Erzurumluoğlu**, s. 186.

²⁹⁶ **Gümüş**, s. 381.

²⁹⁷ **Aral/Ayrancı**, s. 407; **Büyükay**, s. 134.

getirilmesinden sonra ifa edilen edimlerin geri verilmesini sağlayıcı bir etkiye sahip olduğu kabul edilmektedir²⁹⁸.

Yüklenici, işin bedelini tahsil etmiş ise aldığı bedeli faiziyle iş sahibine iade edecek, iş sahibi de elde ettiği yararlarla birlikte eseri yükleniciye iade edecektir²⁹⁹. İş sahibinin eser için yaptığı bakım, tamir gibi masrafları; malzeme iş sahibi tarafından sağlanmışsa, malzemenin değeri ve malzemede yüklenicinin veya eylemlerinden sorumlu olduğu kişilerin kusuru nedeniyle meydana gelen azalmaların da yüklenici tarafından tazmin edilmesi gerekecektir³⁰⁰. Malzemeyi iş sahibinin sağlaması durumunda dahi eser yükleniciye iade edilecektir³⁰¹. İş sahibinin ayıplı eseri yükleniciye geri verme borcu, aranacak bir borç olduğundan, eseri geri götürme giderleri yükleniciye ait olacaktır³⁰². Ayrıca, eserin iş sahibinin arsasında yapılmış olması halinde, yapılan eserin sökülmesi, kaldırılması ve enkazın götürülmesi borcu yükleniciye ait olup, yüklenici arsayı bu eserden arındırılmış ve boş olarak iade etmek zorundadır. Aksi takdirde, iş sahibinin masrafları yükleniciye ait olmak üzere bu işi kendisinin yapması veya yaptırması da mümkündür³⁰³.

Eser sözleşmesi birden çok esere ilişkin değilse dönme, sözleşmenin tümü üzerinde sonuç doğuracağı için iş sahibinin sözleşmeden kısmen dönemeyeceği kabul edilmektedir³⁰⁴. Başka bir ifade ile kısmen dönme mümkün değildir, dönme ancak tam olabilir, kısmi dönme kabul edilemez³⁰⁵. Doktrinde bölünebilir edimler içeren

²⁹⁸ **Serozan**, Dönme, s. 544; **Yavuz**, Satıcının Sorumluluğu, s. 168; **Yavuz**, s. 1038.

²⁹⁹ **Yavuz**, s. 1037; **Eren**, s. 644.

³⁰⁰ Tasfiye ilişkisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Öz**, Dönme, s. 225 vd.

³⁰¹ **Gümüş**, s. 381; **Karataş**, s. 161-162.

³⁰² Bkz., **Selimoğlu**, s. 124 vd.; **Eren**, s. 644.

³⁰³ **Eren**, s. 644; **Karataş**, s. 161-162.

³⁰⁴ **Şenocak**, s. 49; **Tandoğan**, s. 180; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529.

³⁰⁵ **Eren**, s. 644; **Selimoğlu**, s. 125 vd.

sözleşmelerde, yalnızca ayıplı olan edimler bakımından dönme hakkının kullanılabileceği de savunulmaktadır³⁰⁶.

III. AYIBIN GİDERİLMESİNİ İSTEME

A. Genel Olarak

Eserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan birisi de ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. TBK m. 475/3 uyarınca iş sahibi, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarım isteme hakkına sahiptir.

Eserdeki ayıbın onarılmasını isteme hakkının hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ayıbın giderilmesini talep etme hakkı, yüklenicinin ayıpsız teslim yükümlülüğünün devamı mahiyetinde bir alacak hakkıdır³⁰⁷. Bu hakkın alacak hakkı olmasının pratik sonucu olarak bu hakkı kullanan iş sahibi, sonradan vazgeçmek suretiyle şartları varsa diğer iki seçimlik haktan birisini kullanabilir³⁰⁸. Bu görüşe göre, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep etmesi diğer iki hakkın düşmesine yol açmaz, ancak ayıbın giderilmesi borcu müteahhit tarafından fiilen ifa edildiği anda bu haklar düşecektir³⁰⁹. Diğer bir görüş ise, ayıbın giderilmesini talep etme hakkını yenilik doğuran bir hak niteliğinde görmekte olup, hakkın kullanımı ile birlikte alacak hakkı ortaya çıkmaktadır³¹⁰. Bu görüşe göre, yenilik doğuran hakların bir özelliği olarak bu hakkın şarta bağlı olarak kullanılması mümkün olmadığı gibi, kullanıldıktan sonra

³⁰⁶ Bkz. **Öz**, İnşaat, s. 215.

³⁰⁷ **Seliçi**, s. 173.

³⁰⁸ **Öz**, Dönme s. 97; Seçimlik hakların yenilik doğuran hak olması nedeniyle bu görüşün kabul edilebilirliği tartışılabilir.

³⁰⁹ **Seliçi**, s. 174.

³¹⁰ **Tandoğan**, s. 192; **Eren**, s. 645; **Büyükcay**, s. 139.

bu haktan dönülemez ve artık diğer iki seçimlik hak da kullanılamaz³¹¹. Ancak yine bu görüşe göre, yüklenici ayıbı gidermeyi reddederse veya zamanında ayıbı gidermez ya da yine eseri ayıplı olarak onarırsa, iş sahibinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği kabul edilmektedir³¹².

B. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkının Şartları

Ayıbın giderilmesini isteyebilmek için bazı şartlara ihtiyaç vardır³¹³. İlk olarak, kanunda açıkça belirtilmese dahi, ayıbın giderilmesinin talep edilebilmesi için, ayıbın giderilmesinin objektif olarak mümkün olması gerekir³¹⁴.

İkinci olarak, kanunda açıkça belirtildiği üzere ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesi gerekir. Aşırı masrafı gerektirip gerektirmediği tespit edilirken, ayıbın giderilmesi halinde iş sahibine sağlayacağı yarar ile yüklenicinin ayıbı gidermesi

³¹¹ **Büyükay**, s. 139; **Eren**, s. 646.

³¹² **Büyükay**, s. 139.

³¹³ Yargıtay bu konuda her şeyden önce, talep edilecek seçimlik hakkın, somut olayın muhtevasına uygun düşmesi gerektiğini savunmaktadır. "Sözleşme ilişkisinin kurulduğu ve davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığın 818 Sayılı Borçlar Kanunu hükümlerine göre çözümlenmesi gerekmektedir. Eserin ayıplı olması halinde iş sahibinin kullanacağı seçimlik haklar anılan Kanunun 360. maddesinde sözleşmeden dönme, ücretten indirim yapılmasını isteme ve ayıbın giderilmesini talep etme olarak düzenlenmiştir. Davacı, dava dilekçesinde bu seçimlik haklardan sözleşmeden dönme hakkını kullanarak ödediği bedelin iadesini istemiş, davalı ise dönme koşullarının oluşmadığını savunarak seçimlik hakkın bu yönde kullanılmasına karşı çıkmış teslim edilen eserde eksik ve ayıp bulunmadığını ileri sürmüştür. Taraflar arasındaki uyuşmazlık eserin eksik ve ayıplı olup olmadığı, ayıplı ise seçimlik hakkın ne yönde kullanılacağı konusunda toplanmaktadır. Davacı iş sahibince kullanılmak istenen seçimlik hakkın somut olaya ve dosya kapsamına uygun düşmemesi halinde uyuşmazlığın bilirkşi raporuyla belirlenen ve mahkemece kabul edilen seçimlik hakka göre sonuçlandırılması gerekir." Bkz., Yarg. 15 HD., E. 2012/6652, K. 2013/5819, T. 11.11.2013, KİBB.

³¹⁴ **Gümüş**, s. 383; **Şenocak**, s. 148; **Yavuz**, s. 1040; **Aral/Ayrancı**, s. 409; **Eren**, s. 645; **Büyükay**, s. 141 vd.

için yapmak zorunda kalacağı masraflar arasında bir oransızlık bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir³¹⁵. Onarım hakkının kullanılması, onarım masraflarının yüklenici yönünden dönme veya bedelden indirimle oranla daha ağır ve büyük olmamasına bağlıdır³¹⁶. Buna karşılık, yüklenicinin esere ilişkin ayrıca zikrettiği ve vaad ettiği özellikler varsa, bu durumda giderin büyüklüğüne bakılmaksızın, iş sahibinin ayıbın giderilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir³¹⁷.

Seçimlik haklar içerisinde, eserin yeniden meydana getirilmesi gibi bir seçimlik hak bulunmamakla birlikte, doktrinde eserdeki ayıbın giderilmesinin olanaksız, ancak aşırı masrafı gerektirmeksizin yeniden meydana getirilmesi mümkünse, iş sahibinin eserin yeniden meydana getirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir³¹⁸.

Kanunda belirtildiği üzere, eserdeki ayıbın giderilmesine ilişkin masraflara yüklenici katlanacaktır. TBK'nın m. 475/1'de açıkça belirtildiği üzere, eserdeki ayıbın giderilmesi için gereken "*bütün masraflar*" yükleniciye ait olacaktır. Buradaki masraf, ayıbın giderilmesi için doğrudan yapılması gereken masraflar ile eşlik eden masrafları da kapsar³¹⁹. Banyoda su borularının ayıplı olarak döşenmesi halinde, bu sorularının değiştirilmesi için yapılan masraflar doğrudan masraf iken, bu borulara ulaşmak için kırılan ve yerine yenisi konulan fayansların yol açtığı masraflar ise eşlik eden masraf olarak değerlendirilir³²⁰.

³¹⁵ **Aral/Ayrancı**, s. 409; **Gümüş**, s. 383; **Eren**, s. 645; Karş. **Çelik, Ömer Faruk**: Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018, s. 51 vd.

³¹⁶ **Eren**, s. 646.

³¹⁷ **Eren**, s. 646.

³¹⁸ **Şenocak**, s. 157; **Gümüş**, s. 383.

³¹⁹ **Gümüş**, s. 383.

³²⁰ Örnek için bkz. **Gümüş**, s. 383.

C. Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkını Kullanmanın Sonuçları

Bu seçimlik hakkın kullanılması halinde, yüklenicinin ayıbı giderme borcu gündeme gelecektir. Bu borç niteliği itibarıyla bir yapma borcudur. Dolayısıyla, yüklenici, derhal ayıbı giderme çalışmalarına başlamak ve normal bir yükleniciden beklenilecek makul bir süre içerisinde ayıbı gidermek ve çalışmasını tamamlamak zorundadır. Yüklenicinin bu süre içerisinde ayıbı gidermemesi halinde kendisine ihtar çekilerek temerrüde düşürülebilir veya ayıbı gidermek açısından belirli bir süre verilmişse bu sürenin geçmesi ile yüklenici kendiliğinden temerrüde düşecektir³²¹. Bununla birlikte, TBK m. 473/2 hükmünün kıyasen uygulanması ile, yüklenicinin ayıbı gidermeye vaktinde başlamaması veya gecikmesi veya işin sahibinin kusuru bulunmaksızın giderme faaliyetlerini vaktinde bitiremeyeceğinin anlaşılması hallerinde, iş sahibi sürenin bitmesinden önce de yükleniciyi temerrüde düşürebilir³²².

Yukarıda belirtildiği üzere, iş sahibinin ayıbın giderilmesi istemine karşın yüklenicinin bunu yerine getirmemesi halinde, iş sahibi dilerse, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde borçlu temerrüdü halinde seçimlik haklara ilişkin TBK m.125’de yer alan haklardan birisini kullanabilir. Bu madde uyarınca, *“Temerrüde düşen borçlu, verilen süre içinde borcunu ifa etmemişse veya süre verilmesini gerektirmeyen bir durum söz konusu ise alacaklı, her zaman borcun ifasını ve gecikme sebebiyle tazminat isteme*

³²¹ "Davacı, icra takibinde bakiye iş bedeli ile işlemiş faiz talebinde bulunmuştur. İşin teslimine dair düzenlenen tutanaktan sonra ayıpların ortaya çıktığı, buna ilişkin olarak 2.10.2005 tarihli tutanak düzenlendiği ve gizli ayıp niteliğinde olan ayıplar süresinde davacıya ihbar edildiği halde davacı tarafından giderilmediği, düzenlenen tutanak içeriği ve tanık beyanlarından anlaşıldığından ayıplı işlerin ortaya çıktığı tarih olan 2.10.2005 tarihine ayıpların giderilmesi için gerekli makul süre eklenerek bulunacak tarih itibarıyla giderilmesi için gerekli masraflar bilirkişiye hesaplattırılarak bakiye iş bedelinden mahsup edilmek suretiyle sonucuna göre karar verilmesi ve takip tarihinden önce temerrüt oluşmadığından davacının işlemiş faiz talebinin tamamen reddi gerekir" Bkz., Yarg. 15 HD., E.2010/7453, K. 2011/1394, T. 08.03.2011, KİBB.

³²² **Aral/Ayrancı**, s. 410.

hakkına sahiptir. Alacaklı, ayrıca borcun ifasından ve gecikme tazminatı isteme hakkından vazgeçtiğini hemen bildirerek, borcun ifa edilmemesinden doğan zararın giderilmesini isteyebilir veya sözleşmeden dönebilir. Sözleşmeden dönme hâlinde taraflar, karşılıklı olarak ifa yükümlülüğünden kurtulurlar ve daha önce ifa ettikleri edimleri geri isteyebilirler. Bu durumda borçlu, temerrüde düşmekte kusuru olmadığını ispat edemezse alacaklı, sözleşmenin hükümsüz kalması sebebiyle uğradığı zararın giderilmesini de isteyebilir.”

Diğer taraftan, ayıbın giderilmesi bir yapma borcu olduğundan, TBK m. 113 uyarınca iş sahibi mahkemeye başvurarak, yüklenici tarafından giderilmeyen ayıbın kendisi veya bir başkası tarafından giderilmesine, başka bir ifade ile nama ifaya izin verilmesini istemesi de mümkündür. Zira TBK m. 113’de “*Yapma borcu borçlu tarafından ifa edilmediği takdirde alacaklı, masrafi borçluya ait olmak üzere edimin kendisi veya başkası tarafından ifasına izin verilmesini isteyebilir; her türlü giderim isteme hakkı saklıdır.*” denilmiştir. Bu hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin ayıbı gidermemesi veya giderecek durumda olmaması, bununla birlikte aynı zamanda temerrüde düşmüş olması da gerekir³²³. Ancak Federal Mahkeme, burada TBK m. 473/2 hükmünü kıyasen uygulayarak, hâkimden izin alınmasına gerek olmadığı sonucuna varmıştır³²⁴.

Öte yandan, İİK m. 30’da bu konuyla ilgili şu hükme yer verilmiştir: “*Bir işin yapılmasına mütedair ilam icra dairesine verilince icra memuru 24 üncü maddede yazılı şekilde bir icra emri tebliği suretiyle borçluya ilamda gösterilen müddet içinde ve eğer müddet tayin edilmemişse işin mahiyetine göre başlama ve bitirme zamanlarını tayin ederek işi yapmağı emreder.*

³²³ Aral/Ayrancı, s. 410.

³²⁴ Bkz. Aral/Ayrancı, s. 410; Aynı yönde görüş için bkz. Eren, s. 646.

Borçlu muayyen müddetlerde işe başlamaz veya bitirmez ve iş diğer bir kimse tarafından yapılabilecek şeylerden olur ve alacaklı da isterse yapılması için لازمگelen masraf icra memuru tarafından ehli-vukufa takdir ettirilir. Bu masrafın ilerde hükme hacet kalmaksızın borçludan tahsil olunup kendisine verilmek üzere ifasına alacaklı muvafakat ederse alınıp hükmolunan iş yaptırılır. Muvafakat etmezse ayrıca hükme hacet kalmadan borçlunun کافی miktarda malı haciz ile paraya çevrilerek o iş yaptırılır.

İlâm, bir işin yapılmamasına mütedair olduğu takdirde icra dairesi tarafından ilamın hükmü borçluya aynı müddetli bir emirle tebliğ olunur. Bu emirde ilam hükmüne muhalefetin 343 üncü maddedeki cezayı müstelzim olduğu yazılır.

Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilâm hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilâm hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilâm hükmü tekrar zorla yerine getirilir.”

Yüklenici, eserdeki ayıbı ayıplı olarak giderirse, iş sahibi tekrar TBK m. 475’te yer alan seçimlik haklarını kullanma imkânına sahiptir.

IV. BEDEL DEN İNDİRİM İSTEME HAKKI

A. Genel Olarak Bedelden İndirim Hakkı

TBK m. 475/1’de, eserdeki ayıp sebebiyle iş sahibine “*eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme*” hakkı tanınmıştır. Değiştirici yenilik doğuran “*bedelden indirim isteme*” hakkının kullanılması ile birlikte, sözleşmede taraflarca belirlenen bedel, ayıp nispetince daha düşük bir tutara indirilmektedir³²⁵. Eserin bedeli daha önce tamamen ödenmişse, indirilen bedelden fazla kısmı yüklenici, TBK’ nın 229’uncu maddesinin 1/I hükmüne kıyasen, iş sahibine faiziyle iade etmekle

³²⁵ Gümüş, s. 382.

yükümlüdür³²⁶. Eğer eserin bedeli henüz alınmamışsa, yüklenici indirilen kısım kadar alacak hakkını kaybedecektir.

Kanun koyucunun TBK'nın 475' inci maddesinin 1/I hükmünde geçen “*ayıp oranında*” ifadesi ile ücretten indirim hesabında nispi metodu yasal hesaplama metodu olarak kabul ettiği görülmektedir³²⁷. Bu metoda göre bedelden indirimin belirlenmesinde uygulanacak formül şu şekildedir³²⁸:

$$\text{Ödenecek indirilmiş ücret} = \frac{\text{Kararlaştırılan ücret} \times \text{Ayıplı değer}}{\text{Ayıpsız değer}}$$

Bu formülde, kararlaştırılan ücret; taraflar arasında sözleşmede karşılıklı olarak kararlaştırılan sözleşme bedelini veya ücretini karşılamaktadır. Ayıplı değer, sözleşme konusu eserin ayıplı olması nedeniyle piyasadaki mevcut ayıplı değerini; yine ayıpsız

³²⁶ "Alınan her iki bilirkişi raporuna göre davalının gerçekleştirdiği imalâtların ayıplı olduğu anlaşılmaktadır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 475. maddesinde, eserdeki ayıp sebebiyle yüklenicinin sorumlu olduğu hallerde iş sahibinin kullanabileceği seçimlik haklar, eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı olursa sözleşmeden dönme, eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme olarak sayılmıştır. Dava dilekçesindeki açıklamalar ve dava dilekçesinin tamamı dikkate alındığında davalı yüklenicinin gerçekleştirdiği iş ve imalâtın davacı iş sahibince tümden reddedilmediği, iş sahibinin asıl amacının bedelden indirim yapılmasını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. İş sahibince ayıplı imalât nedeniyle bedelde indirim seçimlik hakkının kullanılması halinde indirimli iş bedeli ya da indirilmesi gereken bedel nispi metoda göre hesaplanmalıdır. Bu metoda göre hesaplamada da kararlaştırılan ücretin ayıplı değeri ile çarpılarak bulunan rakam ayıpsız değere bölünmek suretiyle ödenecek indirilmiş ücret ve bu miktar da kararlaştırılan ücretten çıkartılarak indirilmesi gereken miktar bulunacaktır” Bkz. Yarg. 15 HD., E. 2016/4483, K.2017/4077, T. 22.11.2017, KİBB.

³²⁷ **Gümüş**, s. 382.

³²⁸ **Tandoğan**, s. 191; **Yavuz**, s. 1039, **Aral/Ayrancı**, s. 409.

değer ise, sözleşme konusu eserin ayıpsız şeklinin piyasada para ile ölçülebilen karşılığını ifade etmektedir.

B. Bedelden İndirim İsteme Hakkının Şartları

İş sahibinin ayıplı ifadan dolayı isteyebileceği diğer bir seçimlik hak olan bedelden indirim talep edildiğinde; iş sahibi, eseri alıkoyarak, ayıp oranında bedelden indirim istemektedir³²⁹. Bu talepte bulunmasıyla birlikte; bedel ödeme borcu, eserdeki ayıp miktarı (oranı) kadar azalmış olmaktadır. Bedelden indirim hakkının istenebilmesi için, yüklenicinin ayıplı ifadan sorumluluğuna ilişkin bütün şartlar yanında kanunda arana diğer şartların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Kanunda aranan diğer şartlar ise aşağıda incelenmiştir.

1. Eserdeki Ayıp Kural Olarak Önemli Olmamalıdır

Bedelden indirim istenebilmesi için, ayıbın sözleşmeden dönmeyi gerektirecek derecede önemli bir ayıp olmaması gerekir. Eserdeki ayıp önemli ise, artık bu yola başvurma imkânının bulunmadığı kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile, sözleşme konusu eserdeki ayıp önemli ve ağır bir ayıp olmamalıdır. Burada da, eserin önemli derecede ayıplı olduğunun tespiti, çıkarlar dengesine ve hakkaniyete göre belirlenmelidir³³⁰. Bunun belirlenmesinde hâkimin takdir yetkisi önemli bir rol oynamaktadır. Dönme halinde yüklenicinin uğrayacağı zarar ile iş sahibinin yarar dengesinin gözetilmesi gerekir³³¹.

³²⁹ **Tomu Yaşar, Tuba:** İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019, s. 48 vd.

³³⁰ **Tandoğan,** s. 181 vd.; **Şenocak,** s. 51; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 529; **Aral/Ayrancı,** s. 408.

³³¹ **Akça,** s. 32 vd.; **Zevkliler/Gökyayla,** s. 529.

Bunun yanında diğer seçimlik haklar olan, dönme veya ücretsiz onarımın iş sahibinin çıkarlarına hizmet etmeyeceği ve yararsız kalacağı hallerde eserin kabul edilemeyecek derecede ayıplı olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir³³². Yani, bedelden indirimin vereceği zarar ile iş sahibinin sağlayacağı yarar arasında aşırı bir dengesizliğin bulunmaması veya ayıbın giderilmesi için gerekli zaman ve masrafın göz önünde tutulması gerekir³³³. Bedelden indirim isteme hakkının kullanılabilmesi için, eser sözleşmeye ağır ölçüde aykırı olmamalıdır³³⁴. Çünkü ağır ayıp varsa, yüklenicinin sözleşmeden dönme hakkı söz konusu olacaktır³³⁵.

³³² **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529; **Akça**, s. 34.

³³³ **Aral/Ayrancı**, s. 408; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 529; **Akça**, s. 34.

³³⁴ **Eren**, s. 644; "Mahkemece bozma öncesinde davacının sözlü anlaşma ile tasarım ve basımını üstlendiği katalogların %40 oranında ayıplı olduğu, bedelden ayıp oranında indirim yapıldıktan sonra ve ödenen tutarın da mahsubu ile davanın kısmen kabulüne ve 2.007,20 TL'nin tahsiline karar verilmiş, karar taraflarca temyiz edilmiştir. Dairemizin 13.03.2013 günlü bozma ilâmında davalının ayıp ihbarının süresinde olup olmadığının araştırılması, tüm kataloglar incelettirilerek eserin tümüyle reddi gerekip gerekmediğinin belirlenmesi, eserin tümüyle reddi gerekirse davanın reddedilmesi gereğine değinilmiş, mahkemece bozma ilâmına uyularak yapılan yargılama sonucu davalı iş sahibinin süresinde ayıp ihbarında bulunduğu, katalogların %40 oranında ayıplı olması nedeniyle 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 360/I. maddesine göre tamamen reddi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu duruma davacı yüklenicinin bedele hak kazanmadığı anlaşıldığından ve katalogların %40 oranında kusurlu olması nedeniyle ekonomik bir değerinin bulunmadığı kabul edileceğinden açılan davanın tamamen reddi gerekirken, ayıplı katalogların davacıya iadesi koşulunun gerçekleşemeyeceği gerekçesiyle yazılı şekilde davanın kabulüne karar verilmesi doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir." Bkz., Yarg. 15 HD., E.2014/4156, K. 2014/6675, T. 19.11.2014, KİBB.

³³⁵ **Eren**, s. 644-645.

2. Ayıp Nedeniyle Eserin Değerinde Bir Eksiklik Meydana Gelmiş Olmalıdır

Bedelden indirim istenebilmesinin ikinci şartı; sözleşme konusu eserin değerinde ayıp nedeniyle bir eksilmenin meydana gelmiş olmasıdır. Böyle bir eksilme yoksa artık bedelden indirim istenmesi de hukuken mümkün olmayacaktır. Gerçekten de bedelden indirim, ayıp nedeniyle eserin değerindeki eksilmeye göre belirleneceği için, böyle bir eksilmenin olmadığı hallerde bu seçimlik hak kullanılamayacaktır. Ayıp nedeniyle, sözleşme konusu eserde bir değer düşüşü olup olmadığı belirlenirken, objektif bir değerlendirme ile piyasa şartları esas alınmalıdır. Eserin piyasada herhangi bir değeri bulunmuyorsa, iş sahibinin indirim yerine sözleşmeden dönme hakkını kullanabileceği ileri sürülmektedir³³⁶.

3. Ayıplı Eserin Objektif Değeri Bedele Eşit Olmamalıdır

Ayıp nedeniyle özellikle dönme koşullarının olduğu hallerde iş sahibi, dönme hakkını kullanabileceği gibi, bedelden indirim hakkını da kullanabilir. Ancak ayıp nedeniyle sözleşme konusu eserin hiçbir piyasa değeri kalmamış, başka bir ifade ile hesaplanan ayıp değeri sözleşme ile kararlaştırılan bedele eşit ise bu takdirde bedel indiriminin menfaatler dengesine uygun olamaması nedeniyle artık sözleşmeden dönme hakkının kullanılmasının daha isabetli olacağı düşünülmektedir³³⁷. Ancak böyle bir durumda dahi uyuşmazlık konusu olayın somut özelliklerinin dikkate alınması isabetli bir çözüm olacaktır.

Örneğin, karkas yapılan bir binanın yığma sistemine göre yapılması halinde, meydana getirilen eser sözleşmeye aykırı olmasına rağmen, ayıbın inşaatın kullanımına

³³⁶ Eren, s. 644.

³³⁷ Bkz., Duman, s. 833 vd.

engel olmadığı ve sözleşmeye aykırılığın giderilmesi için inşaatın yıkılıp yeniden yapılmasının da büyük bir masrafı gerektirmesi nedeniyle iş sahibi ancak bedel indirim isteğinde bulunabilir. Ayıp oranında indirim talebinde, sebepsiz zenginleşme kuralları uygulanmaz³³⁸. Bu nedenle bedel iadesi belirlenirken, TBK m. 475 hükümlerinin dikkate alınması, ona göre hesaplama yapılması gerekir.

Eser sözleşmesinde bedelden indirim yapılırken, ayıp nedeniyle oluşan değer kaybının hesaplanmasında; eserin teslim anındaki piyasa değeri esas alınır. Ancak bedel indirimine ilişkin hükümler emredici olmadığı için taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılması her zaman mümkündür. Taraflar arasında kararlaştırılmış ise, kararlaştırılan bu hükümlerin uygulanması gerekir.

C. Bedelden İndirim İsteme Hakkının Kullanılması

Diğer seçimlik haklarda olduğu gibi, bedelden indirim isteme hakkı da yenilik doğuran bir hak olması nedeniyle varması gerekli tek taraflı irade beyanı ile kullanılmaktadır. Bu hakkın kullanılması özel bir şekil şartına tabi değildir. Yazılı, sözlü veya resmi şekilde de bildirilebilir. Bu hakkın kullanılmasıyla sözleşmeden dönme ve onarım haklarını talep hakkı da ortadan kalkmış olur³³⁹.

V. İŞ SAHİBİNİN ESERİN YENİDEN MEYDANA GETİRİLMESİNİ İSTEME HAKKININ BULUNUP BULUNMADIĞI SORUNU

Eserin ayıplı olması durumunda “*İş sahibinin seçimlik hakları*” başlıklı TBK m. 475’te sadece, “sözleşmeden dönme”, “bedelden indirim” ve “ücretsiz onarım” şeklinde üç tane seçimlik hak bulunmaktadır. Bu hakların yanı sıra, eserin yeniden meydana

³³⁸ Öz, İnşaat, s.204.

³³⁹ Öz, İnşaat, s.204;

getirilmesini isteme şeklinde bir seçimlik hak kanunda düzenlenmemiştir. Buna karşılık, 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un ayıplı hizmet karşısında tüketicinin seçimlik haklarını düzenleyen 15/1 maddesinde, *“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.”* hükmüne yer verilmiştir. Bu nedenle doktrinde, iş sahibinin tüketici olarak değerlendirildiği eser sözleşmelerinde, iş sahibinin eserin ayıpsız benzeri ile değiştirilmesi ya da eserin yeniden imal edilmesini isteme hakkına sahip olduğu ileri sürülmektedir³⁴⁰. Bununla birlikte, tüketici işlemi olmayan eser sözleşmelerinde dahi, TMK m.2 uyarınca iş sahibinin eserin yeniden imal edilmesi hakkına sahip olması gerektiği de iddia edilmektedir³⁴¹. Bu görüş uyarınca, tacir olan ve ayakkabı satışı ile iştigal eden iş sahibinin, ayakkabı imali ile iştigal eden bir yükleniciden sipariş ettiği ayakkabıların ayıplı olması halinde, iş sahibinin dönme hakkının alternatifi olarak, yeniden imalini talep etmesi hakkının verilmesinin her iki tarafın da menfaatlerine daha uygun olacağı savunulmaktadır³⁴².

VI. ESERDEKİ AYIP DOLAYISIYLA UĞRANILAN ZARAR ZİYANIN GİDERİLMESİ

TBK m. 475/2'de, iş sahibinin eser dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakların yanı sıra, genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği de belirtilmiştir. Kanunun lafzından anlaşılabileceği üzere, tazminat isteme hakkı seçimlik haklara alternatif olmayıp, bu haklarla birlikte talep edilebilir. Anılan hükümde açıkça belirtildiği üzere buradaki

³⁴⁰ Öz, İnşaat, s. 220; Büyükay, s. 142.

³⁴¹ Büyükay, s. 142.

³⁴² Bu görüş ve örnek için bkz. Büyükay, s. 142.

tazminat istemi *genel hükümlere* dayandığından, yüklenicinin ayıptan doğan tazminat sorumluluğu için ayıbın muayene ve ihbarına gerek yoktur³⁴³.

Tazminata hükmedilebilmesi için; ayıplı bir eser olmalı, iş sahibi eserdeki mevcut ayıp sebebiyle zarara uğramış bulunmalı, iş sahibinin uğradığı zarar ile eserdeki mevcut ayıp arasında uygun illiyet bağı yanında yüklenici de kusurlu olmalıdır. Burada bahsedilen zarar, seçimlik hakların kullanılmasıyla giderilemeyen zarardır³⁴⁴. Genel hükümlere dayanılarak tazminat isteminde TBK m. 112 hükmünün uygulanması gerekir³⁴⁵. Anılan hüküm uyarınca, *“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”* Burada gerek ayıba ilişkin zararın gerekse ayıbı takip eden zararın tazmini, TBK m. 112 kapsamında olacaktır³⁴⁶. TBK m. 475 kapsamında tazmini talep edilebilecek zarar, eserin ayıplı olması halini takip eden, yani eserdeki ayıp sonucunda ortaya çıkan zarar olup, bizzat eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zarar değildir³⁴⁷. Zira, bizzat eserin ayıplı olmasından doğan zarar, seçimlik hakların kullanılması ile giderilen zararlardır. Bedelden indirim veya ücretsiz onarım, bizatihi eserin ayıplı olmasından kaynaklanan zararın giderilmesine yöneliktir. Örneğin, inşa edilen bir güneş enerjisi santraline ilişkin elektrik sisteminin hatalı montajı esere ilişkin bir ayıptır. Ayıbın giderilmesi ile bu ayıp giderilir, ancak elektrik sistemindeki hatanın tüm elektrik sistemine zarar vermesi ise takip eden zarardır.

Tazminatın bir diğer unsuru olarak, uğranılan zarar ile eserdeki ayıp arasında hayatın olağan akışına ve genel hayat tecrübelerine göre uygun bir illiyet bağının bulunması gerekir. Yani, somut olaydaki ayıp, iş sahibinin uğradığı zararı ortaya

³⁴³ **Gümüş**, s. 384; Aksi yöndeki görüş için bkz. **Eren**, s. 647.

³⁴⁴ **Yavuz**, s. 1041.

³⁴⁵ **Yavuz**, s. 1041.

³⁴⁶ **Gümüş**, s. 384.

³⁴⁷ **Zevkliler/Gökyayla**, s. 532; **Aral/Ayrancı**, s. 411.

çıkarmaya uygun ve elverişli olmalıdır. Bu nedenle, uygun illiyet bağı içerisinde olmak kaydıyla, yüklenici doğrudan ve dolaylı zararlardan sorumlu olacaktır³⁴⁸.

Burada yer alan tazminat istemi kural olarak kusur sorumluluğuna dayandığından, yüklenicinin kusurlu olması gerekir. Ancak, borca aykırı davranışlarda geçerli olan kusur karinesi uyarınca, TBK m. 112’de belirtildiği üzere borçlu zaten kusurlu kabul edilecek olup, bu sebeple kusursuzluğunu yüklenici ispat etmelidir. Zararın varlığını ve miktarını ise iddia eden konumundaki iş sahibi ispat etmek zorundadır.

Genel hükümlere göre tazminat istemi açısından, bu tazminat isteminin TBK m. 146’da yer alan genel zamanaşımı süresi olan 10 yıla mı tâbi olacağı, yoksa TBK md. 478’de yer alan ayıp sebebiyle sorumluluğa ilişkin zamanaşımına mı tâbi olacağı üzerinde kısaca durulması gerekir. TBK m. 478’de yer alan, “*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar...*” ifadesinden açıkça anlaşılabileceği üzere, tazminat istemi de seçimlik haklar gibi bu madde hükmüne tâbi olacaktır. Genel hükümlere göre tazminat isteminin sadece içerik ve şartlar açısından genel hükümlere tâbi olacağı, bunun dışında kanunun açık hükmü gereği zamanaşımı bakımından TBK m. 478 hükmüne tâbi olacağı ortadadır.

VII. SEÇİMLİK HAKLARIN KULLANILMASINDA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

A. Genel Olarak

İşin sahibinin ayıptan doğan seçimlik haklarına dair zamanaşımı süresi, TBK m. 478’de şu şekilde düzenlenmiştir: “*Yüklenici ayıplı bir eser meydana getirmişse, bu sebeple açılacak davalar, teslim tarihinden başlayarak, taşınmaz yapılar dışındaki*

³⁴⁸ Eren, s. 648.

eserlerde iki yılın; taşınmaz yapılarda ise beş yılın ve yüklenicinin ağır kusuru varsa, ayıplı eserin niteliğine bakılmaksızın yirmi yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.”.

Burada bahsedilen süreler, madde başlığından da anlaşılacağı üzere, zamanaşımı süresidir. Söz konusu seçimlik haklar yenilik doğuran hak olmasına rağmen, zamanaşımı süresine tâbidir. Daha önce belirtildiği üzere bu durum yenilik doğuran hakların kural olarak hak düşürücü süreye bağlı olmasına bir istisna oluşturmaktadır. Seçimlik hakların zamanaşımı süresine tâbi olmasının doğal bir sonucu olarak, bu sürelerle zamanaşımının durması ve kesilmesine ilişkin genel hükümler (TBK m.153-154) uygulanacak, hâkim tarafından da re'sen dikkate alınmayacaktır³⁴⁹.

B. Süre

Eserdeki ayıp sebebiyle iş sahibinin yükleniciye karşı açacağı davalar, taşınmaz yapı eserleri dışındaki eserlerde, teslim tarihinden başlayarak iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. TBK'nın yürürlüğe girmesinden önce, eBK m.363/1'in satış sözleşmesine ilişkin eBK m. 207'ye yaptığı yollama sebebiyle bu süre taşınırlarda bir yıl iken, 6098 Sayılı TBK bu süreyi iki yıla çıkartmıştır. Sürenin başlangıcı kanunda açıkça belirtildiği üzere “*teslim*”den itibaren başlar. Daha önce ifade edildiği üzere eserin tamamlanmamış olması veya önemli eksikliklerin varlığı halinde teslim gerçekleşmeyeceğinden, zamanaşımı süresi de işlemeye başlamayacaktır³⁵⁰. Bu sürenin başlangıcı açısından eserdeki ayıbın gizli ya da açık olması önem taşımadığı gibi, iş sahibinin eserdeki ayıbı öğrenmiş olması da şart değildir³⁵¹.

Eser sözleşmesinin konusu taşınmaz bir yapıya ilişkin ise, ayıp sebebiyle açılacak davalar teslimden başlayarak beş yılın geçmesi ile zamanaşımına uğrar.

³⁴⁹ **Öz**, İnşaat, s. 222.

³⁵⁰ **Şenocak**, s. 228; **Gümüş**, s. 386.

³⁵¹ **Eren**, s. 649.

Toprağa sabit ve devamlı şekilde bağlı olan taşınmaz yapı eserlerindeki ayıpların 2 yıl gibi kısa bir süre içerisinde kendisini ortaya çıkarmayacağı düşünüldüğünden burada zamanaşımı süresi daha uzun bir süre olarak 5 yıl kabul edilmiştir³⁵². Burada taşınmaz yapıdan ne anlaşılabileceği çok farklı görüşlere yol açmakla birlikte, hâkim görüş, taşınmaz yapı eserini, “malzeme veya emek sarf edilerek, doğrudan veya dolaylı olarak arza bağlı olarak imal edilen eşya” olarak kabul etmektedir³⁵³.

Eserdeki ayıp sebebiyle açılacak davalara ilişkin olağanüstü zamanaşımı süresi ise 20 yıldır. Bu süre, yüklenicinin ağır kusurlu olması halinde gündeme gelecektir. Ağır kusurdan kast edilen bilindiği üzere kast ve ağır ihmaldir. Taşınmaz yapı yaşları oldukça eski olan ülkemizde yaşanan büyük depremler sonucu ortaya çıkan zararlara bağlı olarak getirilen bu şekilde uzun bir süreyle, eBK’den farklı olarak ağır kusur halinde yüklenicilerin sorumluluğu ağırlaştırılmıştır. Nitekim satış sözleşmesine ilişkin TBK m. 244/2’de de buna paralel şekilde yapının ayıplı olması sebebiyle açılacak davalar satıcının ağır kusurlu olması halinde 20 yıllık zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur.

Son olarak, TBK m. 478’de düzenlenen zamanaşımı sürelerinin taraflarca uzatılması veya kısaltılması mümkün ise de; borçlunun ağır kusurlu olması halinde önceden yapılan sorumsuzluk anlaşmasının hükümsüz olacağına dair TBK m. 115 gereğince, zamanaşımının kısaltılmasına dair hükümler geçersiz olacaktır³⁵⁴.

³⁵² Eren, s. 649.

³⁵³ Bu konudaki tartışmalar ve görüşler için bkz. Şenocak, s. 236.

³⁵⁴ Öz, İnşaat, s. 224.

SONUÇ

Eser sözleşmesinde, yüklenicinin “asli edim yükümlülüğü”, sözleşme konusu eseri, sözleşmeye kararlaştırılan şekilde meydana getirme ve işin sahibine teslimidir.

Yüklenicinin bu edimini tam olarak ifa edebilmesi için, ifanın yer ve zaman açısından sözleşmeye uygun olarak gerçekleşmesi yanında, eserin tamamlanmış ve gerek sözleşme ile kararlaştırılan niteliklere, gerekse dürüstlük kuralları gereğince o eserde bulunması gereken niteliklere uygun olması; başka bir ifade ile ayıpsız olması gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu, TBK. m. 474’de iş sahibine, “*eserin tesliminden sonra, işlerin olağan akışına göre imkân bulur bulmaz eseri gözden geçirmek ve ayıpları varsa, bunu uygun bir süre içinde yükleniciye bildirme*” yükümlülüğünü getirmiştir.

Eserin ayıplı olması durumunda, kanun koyucu iş sahibine “sözleşmeden dönme”, “bedelden indirim” ve “onarım hakkı” tanımıştır. Seçimlik hak olarak ifade edilen ve TBK m. 475’de düzenlenen bu haklar, hukuki niteliği itibariyle “yenilik doğuran hak” niteliğinde olup, sonradan geri alınması mümkün değildir. Bu hakların kullanımı şekle tâbi olmayıp, ulaşması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılır. Bu haklardan, dönme hakkı ve bedelden indirim isteme hakkının, bağımlı yenilik doğuran hak olduğundan hareketle, bu hakların devredilemeyeceği; ayıbın giderilmesini isteme hakkı ile ayıplı ifadan doğan tazminat isteme hakkının ise alacağın temliki hükümlerine göre devredilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca bu hakların kullanılabilmesi için dava açılması şart değildir.

İş sahibinin bu haklardan birisini kullanması halinde, seçilen bu hak dışındaki diğer haklar ortadan kalkar. Bu hakların kullanılması şarta bağlanamayacağı gibi, kullanılan hak geri alınamaz ve bundan dönülemez.

Bu üç seçimlik hakkın kullanılabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekmez; burada yüklenicinin kusursuz sorumluluk hükümlerine göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Başka bir ifade ile kanun koyucu, kusura dayanan akdi sorumluluğun bir istinası olarak kabul edilebilecek bir kusursuz sorumluluk hali öngörmüştür. Buna karşılık, ayıp dolayısıyla ortaya çıkan zararın giderilmesi yani, yüklenicinin tazminattan sorumlu olabilmesi için yüklenicinin kusurlu olması gerekir.

Eser, “iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı ya da sözleşme hükümlerine aynı ölçüde aykırı” olduğu takdirde, işin sahibi dönme hakkını kullanabilir. O halde “sözleşmeden dönme” hakkının kullanılabilmesi, “eserin iş sahibinin kullanamayacağı veya hakkaniyet gereği kabule zorlanamayacağı ölçüde ayıplı olması” şartı aranmaktadır. Başka bir ifade ile ayıbın önemli olması gerekir. Önemsiz ayıplarda iş sahibinin sözleşmeden dönemeyeceği ancak, diğer seçimlik hakları kullanabileceği kabul edilmektedir.

Ayıbın önemsiz bir ayıp olması halinde, sözleşmeden dönemeyen iş sahibi, diğer iki seçimlik hak olarak bedelden indirim veya aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere, eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkını kullanabilecektir. İş sahibinin bunlara ek olarak genel hükümlere göre tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

Kanun koyucunun, diğer şartlar oluşsa bile bazı durumlarda sözleşmeden dönme hakkını sınırlamış olduğu görülmektedir. Gerçekten de, sözleşme konusu eser işin sahibinin taşınmazı üzerinde yapılmış ve kaldırılması aşırı zarara yol açacaksa iş sahibinin, bu hakkını kullanamayacağı kabul edilmektedir.

Doktrinde, iş sahibinin seçebileceği sözleşmeden dönme hakkını açıklayan teoriler bulunmaktadır. Ancak hâkim görüş, tarafların edimlerini henüz ifa etmeden sözleşmeden dönülmesi halinde, bu yükümlülüklerin de kendiliğinden sona ermiş olacağı ve hakkın sona erdiğine dair bir itiraz sebebi oluşturacağı kabul edilmektedir.

Karşılıklı edimlerin yerine getirilmiş olmasından sonra sözleşmeden dönülmesi halinde ise, sözleşme ilişkisinin tasfiye edileceği ve sözleşmeye dayanan bir iade yükümlülüğünün doğacağı kabul edilmektedir.

Eserin ayıplı olması halinde, iş sahibinin sahip olduğu seçimlik haklardan birisi de ayıbın giderilmesini isteme hakkıdır. TBK m. 475/3 uyarınca iş sahibi, aşırı bir masrafı gerektirmediği takdirde, bütün masrafları yükleniciye ait olmak üzere eserin ücretsiz onarılmasını isteme hakkına sahiptir.

Ayıbın giderilmesini talep edebilmek için ilk olarak, bunun “objektif” olarak mümkün olması gerekir. Aynı şekilde, kanunda açıkça belirtildiği üzere ayıbın giderilmesinin aşırı bir masrafı gerektirmemesi gerekir. Aşırı masrafı gerektirip gerektirmediği tespit edilirken, ayıbın giderilmesi halinde iş sahibine sağlayacağı yarar ile yüklenicinin ayıbı gidermesi için yapmak zorunda kalacağı masraflar arasında bir oransızlık bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir.

Seçimlik haklar içerisinde, eserin yeniden meydana getirilmesi gibi bir seçimlik hak bulunmamakla birlikte, doktrinde eserdeki ayıbın giderilmesi olanaksız, ancak aşırı masrafı gerektirmeksizin yeniden meydana getirilmesi mümkünse, iş sahibinin eserin yeniden meydana getirilmesini talep edebileceği kabul edilmektedir. Kanunda da açıkça düzenlendiği üzere; ayıbın giderilmesine ilişkin masraflara yüklenici katlanacaktır.

TBK m. 475’te, iş sahibine bir diğer seçimlik hak olarak “eseri alıkoyup ayıp oranında bedelden indirim isteme” hakkı tanınmıştır. Bu hak “değiştirici yenilik doğuran hak” niteliğindedir. Hakkın kullanılmasıyla, sözleşmesindeki bedel, ayıp nispetinde daha düşük bir tutara inmektedir. Eserin bedeli daha önce tamamen ödenmişse, TBK m. 229 hükmü kıyasen uygulanmakta ve indirilen bedelden fazla kısmı, yüklenicinin faiziyle iade etmekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir.

TBK m. 475 hükmünde, iş sahibinin eser dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakların yanı sıra, genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği de belirtilmiştir. Kanunun lafzından anlaşılabileceği üzere, tazminat isteme hakkı seçimlik haklara alternatif olmayıp, bu haklarla birlikte talep edilebilir. Buradaki tazminat istemi “genel hükümlere göre” olacağından, yüklenicinin ayıptan doğan tazminat sorumluluğu için ayıbın muayene ve ihbarı gerekmemektedir.

TBK m. 478’de yer alan hükümle, yüklenicinin ayıp nedeniyle sorumluluğunun kullanılabilmesi için öngörülen süre düzenlenmiştir. Bu hükmün başlığından da anlaşılabileceği üzere, burada öngörülen süre zamanaşımı süresidir. Burada bir istisna düzenlenmiş; seçimlik haklar yenilik doğuran hak olmasına rağmen, zamanaşımı süresine tâbi tutulmuştur.

KAYNAKÇA

- Acun, Hüseyin** : Eser Sözleşmesinde Ayıptan Sorumluluk Hükümleri ile Borçlar Kanunu Genel Hükümlerinin Yarışması, Ankara 2018.
- Akça, Merve** : Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıptan Dolayı Sözleşmeden Dönme Hakkı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümü Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2012.
- Akintürk, Turgut/**
- Ateş, Derya** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, İstanbul 2020.
- Aktürk, Y. İpek** : Satım ve Eser Sözleşmelerinde Gözden Geçirme ve Bildirim Külfetleri, Ankara 2012.
- Aral, Fahrettin** : Türk Borçlar Hukukunda Kötü İfa, Ankara 2011.
- Aral, Fahrettin/**
- Ayrancı, Hasan** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2019.
- Avcı, Ali** : Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Nisan 2015 (Kısaltma: Avcı, Şekil).
- Avcı, Ali** : Türk Borçlar Kanunu'nda Yüklenicinin Sadakat ve Özen Borcu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2015/119 (Kısaltma: Avcı, Sadakat).
- Başpınar, Veysel** : Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004.

- Bilge, Necip** : Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971.
- Buz, Vedat** : Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Ankara 1998.
- Buz, Vedat** : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Tamamlama Borcunun İmkânsızlaşması, AÜSBFD. 1994, C.49, S.1-2 (Kısaltma: Buz, İmkânsızlaşma).
- Buz, Vedat,** : Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005 (Kısaltma: Buz, Yenilik).
- Büyükkay, Yusuf** : Eser Sözleşmesi, Ankara 2019.
- Çelik, Ömer Faruk** : Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.
- Dirikkan, Hanife** : Tacirler Arası İhbar ve İhtarlar, DEÜHFD., 2002/1.
- Duman, İlker Hasan** : İnşaat Hukuku, İstanbul 2012.
- Çelik, Ömer Faruk** : Türk Borçlar Kanunu Bakımından Taşınır Satışında Alıcının Ücretsiz Onarım (Ayıbın Giderilmesini) İsteme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2018.

- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2019
(Kısaltma: Eren, Genel).
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2014.
- Eren, Fikret** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Borçları ve Bu Borçların Yerine Getirilmemesinin Sonuçları, İnşaat Sözleşmeleri, Yönetici İşletmeci Mühendis ve Hukukçular İçin Ortak Seminer, BTHAE, Ankara 1996.
- Ergezen, Muaz** : İstisna Sözleşmesinde Tarafların Sözleşmeyi Sona Erdirme Hakkı, Ankara 2004.
- Erişen, Muhammet** : Alt Müteahhitlik Sözleşmesi, Ankara 2011.
- Erkan, V. Umut** : Tüketici Satış Sözleşmelerinde Kararlaştırılan Sürede Malın Teslim Edilmemesi Durumunda 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un Ayıplı Mallara İlişkin Hükümlerinin Uygulanması, TAAD, Yıl:7, Sayı:30.
- Erzurumluoğlu, Erzan** : Sözleşmeler Hukuku (Özel Borç İlişkileri), Ankara 2017.
- Feyzioğlu, F. Necmeddin** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, İstanbul, 1977.
- Gümüş, Mustafa Alper** : Borçlar Hukuku Özel Hükümler Kısa Ders Kitabı, İstanbul 2020.
- Güven, Kudret** : Borçlar Hukuku Açısından İhtirazi kayıt Esasları, Yapım İşlerinde İhtirazi Kayıt Paneli, Bilirkişiler Hakemler ve Arabulucular Derneği, Ankara, 2014.

- Karataş, İzzet** : Eser (İnşaat Yapım) Sözleşmeleri, Ankara 2004.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Müteahhidin Eseri Şahsen Yapma veya Kendi İdaresi Altında Yaptırma Borcu, AÜHFD 1975, C. 32, S.1.
- Kocaağa, Köksal** : Müteahhidin İşin Devamı sırasında Özen Yükümünü İhlâl ederek Eseri Ayıplı veya Sözleşmeye Aykırı Şekil de yapacağının Anlaşılması halinde İş Sahibinin BK. 358/II Uyarınca Sahip Olduğu Haklar, DEÜHFD, Cilt : 6, Sayı : 1, 2004.
- K. Emre Gökyayla** : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Sadakat ve Özen Borcu, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'a Armağan, GÜHFD, Ocak-2002, S.1
- Kurt, Leyla Müjde** : Yüklenicinin Eseri Teslim Borcunda Temerrüdü, Ankara 2012.
- Meşe, Müge** : Eser Sözleşmesinde Ayıplı İfanın Sonuçları, İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı / Özel Hukuk Bilim Dalı, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2011.
- Oğuzman, M. Kemal/**
- Öz, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, İstanbul 2013.
- Oruç, Hami Şener** : Adi Ortaklık, Ankara 2008.
- Öz, M. Turgut** : İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul 2013. (Kısaltma: Öz, İnşaat).

- Öz, M. Turgut** : İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul 1989. (Kısaltma: Öz, Dönme).
- Öz, Turgut** : İsviçre Federal Mahkemesinin Sözleşmeden Dönmeye Ayni Etki Tanıyan İçtihadı Üzerine, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl 1996, Cilt 20, s. 48-57.
- Paket, Sabure** : Eser Sözleşmesinin İfasında Kabul, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Doktora Tezi, Ankara 2019.
- Reisoğlu, Safa** : Türk ve İsviçre Hukukunda Müteahhit ve İşçilerin Kanuni İpotek Hakkı, Ankara 1961.
- Seçer, Öz** : İnşaat Sözleşmesinde Yüklenicinin Bildirim Borcu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Eylül-Ekim 2016, Sayı 145-146.
- Seliçi, Özer** : İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978.
- Selimoğlu, Yaşar Engin** : İstisna (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.
- Serozan, Rona** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2018.
- Serozan, Rona** : Sözleşmeden Dönme, İstanbul 2008.
- Sirmen, Lale** : Eşya Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2019.
- Şenocak, Zarife** : Eser Sözleşmesinde Ayıbın Giderilmesini İsteme Hakkı, Ankara 2002.
- Tandoğan, Halûk** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II, 1989 Yılı Dördüncü Tıpkı Basımdan Beşinci Tıpkı Basım, İstanbul 2010.

- Tomu Yaşar, Tuba** : İnşaat Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıp Nedeniyle Sözleşmeden Dönme Hakkı, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2019.
- Tunç, Aybike** : İş sahibinin İfa zamanından Önce Sözleşmeden Dönme Hakkı ERÜHFD, C. XI, S. 1, 2016.
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Borçlar Hukuku, C. II Özel Borç İlişkileri, İstanbul 1977.
- Turan, Şahin** : Borçlar Kanunu ve 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu Kapsamında Yüklenicinin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, SDÜHFD, C.I, S.II, 2011.
- Turanboy, Asuman** : Yargıtay Kararlarına Göre Müteahhidin Teslimden Sonra İnşaattaki Noksan ve Bozukluklardan Doğan Mesuliyeti, AÜHFD, 1989-1990,C.41, S.104.
- Uçar, Ayhan** : İstisna Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı Tekeffül Borcu, Ankara 2003.
- Ünal, Mehmet /**
- Başpınar, Veysel** : Şekli Eşya Hukuku, 9. Baskı, Ankara 2017.
- Ürem, Müge** : Eser Sözleşmesinde Erken Dönme, İstanbul 2017.
- von Tuhr, von Andreas** : Borçlar Hukuku Umumi Kısım, Çeviren: Cevat Edege, Ankara 1983.
- Yakuppur, Sendi** : Borçlar Kanunu'na Göre Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Eseri Teslim Borcu ve Teslim Borcuna Aykırılıkları, İstanbul Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim
Dalı Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul
2009.

Yavuz, Cevdet/

Acar, Faruk/

Özen, Burak : Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler),
İstanbul 2018.

Yavuz, Cevdet : Özellikle Tüketicinin Korunması Sorunu
Bakımından Satıcının Satılanın (Malın)
Ayıplarından Sorumluluğu, İstanbul, 1989.
(Kısaltma: Yavuz, Satıcının Sorumluluğu)

Yavuz, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul
2014.

Yener, Mehmet Deniz : Eser Sözleşmesinde Müteahhidin Ayıba Karşı
Tekeffül Borcu ve İş Sahibinin
Hakları, ERÜHFD, C.IV, S.I, 2009.

Yücel, Özge : Borçlar Kanunu 358/1 Hükmüne Göre
Yüklenicinin İşe Zamanında Başlama ve İş
Sürdürme Borcu, AÜHFD, 2008, C.57, S.3.

Zevkliler, Aydın/ Ertaş, Şeref/

Havutcu, Ayşe/ Aydoğdu, Murat/

Cumalıoğlu, Emre : Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç
İlişkileri, İzmir 2013.

Zevkliler, Aydın/

Gökyayla, K. Emre : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara
2019.

ÖZET

Eser sözleşmesinde yüklenicinin asli edim yükümlülüğü, sözleşme konusu eseri, sözleşmeye uygun olarak meydana getirme ve bu eseri iş sahibine teslim etme yükümlülüğüdür. Yüklenicinin bu yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmemesi, özellikle ayıplı ifade bulunması halinde, kanun koyucu iş sahibine bazı haklar tanımıştır.

Bu haklar; sözleşmeden dönme, bedelden indirim ve eserin onarımını talep etme hakkıdır. Seçimlik hak olarak ifade edilen ve TBK m. 475’de düzenlenen bu haklar, hukuki niteliği itibariyle yenilik doğuran hak olup, kullanıldıktan sonra geri alınması mümkün değildir. Bu hakların kullanılması da herhangi bir şekle tâbi olmayıp, varması gerekli tek taraflı bir irade beyanı ile kullanılmaktadır. Bu haklardan, dönme hakkı ve bedelden indirim isteme hakkının bağımlı yenilik doğuran hak olması nedeniyle bu hakların devredilemeyeceği; ayıbın giderilmesini isteme hakkı ile ayıplı ifadan doğan tazminat isteme hakkının ise alacağın temliki hükümlerine göre devredilebileceği kabul edilmektedir. Ayrıca bu hakların kullanılabilmesi için dava açılması şart değildir. İş sahibinin bu haklardan birisini kullanması halinde, seçilen bu hak dışındaki diğer haklar ortadan kalkmaktadır. Bu hakların kullanılması şarta bağlanamayacağı ve kullanılan hak geri alınamayacağı gibi bundan dönülmesinin de mümkün olmadığı kabul edilmektedir.

İş sahibinin ayıp dolayısıyla sahip olduğu seçimlik hakların yanında ayrıca bir de genel hükümlere göre tazminat isteyebileceği düzenlenmiştir. Tazminat için özel hükümler bulunmayıp genel hükümlere tabidir. Ayrıca seçimlik hakların kullanılması, yenilik doğuran hak olmasına rağmen hak düşürücü değil, zamanaşımı süresine tabi kılınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Eser sözleşmesi, ayıp, iş sahibinin hakları, seçimlik haklar.

ABSTRACT

The main performance obligation the contractor in a work contract is performing the work in conformity with the contract and its delivery to the employer. Law maker has granted rights to the employer in the situation where the contractor does not fulfil this obligation as is due, especially when the contractor performs a defective work.

These rights are rescission of contract, deduction from contract price and the right to demand correction of defective work. These rights which are also referred as elective rights and regulated under Article 475 of the Turkish Code of Obligations, are formative rights in consideration of their legal character hence, their revocation is not possible after being exercised. As their exercise is not subject to any formality, they can be enjoyed by an ex parte declaration which must be received. For the reason that the right of rescission of contract and the deduction from contract price are dependant formative rights, it is accepted that they cannot be assigned ; however it is also accepted that the right to demand correction and to claim compensation arising from defective work, can be assigned in accordance with the regulations on assignment of claim. Furthermore, it is not mandatory to file a legal action in order to exercise these rights. In case the employer exercises one of these rights, other rights will cease to effect, except for the chosen right. As the exercise of these rights cannot be subjected to any condition and the right which was exercised cannot be retrieved, it is accepted that return from this is not possible.

In addition to these elective rights of the employer due to the defective performance, it is regulated that the employer can also claim compensation in accordance with the general provisions. As there is no specific regulation for compensation, it is subject to the general provisions. Moreover, execution of the elective rights, despite of them being formative rights, has been subjected to statute of limitations, rather than prescription period.

Keywords: Work Contract, defect, rights of employer, elective rights.